

BAB I

PENDAHULUAN

1.1.Latar Belakang

Dalam perkembangannya ajaran Islam dan praktiknya sudah mulai masuk dalam segi perdagangan hingga kedunia bisnis seperti perbankan syariah. Indonesia merupakan Negara yang mempunyai mayoritas penduduk dengan agama Islam terbanyak. Tidak heran konsep ajaran Islam sekarang menjadi jawaban atas persoalan yang dialami manusia. Nilai – nilai yang terkandung dalam ajaran Islam sendiri yaitu komperhensif dan universal. merangkum segala aspek kehidupan sosial masyarakat yang bersifat universal itu yang dinamakan dengan komperhensif, sedangkan universal sendiri memiliki arti syariah (hukum Islam) sangat fleksibel karna bisa dilakukan kapan dan dimana saja.¹penerapan ajaran Islam ini bersifat universal karena prinsipnya Islam adalah *rahmatan lil alamin*.

Al Qur'an dan Hadits adalah sumber dari segala sumber dalam membentuk suatu nilai kaidah dan norma yang akan menjawab seluruh persoalan hidup manusia. Dari kedua sumber tersebut manusia menggali nilai – nilai hukum dan norma, dan kepada kedua hal tersebut manusia merujuk untuk memecahkan / atau penyelesaiannya memerlukan suatu hukum.² Jika terjadinya permasalahan dalam kehidupan manusia pencarian oleh hukum di dasarkan pada urutan dari

¹ Trisadini P.Usanti dan Abd.Shomad, *Hukum Perbankan*, Cetakan Pertama, Universitas Airlangga dan Lutfansah Mediatama, Surabaya, 2015, h.5.

² Muhammad Amin Suma, *Persinggungan Hukum Islam dengan Nilai – Nilai Hukum Tidak Tertulis*, Perpustakaan Unair, 2005, h.35.

mulai yang pertama hingga ke empat yaitu, Al Quran, Hadits, ijma'(yaitu konsesus) dan qiyas (deduksi analogi).³Isu Syariah bukan merupakan hal yang baru bagi manusia untuk dijadikan sebagai jalan keluar dari berbagai krisis. Hubungan antara perbankan syariah dengan krisis keungan menjadi sorotan utama di tahun 2008 an, karena pada waktu itu krisis global sedang terjadi namun perbankan syariah masih bisa stabil dalam kondisi krisis global tersebut. Ini menjadikan Perbankan syariah menjadi alternatif dibanding Perbankan Konvensional. Bank Syariah tidak diperbolehkan untuk melakukan investasi aset derivatif (seperti judi dimana sekuritas menyediakan hasil yang bergantung atau bersyarat pada nilai aset lain atau nilai indeks pasar.⁴

Berkaca pada Perkembangan Perbankan dalam sistem Islam di Negara Eropa dan Timur Tengah salah satunya dengan campur tangan kebijakan Negara. Pengaturan mengenai Perbankan syariah sudah diatur secara khusus pada peraturan perundang-undangan. dengan dikeluarkannya Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah selanjutnya disebut dengan UU Perbankan Syariah, pengaturan mengenai perbankan syariah belum maksimal dengan kondisi dimana Indonesia merupakan Negara dengan mayoritas penduduk beragama Islam. Bank syariah dengan Bank konvensional memiliki kesamaan yaitu berfungsi sebagai *intermediary institution* namun dalam dunia perbankan sangat beragam akad (Perjanjian) yang digunakan. Perbankan syariah kita tidak

³ Mervyn K.Lewis dan Latifah M AlGaoud, *Perbankan Syariah, Prinsip Praktikdan Konsep*, Serambi Ilmu Semesta, Cetakan I, Jakarta 2007, h. 34

⁴ Bodie, Markus, dan Kane, *Manajemen Portofolio dan Investasi*, Edisi 9 Buku 2, Salemba Empat, Jakarta, 2014, h.4

mengenal istilah bunga namun berdasarkan prinsi syariah yaitu bagi hasil keuntungan maupun bagi hasil kerugian. Prinsip Syariah menurut Pasal 1 angka 12 UU Perbankan Syariah, Prinsip Syariah adalah prinsip Hukum Islam dalam kegiatan perbankan berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang perbankan Syariah.

