

BAB I

PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang Masalah dan Rumusan Masalah

Dukungan Pemerintah terhadap perkembangan Lembaga Keuangan Syariah terus dioptimalkan. Mulai mempersiapkan regulasi dan perundang-undangan, pembentukan Komite Nasional Keuangan Ekonomi Syariah (KNKES) dan dukungan konversi terhadap beberapa Bank Pembangunan Daerah (BPD). Bahkan di provinsi Nangroe Aceh Darussalam telah dilakukan terobosan dimana hanya Lembaga Keuangan Syariah yang dapat beroperasi di daerah tersebut. Dukungan yang diberikan oleh pemerintah diharapkan dapat mengoptimalkan potensi ekonomi syariah untuk peningkatan kesejahteraan masyarakat Indonesia.

Termasuk diantaranya perbankan syariah yang beberapa tahun terakhir ini mengalami perkembangan yang cukup signifikan baik di pasar domestik maupun global. Namun dalam perkembangannya, persepsi negatif sebagian masyarakat terhadap praktik perbankan syariah masih saja sering muncul, sehingga memerlukan suatu pemikiran dan untuk memperbaiki dan mengembangkan perbankan syariah khususnya di Indonesia yang memiliki penduduk muslim terbesar di dunia¹.

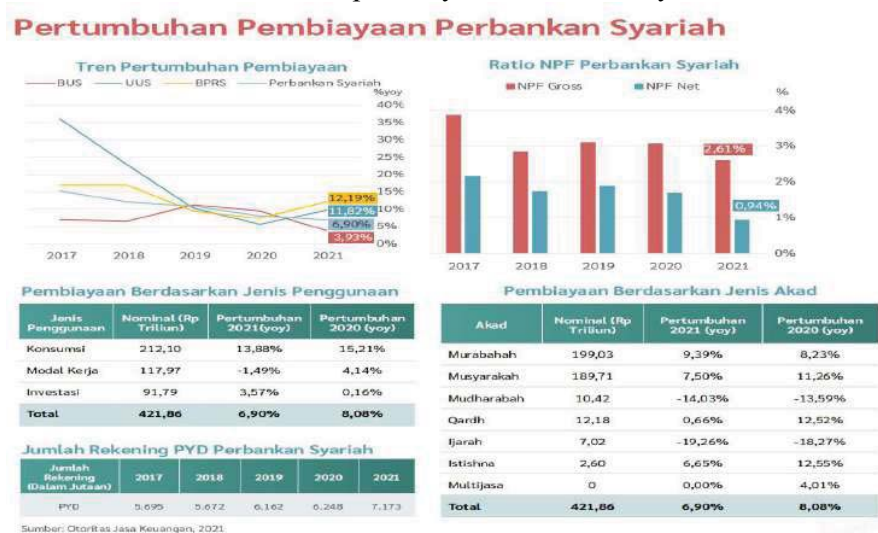
Penyaluran pembiayaan perbankan syariah pada 2021 tumbuh 6,90% (yoy), melambat dibandingkan tahun sebelumnya yang tumbuh sebesar 8,08% (yoy). Perlambatan ini disebabkan salah satunya oleh perlambatan pertumbuhan

¹ Akhmad Mujahidin, *Hukum Perbankan Syariah*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2016, h 2.

pembiayaan Modal Kerja yang melambat menjadi -1,49% (yoy) dibandingkan tahun sebelumnya yang sebesar 4,14% (yoy) dan pembiayaan konsumsi melambat menjadi 13,88% (yoy) dari tahun sebelumnya 15,21% (yoy). Meskipun mengalami penurunan pertumbuhan sebagai dampak akibat adanya pandemi Covid-19 yang mempengaruhi penyaluran pembiayaan pada sektor industri, perbankan syariah masih mencatatkan pertumbuhan yang positif.²

Pertumbuhan pembiayaan perbankan syariah yang positif ditopang oleh pertumbuhan investasi yang mulai pulih sebesar 3,57% dibandingkan tahun sebelumnya yang tumbuh hanya sebesar 0,16%. Selain itu, penurunan rasio *Non-Performing Financing* (NPF) dengan NPF *Gross* dan NPF *Net* tercatat sebesar 2,61% dan 0,94% turun dari tahun sebelumnya 3,08% dan 1,70%. Pembiayaan dengan akad murabahah menjadi salah satu produk pilihan debitur pada umumnya.³

Gambar 1 : Pertumbuhan pembiayaan Perbankan Syariah tahun 2021.



² Otoritas Jasa Keuangan, Laporan Perkembangan Keuangan Syariah Indonesia 2021; Jakarta, OJK 2022, h. 17

³ *Ibid*, Laporan Perkembangan Keuangan Syariah Indonesia 2021, h.15

Sebagai negara dengan penduduk muslim terbesar, sudah selayaknya Indonesia menjadi pelopor dan kiblat pengembangan keuangan syariah di dunia. Hal ini bukan merupakan “impian yang mustahil” karena potensi Indonesia untuk menjadi global player keuangan syariah sangat besar, diantaranya: (i) jumlah penduduk muslim yang besar menjadi potensi nasabah industri keuangan syariah; (ii) prospek ekonomi yang cerah, tercermin dari pertumbuhan ekonomi yang relatif tinggi (kisaran 6,0%-6,5%) yang ditopang oleh fundamental ekonomi yang solid; (iii) peningkatan *sovereign credit rating* Indonesia menjadi *investment grade* yang akan meningkatkan minat investor untuk berinvestasi di sektor keuangan domestik, termasuk industri keuangan syariah; dan (iv) memiliki sumber daya alam yang melimpah yang dapat dijadikan sebagai *underlying* transaksi industri keuangan syaria.⁴ Selain itu, keunggulan struktur pengembangan keuangan syariah di Indonesia lainnya adalah *regulatory regime* yang dinilai lebih baik dibanding dengan negara lain. Hal ini dapat dibuktikan dengan Pembentukan Komite Nasional Keuangan Syariah (KNKS) adalah wujud komitmen pemerintah untuk mengembangkan ekonomi dan keuangan syariah di Indonesia secara serius dengan melibatkan seluruh pemangku kepentingan.⁵ Di Indonesia kewenangan mengeluarkan fatwa keuangan syariah terpusat oleh Dewan Syariah Nasional (DSN)–Majelis Ulama Indonesia (MUI) yang merupakan institusi yang

⁴ Halim Alamsyah, “*Perkembangan dan Prospek Perbankan Syariah Indonesia: Tantangan Dalam Menyongsong MEA 2015*”, dalam Makalah Disampaikan dalam Ceramah Ilmiah Ikatan Ahli Ekonomi Islam (IAEI) Milad ke 8 IAEI, 13 April 2012, h. 2

⁵ Biro Humas dan Tata Usaha Pimpinan Kementerian PPN/Bappenas dan Tim Komunikasi Pemerintah Kemkominfo, *Komite Nasional Keuangan Syariah Untuk Percepatan Pengembangan Ekonomi Dan Keuangan Syariah Di Indonesia*, <https://www.kominfo.go.id>, diakses tanggal 12 September 2022.

independen. Sementara di negara lain, fatwa dapat dikeluarkan oleh perorangan ulama sehingga peluang terjadinya perbedaan sangat besar. Sedangkan di Malaysia, struktur organisasi lembaga fatwa ini berada di bawah Bank Nasional Malaysia (BNM), tidak berdiri sendiri secara independen.⁶

Potensi lainnya dari sisi regulasi terutama setelah lahirnya Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 94, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4867) selanjutnya disebut UU Perbankan Syariah. Pengesahan undang-undang ini, industri perbankan syariah di Indonesia diharapkan dapat berkembang lebih pesat dan memberikan manfaat lebih besar. Kepastian hukum dan jaminan keamanan juga akan lebih nyata bagi para nasabah yang menempatkan dananya maupun nasabah penerima fasilitas pembiayaan dan para pelaku usaha perbankan syariah.

Dalam sistem ekonomi Islam aktivitas keuangan dan perbankan dapat dipandang sebagai wahana bagi masyarakat modern untuk membawa mereka kepada pelaksanaan dua ajaran Al-Quran yaitu untuk saling membantu dan bekerja sama diantara anggota masyarakat untuk kebaikan serta mengolah uang yang ada agar dapat berputar dalam transaksi yang bermanfaat bagi masyarakat misalnya dalam hal perniagaan.⁷

Pelaksanaan prinsip syariah sebagai sebuah paradigma spiritualis, bertujuan untuk membantu manusia tidak hanya memperoleh kebaikan di dunia dan yang lebih penting adalah untuk memperoleh kebaikan di akhirat. Penerapan

⁶ Halim Alamsyah, *Op cit.* h.2

⁷ Abdus Shomad, *Hukum Islam, Penormaan Prinsip Syariah Dalam Hukum Indonesia*, Edisi Revisi, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2012, h.75.

prinsip syariah adalah penerapan ketentuan hukum Islam yang menjadi pedoman dalam kegiatan operasional perusahaan dan transaksi antara lembaga keuangan atau lembaga bisnis. Penerapan prinsip syariah dalam kegiatan perbankan didasarkan pada fatwa-fatwa yang ditetapkan oleh Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia dan secara internal dalam setiap institusi Dewan Pengawas Syariah berperan dalam mengawasi pelaksanaannya. Lembaga Keuangan Syariah (LKS) merupakan lembaga keuangan yang melakukan kegiatan usahanya sesuai atau mendasarkan pada prinsip syariah. Keberadaannya bertujuan untuk menghilangkan unsur-unsur yang dilarang dalam Islam dan menggantikannya dengan akad-akad Islam atau lazim disebut dengan Prinsip Syariah. Perlunya penegasan berdasarkan prinsip syariah merupakan upaya untuk menghilangkan unsur-unsur transaksi dalam kegiatan ekonomi konvensional yang ditemukan larangannya dalam Islam dan menggantikan dengan akad-akad Islam.

Prinsip syariah berdasarkan Pasal 1 angka (13) Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan Jo. Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1998 Nomor 182, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3790) selanjutnya disebut UU Perbankan mendefinisikan prinsip syariah adalah aturan perjanjian berdasarkan hukum Islam antara bank dan pihak lain untuk penyimpanan dana dan atau pembiayaan kegiatan usaha, atau kegiatan lainnya yang dinyatakan sesuai dengan syariah, antara lain pembiayaan berdasarkan prinsip bagi hasil (*mudharabah*), pembiayaan berdasarkan prinsip penyertaan modal (*musharakah*),

prinsip jual beli barang dengan memperoleh keuntungan (*murabahah*), atau pembiayaan barang modal berdasarkan prinsip sewa murni atau pilihan (*ijarah*), atau dengan adanya pilihan pemindahan kepemilikan atas barang yang disewa dari pihak bank oleh pihak lain (*ijarah wa iqtina*). Sedangkan menurut Pasal 1 angka (12) UU Perbankan Syariah memberikan definisi Prinsip Syariah adalah prinsip hukum Islam dalam kegiatan perbankan berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah.

Pengembangan perbankan yang didasarkan pada konsep dan prinsip ekonomi Islam merupakan suatu inovasi dalam sistem perbankan internasional. Perkembangan perbankan syariah di Indonesia merupakan suatu perwujudan dari permintaan masyarakat yang membutuhkan suatu sistem perbankan alternatif yang selain menyediakan jasa perbankan/keuangan yang sehat, juga memenuhi prinsip syariah. Bank Indonesia dan *stakeholders* perbankan syariah telah membuat cetak biru pengembangan perbankan syariah di Indonesia demi kemajuan perbankan syariah secara nasional. Pada cetak biru pengembangan perbankan syariah ini terdapat 6 (enam) pilar pengembangan perbankan syariah salah satunya yaitu prinsip kehati-hatian dan kepatuhan syariah.⁸

Berdasarkan penjelasan umum UU Perbankan Syariah, bahwa dasar pemikiran dibentuknya UU Perbankan Syariah adalah mengimplementasikan prinsip syariah ke dalam sistem hukum nasional, khususnya perundang-undangan perbankan syariah. Selain itu, pada tataran praktis, implementasi ini dilaksanakan dalam kerangka kepatuhan syariah (*syaria compliance*) termasuk pada akad

⁸ Bank Indonesia, Cetak Biru Pengembangan Perbankan Syariah di Indonesia, 2007

pembiayaan wajib mengedepankan prinsip syariah yang terintegrasi dengan jaminan pembiayaan, sehingga melahirkan suatu hubungan hukum antara bank syariah dan nasabah sebagai mitra yang dapat memberikan kemanfaatan dan kemaslahatan dalam transaksinya.

Kepatuhan syariah (*sharia compliance*) diartikan sebagai “sebuah kondisi dimana seluruh aktivitas dari sebuah institusi keuangan sejalan dengan syariah “atau” kesepadanan dari keseluruhan aktivitas institusi keuangan Islam dengan syariah Islamiyah sebagaimana yang telah dinyatakan oleh fatwa yang disepakati “atau” bersandarnya dari keseluruhan aktivitas dalam institusi keuangan Islam terhadap syariah Islamiyah.⁹ Definisi ini menunjukkan bahwa kepatuhan syariah adalah sebuah kondisi dimana secara keseluruhan aspek dari perbankan syariah secara penuh melaksanakan kegiatan yang berdasarkan pada prinsip-prinsip syariah. Berlawanan dari kondisi ini, ketika produk dan aspek operasional dari perbankan tidaklah sesuai dengan prinsip-prinsip syariah, maka dinilai sebagai tidak taat atau tidak patuh terhadap syariah.¹⁰

Kepatuhan syariah adalah bagian dari pelaksanaan *framework* manajemen risiko, dan mewujudkan budaya kepatuhan dalam mengelola risiko perbankan Islam.¹¹ Kepatuhan syariah (*sharia compliance*) juga memiliki standar internasional yang disusun dan ditetapkan oleh *Islamic Financial Service Board* (IFSB) dimana kepatuhan syariah merupakan bagian dari tata kelola lembaga

⁹ Mohammad Amin Ali Qathan, *al-Riqabah al-Shar'iyah Tathbiqiyah*, (Al-Qahirah: Dar al-Nahdhah al-Arabiyyah, 2004), h. 12-13

¹⁰ Agus Triyanta, *Op.cit.*, h. 69.

¹¹ Winny Widialoka, Asep Ramdan, Azib, “Analisis Pengaruh Kepatuhan Syariah (Shariah Compliance) terhadap Dana Pihak Ketiga Pada Bank Umum Syariah di Indonesia Periode Tahun 2010-2015”, *Prosiding Hukum Ekonomi Syariah*, Vol 2, No 2 (2016).

(*corporate governance*). Sehingga kepatuhan syariah merupakan manifestasi pemenuhan seluruh prinsip syariah dalam lembaga yang memiliki wujud karakteristik, integritas dan kredibilitas di bank syariah.

Penerapan kepatuhan syariah, khususnya pada lembaga jaminan syariah belum terakomodir dalam suatu peraturan perundang-undangan, sehingga selama ini lembaga jaminan terhadap pembiayaan syariah masih mengacu pada lembaga hukum jaminan pada umumnya yang dipergunakan bank konvensional antara lain hipotek, hak tanggungan dan jaminan fidusia. Berbagai persoalan terkait dengan jaminan (*collateral*) yang merupakan syarat yang harus dipenuhi oleh nasabah dalam transaksi pembiayaan bank syariah. Sehingga bank syariah dituntut untuk melakukan analisa terhadap jaminan baik aspek kelayakan (*marketable*) maupun aspek yuridis terhadap jaminan pembiayaan dalam upaya memitigasi risiko.