Dalam praktiknya di perbankan syariah khususnya mengenai berbagai produk yang digunakan untuk pembiayaan properti yang selama ini digunakan adalah *murabahah* dan *istishna*. Adanya produk baru yang disebut *Musyarakah Mutanaqishah* lebih memberikan keringanan pada penetapan uang muka. Beberapa jawaban mengenai pembiayaan *Musyarakah Mutanaqishah* (selanjutnya disebut MMQ) dan *Ijarah muntahiyah bittamlik* (selanjutnya disebut IMBT) dikenakan pengaturan lebih ringan dari pembiayaan properti dengan akad *murbahah* dan *istishna*, penjelasannya sebagai berikut :

- a. Dikarenakan pada produk tersebut mengandung prinsip sharing atau risiko yang merupakan jiwa ekonomi syariah.
- b. Mendorong produk MMQ dan IMBT pada perbankan syariah sehingga tidak didominasi *murabahah*. Kebijakan untuk mendorong pembiayaan di luar *murabahah* juga sudah dilakukan antara lain dalam ketentuan penilaian kualitas aktiva dan restrukturisasi untuk pembiayaan *Musyarakah/ mudharabah*.
- c. Produk MMQ dan IMBT yang memungkinkan adanya penurunan harga pada saat pembiayaan berjalan memberikan keuntungan bagi

nasabah dan bank, sehingga produk tersebut menjadi lebih kompetitif.⁵

Pada Zaman sebelum Islam sebelumnya sudah dikenal bentuk-bentuk perdagangan yang sekarang lagi berkembang di dunia modern. Bentuk – bentuk itu misalnya *Musyarakah (joint venture)*, *al-ba'iu takjiri (venture capital)*, *al-ijarah (leasing)*, *at-takaful (insurance)*, *al-ba'iu bithaman ajil (instalment sale)*, dan kredit pemilikan barang (*murabahah*).⁶

Pembiayaan *Musyarakah Mutanaqishah* secara luas diterapkan dalam pembiayaan properti, maka pada praktiknya akad *Musyarakah Mutanaqishah* masih terdapat unsur *ijarah*. Dalam Fatwa MUI nomor 73/DSN-MUI/XI/2008 tentang *Musyarakah Mutanaqishah*, akad *Musyarakah Mutanaqishah* akad yang didalamnya mengandung 3 hal yaitu akad *Musyarakah/ Syirkah, bai'* (jual beli), dan dilanjutkan dengan adanya ketentuan khusus bahwa aset *Musyarakah Mutanaqishah* dapat disewakan. Bentuk jual beli adalah berupa klausul janji pengalihan porsi kepemilikan bank dalam hubungan kemitraan atas obyek akad, dan akad *ijarah (Sewa)* yang tergabung dalam rangkaian tersebut. Aset atau barang yang dibeli sebagai obyek perjanjian tersebut diakui sebagai milik bersama antara bank dengan nasabah dengan besaran kepemilikan ditentukan oleh jumlah modal atau dana yang disertakan masing – masing pihak dalam akad. Perpindahan kepemilikan dari porsi bank syariah kepada nasabah seiring dengan

⁵ Fatwa DSN MUI Nomor 56/DSN-MUI/V/2007 tentang *Ketentuan Ujroh Pada Lembaga Keuangan Syariah*.

⁶ Rachmadi Usman, *Aspek Hukum Perbankan Syariah di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2012, h.2

bertambahnya jumlah modal nasabah dengan penambahan angsuran yang dilakukan nasabah. Penurunan porsi kepemilikan bank syariah terhadap barang atau benda berkurang secara proporsional sesuai dengan besarnya angsuran.

Pada praktiknya salah satu Bank Syariah, yaitu Bank Pemata Syariah keberadaan perjanjian *Musyarakah Mutanaqishah* dibarengi dengan perjanjian jual beli porsi kepemilikan yaitu akad *Hishshah* atas suatu aset, sedangkan aset tersebut merupakan obyek dari *Musyarakah Mutanaqishah* yang merupakan milik dari Nasabah.

1.2 Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian pada latar belakang di atas, maka permasalahan yang dikaji adalah sebagai berikut :

1. Karakteristik perjanjian Jual Beli Porsi Kepemilikan (*Hishshah*) atas obyek *syirkah* milik nasabah.
2. Kedudukan Bank Syariah dan Nasabah atas kepemilikan obyek *syirkah* milik nasabah.