Salah satu bentuk pemikiran Bentham yang penting adalah doktrin bahwa hukum tersebut tidak lain adalah perintah, larangan atau kebolehan yang merupakan artifak dari keinginan manusia, oleh karena hukum sebagai artifak manusia maka tidak ada unsur *natural law* dalam hukum tersebut, yang ada hanyalah prinsip rasional yang natural, yang berfungsi sebagai pemandu bagi para legislator dan para kritus hukum. Prinsip inilah yang dinamakan dengan prinsip *utility* yang dapat memberitahukan alasan yang bagus dari adanya suatu hukum, atau sebagai alasan mengapa harus ada hukum.¹² Akan tetapi, perlu untuk diingat bahwa sekalipun asas tersebut merupakan cikal bakal suatu hukum, alasan

¹² H.L.A. Hart, *Essays on Bentham, Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press, New York, 2001, h.24.

tersebut bukanlah hukum, hal ini sebagaimana yang dikemukakan Hart yang menyatakan:¹³

This, then, is one form of mystification which Bentham thought in important to dispel by preaching the doctrine that laws are at bottom nothing but commands, prohibitions or permissions, artefact of the human will. But though for Bentham laws are but artefacts and there are no natural laws, there are indeed natural and rational principles for the guidance of legislator and the criticism of law. There are the principles of utility which tell us what is good reason for law, but a reason for law, even a good reason-so Bentham would say-is not itself a law.

Pada dasarnya ada dua bentuk utilitarianisme, yaitu secara sederhana dan umum, pertimbangan utilitarian yang sederhana memperbincangkan efek tertentu yang timbul dari suatu tindakan atau perbuatan tertentu pula, sebaliknya pula pertimbangan utilitarian secara umum juga memperbincangkan efek keseluruhan yang timbul dari tindakan yang sama. Dua bentuk utilitarianisme ini yaitu sederhana dan umum dapat dibedakan menjadi beberapa hal yaitu, pertama, kriteria yang mengandung nilai-nilai kepatutan, yang dijadikan tolak ukur dalam utilitas dalam setiap tindakan dan kedua hal-hal yang berasal dari penilaian umum.¹⁴

Apabila kita mencermati bank syariah dalam operasionalnya mengacu pada ketentuan umum yang berlaku seperti lembaga jaminan hak tanggungan, sehingga penerapan klausula dalam Akta Pemberian Hak Tanggungan (APHT) juga diimplementasikan baik pada bank konvensional maupun pada bank syariah. Hal ini dikarenakan sarana penunjang operasional dari bank syariah belum

¹³ *Ibid*, h, 24.

¹⁴ Abdul Shomad, *Rekonstruksi Akad Bank Syariah untuk Mencapai Kemaslahatan sebagai Wujud Rahmatan Lil-Alamin*, Pidato Disampaikan pada Pengukuhan Jabatan Guru Besar dalam Bidang Ilmu Hukum Bisnis Syariah pada Fakultas Hukum Universitas Airlangga di Surabaya, tanggal 1 Juni 2013, h.9.

memadai. Sehingga dapatlah kita ambil dalil yang berbunyi: “*ma la yudraku kulluh ta yutraku kulluh*” bahwa apa yang tidak tercapai seluruhnya tidak (jangan) dihindari seluruhnya, namun dalil itu janganlah dijadikan dalil untuk tidak menyusun undang-undang Jaminan Syariah.¹⁵ Namun demikian jika berpatokan pada dalil tersebut, maka selamanya harapan untuk merumuskan suatu aturan hukum jaminan syariah khususnya Rancangan Undang-Undang Hak Tanggungan Syariah hanya sebatas wacana.

Lembaga jaminan Hak Tanggungan, yaitu suatu bentuk jaminan pelunasan utang, dengan hak mendahului dengan objek jaminannya berupa hak-hak atas tanah yang diatur dalam Undang-undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria, (selanjutnya disebut UUPA).¹⁶ Pemberian Hak tanggungan hanya akan terjadi bilamana sebelumnya didahului adanya perjanjian pokok berupa perjanjian yang menimbulkan hubungan hukum utang piutang yang dijamin pelunasannya dengan Hak Tanggungan. Dalam Pasal 10 ayat (2) Undang-Undang Nomor 4 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda yang Berkaitan dengan Tanah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1996 Nomor 42, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3632), selanjutnya disebut UU Hak Tanggungan, Pemberian Hak Tanggungan dilakukan dengan perjanjian tertulis, yang dituangkan dalam Akta Pemberian Hak Tanggungan, (selanjutnya disebut APHT).

Pasal 1 angka 5 UU Hak Tanggungan menyebutkan APHT adalah akta PPAT (Pejabat Pembuat Akta Tanah) yang berisi pemberian Hak Tanggungan

¹⁵ Abdul Shomad, *op cit*, h 28.

¹⁶ Kartini Muljadi dan Gunawan Widjaja, *Hak Tanggungan*, Kencana, Jakarta, 2005, h.14.

kepada kreditor tertentu sebagai jaminan untuk pelunasan piutangnya. Jika mengacu pada Pasal tersebut, maka tidak seharusnya setiap akad pembiayaan syariah dapat dilekatkan dengan jaminan Hak Tanggungan, karena tidak semua akad pembiayaan dalam perbankan syariah melahirkan hubungan utang piutang. Namun, selama ini yang terjadi dalam praktik Perbankan Syariah, pembiayaan yang diberikan oleh Bank Syariah kepada nasabah biasa dilekatkan suatu jaminan kebendaan khususnya Hak Tanggungan.

Bahkan jika dicermati klausul yang tercantum dalam APHT tidak relevan dengan akad pembiayaan yang merupakan perjanjian pokok. Penerapan prinsip kepatuhan syariah (*sharia compliance*) dalam akad pembiayaan belum mampu menjangkau terhadap APHT. Maka dapat ditafsirkan APHT belum memenuhi prinsip-prinsip syariah sebagaimana halnya dalam akad pembiayaan yang mengatur prinsip syariah. Hal ini dapat ditemukan dan tersebar di beberapa ketentuan dalam blanko atau draft klausula APHT antara penyebutan perjanjian utang piutang, istilah kreditor dan debitor dan klausula yang memberikan kewenangan absolut kepada Pengadilan Negeri.¹⁷ Pencantuman istilah maupun penyelesaian hak tanggungan pada bank syariah sesungguhnya tidak selaras dengan akad pembiayaan yang menggunakan istilah pembeli (nasabah), *mudharib* (pengelola modal) dan *mustajir* (penyewa).

¹⁷ Pasal 2 point (4) Akta Pemberian Hak Tanggungan menyebutkan “Dalam hal Debitor sungguh-sungguh cidera janji, Pihak Kedua oleh Pihak Pertama dengan akta ini diberi dan menyatakan menerima kewenangan, dan untuk itu kuasa, untuk mengelola Obyek Hak Tanggungan berdasarkan Penetapan Pengadilan Negeri yang daerah hukumnya meliputi letak obyek hak tanggungan yang bersangkutan.

Penerapan APHT dan Surat Kuasa Membebankan Hak Tanggungan (SKMHT) dalam praktik oleh PPAT lazimnya hanya mengikuti draft standar yang telah ditentukan oleh Peraturan Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia Nomor 8 Tahun 2012 tentang Perubahan Atas Peraturan Menteri Negara Agraria/Kepala Badan Pertanahan Nasional Nomor 3 Tahun 1997 (Perkaban Nomor 8 Tahun 2012). PPAT tidak dapat melakukan perubahan istilah dan klausul yang tercantum dalam APHT atau SKMHT. Apabila dicermati peristilahan dan klausul masih mengacu penuh pada konsep konvensional yang akan berbeda jika diterapkan dalam konteks akad syariah. Maka penggunaan APHT sebagai jaminan untuk pembiayaan/akad syariah memerlukan pengaturan dari aspek syariah, terutama untuk mengakomodasikan pembiayaan berbasis bagi hasil yang menempatkan para pihak bukan dalam hubungan kreditor-debitor.

Bentuk maupun format redaksi dari akta PPAT telah dibakukan sesuai dengan Pasal 21 ayat (1) Peraturan Pemerintah Nomor 37 Tahun 1998 sebagaimana diubah dengan Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 2016 tentang Peraturan Jabatan Pejabat Pembuat Akta Tanah bahwa akta PPAT dibuat dengan bentuk yang ditetapkan oleh Menteri. Hal ini dipertegas dan diperjelas dalam Perkaban Nomor 8 Tahun 2012, yang secara tidak langsung menyatakan bahwa PPAT membuat akta dengan redaksi baku yang telah ditetapkan oleh Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia (BPN RI), sehingga terkesan PPAT tidak perlu menguasai hukum kontrak.¹⁸ Bahkan akta PPAT tidak mengandung asas

¹⁸ A.A. Andi Prajitno, *Pengetahuan Praktis Tentang Apa Dan Siapa PPAT* (Edisi Revisi 3), Perwira Media Nusantara, 2020, h.117-116

kebebasan berkontrak karena tidak mengenal kebebasan sesuai kesepakatan para pihak dan isi dari akta PPAT sudah ditentukan secara baku oleh pemerintah.¹⁹

Pembuatan APHT pada Bank Syariah dituangkan dalam akta standar dan terdapat klausul “ telah dibuat dan ditandatangani perjanjian **utang piutang** yang dibuktikan dengan” Akta tersebut didaftarkan ke BPN sebagai landasan para pihak telah setuju menjaminkan tanah dan atau bangunannya sebagai jaminan pelunasan utang, baik dalam skim pembiayaan *murabahah*, *mudharabah*, *musyarakah*, maupun akad *Ijarah Muntahiyah Biitamlik* (IMBT). Bagi perbankan konvensional penerapan APHT yang ada saat ini tidak menjadi masalah karena pemberian kredit berbasis utang yang dikenakan bunga. Namun terjadi kerancuan jika diterapkan di perbankan syariah karena pemberian pembiayaan menggunakan skema jual beli (*bai*), sewa (*ijarah*)²⁰ dan bagi hasil (*sirkah*). Kerancuan ini berpotensi menimbulkan kelemahan dalam eksekusi bahkan gugur karena tidak memenuhi prinsip syariah. Hal ini dikuatkan oleh Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah Pasal 26 yang menyatakan bahwa akad tidak sah apabila bertentangan dengan syariat Islam, peraturan perundang-undangan, ketertiban umum dan/atau kesusilaan.

Istilah utang dalam akad pembiayaan bagi hasil berimplikasi pula pada klausul dalam APHT yang menyebut istilah utang debitur. Kata utang juga ditemukan pada klausul akad pembiayaan *mudharabah* di salah satu bank syariah: “Apabila nasabah membayar kembali atau melunasi **utang** yang telah difasilitasi

¹⁹ *Ibid*, h.88

²⁰ Restianika Prisna Subroto, “Analisis Hukum Terhadap Kewenangan Bank Syariah dalam Melakukan Eksekusi Hak Tanggungan dalam Transaksi Ijarah Muntahiyah Bit Tamlik (IMBT) di Indonesia”, *Jurisdictie: Jurnal Hukum dan Syariah*, Vol 8 No 2, 2017, h. 172.

oleh bank lebih awal dari waktu yang diperjanjikan, maka tidak berarti pembayaran tersebut menghapuskan atau mengurangi bagian pendapatan/keuntungan yang menjadi hak sebagaimana telah ditetapkan dalam akad ini”. Padahal akad *mudharabah* maupun *musyarakah* bukan akad utang piutang atau pinjam meminjam tetapi merupakan akad kerja sama yang berbagi untung dan rugi.²¹

Mudharabah dan *Musyarakah* di perbankan syariah telah dipahami sebagai suatu mekanisme yang menyatukan kerja dan modal untuk produksi barang dan jasa yang bermanfaat untuk masyarakat. *Mudharabah* dan *Musyarakah* dapat digunakan dalam setiap kegiatan yang dijalankan untuk tujuan menghasilkan laba.²² Mengingat akad *mudharabah* dan *musyarakah* termasuk dalam akad tijarah²³ yaitu akad yang berorientansi mencari untung. Pembiayaan *Mudharabah* dan *musyarakah* yang disalurkan oleh bank syariah berpotensi menimbulkan pembiayaan bermasalah yang diakibatkan nasabah ingkar janji dengan tidak dapat mengembalikan modal pembiayaan dan memberikan porsi bank atas nisbah bagi hasil yang telah diperjanjikan sehingga menimbulkan sengketa yang diselesaikan di Pengadilan Agama.

Beberapa Putusan Hakim Pengadilan Agama tentang penetapan eksekusi jaminan hak tanggungan yang berujung pada sengketa, diantaranya Putusan

²¹ Trisadini Prastinah Usanti, Nur Utari Setiawati, *Makna Utang Dalam Pembiayaan Berdasarkan Prinsip Bagi Hasil Pada Bank Syariah*, Makalah Presentasi Konferensi Nasional APHK VII UNTAG Semarang, tgl 17-18 Agustus 2022.

²² Hirsanuddin, *Hukum Perbankan Syariah: Pembiayaan Bisnis dengan Prinsip Kemitraan*, Genta Press, Yogyakarta, 2008, h.130

²³ Akad Tijarah adalah transaksi yang digunakan untuk mencari keuntungan bisnis (*For Profit Transaction*). <http://www.forshei.org/2019/11/akad-tabarru-dan-akad-tijarah.html>

Pengadilan Tinggi Agama Surabaya Nomor 543/Pdt.G/2019/PTA.Sby penyelesaian sengketa akad *line facility musyarakah* dengan jaminan Hak Tanggungan dalam hal ini Tergugat I Bank Syariah dan Kantor Pelayanan Kekayaan Negara dan Lelang (KPKNL) selaku Tergugat II. Hakim memutuskan sita eksekusi hak tanggungan Nomor : 0001/Pdt.Eks.HT/2018/PA.Mlg merujuk pada Rumusan Kamar Agama SEMA Nomor 4 tahun 2016 tanggal 9 Desember 2016 menentukan bahwa hak tanggungan dan jaminan utang lainnya dalam ekonomi syariah tetap dapat dieksekusi jika terjadi *wanprestasi*, meskipun belum jatuh tempo pelunasan sesuai yang diperjanjikan setelah diberi peringatan sesuai dengan ketentuan yang berlaku.

Disamping itu dalam Klausul pemilihan penyelesaian sengketa atau permohonan eksekusi hak tanggungan dalam APHT mencantumkan klausul “Dalam hal Debitor sungguh-sungguh cidera janji, Pihak Kedua oleh Pihak Pertama dengan akta ini diberi dan menyatakan menerima kewenangan, dan untuk itu kuasa, untuk mengelola Obyek Hak Tanggungan berdasarkan Penetapan Ketua Pengadilan Negeri yang daerah hukumnya meliputi letak Obyek Hak Tanggungan yang bersangkutan.”

Klausul tersebut dibatalkan dengan putusan sengketa perdata Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 2479K/Pdt/2011 perkara kasasi sengketa akad *mudharabah* yang berawal dari eksekusi hak tanggungan atas jaminan Koperasi Syariah BMT Al Hijrah dengan tergugat 1 Bank Syariah, Tergugat II perorangan. Dalam putusan hakim mahkamah menolak Putusan Pengadilan Negeri Makasar

yang dikuatkan Putusan Pengadilan Tinggi Makassar bahwa Pengadilan Negeri tidak berwenang memproses permohonan eksekusi obyek hak tanggungan.

Termasuk dalam perkara akad *murabahah* yang kaidah hukumnya debitor wanprestasi dengan alasan *force majeure* sehingga terjadi wanprestasi dan berakibat terhadap lelang eksekusi hak tanggungan melalui KPKLN Makassar sebagaimana dalam Putusan Mahkamah Agung Nomor 179 K/Ag/2017 tentang akad *murabahah* dengan jaminan Hak Tanggungan atas tanah yang dalam gugatannya meminta pembatalan eksekusi jaminan hak tanggungan.

Berdasarkan paparan di atas maka dapat dilihat bahwa aspek jaminan syariah dalam hukum positif belum diatur secara jelas²⁴. Maka dipandang perlu untuk merumuskan lembaga jaminan hak tanggungan yang sesuai dengan syariah.²⁵ Hal ini untuk memberikan perlindungan hukum terhadap bank syariah dari kemungkinan gagal bayar nasabahnya.²⁶ Selain itu APHT syariah akan memberikan kekuatan eksekutor bagi pemegang hak tanggungan.

Perumusan lembaga jaminan hak tanggungan syariah kedepan, juga diperlukan studi perbandingan dengan Malaysia. Oleh karena, selama ini Fatwa DSN Nomor 68/DSN-MUI/IV/2008 tentang *rahn tasjily* yang diartikan menyerupai dengan hak tanggungan yang mekanisme penggunaanya berbeda dengan Malaysia yang menggunakan istilah *skin Ar-Rahnu* atau pajak gadaian

²⁴ Noor hafidah, "Implementasi Konsep Jaminan dalam tata Aturan UU Perbankan Syariah", *Arena Hukum*, Vol 6 No 2, 2012, h. 136.

²⁵ Akhmad Fauzi, Misbahul Huda dan Erwin Syahrudin, "Implementasi Hak Tanggungan Pada Perbankan Syariah dalam Mewujudkan Kepastian Hukum (Studi Kasus Terhadap Putusan Pengadilan Agama Tanjungkarang Nomor: 1407/PDT.G/2016/PA.TNK)", *PALAR (Pakuan Law Review)*, Vol 7 No 2, 2021, h. 84.

²⁶ Muhammad Maulana, "Jaminan dalam Pembiayaan pada Perbankan Syariah di Indonesia (Analisi Jaminan Pembiayaan Musyarakah dan Mudharabah)", *Jurnal Ilmiah Islam Futura*, Vol 14 No 1, 2014, h. 92.

Islam. Kedua negara tersebut meskipun konstruksi hukum perbankan syariah (*islamic finance*) merupakan harmonisasi dan integrasi antara hukum syariah dan hukum konvensional (*sivil*), dengan menggunakan sistem manajemen risiko yang sama mengusung asas kehati-hatian (*prudential banking*) yang diabsorpsi dari standar internasional yakni *Basel Committee on Banking Supervision* (Basel) dan *Islamic Finance Service Board* (IFSB) serta *Accounting And Auditing Organization For Islamic Financial Institution* (AAOIFI).²⁷

Ketimpangan antara akad pembiayaan sebagai perjanjian pokok dan jaminan hak tanggungan sebagai perjanjian *accessoir* memunculkan permasalahan antara UU Perbankan Syariah dengan UU Hak Tanggungan. Bahkan jika kita merujuk pada Pasal 13 ayat (1) Peraturan Mahkamah Agung Nomor 14 tahun 2016 tentang Tata Cara Penyelesaian Perkara Ekonomi Syariah menegaskan bahwa pelaksanaan putusan perkara ekonomi syariah, hak tanggungan dan jaminan fidusia berdasarkan akad syariah dilakukan oleh Pengadilan dalam lingkup Peradilan Agama.

Perbankan Syariah dalam praktiknya, pelaksanaan akad pembiayaan bagi hasil (*mudharabah* dan *musyarakah*) menerapkan jaminan hak tanggungan dengan mendasarkan pada Fatwa DSN Nomor 7 DSN-MUI/IV/2000 tentang Pembiayaan *Mudharabah*, yakni pada prinsipnya dalam pembiayaan *mudharabah* tidak ada jaminan, namun agar *mudharib* tidak melakukan penyimpangan, bank dapat meminta jaminan dari *mudharib* atau pihak ketiga dan jaminan tersebut hanya dapat dicaikan jika *mudharib* terbukti melakukan hal-hal yang menyimpang

²⁷ Neneng Nurhasanah, *Aspek Hukum Pengawasan Bank Syariah*; Edisi Revisi, Mandar Maju, Bandung, 2020, h. 127.

dari isi akad pembiayaan *mudharabah*.²⁸ Dengan alasan bahwa jika terjadi kegagalan usaha *mudharib*, maka sudah dapat dikategorikan wanprestasi atas pembiayaan tersebut, sehingga bank mudah untuk melakukan eksekusi terhadap obyek hak tanggungan.

Keterkaitan sistem hukum pembiayaan syariah yang merupakan akad dan menjadi bagian dari perikatan syariah (*iltizam*) sangat berpengaruh atau dapat menopang sistem hukum jaminan syariah, sehingga dapat dipahami perikatan syariah merupakan dasar keberadaan jaminan syariah (*al-rahn*). Sebab setiap akad pembiayaan Syariah selalu dikenal istilah jual beli (*murabahah, salam dan istisnah*), bagi hasil (*musyarakah* dan *Mudharabah*) dan sewa (*Ijarah Muntahiyah Bitamlik*) yang semuanya mempunyai *underlying transaction* berbeda, sehingga penerapan dalam jaminan hak tanggungan harusnya terintegrasi dengan akad pembiayaan.

Kesesuaian APHT sebagai jaminan dalam akad pembiayaan pada Bank Syariah merupakan suatu keharusan yang sesegera mungkin mendapatkan perhatian untuk membentuk suatu lembaga jaminan syariah agar kepatuhan syariah (*syariah compliance*) dapat terlaksana. Oleh karena itu, penelitian ini menjadi sangat urgen untuk dilakukan dalam rangka memadukan antara kepatuhan syariah dalam akad pembiayaan dan APHT pada perbankan syariah yang memungkinkan tertatanya sebuah penerapan prinsip syariah dalam dimensi industri perbankan syariah secara menyeluruh (*kaffah*).

²⁸ Dewan syariah Nasional Majelis ulama Indonesia, *Himpunan Fatwa Dewan Syariah Nasional MUI*, cet ke-4 (Jakarta: Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia, Jakarta, 2006, h.43).

Berdasarkan latar belakang tersebut di atas, hak tanggungan yang memenuhi prinsip syariah merupakan manifestasi dari kepatuhan syariah, sehingga perlu ada harmonisasi prinsip antara akad pembiayaan syariah dan jaminan hak tanggungan syariah. Adapun isu hukum yang perlu dikaji secara mendalam untuk menemukan pemikiran-pemikiran hukum yang lebih teoretis maupun praktis dalam penelitian ini, yaitu:

1. Landasan filosofis jaminan hak tanggungan yang memenuhi kepatuhan syariah (*sharia Complaince*).
2. Urgensi hak tanggungan yang memenuhi kepatuhan syariah prinsip (*sharia compliance*).
3. Bentuk akta pembebanan hak tanggungan (APHT) yang sesuai kepatuhan syariah (*sharia compliance*).

1.2 Tujuan Penelitian

1. Menemukan Landasan filosofis jaminan hak tanggungan yang memenuhi kepatuhan syariah (*sharia compliance*).
2. Menemukan urgensi hak tanggungan yang memenuhi prinsip kepatuhan syariah (*sharia compliance*).
3. Menemukan bentuk akta pembebanan hak tanggungan (APHT) yang sesuai kepatuhan syariah (*sharia compliance*).

1.3 Manfaat Penelitian

Penelitian ini meskipun untuk kepentingan *legal scholarship*, akan tetapi hasilnya selain dapat digunakan kepentingan teoritis dan juga digunakan untuk kepentingan secara praktis, yaitu:

1. Manfaat teoretis, penelitian ini diharapkan dapat memberikan manfaat terhadap pengembangan hukum perbankan syariah, terutama terkait dengan akad pembiayaan dan jaminan perbankan syariah.
2. Manfaat praktis, hasil penelitian ini diharapkan menjadi pedoman dalam menyusun Undang-Undang Jaminan syariah atau memberikan informasi yang memadai kepada para pembuat kebijakan publik untuk membuat draft Akta Pemberian hak Tanggungan yang sesuai dengan prinsip syariah.
3. Selain itu penelitian ini diharapkan dapat menjadi rujukan bagi Dewan Pengawas Syariah (DPS), Dewan Syariah Nasional (DSN), Notaris dan Pejabat Pembuat Akta Tanah dalam membuat akad pembiayaan yang selaras dengan Akta Pemberian Hak Tanggungan agar kepatuhan syariah dapat diwujudkan.

1.4 Originalitas Penelitian

Dibidang ilmu hukum, Cheoljoon Chang²⁹ mengkaji prinsip otonomi terkait dengan kebebasan berpendapat. Dalam melakukan penelitian terhadap isu hukum yang diteliti, telah dilakukan penelusuran dan evaluasi terhadap karya tulis dalam hukum perbankan syariah diberbagai perguruan tinggi dan di internet belum ditemukan kesamaan dengan penelitian dalam disertasi ini. Di Indonesia penelitian yang memiliki kaitan dengan Prinsip Kepatuhan Syariah Terhadap Akta Pemberian Hak Tanggungan pada Pembiayaan Bank Syariah diantaranya:

²⁹ Selanjutnya lihat Cheoljoon Chang dalam disertasinya yang berjudul *Autonomy as Foundation For A thory of free speech, and The Advesaary System*, the Faculty of the Graduate School of Cornell University, Doctor of the Science of Law, <http://ecommons.Library.cornell.edu/bistream/1813/10764/1/dissertation%20jsd.pdf>.

Disertasi yang ditulis oleh Abd Shomad³⁰ dengan Judul Studi “Prinsip Syariah dalam Hukum Perbankan Indonesia”, pembahasan dalam disertasi tersebut memfokuskan pada aspek yuridis terhadap permasalahan pokok: prinsip syariah yang terkandung dalam arsitektur perbankan Indonesia yang dirinci sebagai berikut: a). Prinsip syariah dalam ekonomi Islam dan (b). penerapan prinsip syariah dalam hukum perbankan Indonesia. Sedangkan penelitian disertasi ini menitikberatkan pada penerapan prinsip syariah dalam lembaga jaminan hukum hak tanggungan pada perbankan syariah di Indonesia, apakah telah memenuhi prinsip kepatuhan syariah ?.

Disertasi yang ditulis oleh Moh Ma’ruf,³¹ Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Airlangga, Surabaya dengan Judul Studi “Prinsip Syariah dalam Akad Pembiayaan *Murabahah* di Perbankan Syariah” yang menitikberatkan pada karakteristik akad *murabahah* dan penyelesaian sengketa perbankan syariah dalam akad *murabahah*. Sedangkan penelitian disertasi ini membahas prinsip-prinsip syariah yang diberlakukan dalam akad *murabahah*, *mudharabah* dan *Musyarakah*, *ijarah muntahiyyah bittamlik* terkait dengan klausula jaminan hak tanggungan dan penyelesaian sengketa pembiayaan, apakah telah terintegrasi dengan Akta Pemberian Hak Tanggungan yang merupakan perjanjian *accessoir* atau perjanjian ikutan dari perjanjian pembiayaan.

³⁰ Abdul Shomad, “Prinsip Syariah dalam Hukum Perbankan Indonesia”, *Disertasi* Program studi Ilmu Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, 2008.

³¹ Moh Ma’ruf, “Prinsip Syariah dalam Akad Pembiayaan *Murabahah* di Perbankan Syariah”, *Disertasi* Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Airlangga, 2016.

Disertasi yang ditulis oleh Any Nugroho,³² Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta dengan Judul Studi “Prinsip Keseimbangan Dalam Konstruksi Hukum *Al Mudharabah* Pada Perbankan Syariah di Indonesia” yang menitikberatkan pada analisis konstruksi hukum akad pembiayaan *Mudharabah* yang menunjukkan hubungan hukum berdasarkan pada prinsip kehati-hatian dan bank syariah juga harus memperhatikan tata kelola bank serta kepatuhan syariah. Implementasi prinsip keseimbangan dalam akad *mudharabah* adalah pelaksanaan dari asas itikad baik dan asas kebebasan berkontrak yang menempatkan para pihak secara seimbang (*at tawazun*) terhadap hak dan kewajiban dari tahap proses pembuatan/pembentukan akad (pra kontrak) sampai tahap pelaksanaan akad (tahap kontraktual). Sedangkan penelitian disertasi ini membahas prinsip-prinsip syariah yang diberlakukan dalam akad *mudharabah* terkait dengan prinsip jaminan Hak Tanggungan yang mencantumkan konsep utang dan konsep Debitor bukan bagi hasil (*profit and revenue sharing*) dan pengelolaan dana pembiayaan (*Mudharib*) sebagaimana dalam dimaksud dalam akad *mudharabah*.

Disertasi yang ditulis oleh Noor Hafidah,³³ Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Airlangga, Surabaya dengan Judul Studi “Prinsip Hukum Jaminan Syariah Dalam Sistem Perbankan Syariah Di Indonesia” yang menitikberatkan pada karakteristik jaminan Syariah atau *al rahn* adalah *tabaru* merupakan konsep dalam arti, adanya jaminan Syariah tidak hanya berdasarkan keharusan untuk

³² Any Nugroho, “Prinsip Keseimbangan Dalam Konstruksi Hukum *Al Mudharabah* Pada Perbankan Syariah di Indonesia”, *Disertasi* Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Gadjah Mada, 2015.

³³ Noor Hafidah, “Prinsip Hukum Jaminan Syariah Dalam Sistem Perbankan Syariah Di Indonesia”, *Disertasi* Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Airlangga, 2011.

menjamin barang tetapi lebih tolong menolong kepada sesama dan implementasi jaminan Syariah pada perbankan dan pegadaian dapat ditinjau dari 2 (dua) tataran yaitu tataran hukum dan tataran praktik. Sedangkan penelitian disertasi ini membahas urgensi pentingnya hak tanggungan yang memenuhi prinsip kepatuhan syariah dengan menggunakan perbandingan konsep jaminan *rahn tasjili*.

Disertasi yang ditulis oleh Abd Hamid Pulungan³⁴ Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Jambi dengan Judul “Kewenangan Pengadilan Agama Dalam Eksekusi Hak Tanggungan Akad *Mudharabah* Pada Perbankan Syariah” yang menitikberatkan pada kewenangan Pengadilan Agama melakukan eksekusi hak tanggungan pada akad *mudharabah* berdasarkan Pasal 54 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama yang didalamnya diberikan kewenangan untuk menyelesaikan sengketa ekonomi syariah. Sedangkan penelitian disertasi ini berbeda dengan penelitian-penelitian sebelumnya bahwa penelitian ini menekankan pembahasan pada karakteristik dan bentuk Hak Tanggungan yang memenuhi Kepatuhan Syariah baik di dalam akad *mudharabah*, *musyarakah*, *murabahah*, *ijarah mutahiyah bitamlik* dan akad *Musyarakah mutanahqisoh*.