1.3 Tujuan Penelitian

1. Untuk menganalisis Karakteristik perjanjian Jual Beli Porsi Kepemilikan (*Hishshah*) atas obyek *syirkah* milik nasabah.
2. Untuk menganalisis Kedudukan Bank Syariah dan Nasabah atas kepemilikan obyek *syirkah* milik nasabah.

1.4 Manfaat penelitian

Penelitian ini, hasilnya diharapkan dapat memberikan manfaat teoritis dan praktis yaitu:

1. Manfaat teoritis, hasil penelitian ini dapat digunakan sebagai sumbangan pemikiran yang dapat digunakan untuk pengembangan hukum Perbankan Syariah.
2. Manfaat praktis, hasil penelitian ini dapat digunakan sebagai sumbangan pemikiran, masukan bagi bank syariah, Notaris/ PPAT maupun masyarakat tentang pembiayaan *Musyarakah Mutanaqishah* atas obyek *Syirkah*.

1.5 Tinjauan Pustaka

1.5.1 Pembiayaan *Musyarakah Mutanaqishah*

Pembiayaan *Musyarakah* merupakan transaksi investasi dalam rangka penyediaan modal atau barang usaha yang mana dilakukan secara bersama dengan pembagian keuntungan maupun kerugian secara proporsi sesuai dengan modal masing – masing yang telah di sepakati bersama. Akad pembiayaan *Musyarakah Mutanaqishah* merupakan akad paling baru diantara akad yang lain yang juga digunakan untuk pembiayaan pemilikan rumah pada perbankan Syariah di Indonesia, sebelumnya telah digunakan prinsip *Murabahah* dan *Ijarah Muntahiyah Bit Tamlik*. Produk ini didukung dengan lahirnya Undang-Undang Perbankan Syariah. Dalam praktiknya di perbankan syariah akad pembiayaan *Musyarakah Mutanaqishah* dalam Pembiayaan Pemilikan Rumah (PPR) merupakan kerjasama antara Bank dengan Nasabah

untuk pengadaan atau pembelian suatu barang (*asset*) berupa 1 (satu) unit tanah dan bangunan yang dibeli dari penjual (*developer*) ataupun orang perorangan untuk membantu nasabah untuk memiliki tanah dan bangunan tersebut. Bahwa benda tersebut menjadi milik bersama. Adapun besaran kepemilikan dapat ditentukan sesuai dengan sejumlah modal atau dana yang disertakan dalam kontrak kerjasama yang dibuat antara Bank dengan Nasabah di awal perjanjian. Selanjutnya pihak nasabah akan membayar secara mengangsur sejumlah modal atau dana yang dimiliki oleh bank Syariah. Perpindahan dari porsi bank Syariah kepada nasabah seiring dengan bertambahnya jumlah modal nasabah yang berasal dari penambahan angsuran yang dilakukan Nasabah. Saat angsuran berakhir secara otomatis kepemilikan suatu barang tersebut akan beralih sepenuhnya milik Nasabah. Penurunan porsi kepemilikan bank Syariah terhadap barang berkurang secara proposional sesuai dengan besarnya angsuran.⁷ Selain sejumlah angsuran yang harus dilakukan nasabah untuk mengambil alih kepemilikan, nasabah harus membayar sejumlah uang sewa kepada bank Syariah hingga berakhirnya batas kepemilikan bank Syariah.

Dengan adanya larangan mengenai riba, Islam berusaha melakukan pembangunan mengenai kejujuran dan keadilan. Keadilan dalam pembahasan ini memiliki 2 dimensi yaitu yang mempunyai modal berhak untuk mendapatkan sebuah imbalan, namun imbalan yang akan diterima juga harus

⁷ *Ibid*, h.3

sepadan dengan risiko yang akan diterima nantinya sesuai dengan kebutuhan. Sebenarnya yang dilarang dalam Islam adalah keuntungan yang di peroleh diawal. Pembagian keuntungan adalah sah untuk pengembangan implementasi dalam dunia perbankan Syariah. Di dalam Islam sendiri pemilik modal sah ketika mengambil keuntungan yang dihasilkan oleh pelaku usaha. Yang menjadikan sistem bagi hasil diperbolehkan dalam Islam, yang tidak diperbolehkan yaitu bunga, karena di dalam bunga yang ditetapkan hanyalah keuntungan saja tidak pada kerugian, namun di bagi hasil, yang di bagi bukan hanya keuntungan namun juga kerugian yang akan didapat nantinya. Dalam sistem tanpa bunga yang akan dijalankan oleh penganut prinsip – prinsip Islam, seseorang akan mendapatkan keuntungan uang mereka hanya dengan cara tunduk pada risiko yang termasuk dalam bagi hasil.