Disertasi yang ditulis oleh Isy Karimah Syakir³⁵ Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Airlangga dengan Judul “Kepatuhan Syariah Dalam Pembuatan Akta Notaris Pada Perbankan Syariah” yang menitikberatkan pada Karakteristik kepatuhan syariah dalam akad pembiayaan bank syariah dan pelaksanaan kepatuhan syariah oleh Notaris dalam pembuatan akad pembiayaan

³⁴ Abd Hamid Pulungan, “Kewenangan Pengadilan Agama Dalam Eksekusi Hak Tanggungan Akad *Mudharabah* Pada Perbankan Syariah”, *Disertasi* Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Jambi, 2018.

³⁵ Isy Karimah Syakir, “Kepatuhan Syariah Dalam Pembuatan Akta Notaris Pada Perbankan Syariah”, *Disertasi* Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Airlangga, 2021.

syariah. Sedangkan penelitian disertasi ini berbeda dengan penelitian-penelitian sebelumnya bahwa penelitian ini menekankan pembahasan pada penerapan kepatuhan syariah pada akta jaminan Hak Tanggungan agar tercipta harmonisasi antara akad pembiayaan yang memenuhi kepatuhan syariah dengan jaminan pembiayaan syariah.

1.5 Kerangka Teoritik

1.5.1 Teori Kepastian Hukum

Kepastian hukum tentu sangat erat kaitanya dengan validitas norma dalam aturan itu sendiri, dalam hal ini Bruggink membagi validitas (keberlakuan norma) menjadi tiga bagian. Pertama: *validitas faktual*, kedua: *validitas normatif*, ketiga: *validitas evaluative*. Menurut Hans Kelsen bahwa norma hukum ini valid jika norma hukum tersebut menurut suatu cara tertentu yang pada akhirnya ditentukan oleh norma dari tata hukum tersebut.³⁶

Kepastian hukum merupakan salah satu asas esensial dalam negara hukum. Budiono Kusumohamidjojo berpendapat bahwa kepastian hukum nyaris merupakan syarat mutlak bagi suatu negara hukum modern dan demokratis. Hal ini berarti bahwa kepastian hukum sebagai salah satu tujuan hukum mengandung arti adanya konsistensi dalam penyelenggaraan hukum suatu negara. Konsistensi tersebut diperlukan sebagai acuan atau patokan bagi perilaku manusia sehari-hari dalam berhubungan dengan manusia lainnya. Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa fungsi kepastian hukum tersebut, antara lain untuk memberikan patokan bagi perilaku yang tertib, damai dan adil. Kepastian hukum merupakan salah satu

³⁶ Hans Kelsen, *General Theory Of Law And State* , (New York, Russel And Russel), dalam Satya Arinanto, Politik Hukum 2, (Jakarta: Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia) , 1961, h.5.

tujuan utama dari hukum, selain kemanfaatan atau kegunaan dan keadilan.³⁷ Bagi penganut aliran *positivisme* hukum (*legal positivisme*), hukum tidak lain bertujuan untuk mencapai kepastian hukum.

Gustav Radbruch secara tidak langsung menyinggung tentang kepastian hukum ketika membicarakan cita hukum. Radbruch menyebut tiga cita hukum, yang pertama adalah keadilan. Untuk mengisi cita keadilan dengan isi konkret, harus melihat pada kegunaannya sebagai unsur kedua dari cita hukum. Pengertian kegunaan hanya dapat dijawab dengan menunjuk pada konsepsi-konsepsi yang berbeda tentang negara dan hukum. Untuk melengkapi formalitas keadilan dan relativitas kegunaan, perlu juga memasukkan ketertiban sebagai unsur ketiga dari cita hukum. Radbruch menyatakan kegunaan menuntut adanya kepastian hukum, hukum harus pasti.³⁸ Tuntutan akan keadilan dan kepastian dengan demikian merupakan bagian yang tetap dari cita hukum, serta berada di luar pertentangan-pertentangan bagi pandangan politik dan kegunaan memberi unsur relativitas, tidak hanya kegunaan yang bersifat relatif, tetapi hubungan antara tiga unsur dari cita hukum tersebut, juga bersifat relatif.

Lebih lanjut Jimly mengemukakan bahwa jika ditarik pemahaman tentang validitas dapat diartikan, Validitas adalah eksistensi norma secara spesifik. Suatu norma adalah *valid* merupakan suatu pernyataan yang mengasumsikan eksistensi norma tersebut dan mengasumsikan bahwa norma itu memiliki kekuatan mengikat (*binding force*) terhadap orang yang perilakunya diatur.

³⁷ Budiono Kusumohamidjojo. *Ketertiban yang Adil: Problematik Filsafat Hukum*. Jakarta, Grasindo, 1999, h.150.

³⁸ Friedman. W, *The State and The Rule of Law in A Mixed Economy*. Steven and Sons. London, 1971, h. 41.

Aturan adalah hukum, dan hukum yang jika *valid* adalah norma. Jadi hukum adalah norma yang memberikan sanksi.³⁹ masyarakat, dan itu adalah salah satu sasaran utama kaidah hukum. Itu sebabnya orang menyebut keberlakuan faktual hukum adalah juga efektifitas hukum.⁴⁰

Kemudian mengenai dasar berlakunya atau validitas dari suatu peraturan atau norma hukum terletak pada peraturan atau norma hukum yang lebih tinggi lagi, dan pada ahirnya sampai pada suatu peraturan atau norma yang tertinggi, yaitu norma dasar (*grundnorm/basic norm*) norma hukum itu sendiri mendapatkan dasar berlakunya atau validitasnya dari suatu postulat yang telah dianggap demikian asanya dan disepakati masyarakat umumnya, tidak terkecuali jika norma hukum tersebut tidak sejalan dengan nilai-nilai moral.⁴¹

Teori norma berjenjang atau *Stubenbau Theory* dari Hans Kelsen yang kemudian dikembangkan oleh Hans Nawiasky sangat erat terkait dengan sistem peraturan perundang-undangan Indonesia, khususnya mengenai tata urutan peraturan perundang-undangan, baik berdasarkan Hans Kelsen maupun berdasarkan Hans Nawiasky yang menempatkan norma hukum secara berjenjang dari yang tertinggi atau yang paling dasar ke yang paling rendah.⁴²

Menurut Hans Kelsen, norma dasar (*basic norm/grundnorm*) yang merupakan norma tertinggi dalam sistem norma tersebut tidak lagi dibentuk oleh

³⁹ Jimli Asshiddiqie dan Ali Safa'at, *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*, Jakarta: Konstitusi Press, 2006, h. 35

⁴⁰ J.J.H. Bruggink. *Refleksi Tentang Hukum, Pengertian-Pengertian Dasar Dalam Teori Hukum*, Jakarta: Citra Aditya Bakti, 1996. h.144

⁴¹ Ismail Koto, and Taufik Hidayat Lubis. "Tindak Pidana Penyelundupan Pakaian Bekas Dalam Perspektif Teori Kepastian Hukum (Studi Kasus Di Kantor Bea Cukai Teluk Nibung Tanjung Balai)." *Buletin Konstitusi* 2.1 (2021), h. 68

⁴² Ahmad Redi, *Hukum Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan*, Sinar Grafika, Jakarta, 2018, h. 41.

suatu norma yang lebih tinggi lagi, tetapi *grundnorm* itu ditetapkan terlebih dahulu oleh masyarakat sebagai norma dasar yang merupakan gantungan bagi norma-norma yang berada di bawahnya sehingga suatu norma dasar itu dikatakan *pre-supposed*.⁴³ Posisi hierarkis demikian memungkinkan peraturan perundang-undang yang lebih rendah tidak bertentangan dan tidak menyimpangi peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi karena hal demikian jelas dilarang oleh teori hierarki norma.⁴⁴

Dalam tulisannya Hans Kelsen⁴⁵ juga menjelaskan tentang validitas bahwa “Apakah hakikat dari validitas hukum, seperti dibedakan dari efektivitas hukum? Perbedaannya dapat dilukiskan dengan sebuah contoh : suatu peraturan hukum melarang pencurian, menetapkan bahwa setiap pencuri harus dihukum oleh hakim. Peraturan ini valid bagi semua orang yang dengan demikian melarang pencurian kepada mereka, yaitu individu- individu yang harus mematuhi peraturan tersebut, yakni para subjek dari peraturan tersebut. peraturan hukum adalah valid terutama bagi mereka yang benar-benar mencuri dan dalam melakukan pencurian tersebut melanggar peraturan tersebut. dengan kata lain, peraturan hukum adalah valid meskipun dalam kasus-kasus dimana peraturan hukum itu kurang efektif.”

Prinsipal mempunyai sifat “perintah” dan “memaksa” bahwa seseorang diharuskan taat kepada hukum karena negara menghendakinya dan individual harus menaati peraturan- peraturan tersebut agar setiap permasalahan akan

⁴³ *Ibid*

⁴⁴ Mardian Wibowo, *Op., Cit.*, h. 62

⁴⁵ Hans Kelsen. *Teori Umum Hukum Dan Negara*, Jakarta: Bee Media Indonesia, 2007. h. 35

mendapatkan kepastian, kemanfaatan, dan keadilan sebagai tujuan termegah hukum sebagai suatu titik ukur kejahatan dan kebaikan di dunia⁴⁶.

Pasal 24 ayat (1) UUD 1945 berisi tentang misi dari lembaga peradilan adalah untuk menegakkan hukum dan keadilan oleh peradilan di Indonesia (Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi) bukan sekedar menegakkan hukum, akan tetapi juga mewujudkan keadilan. Mengingat bahwa pemikiran Radbruch bisa dianggap sebagai kritik, sekaligus “memperbaiki/menyempurnakan” konsep positivisme hukum yang hanya berorientasi pada kepastian hukum yang dalam konteks Pasal 24 ini menggunakan istilah menegakkan hukum, maka pasal dimaksud boleh jadi mengadopsi konsepsi tiga nilai dasar yang meletakkan “keadilan” sebagai unsur pokok bahkan dianggap sebagai “ruh” yang harus ada dalam hukum di Indonesia.⁴⁷

Pasal 28D (2) UUD 1945 hasil amandemen memberikan pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta jaminan perlakuan yang sama di hadapan hukum bagi setiap orang. Pasal ini merupakan manifestasi dari ajaran bahwa setiap hukum harus memberikan kepastian hukum sebagaimana diajarkan oleh paham positivisme hukum.⁴⁸ Guna mewujudkan keadilan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28D (2) di atas sudah barang tentu, kita tidak bisa mempedomani keadilan “model” negara negara hukum *rechtsstaat*, (memutus sesuai dengan bunyi undang-undang ansich sudah merupakan kebenaran hukum dan berkeadilan menurut paham positivisme

⁴⁶ Ismail Koto, and Taufik Hidayat Lubis, *Op., Cit*, h. 69.

⁴⁷ Muhammad Muslih. "Negara Hukum Indonesia Dalam Perspektif Teori Hukum Gustav Radbruch (Tiga Nilai Dasar Hukum)." *Legalitas: Jurnal Hukum*, Vol.4.1 (2013), h.147.

⁴⁸ *Ibid*

hukum). melainkan sesuai dengan spirit pembentukan Negara Republik Indonesia sebagaimana tergambar dalam pembukaan UUD 1945, maka keadilan “model” negara hukum *the rule of law* lebih pas. Hal ini disebabkan keadilan bukan dari bunyi ansich undang- undang yang hanya merupakan salah satu sumber hukum di Indonesia, melainkan digali dari nilai-nilai keadilan masyarakat.⁴⁹

Gustav Radbruch tentang tiga nilai dasar hukum yang meliputi, aspek keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum ini sudah barang tentu berpotensi menimbulkan ketegangan di antara masing-masing aspek. Ada kalanya keadilan bertentangan dengan manfaat, atau lain kali keadilan bertentangan dengan kepastian hukum juga dimungkinkan adanya ketegangan antara manfaat dengan keadilan. Guna mengantisipasi kondisi tersebut Gustav Radbruch memberikan jalan keluar melalui ajaran prioritas baku, dengan memberikan patokan dalam memutus suatu perkara, dimana prioritas pertama keadilan, kedua manfaat dan ketiga kepastian hukum. Ajaran prioritas baku relatif lebih bijak dan arif, dibandingkan dengan ajaran ekstrim seperti Aliaran Hukum Etis yang hanya berfokus pada keadilan, aliran Utilitarian yang hanya berfokus pada kegunaan hukum dan Aliran Dogmatik Legalistik (positivisme hukum) yang hanya berfokus pada kepastian hukum.⁵⁰

Seiring dengan makin kompleksnya kepentingan-epentingan dalam kehidupan sehari-hari, maka ajaran prioritas baku dirasakan tidak lagi memenuhi idealitas yang diharapkan. Untuk itu muncul lagi ajaran prioritas kasuistik yang memungkinkan ketiga nilai dasar di atas secara bergantian sesuai dengan konteks

⁴⁹ *Ibid*, h. 148

⁵⁰ *Ibid*, h.149-150

masalah bisa menjadi unsur yang dominan, sehingga masing-masing nilai dasar hukum bisa secara bergantian menjadi unsur yang dominan pada kasus tertentu. Konsep/ ajaran prioritas kasuistik inilah yang oleh dunia praktik hukum dianggap sebagai ajaran yang paling relevan untuk menjawab masalah-masalah hukum yang semakin kompleks dewasa ini.

Kepastian hukum sebagai salah satu tujuan hukum, harus seimbang dengan tujuan hukum lainnya, antara lain keadilan dan kemanfaatan. Demikian juga sebaliknya, keadilan dan kemanfaatan harus selalu berada dalam keseimbangan dengan kepastian. Kepastian hukum memiliki peran yang penting dalam rangka penegakan hukum. Penegakan hukum yang dimaksud adalah upaya untuk membuat hukum dapat berfungsi, beroperasi dan terwujud secara kongkret. Dengan demikian, istilah penegakan hukum dapat diartikan sebagai fungsionalisasi hukum atau operasionalisasi hukum atau konkretisasi hukum termasuk dalam bidang hukum perkreditan. Hukum dapat dibuat menjadi berfungsi, beroperasi (bekerja sehingga terwujud secara kongkret, yang memerlukan proses.) Dengan demikian penegakkan hukum merupakan suatu proses bekerja dan berfungsinya hukum, oleh aparat hukum terhadap perilaku-perilaku yang secara formal material berlawanan dengan norma-norma hukum.⁵¹

Kepastian hukum merupakan perlindungan yustisiabel terhadap tindakan sewenang-wenang, yang berarti bahwa seseorang akan dapat memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu. Masyarakat mengharapkan adanya kepastian hukum, karena dengan adanya kepastian hukum, masyarakat akan lebih

⁵¹ Deasy Soeikromo, "Kepastian Hukum Pemenuhan Hak Kreditor Dalam Eksekusi Objek Jaminan Hak Tanggungan Melalui Parate Eksekusi", *De Legalata, Jurnal Ilmu Hukum*, Vol 1 Nomor 1, Januari-Juni 2016, h. 50.

tertib. Hukum bertugas menciptakan kepastian hukum untuk tujuan ketertiban masyarakat.