Dalam *Musyarakah* pihak pelaksana menambahkan sedikit modalnya sendiri pada modal yang sudah di serahkan. Secara Formal *Musyarakah* berarti kemitraan dalam suatu lembaga pembiayaan, atau bisa disebut dimana dua orang atau lebih yang mempunyai modal menggabungkan diri pada suatu modal usaha, dengan menikmati pembagian keuntungan dan kewajiban yang sama. *Musyarakah* bisa berbentuk mufawadah artinya suatu bentuk kemitraan yang tidak terbatas, tidak tertutup dan sama dimana satu sama lain mitranya

menikmati kesamaan yang utuh dalam hal modal, manajemen dan hak pengaturan.⁸

Secara umum pembiayaan *Musyarakah* ini memberikan manfaat terhadap Bank dengan adanya kesempatan untuk mendapatkan profit dengan adanya bagi hasil akan meningkatkan pendapatan usaha, Bank tidak akan terbatas dengan pendapatan yang diperoleh setiap harinya akan meningkat seiring dengan meningkatnya pendapatan usaha yang telah dikelola oleh Nasabah. Di samping itu Bank sendiri akan mendapat *fee based income* (didapat dari administrasi, komisi asuransi maupun komisi dari Notaris). Kebutuhan Nasabah yang semakin besar untuk sebuah usaha atau keperluan lainnya dapat terpenuhi melalui pembiayaan *Musyarakah* dari bank. Risiko utama dari pembiayaan *Musyarakah* ini adalah risiko pembiayaan (*credit risk*) yang terjadi akibat debitur *wanprestasi* atau jika terjadi dalam valuta asing yang terjadi pada risiko pasar dari pergerakan nilai tukar yang mana menggunakan pembiayaan *Musyarakah*.⁹ risiko intern seperti pencatatan yang tidak benar atas nilai posisi, mark up, ketidak sesuaian pencatatan pajak, maupun kesalahan.

Dasar Hukum Islam dari produk pembiayaan *Musyarakah* ini mengacu pada dalil yang disebut dalam Al-Qur'an, Hadits maupun ijma' yaitu:¹⁰

⁸ Latifa M. Algaoud dan Mervyn K. Lewis, *Op.cit.*,h. 69

⁹ Rachmadi Usman, *Produk dan Akad Perbankan Syariah di Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Jakarta, 2009, h. 223

¹⁰ *Ibid*, h.225

a. Q.S Shad (38): 24

“dan sesungguhnya kebanyakan dari orang-orang yang bersyariat itu sebagian dari mereka berbuat dzalim kepada sebagian lain, kecuali orang yang beriman dan mengerjakan amal saleh, dan amat sedikitlah mereka ini.”

b. Hadits Riwayat Abu Daud yang disahihkan oleh Hakim dari Abu Hurairah.

Rasulullah SAW berkata:

“Allah SWT berfirman: Aku adalah pihak ketiga dari dua orang yang bersyariat selama salah satu pihak tidak mengkhianati pihak lain. Jika salah satu pihak telah berkhianat, aku keluar dari mereka.”

c. Taqirir Nabi

Setelah Rasulullah SAW diutus menjadi Nabi, masyarakat telah mempraktikkan kontrak *Musyarakah mtanaqisah*, kemudian Nabi menetapkan akad *Musyarakah mutanaqisah* sah untuk digunakan masyarakat pada masa Nabi.

d. Ijma' Ulama

Para Ulama Muslim menyepakati akan keabsahan perjanjian *Musyarakah Mutanaqisah*, sehingga kontrak ini mendapat pengakuan dan legalitas syar'i.