Berkaitan tentang kepastian hukum terhadap jaminan kepatuhan hak tanggungan Syariah, maka kepentingan para pihak haruslah dituangkan dalam akta otentik yang dibuat oleh atau dihadapan PPAT atau Notaris, bukan saja karena diharuskan oleh peraturan perundang-undangan, tetapi juga karena dikehendaki oleh pihak yang berkepentingan untuk memastikan hak dan kewajiban para pihak demi kepastian hukum.⁵²

Berdasarkan Pasal 2 Peraturan Pemerintah Nomor 37 tahun 1998 sebagaimana diubah dengan Peraturan Pemerintah Nomor 24 tahun 2016 Tentang Peraturan Pejabat Pembuat Akta Tanah menyebutkan bahwa salah satu tugas pokok melaksanakan sebagian kegiatan pendaftaran tanah dengan membuat akta sebagai bukti telah dilakukannya perbuatan hukum tertentu mengenai hak atas tanah atau Hak Milik Atas Satuan Rumah Susun termasuk pembebanan hak tanggungan hak atas tanah.

Disamping itu, berdasarkan Pasal 15 ayat (1) kewenangan notaris yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 Jo. Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2014 Tentang Jabatan Notaris bahwa "Notaris berwenang membuat akta autentik mengenai semua perbuatan, perjanjian, dan penetapan yang diharuskan oleh peraturan perundang-undangan dan/ atau yang dikehendaki oleh yang berkepentingan untuk dinyatakan dalam Akta autentik, menjamin kepastian tanggal pembuatan akta, menyimpan akta, memberikan grosse, salinan dan kutipan akta,

⁵² Supartini, Oting, and Anis Mashdurohatun. "Akibat Hukum Akta Perjanjian Kredit Yang Dibuat Notaris Dengan Jaminan Hak Tanggungan Adanya Kepastian Hukum Dan Keadilan Para Pihak." *Jurnal Pembaharuan Hukum* 3.2 (2016), h. 200-215.

semuanya itu sepanjang pembuatan akta itu tidak juga ditugaskan atau dikecualikan kepada pejabat lain atau orang lain yang ditetapkan oleh undang-undang”. Termasuk salah satu tugas dan kewenangan Notaris yaitu membuat akta SKMHT sebagaimana ditafsirkan Pasal Pasal 15 ayat (2) huruf f bahwa Notaris berwenang membuat akta pertanahan.

Berdasarkan uraian tersebut di atas menunjukkan bahwa untuk memberikan kepastian hukum bank syariah atas fasilitas pembiayaan yang disalurkan kepada nasabah melalui akad *murabahah* (jual beli) ataupun akad *musyarakah* dan *mudharabah* (bagi hasil/*profit loss sharing*) yakni bank syariah mempersyaratkan adanya jaminan diantaranya hak atas tanah yang dijaminakan melalui lembaga hak tanggungan. Sehingga salah satu ciri dari hak tanggungan adalah memberikan pelunasan didahulukan atas kreditur lain, maka sertifikat hak tanggungan yang memuat titel eksekutorial menjadikan kreditor mendapatkan kepastian hukum.

Parate executie yang diatur dalam UU Hak Tanggungan, bertujuan untuk memberikan kemudahan kepada kreditor dalam pemenuhan piutangnya manakala debitur wanprestasi. Bahwa kreditor sebagai pemegang hak tanggungan dapat menjual objek Hak Tanggungan atas kekuasaan sendiri tanpa harus melalui lembaga peradilan.

Parate eksekusi merupakan kewenangan yang diberikan oleh undang-undang kepada salah satu pihak kreditor untuk melaksanakan isi perjanjian, jika pihak lain (debitur) cidera janji atau wanprestasi terhadap pelaksanaan isi perjanjian. Dasar pemberian *parate eksekusi* bagi kreditor adalah perjanjian yang

dilakukan antara pihak debitor dengan kreditor yang isinya menyerahkan objek hak atas tanah debitor kepada kreditor sebagai jaminan atas pelunasan terhadap utang debitor berdasarkan perjanjian pokok.

1.5.2 Asas-Asas Perikatan Islam dalam Perbankan Syariah

Istilah asas berasal dari bahasa Arab yang berarti dasar atau landasan. Sedangkan secara terminologi, yang dimaksud dengan asas ialah nilai-nilai dasar (*al-qiyam al-asasiyah*) yang menjadi bahan pertimbangan untuk melakukan perbuatan. Karena nilai-nilai dasar itu sangat berpengaruh terhadap perbuatan atau perilaku manusia secara lahiriyah (akhlaq), maka nilai-nilai dasar tersebut harus mengandung unsur-unsur kebenaran hakiki. Rumusan asas-asas dalam hukum kontrak syariah bersumber dari Al-Qur'an dan Sunnah. Upaya ini dimaksudkan agar asas-asas yang dijadikan sebagai dasar hukum penyusunan kontrak mengandung kebenaran yang bersumber dari Allah.⁵³

Asas berarti dasar, basis, dan fondasi. Secara terminologi, asas adalah dasar atau sesuatu yang menjadi tumpuan berpikir atau berpendapat. Istilah lain yang memiliki arti sama dengan kata asas adalah prinsip, yaitu dasar atau kebenaran yang menjadi pokok dasar berpikir, bertindak, dan sebagainya.⁵⁴

Paul Scholten, mengartikan asas-asas hukum itu “tendensi-tendensi yang disyaratkan kepada hukum oleh paham kesusilaan kita”. Dipahami asas-asas hukum itu sebagai pikiran-pikiran dasar yang terdapat di dalam dan di belakang sistem hukum, masing-masing dirumuskan dalam aturan-aturan perundang-undangan dan putusan-putusan hakim, yang berkenaan dengannya ketentuan-

⁵³ Trisadini Prastinah Usanti dan Abdul Shomad, *Transaksi Bisnis Syariah*, Bumi Aksara, Jakarta, 2013, h. 49-50.

⁵⁴ Gemala Dewi, *Hukum Perikatan Islam di Indonesia* (Jakarta: Kencana, 2006), h. 30.

ketentuan dan keputusan-keputusan individual dapat dipandang sebagai penjabarannya.⁵⁵

Lebih lanjut Mochammad Isnaini menyatakan bahwa asas atau prinsip, pada hakikatnya tidak pernah mencuat lugas apalagi terang menderang, pada batang tubuh yang berjudul ketentuan undang-undang. Justru akad atau prinsip tersebut, layaknya fondasi yang dipakai selaku tumpuan undang-undang. Sehingga eksistensinya jarang nampak secara kasat mata. Untuk menemukan asas, perlu digali dengan memakai sarana khusus, yaitu interpretasi atau penafsiran. Setelah ditemukan, masih harus memerlukan analisis, mengapa asas tersebut ada serta diperlukan sebagai tumpuan.⁵⁶

Asas hukum merupakan dasar bagi hukum perjanjian. Prinsip-prinsip atau asas-asas dianggap sebagai hukum perjanjian, memberikan sebuah gambaran mengenai latar belakang cara berpikir yang menjadi dasar hukum perjanjian. Satu dan lain karena sifat fundamental hal-hal tersebut, maka prinsip-prinsip utama itu dikatakan pula sebagai prinsip-prinsip dasar.⁵⁷ Asas hukum merupakan landasan yang paling luas bagi lahirnya suatu peraturan hukum. Ini berarti bahwa peraturan-peraturan hukum pada akhirnya dapat dikembalikan kepada asas-asas tersebut.⁵⁸ Asas berfungsi sebagai pedoman atau arahan orientasi berdasarkan mana hukum dapat dijalankan. sehingga asas juga dapat dikatakan sebagai

⁵⁵ Valerine J.L. Kriek hoff, Genta Publishing, Yogyakarta, 2014, h. 30.

⁵⁶ Moch Isnaeni, *Mutu Manikam Asas Hukum Kontrak*, Revka Prima Media, Surabaya, 2020, h.115

⁵⁷ Herlien Budiono, *Het Evenwichtbeginsel Voor Het Indonesisch Contractenrecht*, (Holland: Diss Leiden, 2001), h. 64. "Sebagai Prinsip-Prinsip Hukum Kontrak, Nieuwenhu adalah menyebutkan: asas otonomi, asas kepercayaan dan asas kausa (Drie beginselen van het contracten recht).

⁵⁸ Johannes Ibrahim dan Lindawaty Sewu, *Hukum Bisnis Dalam Persepsi Manusia Modern*, Cetakan 2, Refika Aditama, Bandung, 2007, h. 50

pedoman, landasan, serta pikiran dasar yang bersifat umum yang melandasi aturan hukum.

Menurut Agustianto,⁵⁹ Asas ini sesungguhnya berasal hukum Islam. Dalam hukum Islam disebutkan bahwa terjadinya suatu akad (perjanjian) bila ada kesepakatan antar pihak yang melakukannya. Hal ini mengandung makna bahwa setiap perjanjian yang diadakan oleh kedua pihak merupakan perbuatan yang sakral (spiritual) dan bersifat transenden. Pemenuhan akad-akad merupakan perintah Allah dan menjadi bentuk ketaatan kepada Allah. Orang yang melanggar akad perjanjian mendapatkan dosa, orang menepatinya mendapatkan pahala. Bahkan dalam sebuah hadits qudsi Allah berfirman bahwa Allah adalah pihak ketiga pada dua pihak yang bertransaksi kemitraan. Dari Abu Hurairah, Rasulullah SAW berkata “Sesungguhnya Allah SWT berfirman : “Aku pihak ketiga dari dua orang yang bertransaksi syirkah (kemitraan).

Sebagaimana dalam BW yang mengenal asas kebebasan berkontrak, asas personalitas, asas itikad baik, asas konsensualisme, sedangkan dalam hukum adat mengenal asas terang, tunai dan riil, dalam hukum Islam mengenal juga asas-asas hukum perjanjian, yang sama dengan asas-asas hukum perikatan Islam.⁶⁰

Sebagaimana dalam hukum perjanjian BW yang mengenal asas kebebasan berkontrak, asas personalitas, dan asas itikad baik, sedangkan dalam

⁵⁹ Agustianto, “Asas-Asas Akad (Kontrak) dalam Hukum Syariah”, *Hand Out* Pelatihan Dasar Perbankan Syariah, Iqstihad Consulting, Surabaya, Jakarta, 16 Desember 2016.

⁶⁰ Bagya Agung Prabowo, *Aspek Hukum Pembiayaan Murabahah Pada Perbankan Syariah*, Yogyakarta, UII Press, 2012, h. 48-49.

hukum adat mengenal asas terang, tunai dan riil, dalam hukum Islam juga mengenal asas-asas hukum perjanjian yaitu:⁶¹

1. Asas *al-ilahiyyah* (ketuhanan), yaitu semua perbuatan manusia adalah ketentuan Allah SWT dan segala sesuatu adalah milik Allah SWT. Dalam perikatan harus menaati apa yang diperintahkan dan yang dilarang. Dalil asas tersebut:

- a. QS *al-hadid* (157):4

Dialah yang menciptakan langit dan bumi dalam enam masa: Kemudian Dia bersemayam di atas 'Arsy. Dia mengetahui apa yang masuk ke dalam bumi dan apa yang keluar daripadanya dan apa yang turun dari langit dan apa yang naik kepada-Nya. Dan Dia bersama kamu di mana saja kamu berada. Dan Allah Maha Melihat apa yang kamu kerjakan.

- b. QS *an-nisaa* (4): 13

(Hukum-hukum tersebut) itu adalah ketentuan-ketentuan dari Allah. Barangsiapa taat kepada Allah dan Rasul-Nya, niscaya Allah memasukkannya kedalam surga yang mengalir didalamnya sungai-sungai, sedang mereka kekal di dalamnya; dan itulah kemenangan yang besar.

2. Asas *Muhawwah* (kenabian) setiap perikatan termasuk dalam hal muamalah harus berpijak pada teladan Nabi Muhammad saw, agar perikatan tersebut sesuai sunnah dan tuntunan hadis yang diajarkan Rasulullah.⁶² Perintah tersebut terdapat dalam ayat-ayat sebagai berikut:

- a. QS *al-ahzab* (33):21

Sesungguhnya telah ada pada (diri) Rasulullah itu suri teladan yang baik bagimu (yaitu) bagi orang yang mengharap (rahmat) Allah dan (kedatangan) hari kiamat dan dia banyak menyebut Allah.

- b. QS *an-nisaa* (4):13

⁶¹ *Ibid*

⁶² Nur Wahid, *Hukum Perikatan Islam di Indonesia*, Kencana, Jakarta, 2020, h. 36.

(Hukum-hukum tersebut) itu adalah ketentuan-ketentuan dari Allah. Barangsiapa taat kepada Allah dan Rasul-Nya, niscaya Allah memasukkannya kedalam surga yang mengalir didalamnya sungai-sungai, sedang mereka kekal di dalamnya; dan itulah kemenangan yang besar.

3. Asas *ibadah*, asas ini merupakan asas umum dalam hukum Islam, asas ini memberi ruang yang seluas-luasnya dalam fiqih muamalah untuk menciptakan berbagai kreativitas akad baru selama tidak bertentangan larangan universal dalam hukum Islam.
4. Asas kebebasan (*al-hurriyah*), asas ini meniscayakan setiap orang yang memenuhi syarat tertentu memiliki kebebasan untuk melakukan akad, namun kebebasan ini tidaklah absolut. sepanjang tidak bertentangan dengan syariat Islam dan melanggar ketertiban umum.⁶³ Menurut Faturahman Jamal bahwa “syariah Islam memberikan kebebasan setiap orang yang melaksanakan akad sesuai yang diinginkan, tetapi yang menentukan akibat hukumnya adalah ajaran agama.”⁶⁴ Dalil dari asas ini QS al-baqarah (2):256

Tidak ada paksaan untuk (memasuki) agama (Islam); sesungguhnya telah jelas jalan yang benar daripada jalan yang sesat. Karena itu barangsiapa yang ingkar kepada Thaghut dan beriman kepada Allah, maka sesungguhnya ia telah berpegang kepada buhul tali yang amat kuat yang tidak akan putus. Dan Allah Maha Mendengar lagi Maha Mengetahui.

5. Asas konsensualisme (*mahda'alrada'iyah*), asas ini menyatakan bahwa untuk tercapainya suatu perjanjian cukup dengan tercapainya kata sepakat antara para pihak tanpa perlu diformalitas tertentu. Dalil asas ini terdapat dalam QS an-Nisaa (4):29

⁶³ Gemala Dewi dan Wirdayaningsih serta Yeni Salma Barlinti, *Hukum Perikatan Islam Di Indonesia*, cetakan ke-3, Kencana, Jakarta, 2007, h.31

⁶⁴ Faturahman Djamil, *Hukum Perjanjian Syariah. Dalam Kompilasi Hukum Perikatan oleh Mariam Darus Badruzaman et.al*, cet.1 Bandung Citra aditya Bakti, 2001, h 249

Hai orang-orang yang beriman, janganlah kamu saling memakan harta sesamamu dengan jalan yang batil, kecuali dengan jalan perniagaan yang berlaku dengan suka sama-suka di antara kamu. Dan janganlah kamu membunuh dirimu; sesungguhnya Allah adalah Maha Penyayang kepadamu.

6. Asas janji untuk mengikat, artinya janji atau kesepakatan yang telah dibuat para pihak, dipandang mengikat para pihak yang telah dibuatnya. Dalil asas ini terdapat dalam QS al-israa(17): 34

Dan janganlah kamu mendekati harta anak yatim, kecuali dengan cara yang lebih baik (bermanfaat) sampai ia dewasa dan penuhilah janji; sesungguhnya janji itu pasti diminta pertanggungan jawabnya.