1.5.2 Jual Beli menurut *Burgerlijk Wetboek* (BW) dan Hukum Islam.

Hukum Indonesia sendiri telah mengatur perjanjian secara umum di dalam *Burgerlijk Wetboek* yang selanjutnya disebut BW pada Buku III Bab ke dua tentang perikatan- perikatan yang dilahirkan dari kontrak atau perjanjian. Sedangkan untuk perjanjian yang lebih khusus diatur dalam bab V sampai dengan Bab XVIII. Perjanjian akan menimbulkan suatu perikatan bagi bank dengan nasabah yang diwujudkan dengan janji atau kesanggupan yang dilakukan secara notariil maupun dibawah tangan. Hubungan hukum dalam perjanjian bukanlah hubungan hukum yang dilakukan oleh pihak-pihak yang berkeinginan untuk menimbulkan hubungan hukum tersebut.¹¹ Mengenai transaksi umumnya adalah perjanjian jual beli antar para pihak yang bersepakat untuk itu. Dalam lingkup hukum, sebenarnya istilah transaksi adalah keberadaan suatu perikatan ataupun hubungan hukum yang terjadi antara para pihak. Jadi jika berbicara mengenai transaksi sebenarnya adalah berbicara tentang aspek materiil dari hubungan hukum yang disepakati oleh para pihak Pasal 1320 jo Pasal 1338 BW, sehingga sepatutnya bukan berbicara mengenai perbuatan hukumnya secara formil, kecuali untuk melakukan hubungan hukum yang menyangkut benda tidak bergerak. Sepanjang mengenai benda tidak bergerak, maka hukum akan mengatur mengenai perbuatan hukumnya itu sendiri yakni harus dilakukan secara terang dan tunai.

¹¹ Trisadini Prasastinah Usanti, et al., *Buku Ajar Hukum Perdata*, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, 2012, h.40

Istilah perjanjian merupakan terjemahan dari kata *overeenkomst* (Belanda) yang diterjemahkan dengan persetujuan / perjanjian. Pasal 1313 BW berbunyi “Perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu pihak atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih.” Syarat Sahnya Perjanjian Syarat sahnya perjanjian diatur di dalam Pasal 1320 BW, antara lain :

1. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya dimana para pihak telah sepakat dengan perjanjian yang mereka buat.
2. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan dimana kecakapan para pihak diatur pada Pasal 47 jo. Pasal 50 Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Undang-Undang Perkawinan.
3. Suatu hal tertentu dimana melingkupi tentang obyek suatu perikatan.
4. Suatu sebab yang diperbolehkan bahwa obyek perikatan tidak melanggar undang-undang, berlawanan dengan kesusilaan maupun ketertiban umum.

Dua syarat pertama disebut syarat subjektif karena mengenai para pihak dalam suatu perjanjian. Sedangkan dua syarat yang terakhir disebut syarat objektif karena mengenai perjanjiannya sendiri atau objek dari perjanjian yang dilakukan.

Perjanjian jual beli diatur dalam Pasal 1457 BW sampai dengan Pasal 1540 BW. Menurut Pasal 1457 BW, jual beli adalah suatu perjanjian, dengan mana pihak yang satu mengikatkan dirinya untuk menyerahkan suatu kebendaan dan pihak yang lain untuk membayar harga yang telah dijanjikan. Di sini dapat diambil unsur essensialia dari jual beli, yaitu penjual menyerahkan obyek jual beli, dan pembeli

membayar harga. Pihak-pihak dalam jual beli ini adalah antara bank dengan nasabah. Setiap perjanjian jual beli akan menimbulkan kewajiban - kewajiban dan hak – hak bagi kedua belah pihak atau pihak – pihak yang mengadakan perjanjian itu.¹² Jual beli yang dianut di dalam hukum perdata ini hanya bersifat obligator, yang artinya bahwa perjanjian perjanjian jual beli baru meletakkan hak dan kewajiban timbal balik antara kedua belah pihak, penjual dan pembeli, yaitu meletakkan kepada penjual kewajiban untuk menyerahkan hak milik atas barang yang dijualnya, sekaligus memberikan kepadanya hak untuk menuntut pembayaran harga yang telah disetujui, dan disebelah lain meletakkan kewajiban kepada si pembeli untuk membayar harga barang sebagai imbalan haknya untuk menuntut penyerahan hak milik atas barang yang dibelinya. Dengan kata lain, bahwa jual beli yang dianut dalam Hukum Perdata, jual beli belum memindahkan hak milik.¹³ Tentang persetujuan jual beli Pasal 1458 BW, jual beli itu dianggap telah terjadi antara kedua belah pihak, seketika setelahnya orang-orang ini mencapai sepakat tentang kebendaan tersebut dan harganya. Kebendaan itu meskipun belum diserahkan, maupun harganya belum dibayar. Disini dapat diartikan pula, bahwa jual beli itu adalah persetujuan kehendak, antara bank dengan nasabah mengenai suatu obyek perjanjian dan harga. Oleh karena, obyek perjanjian yang akan dijual dan tanpa harga yang dapat disetujui antara dua belah pihak, tidak mungkin ada jual beli, atau jual beli tidak pernah ada.