7. Asas keseimbangan atau kesetaraan, hukum perjanjian Islam memandang perlu adanya keseimbangan antara orang yang berakad, baik keseimbangan antara apa yang diberikan dan apa yang diterima maupun keseimbangan dalam memikul risiko. Oleh karena itu, dalam akad perjanjian setiap orang memiliki *bargaining position* yang seimbang tanpa terkecuali. Dalil asas ini QS al-hujurat (49): 13

Hai manusia, sesungguhnya Kami menciptakan kamu dari seorang laki-laki dan seorang perempuan dan menjadikan kamu berbangsa-bangsa dan bersuku-suku supaya kamu saling kenal-mengenal. Sesungguhnya orang yang paling mulia diantara kamu disisi Allah ialah orang yang paling takwa diantara kamu. Sesungguhnya Allah Maha Mengetahui lagi Maha Mengenal.

8. Asas proporsionalitas (*al 'adl wa wa tawazun*)

Proporsionalitas adalah prinsip hukum yang tidak hanya membutuhkan kesetaraan hak dan kewajiban di antara para pihak berdasarkan nilai-nilai yang bersaing, tetapi juga memiliki tujuan untuk memberikan keadilan di antara para pihak. Prinsip ini sejalan dengan prinsip *Al Musawah* yang lebih dahulu dikenal dalam hukum kontrak atau pembuatan Akad dalam pandangan

Islam yang juga memiliki tujuan *ad 'adl wa tawazun*. Prinsip ini adalah penerapan prinsip itikad baik, prinsip transaksi berdasarkan kejujuran termasuk dalam hal menentukan margin keuntungan.⁶⁵

Prinsip proporsionalitas bermakna sebagai prinsip yang melandasi atau mendasari pertukaran hak dan kewajiban para pihak sesuai proporsi atau bagiannya. Menurut Agus Yudha Hernoko,⁶⁶ mengandalkan pembahagian hak dan kewajiban yang diwujudkan dalam seluruh proses hubungan kontraktual, baik pada fase pra kontraktual, pembentukan kontrak, maupun pelaksanaan kontrak. Prinsip proporsionalitas sangat berorientasi kepada konteks hubungan dan kepentingan para pihak (menjaga kelangsungan bisnis). Dalilnya dalam QS An Nisaa (4): 29

Hai orang-orang yang beriman, janganlah kamu saling memakan harta sesamamu dengan jalan yang batil, kecuali dengan jalan perniagaan yang berlaku dengan suka sama-suka di antara kamu. Dan janganlah kamu membunuh dirimu; sesungguhnya Allah adalah Maha Penyayang kepadamu.

9. Asas kemaslahatan/kemanfaatan (*al manfa'ah*), bahwa akad yang dibuat para pihak dimaksudkan untuk mewujudkan kemaslahatan bagi mereka dan tidak boleh mendatangkan kerugian dan keadaan yang memberatkan. Perwujudan kemaslahatan dalam pembuatan akad perjanjian, Syariah secara tegas telah mengharuskan para pihak yang mengikatkan diri dalam suatu akad tersebut untuk memenuhi akadnya tersebut hal ini sebagaimana yang telah disepakati, hal ini disebutkan dalam Q.S. Al-Maidah ayat 1 yang menyatakan "Hai

⁶⁵ Fiska Silvia, Agus Yudha Hernoko, Ghansham Anand *Karakteristik Prinsip Proporsionalitas Pada Islamic Crowdfunding Di Indonesia*, diakses <https://www.unair.ac.id/2019>. Tanggal 2 September 2022.

⁶⁶ Agus Yudha Hernoko. *Op cit*, h 173.

orang-orang yang beriman penuhilah akad-akad itu". Pemenuhan akad dalam perjanjian adalah representasi pemenuhan hak dan kewajiban antara sesama manusia demi kemaslahatan bersama.⁶⁷ Menurut Maha-Hanaan Balala ada tiga prinsip utama yang perlu dikedepankan dalam akad atau perjanjian dalam Islam yaitu *Contractual Fairness*, *Social Justice* dan *Permissibility*.⁶⁸

10. Asas *amanah*, dengan asas ini dimaksudkan bahwa masing-masing pihak yang melakukan akad haruslah beritikad baik dalam bertransaksi dengan pihak lainnya dan tidak dibenarkan mengexploitasi ketidaktahuan mitranya. Dalam hukum perjanjian Islam perjanjian amanah ialah salah satu pihak hanya bergantung pada informasi jujur dari pihak lainnya untuk mengambil keputusan. Dalil dari asas ini adalah:

- a. QS al-Baqarah (2):283

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

- b. QS an-Nisaa (4): 58

Sesungguhnya Allah menyuruh kamu menyampaikan amanat kepada yang berhak menerimanya, dan (menyuruh kamu) apabila menetapkan hukum di antara manusia supaya kamu menetapkan

⁶⁷ Abdul Shomad, Rekonstruksi Akad Bank Syariah Untuk Mencapai Kemaslahatan Sebagai Wujud Rahmatan Lil-Alamin, Pidato Disampaikan pada Pengukuhan Jabatan Guru Besar dalam Bidang Ilmu Hukum Bisnis Syariah pada Fakultas Hukum Universitas Airlangga di Surabaya pada Hari Sabtu, Tanggal 1 Juni 2013, h.21-22.

⁶⁸ Maha-Hanan Balala, *Islamic Finance and Law Theory and Practice in a Globalized World*, First Published, I.B. Tauris Co. Ltd., New York, 2011, h. 23.

dengan adil. Sesungguhnya Allah memberi pengajaran yang sebaik-baiknya kepadamu. Sesungguhnya Allah adalah Maha Mendengar lagi Maha Melihat.

11. Asas keadilan (*al-'adalah*). Keadilan adalah sebuah sendi yang hendak diwujudkan oleh para pihak yang melakukan akad. Dalam hukum Islam kontemporer telah diterima suatu asas demi keadilan syarat baku itu dapat diubah oleh pengadilan apabila ada alasan untuk itu. Dalil asas ini

- a. QS al-Maidah (5): 8

Hai orang-orang yang beriman hendaklah kamu jadi orang-orang yang selalu menegakkan (kebenaran) karena Allah, menjadi saksi dengan adil. Dan janganlah sekali-kali kebencianmu terhadap sesuatu kaum, mendorong kamu untuk berlaku tidak adil. Berlaku adillah, karena adil itu lebih dekat kepada takwa. Dan bertakwalah kepada Allah, sesungguhnya Allah Maha Mengetahui apa yang kamu kerjakan.

- b. QS an-Nahl (16): 90

Sesungguhnya Allah menyuruh (kamu) berlaku adil dan berbuat kebajikan, memberi kepada kaum kerabat, dan Allah melarang dari perbuatan keji, kemungkaran dan permusuhan. Dia memberi pengajaran kepadamu agar kamu dapat mengambil pelajaran

12. Asas tertulis (*al-kitabah*), asas ini menganjurkan transaksi dalam bentuk tidak tunai (kredit). Maka hendaklah perikatan tersebut dilakukan secara tertulis, juga diperlukan adanya saksi-saksi (*syahadah*). Jika suatu transaksi tidak secara tunai, maka dapat dipegang suatu benda sebagai jaminannya.⁶⁹ Termasuk diantaranya menunjuk sorang penulis atau pencatat yang memahami transaksi dan akad yang diperjanjikan. Sehingga ayat ini pula sebagai dasar hukum bagi Notaris atau PPAT dalam membuat atau

⁶⁹ Gemala Dewi dan Wirdayaningsih serta Yeni Salma Barlinti, *op cit*, h.37-38

mengkostantir keinginan para pihak dalam akad syariah. Dalil asas ini al-Baqarah (2): 282-283

Hai orang-orang yang beriman, apabila kamu bermu'amalah tidak secara tunai untuk waktu yang ditentukan, hendaklah kamu menuliskannya. Dan hendaklah seorang penulis di antara kamu menuliskannya dengan benar. Dan janganlah penulis enggan menuliskannya sebagaimana Allah mengajarkannya, meka hendaklah ia menulis, dan hendaklah orang yang berutang itu mengimlakkan (apa yang akan ditulis itu), dan hendaklah ia bertakwa kepada Allah Tuhannya, dan janganlah ia mengurangi sedikitpun daripada utangnya. Jika yang berutang itu orang yang lemah akalnya atau lemah (keadaannya) atau dia sendiri tidak mampu mengimlakkan, maka hendaklah walinya mengimlakkan dengan jujur. Dan persaksikanlah dengan dua orang saksi dari orang-orang lelaki (di antaramu).....

13. Asas kejujuran (*ash-shidq*), kejujuran merupakan merupakan hal yang harus dikedepankan dalam akad muamalah. Jika kejujuran mengandung unsur penipuan (*gharar*) maka merusak dan menjadikan akad tersebut batal. Dalil asas tersebut terdapat dalam QS Al-Ahsab (33): 70 “Hai orang-orang yang beriman, bertakwalah kamu kepada Allah dan katakanlah perkataan yang benar.”
14. Asas *social justice*, bahwa setiap amal perbuatan yang dilakukan oleh setiap manusia hendaknya membawa suatu faedah dan manfaat serta tidak mengandung unsur-unsur kemudharatan bagi umat manusia. Suatu tanggung jawab sosial hendaknya haruslah tercermin dalam setiap akad perjanjian, supaya hak dan kewajiban yang timbul dari akad tersebut tidak mengganggu hak orang lain dan tidak menimbulkan kemudharatan bagi umat manusia. Sedangkan terhadap prinsip yang ketiga bahwa akad yang dapat diperjanjikan adalah akad yang diperbolehkan untuk diperjanjikan atau yang tidak dilarang dalam Al Quran maupun Sunnah, hal ini adalah ketentuan mutlak yang tidak

boleh ditawar-tawar lagi mengingat dua hal tersebut adalah *the ultimate source of law* dalam Islam.⁷⁰

15. Asas kerelaan/konsensualisme (*al-ridha'iyah*), asas ini menunjukkan bahwa dalam melaksanakan akad hendaknya saling sukarela atau suka sama-suka. Tidak dibenarkan suatu transaksi muamalat, dilakukan dengan tekanan, paksaan ataupun penipuan.⁷¹ Kerelaan para pihak telah terwujud pada saat terjadinya kata sepakat tanpa perlu dipenuhinya formalitas tertentu. Apabila suatu transaksi tidak memenuhi syarat ini maka berarti memakan sesuatu secara bathil. Kondisi ridha diimplementasikan kedalam perjanjian yang dilakukan diantaranya dengan kesepakatan dalam bentuk *shigat* (ijab dan kabul) dan adayan konsep *khiyar* (opsi).⁷² Ketentuan tersebut tercantum dalam QS *al ahsab* (33):70 “Hai orang-orang yang beriman, bertawakallah kamu kepada Allah, dan katakanlah perkataan yang benar.”

Sementara dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) Bab II

Pasal 21 disebutkan bahwa akad dilakukan berdasarkan asas:⁷³

1. *Ikhtiyari*/sukarela, setiap akad dilakuykan atas kehedak para pihak, terhindar dari keterpaksaan karena tekanan salah satu pihak atau pihak lain.
2. *Amanah*/menempati janji setiap akad wajib dilaksanakan oleh para pihak sesuai dengan kesepakatan yang ditetapkan oleh yang bersangkutan dan pada saat yang sama terhindar dari cidera janji.
3. *Ikhtiyati*/kehati-hatian; setiap akad dilakukan dengan pertimbangan yang matang dan dilaksanakan secara tepat dan cermat.
4. *Luzum*/tidak berubah; setiap akad dilakukan dengan tujuan yang jelas dan perhitungan yang cermat, sehingga terhindar dari praktik spekulasi atau *maisir*.

⁷⁰ Abdul Shomad II, *Op cit*, h. 22.

⁷¹ Gemala Dewi dan Wirdayaningsih serta Yeni Salma Barlinti, *Op cit*, h. 36-37.

⁷² Yasardin, *Asas Kebebasan Berkontrak Syariah*, Kencana, Jakarta, 2018, h. 100.

⁷³ Mahkamah Agung Republi Indonesia, Direktorat Jenderal badan Peradilan Agama Tahun 2011, Edisi Revisi, h.15-16

5. Saling menguntungkan; setiap akad dilakukan untuk memenuhi kepentingan para pihak sehingga tercegah dari praktik manipulasi dan merugikan salah satu pihak.
6. *Taswiyah*/kesetaraan; para pihak dalam setiap akad memiliki kedudukan yang setara, dan mempunyai hak dan kewajiban yang seimbang.
7. Transparansi; setiap akad dilakukan dengan pertanggungjawaban para pihak secara terbuka.
8. Kemampuan; setiap akad dilakukan sesuai dengan kemampuan para pihak, sehingga tidak menjadi beban yang berlebihan bagi yang bersangkutan.
9. *Taisir*/kemudahan; setiap akad dilakukan dengan cara saling memberi kemudahan kepada masing-masing pihak untuk dapat melaksanakannya sesuai dengan kesepakatan.
10. Itikad baik; akad dilakukan dalam rangka menegakkan kemaslahatan, tidak mengandung unsur jebakan dan perbuatan buruk lainnya.
11. Sebab yang halal; tidak bertentangan dengan hukum, tidak dilarang oleh hukum dan tidak haram.
12. *Al hurriyah* (kebebasan berkontrak).
13. *Al kitabah* (tertulis)

Berdasarkan jenis asas-asas dalam perikatan syariah terdapat perbedaan pendapat atau penyebutan tentang asas akad misalnya penyebutan asas akad yang dikemukakan oleh Fathurrahman Jamil (Guru Besar Hukum Islam UIN Syarif Hidayatullah Jakarta) dan team penyusun KHES. Namun terdapat persamaan diantara asas akad yang disebutkan tersebut.

1.5.3 Prinsip Hukum Jaminan Pembiayaan Pada Bank Syariah

Sifat perjanjian jaminan lazimnya dikonstruksikan sebagai perjanjian yang bersifat *accessoir* yaitu senantiasa merupakan perjanjian yang dikaitkan dengan perjanjian pokok, mengabdikan pada perjanjian pokok. Dalam praktik perbankan perjanjian pokoknya itu berupa perjanjian pemberian kredit atau perjanjian membuka kredit oleh bank, dengan kesanggupan memberikan jaminan berupa gadai, hipotik, hak tanggungan, jaminan fidusia, *borgtocht* dan lain-lain.⁷⁴

⁷⁴ Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *Hukum Jaminan di Indonesia; Pokok-Pokok Hukum Jaminan dan Jaminan Perorangan*, Cetakan kelima, Liberty Offset, Yogyakarta, 2011, h.37.

Kedudukan perjanjian jaminan yang dikonstruksikan sebagai perjanjian yang bersifat *accessoir* menjamin kuatnya lembaga jaminan tersebut bagi keamanan pemberian kredit oleh kreditur, sebagai perjanjian yang bersifat *accessoir* memperoleh akibat-akibat hukum seperti halnya perjanjian *accessoir* yaitu:⁷⁵

- a. Adanya tergantung pada perjanjian pokok;
- b. Hapusnya tergantung pada perjanjian pokok;
- c. Jika perjanjian pokok batal, maka perjanjian *accessoir* ikut batal;
- d. Ikut beralih dengan beralihnya perjanjian pokok;
- e. Jika perutangan pokok beralih karena cessie, subrogasi, maka *accessoir* ikut beralih tanpa adanya penerahan khusus.

Dalam praktik perbankan syariah, hak tanggungan diterapkan sebagian besar pada akad pembiayaan. Didalam hubungan hukum yang terjadi antara nasabah bank syariah dan bank syariah seyogyanya dilakukan secara benar berdasarkan prinsip syariah maupun peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia.

Terkait penggunaan jaminan sebagai pengendalian risiko, para ulama telah berpendapat bahwa terdapat dua kaidah penting yang harus diperhatikan dalam menjalankan bisnis dalam setiap transaksi usaha, yaitu kaidah *al-kharaj bidh dhaman* (pendapatan adalah imbalan atas tanggungan yang diambil) dan *alghunmu bil ghurmi* (keuntungan adalah imbalan atas kesiapan menanggung kerugian). Konsekuensi logis dari kaidah tersebut yakni Islam melarang setiap jenis transaksi yang didalamnya terjadi ketidakseimbangan antara risiko dan

⁷⁵ *Ibid*, h.37

keuntungan. Dengan kata lain, Islam melarang setiap jenis transaksi yang menghasilkan keuntungan tanpa adanya kesediaan menanggung kerugian.⁷⁶

Upaya bank dalam memitigasi risiko yang dilakukan dengan meminta jaminan berupa barang pada beberapa akad pembiayaan tertentu harus memperhatikan prinsip dari *al-ghunmu bil ghurmi* (keuntungan adalah imbalan atas kesiapan menanggung kerugian) karena transaksi yang didalamnya terjadi ketidakseimbangan antara risiko dan keuntungan akan berpotensi menimbulkan riba. *Riba nasi'ah* yakni riba yang timbul dari utang-piutang yang tidak memenuhi kriteria untung muncul bersama risiko (*al ghunmu bil ghurmi*),⁷⁷ keuntungan merupakan kompensasi yang pantas atas kesediaan seseorang menanggung potensi kerugian. Untuk itu perlu diketahui, fungsi jaminan khususnya jaminan berupa tanah dengan dokumen terkait APHT diperuntukkan sebagai pengalihan (*transfer*) risiko ataukah pembagian risiko, agar tidak melanggar prinsip *al-ghunmu bil ghurmi*, karena hal ini sangat terkait dengan sah atau tidaknya keuntungan (*profit*) yang diterima oleh pihak bank.

Terdapat beberapa fungsi pokok agunan antara lain meliputi :⁷⁸ 1) Untuk menjaga harta bank dalam bentuk kredit, karena dengan diserahkannya jaminan ke bank maka bank berhak memperoleh pelunasan atas hasil penjualan jaminan apabila nasabah cidera janji; 2) Menjamin agar pembiayaan usaha tersebut berjalan lancar dengan diserahkannya harta pemilik (debitor) sebagai jaminan

⁷⁶ Wahyudi, *Manajemen Risiko Bank Islam*, Salemba Empat, Jakarta, 2000, h.15.

⁷⁷ Heri Sudarsono, *Bank dan Lembaga Keuangan Syariah Deskripsi dan Ilustrasi*, Ekonisia, Yogyakarta, 2003, h.15.

⁷⁸ Agus Yudha Hernoko, "Lembaga Jaminan Hak Tanggungan Sebagai Penunjang Kegiatan Perkreditan Perbankan Nasional", *Tesis*, Universitas Airlangga, Surabaya, (Selanjutnya disebut Agus Yudha Hernoko II), 1998, h.88.

bank yang secara moril debitor akan bertanggung jawab terhadap proyek usahanya tersebut; 3) Mendorong debitor untuk membayar kembali utang-utangnya agar tidak kehilangan harta yang telah dijaminkan tersebut.

Selain itu agunan atau jaminan memberikan manfaat secara psikologis bahwa kreditor akan merasa aman dan tidak akan kehilangan kekayaan, artinya uang/dana yang dipinjamkan dapat diperoleh kembali dan memperkecil risiko, artinya kerugian kreditur berkurang karena sebagian pinjaman dapat dibayar dari hasil penjualan barang-barang agunan/jaminan.

Mengingat agunan berfungsi sebagai unsur pengaman (*safety*) di dalam penyaluran kredit maka pada saat dilakukan penilaian atau analisis kredit kondisi agunan (*collateral*) tersebut harus benar-benar diperhatikan. Maksudnya agunan tersebut harus memenuhi persyaratan tertentu, sehingga dengan adanya kredit yang telah disalurkan oleh bank akan lebih terjamin keamanannya. Agunan yang diberikan oleh debitor kepada bank diharapkan mampu menekan tingkat risiko (*degree of risk*) yang mungkin timbul di kemudian hari. Dengan kata lain, agunan merupakan salah satu unsur pengaman terpenting yang memberikan perlindungan hukum dalam kegiatan perkreditan (*safety*). Jangan sampai terjadi sebaliknya, dengan adanya jaminan justru menambah risiko bagi bank di kemudian hari.⁷⁹

Jaminan syariah merupakan jaminan yang berdasarkan pada prinsip hukum Islam. Karakteristik utama dari jaminan syariah dalam konsep jaminan syariah tidak dikenal adanya bunga jaminan, sebab jaminan syariah merupakan

⁷⁹ *Ibid*, h.67.

perjanjian ikutan dari perjanjian pembiayaan syariah. Jaminan syariah pada hakikatnya merupakan suatu sistem hukum.⁸⁰

Konsep jaminan dalam hukum Islam dikenal dengan istilah *al-rahn* dan telah ada sejak zaman Rasulullah SAW. Dalam *Islamic Jurisprudential*, *rahn* (*mortgage or security money*) means possessions offered as security for a debt so that the debt will be taken from them in case the debtor failed to pay back the due money.⁸¹

Hadis riwayat Bukhari dan Muslim diriwayatkan bahwa Rasulullah SAW membeli makanan dari seorang Yahudi dengan menjadikan baju besinya sebagai barang jaminan. Menurut para ilmuwan hukum Islam, jaminan yang diberikan Rasulullah tersebut adalah peristiwa pertama tentang jaminan di dalam Islam, yang dapat diartikan Rasul memperkenalkan jaminan ini untuk dijadikan sumber hukum Islam. Berdasarkan Al Qur'an dan Al Hadits, ulama fikih sepakat mengatakan bahwa *al-rahn* merupakan bentuk jaminan berdasarkan hukum Islam. Pelaksanaan jaminan syariah menurut jumhur ulama diperbolehkan karena banyak kemaslahatan (faedah atau manfaat) yang terkandung di dalamnya dalam rangka hubungan muamalah antara sesama manusia dan sebagai perwujudan moral dalam melaksanakan ekonomi Islam. Aktualisasi nilai-nilai ekonomi Islam merupakan upaya dan proses untuk memahami, mengkonseptualisasi dan mewujudkan nilai-nilai tersebut dalam kehidupan masyarakat. Sementara nilai-nilai Islam merupakan kumpulan dari asas-asas, prinsip-prinsip dan ajaran-ajaran Islam

⁸⁰ Noor Hafidah, "Kajian Prinsip Hukum Jaminan Syariah Dalam Kerangka Sistem Hukum Syariah", *Journal Trunojoyo*, 2013, h.10.

⁸¹ Ala' Eddin Kharofa, *Transactions in Islamic Law*,: A.S. NOORDEEN, Kuala Lumpur, 1997, h.154.

sebagai pedoman dalam menjalankan kehidupannya.⁸² Nilai-nilai tersebut saling berkait membentuk satu kesatuan yang utuh, termasuk didalamnya nilai ekonomi Islam.

Salah satu lembaga jaminan yang populer dipakai dalam perbankan syariah adalah Hak tanggungan. Hak tanggungan adalah hak jaminan yang dibebankan pada hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam Undang-undang Nomor 5 Tahun 1960, tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, berikut atau tidak berikut benda-benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu, untuk pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditur tertentu terhadap kreditur-kreditur lain⁸³. Perjanjian jaminan yang melahirkan hak tanggungan dibuat oleh para pihak dengan tujuan untuk melengkapi perjanjian pokok yang umumnya merupakan perjanjian utang piutang atau perjanjian kredit. Mengamati sketsa seperti itu dapat ditarik suatu pemahaman, bahwasanya hubungan antara pihak dijalin oleh 2 (dua) jenis perjanjian, yakni perjanjian kredit selaku perjanjian pokok, dan perjanjian jaminan selaku jaminan tambahan (*accessoir*)⁸⁴.

Di lingkungan perbankan saat berkehendak mengucurkan dana pinjaman kepada masyarakat yang membutuhkan, maka wajib menegakkan prinsip kehati-hatian sebagaimana diamanatkan Undang-Undang Perbankan. Diharapkan dengan menegakkan prinsip kehati-hatian, bank akan menjadi sehat dan dapat

⁸² M. Arifin Hamid, *Hukum Ekonomi Islam (Ekonomi Syariah) di Indonesia Aplikasi dan Perspektifnya*, Ghalia Indonesia, Bogor, 2007, h.25.

⁸³ Herowati Poesoko, *Dinamika Hukum Parae Executie Obyek Hak Tanggungan*, Edisi revisi, Aswaja Pressindo, Yogyakarta, 2013, h.12.

⁸⁴ Moch Isnaeni, "Kerancuan Hak Tanggungan Dalam Kaitannya Sebagai Pengaman Penyaluran Kredit Bank", *Amrta*, Vol 1, No.1 Mei 1999, (untuk selanjutnya disebut Moch Isnaeni I),h.80.

menyumbangkan jasanya menjaga pertumbuhan ekonomi nasional. Keberadaan hukum jaminan yang sering dijadikan tumpuan saat pelaku pasar melepas dana pinjaman. Dalam diri hukum jaminan tentunya diperlukan adanya kepastian akan pengembalian atau pelunasan dana pinjaman dibelakang hari, tanpa perlu prosedur yang berbelit-belit, takkala debitor cidera janji⁸⁵.

Mendayagunakan lembaga jaminan kebendaan yang disediakan pembentuk undang-undang, adalah dalam rangka memperoleh hak yang didahulukan dalam soal pelunasan piutang dari hasil lelang agunan. Inilah sebuah preferensi yang disediakan oleh perangkat hukum jaminan guna menangkal risiko sedini mungkin bagi kreditur yang telah menyalurkan dana pinjaman kepada debitor⁸⁶. Alur prosedur untuk mendapatkan preferensi ini memang harus dibuat sejak awal dengan menyertakan perjanjian jaminan kebendaan selaku perjanjian tambahan yang mendampingi perjanjian pokok, yakni perjanjian kredit yang dibuat lebih awal oleh bank.

Pembuatan perjanjian jaminan kebendaan guna mendukung perjanjian kredit, pihak bank dapat menyusun klausula sebagai benteng pertahanan yang sejak dini dipersiapkan guna mengantisipasi risiko yang sangat potensial dapat muncul dibelakang hari. Hal ini penting, mengingat benda yang diikat sebagai jaminan kredit, hak miliknya tetap ada pada debitor. Agar kewenangan yang dipunyai debitor sebagai pemilik benda tidak akan menimbulkan kerugian bagi bank, maka diperlukan klausula yang berisi pemangkasan wewenangny dengan membuat janji-janji. Misal janji tidak diperkenankan mengasingkan obyek

⁸⁵ Moch Isnaeni, *Pengantar Hukum Jaminan kebendaan*, Revka Petra Media, Surabaya, (untuk selanjutnya disebut Moch Isnaeni II), 2014, h.121

⁸⁶ *Ibid*, h.122.

jaminan, menyewakan, mengubah ataupun menjaminkan ulang tanpa sepengetahuan atau izin bank sebagai kreditur⁸⁷.

Jaminan dalam perjanjian utang piutang diperkenankan sejalan dengan firman Allah SWT dalam QS *Al Baqarah* (2): 283 artinya “jika kamu bermuamalah tidak secara tunai sedangkan kamu tidak memperoleh penulis, maka hendaklah ada barang tanggungan yang dipegang oleh yang berpiutang.”

Dalam Fatwa DSN MUI Nomor 25/DSN-MUI/III/2002 tentang *rahn* dan fatwa 26/DSN-MUI/III/2002 tentang *rahn* emas memberikan pengertian tentang *rahn* adalah “menahan barang sebagai jaminan atas utang”, sedangkan Buku II KHES Pasal 20 angka (14) menyatakan bahwa *rahn* adalah penguasaan barang milik peminjam oleh pemberi pinjaman sebagai jamiunan. Sehingga dalam Islam dikenal 2 (dua) macam hukum jaminan yaitu jaminan bersifat kebendaan atau *materiel* disebut dengan istilah *ar rahn* dan jaminan bersifat perseorangan atau *inmateriel* disebut dengan istilah *al Kafallah*.⁸⁸

Adapun beberap prinsip atau asas hukum jaminan yang berlaku dalam hukum kebendaan, yaitu:⁸⁹

1. Asas *publiciteit*, yaitu asas bahwa semua hak, baik hipotek, hak tanggungan, jaminan fidusia harus di daftarkan. Hal ini dimaksudkan supaya pihak ketiga

⁸⁷ Moch Isnaeni, *Hukum Jaminan kebendaan Eksistensi, Fungsi dan Pengaturan*, Laksbang Pressindo, Yogyakarta, (untuk selanjutnya disebut Moch Isnaeni III), 2016, h.183-184.

⁸⁸ Amran Suadi 1, *Eksekusi Jaminan Dalam Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah*, Kencana, Jakarta, 2019, h.17-18.

⁸⁹ Thomas Suyatno, *Dasar-Dasar Perkreditan*, Edisi ke 4, Jakarta, Gramedia Pustaka Utama, 1995, h. 9, juga lihat pada H. Zaini Ashadie dan Rahmah Kusumawati, *Hukum Jaminan di Indonesia; Kajian Berdasarkan Hukum Nasional dan Prinsip Ekonomi Syariah*, Rajawali Press, Depok, 2018, h. 24-25.

dapat mengetahui bahwa benda jaminan tersebut sedang dilakukan pembebanan jaminan.

2. Asas *specialiteit*, yaitu bahwa hipotek, hak tanggungan dan jaminan fidusia, hanya dapat dibebankan atas persil atau atas barang-barang yang sudah terdaftar atas nama orang tersebut.
3. Asas tidak dapat dibagi-bagi, yaitu asas dapat dibaginya utang tidak dapat mengakibatkan dapat dibaginya hak gadai, hipotek, hak tanggungan dan jaminan fidusia walaupun telah dilakukan pembayaran sebagian.
4. Asas *inbezitsteilling*, barang jaminan (gadai) harus berada pada penerima gadai.
5. Asas horizontal, yaitu bangunan dan tanah bukan merupakan satu kesatuan. Hal ini dapat dilihat dalam penggunaan hak pakai, baik tanah negara maupun tanah hak milik.

Mariam Darus Badruzaman mengemukakan bahwa asas-asas hukum jaminan meliputi asas filosofis, asas konstitusional, asas politis dan asas operasional (konkrit) yang bersifat umum. Salim HS menjelaskan asas tersebut sebagai berikut:⁹⁰

1. Asas filosofis, yaitu asas dimana semua peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia harus didasarkan pada falsafah yang dianut oleh bangsa Indonesia yakni Pancasila.

⁹⁰ Salim HS, *Perkembangan Hukum Jaminan di Indonesia*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2014, h. 10-11

2. Asas Konstitusional, yaitu asas dimana semua peraturan perundang-undangan dibuat dan disahkan oleh pembentuk undang-undang harus didasarkan pada hukum dasar (konstitusi).
3. Asas politis, yaitu asas dimana segala kebijakan dan teknik di dalam penyusunan peraturan perundang-undangan didasarkan TAP MPR.
4. Asas operasional (konkrit) yang bersifat umum, merupakan asas yang dapat digunakan dalam pelaksanaan pembebanan jaminan.

1.6 Metode Penelitian

1.6.1 Tipe Penelitian

Mencermati isu hukum yang dikaji dalam disertasi ini, maka penelitian ini termasuk penelitian hukum normative (*Legal Research*)⁹¹ yang bersifat preskriptif. Menurut **Paul Scholten** sebagaimana dikutip **Peter Mahmud Marzuki** ilmu hukum berbeda dengan ilmu deskriptif. Ia mengemukakan bahwa ilmu hukum bukan untuk mencari fakta historis dan hubungan-hubungan sosial seperti pada penelitian sosial.⁹² Menurutnya, ilmu hukum berurusan dengan preskripsi-preskripsi hukum, putusan yang bersifat hukum, dan materi-materi yang diolah dari kebiasaan-kebiasaan. Argumentasi yang dikemukakan oleh **Paul Scholten** menunjukkan secara jelas bahwa ilmu hukum mempunyai karakter preskriptif dan sekaligus ilmu terapan.⁹³ Pengelompokan tipe penelitian yang demikian itu didasarkan pada pertimbangan, bahwa orientasi dari kajian ini lebih dimaksudkan untuk menemukan aturan hukum, prinsip-prinsip hukum maupun

⁹¹ Philipus M Hadjon dan Tatiek Sri Djamiati, *Argumentasi Hukum*, Gajah Mada University Press, 2009., h. 3-4.

⁹² Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Cetakan ke-3, 2009, h. 32. (Selanjutnya disebut Peter Mahmud Marzuki I).

⁹³ *Ibid*, h.32

doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu hukum yang dihadapi,⁹⁴ terutama yang berkaitan dengan eksistensi dan daya mengikat akad pembiayaan terhadap jaminan Hak Tanggungan pada Bank Syariah.

Penegasan bahwa penelitian ini termasuk dalam tipe penelitian normatif atau doktrinal hanya sekedar untuk membedakannya dengan tipe penelitian hukum empirik (*socio legal*) atau non-doktrinal, yang oleh Peter Mahmud bukan termasuk dalam penelitian hukum melainkan termasuk kelompok penelitian sosial humaniora. Bahkan, Peter Mahmud secara tegas berpendapat bahwa dikotomi antara penelitian hukum normatif dengan penelitian hukum empirik (*socio-legal*) itu sesungguhnya merupakan suatu kekeliruan besar, karena tidak memiliki pendasaran argumentasi yang memadai.⁹⁵

1.6.2 Pendekatan Masalah

Dalam rangka memperoleh kebenaran ilmiah atas jawaban isu hukum yang dikaji, maka dalam penelitian ini digunakan beberapa pendekatan. Adapun empat macam pendekatan yang digunakan, yaitu:⁹⁶

- (1) Pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dilakukan dengan mengkaji dan menganalisis berbagai peraturan perundang-undangan yang mengatur mengenai semua peraturan perundang-undangan dan regulasi yang bersangkutan paut dengan isu hukum berkenaan dengan akad pembiayaan dan hak tanggungan pada bank syariah. Peraturan perundang-undangan dan regulasi yang berkenaan dengan isu hukum ini antara lain Undang-Undang

⁹⁴ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Cetakan ke-4, Jakarta, 2008, h. 35. (Selanjutnya disebut Peter Mahmud Marzuki II).

⁹⁵ *Ibid.*, h. 87-91.

⁹⁶ *Ibid.*, h 93-140.

Nomor 7 Tahun 1992 Jo. Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perbankan, Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas tanah beserta Benda-Benda yang Berkaitan dengan Tanah, peraturan pelaksanaannya dan Fatwa Dewan Syariah Nasional terkait dengan produk jasa perbankan syariah.

- (2) Pendekatan konseptual (*conseptual approach*), dilakukan untuk menelusuri prinsip-prinsip hukum dalam perbankan syariah, prinsip hukum jaminan hak tanggungan, konsep penyelesaian sengketa dalam perbankan syariah, dan konsep hukum lain yang terkait isu hukum yang diteliti.
- (3) Pendekatan kasus (*case approach*), dilakukan dengan mengkaji dan menganalisis berbagai putusan pengadilan yang mempunyai kekuatan hukum tetap dalam perkara yang berkaitan dengan penyelesaian pembiayaan bermasalah terhadap eksekusi jaminan hak tanggungan. Putusan-putusan yang telah memiliki kekuatan hukum tetap (*inkracht van gewijsde*) sebagai yurisprudensi mempunyai arti yang penting dalam kerangka penelitian untuk kajian akademis, karena pertama, yurisprudensi merupakan konkretisasi, peraturan perundang-undangan; kedua, di dalam yurisprudensi terkandung interpretasi oleh pengadilan atas suatu perundang-undangan; ketiga, yurisprudensi mengandung penciptaan hukum; yang terakhir berfungsi untuk mengisi kekosongan aturan perundang-undangan.⁹⁷ Bahkan dengan mengetahui pertimbangan hukum (*ratio decidendi*) terhadap putusan

⁹⁷ Peter Mahmud Marzuki, "Penelitian Hukum", *Yuridika*, Vol.16.No.1, Maret-April 2001, h.103-126 (untuk selanjutnya disebut Peter Mahmud Marzuki III).

pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap, yang berarti dapat mengetahui perkembangan nilai-nilai hukum yang ada dalam masyarakat yang berkembang secara dinamis. Adapun putusan yang dimaksud yaitu:

- a. Putusan Pengadilan Tinggi Agama Surabaya Nomor 543/Pdt.G/2019/PTA.Sby penyelesaian sengketa akad *line facility musyarakah* dengan jaminan Hak Tanggungan;
 - b. Putusan sengketa perdata Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 2479K/Pdt/2011 perkara kasasi sengketa akad *mudharabah* yang berawal dari eksekusi hak tanggungan atas jaminan Koperasi Syariah BMT Al Hijrah dengan tergugat 1 Bank Syariah, Tergugat II perorangan;
 - c. Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 179 K/Ag/2017 tentang akad *murabahah* dengan jaminan Hak Tanggungan.
- (4) Pendekatan perbandingan (*Comparatif Approach*), dilakukan untuk menganalisis dan membandingkan pelaksanaan jaminan syariah khususnya *Rahn Tasjily* dalam perbankan Islam di Malaysia dan Bank Syariah di Indonesia terkait APHT. Adapun alasan memilih membandingkan sistem jaminan syariah khususnya *rahn tasjily* di Malaysia karena:
- a. Negara Malaysia menjadi sebuah negara yang mengalami perkembangan perbankan syariah yang lebih pesat dibanding negara ASEAN lainnya. Bahkan Kepatuhan Syariah menjadi hal yang wajar dan mudah untuk ditemukan, karena Malaysia memiliki pondasi yang kuat atas berkembangnya perbankan syariah. Sejak berdirinya Bank Negara Malaysia (BNM) pada tahun 1959 hingga tahun 2000-an menjadi waktu

yang luar biasa bagi Malaysia karena mampu menciptakan iklim syariah sehingga penerapan kepatuhan syariah lebih mudah dilakukan.

- b. Secara umum konstruksi hukum yang berlaku di Indonesia dan Malaysia merupakan harmonisasi dan integrasi antara hukum syariah dan hukum konvensional (*civil*), dengan menggunakan sistem manajemen risiko yang sama mengusung asas kehati-hatian (*prudential banking*) yang diabsorpsi dari standar internasional yakni *Basel Committee on Banking Supervision* (Basel) dan *Islamic Finance Service Board* (IFSB) serta *Accounting And Auditing Organization For Islamic Financial Institution* (AAOIFI).

1.6.3 Sumber Bahan Hukum

Bahan hukum yang digunakan untuk mengkaji isu hukum yang dikemukakan dalam disertasi ini meliputi:⁹⁸

- (1) Bahan hukum primer yang dimaksudkan di sini berupa norma hukum yang bersumber pada Al Qur'an, Al hadits, fatwa Dewan Syariah Nasional (DSN), opini Dewan Pengawas Syariah (DPS), fatwa-fatwa Fuqaha khususnya yang berkaitan dengan prinsip akad pembiayaan dan jaminan pada bank syariah. Serta norma hukum yang bersumber pada peraturan perundang-undangan dalam bidang perbankan syariah, bahan hukum primer berupa peraturan di bidang perbankan syariah diantaranya Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas tanah beserta Benda-Benda yang Berkaitan dengan Tanah, serta peraturan dibawahnya yang berkaitan dengan perbankan syariah, dan

⁹⁸ Peter Mahmud Marzuki I, *Op Cit.*, h.141-166.

terakhir putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap yang substansinya berkaitan dengan penyelesaian sengketa akad pembiayaan terhadap jaminan hak tanggungan pada bank syariah.

- (2) Bahan hukum sekunder berupa semua publikasi tentang hukum yang bukan merupakan dokumen-dokumen resmi. Publikasi tentang hukum meliputi buku-buku teks, kamus-kamus hukum, jurnal-jurnal hukum, doktrin dari para ahli hukum. Penelitian ini juga berfokus pengkajian bahan hukum dalam hukum islam, yang meliputi karya ilmiah berupa kitab-kitab fiqh dalam bidang Muamalah.⁹⁹

1.6.4 Prosedur Pengumpulan dan Analisa Bahan Hukum

Setelah bahan hukum dikumpulkan, selanjutnya akan dilakukan langkah-langkah analisa bahan hukum, sebagai berikut:¹⁰⁰

- (1) mengidentifikasi fakta hukum dan mengeliminir hal-hal yang tidak relevan untuk menetapkan isu hukum yang hendak dipecahkan;
 - (2) pengumpulan bahan-bahan hukum bahan-bahan hukum dan sekiranya dipandang mempunyai relevansi juga bahan-bahan non-hukum;
 - (3) melakukan telaah atas isu hukum yang diajukan berdasarkan bahan-bahan yang telah dikumpulkan;
 - (4) menarik kesimpulan dalam bentuk argumentasi yang menjawab isu hukum;
- dan

⁹⁹ Abdul Shomad, *Prinsip Syariah dalam Hukum Perbankan Indonesia (Ringkasan Disertasi)*, Koleksi khusus Fakultas Hukum Unair, 2008, h 7. (untuk selanjutnya disebut Abdul Shomad II)

¹⁰⁰ Peter Mahmud Marzuki I, *Op Cit.*, h. 171

- (5) memberikan preskripsi berdasarkan argumentasi yang telah dibangun di dalam kesimpulan.

Langkah-langkah ini sesuai dengan karakter ilmu hukum sebagai ilmu yang bersifat preskriptif dan terapan. Sebagai ilmu yang bersifat preskriptif, ilmu hukum mempelajari tujuan hukum, nilai-nilai keadilan, validitas aturan hukum, konsep-konsep hukum, dan norma-norma hukum. Sebagai ilmu terapan, ilmu hukum menetapkan standar prosedur, ketentuan-ketentuan, rambu-rambu dalam melaksanakan aturan hukum. Oleh karena itulah, langkah-langkah tersebut dapat diterapkan baik terhadap penelitian untuk kebutuhan praktis maupun yang untuk kajian akademis.¹⁰¹

1.6.5 Sistematika Penulisan

Penelitian dalam rangka penulisan disertasi ini secara garis besar akan di sistematisasi sebagai berikut:

Bab I, yang merupakan bab **Pendahuluan**, pada bab ini diuraikan dasar permasalahan yang menjadi obyek penelitian dan selanjutnya dirumuskan dalam isu hukum. Pada bab ini ditetapkan tujuan yang ingin diharapkan dari penelitian tentang prinsip-prinsip jaminan syariah dalam APHT. Pada bab ini ditetapkan manfaat yang diharapkan dari hasil penelitian ini baik secara teoritis maupun praktis. Bab ini juga menguraikan dasar-dasar teori yang digunakan untuk menganalisis permasalahan yang telah ditetapkan dan metode yang dipergunakan dalam mengkaji permasalahan dalam penelitian ini, selanjutnya bab I ini terdiri

¹⁰¹ *Ibid*, h. 171

dari latar belakang dan rumusan masalah, tujuan, manfaat, kajian teoritik, metode penelitian hukum dan sistematika penulisan.

Bab II, membahas tentang Landasan Filosofi Jaminan Hak Tanggungan Yang Memenuhi Kepatuhan Syariah. merupakan bab untuk menjawab masalah pertama. Pada bab ini akan dikaji Implikasi maqashid Syariah terhadap kepatuhan Syariah, kepatuhan syariah dalam perbankan syariah, hakikat jaminan syariah yang memenuhi prinsip syariah dan hakikat hak tanggungan dalam sistem hukum jaminan di Indonesia.

Bab III, membahas Urgensi Pentingnya Hak Tanggungan Yang Memenuhi Kepatuhan Syariah, merupakan bab untuk menjawab masalah kedua yang diajukan dalam penelitian ini, pada bab ini akan mengkaji hak tanggungan dalam akad pembiayaan bank syariah, kekuatan mengikat hak tanggungan terhadap akad pembiayaan, kepatuhan syariah dalam implementasi hak tanggungan, *rahn tasjily* dalam penerapan jaminan hak tanggungan pada pembiayaan syariah, harmonisasi hukum jaminan di bank syariah dan penggunaan *rahn tasjily* dalam pembiayaan pada bank syariah di Indonesia dan di Malaysia.

Bab IV, membahas model Akta Pembebanan Hak Tanggungan (APHT) yang Sesuai prinsip kepatuhan syariah, merupakan bab untuk menjawab masalah ketiga yang diajukan dalam penelitian ini. Pada bab ini akan mengkaji Implementasi Jaminan Hak Tanggungan Yang Memenuhi Kepatuhan Syariah, Implementasi dalam Akad Pembiayaan Berbasis Jual Beli, Implementasi dalam Akad Pembiayaan berbasis bagi hasil, Implementasi dalam Akad Pembiayaan Berbasis Sewa Menyewa/*Ijarah Muntahiya Bittamlik* (IMBT), Implementasi

dalam Akad *Musyarakah Mutanaqishah* (MMQ), dan Analisis Putusan Pengadilan Agama dan atau Mahkamah Agung terkait kaedah hukum atas permohonan gugatan terhadap eksekusi hak tanggungan, selanjutnya merekonstruksi Akta Pemberian Hak Tanggungan Yang Memenuhi Kepatuhan Syariah berupa Peraturan Kantor Badan Pertanahan Nasional Perkaban Nomor Nomor 8 Tahun 2012 Tentang Ketentuan Pelaksanaan Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 Tentang Pendaftaran Tanah dan Kompilasi Hukum Ekonomi Islam, Tugas dan wewenang PPAT dalam pembuatan APHT selanjutnya anatomi dan teknis pembuatan Akta Pembebanan Jaminan Hak Tanggungan (APHT) yang sesuai kepatuhan syariah.

Bab IV, merupakan bagian penutup dari disertasi ini yang berisi simpulan dan saran atas hasil analisis yang dilakukan. Simpulan merupakan jawaban atas rumusan masalah yang diajukan, sedangkan saran terkait dengan simpulan yang ada.