Sedangkan perjanjian menurut Hukum Islam sendiri Perdagangan atau jual beli dalam bahasa arab sering disebut dengan kata *albai'*, *al-tijarah*, atau *al-*

¹² Purwahid Patrik, *Dasar-Dasar Hukum Perikatan* , Mandar maju, Semarang, 1994, h. 3

¹³ Sudaryo Soimin, *Status Hak dan Pembebasan Tanah*, Sinar Grafika , Jakarta , 1994, h. 94

mubadalah. Sebagaimana firman Allah SWT QS Fathir/35:29 yakni berbunyi “Mereka itu mengharapkan perniagaan yang tidak akan merugi.” Secara bahasa, jual beli atau al-bai‘u berarti muqabalatu syai’im bi syai’im. Artinya menukar sesuatu dengan sesuatu. Al-Imam An-Nawawi di dalam AlMajmu‘ Syarah Al-Muhadzdzab jual beli adalah tukar menukar harta dengan harta secara kepemilikan. Ibnu Qudamah di dalam Al-Mughni menyebutkan bahwa jual beli sebagai pertukaran harta dengan harta dengan kepemilikan dan penguasaan.¹⁴ Secara etimologis perjanjian dalam bahasa Arab diistilahkan dengan *Mu’ahadah Ittifa’*, atau akad. Dalam Bahasa Indonesia dikenal dengan kontrak, perjanjian atau persetujuan yang artinya adalah suatu perbuatan dimana seseorang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap seseorang lain atau lebih.¹⁵

Dalam ajaran Islam untuk sahnya suatu akad, harus dipenuhi rukun dan syarat dari suatu akad. Menurut Pasal 1 angka (13) UU Perbankan Syariah, akad adalah kesepakatan tertulis antara bank syariah atau UUS (Unit Usaha Syariah) dan pihak lain yang memuat adanya hak dan kewajiban bagi masing masing pihak sesuai dengan prinsip syariah. Rukun adalah unsur yang mutlak harus dipenuhi dalam sesuatu hal, peristiwa dan tindakan. Sedangkan syarat adalah unsur yang harus ada untuk sesuatu hal, peristiwa, dan tindakan tersebut.¹⁶ Rukun akad yang utama adalah

¹⁴ Irfan, *Hukum Transaksi dalam Lintas Mazhab*, Alauddin University Press, Makassar, 2014, h.1

¹⁵ Chairuman Pasaribu dan Suhrawadi K. Lubis, *Hukum Perjanjian Dalam Islam*, Sinar Grafika, 2004, Jakarta, h.1

¹⁶ Fathurahman Djamil, *Hukum Perjanjian Syariah dalam Kompilasi Hukum Perikatan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, h.78

Ijab dan Qabul. Syarat yang harus ada dalam rukun bisa menyangkut subyek dan obyek dari suatu perjanjian .

Dengan demikian, akad diwujudkan dalam ijab dan qabul yang menunjukkan adanya kesukarelaan secara timbale balik terhadap perikatan yang dilakukan oleh kedua belah pihak yang harus sesuai dengan kehendak syariat. Artinya bahwa seluruh perikatan yang diperjanjikan oleh kedua belah pihak atau lebih baru dianggap sah apabila secara keseluruhan tidak bertentangan dengan syariat Islam. Dengan adanya, ijab qabul yang didasarkan pada ketentuan syariat, maka suatu akad akan menimbulkan akibat hukum pada obyek perikatan, yaitu terjadinya pemindahan kepemilikan atau pengalihan kemanfaatan dan seterusnya. Dalam Islam ada pengertian lain yang memberikan gambaran lebih luas cakupannya dari pengertian yang tersebut diatas, yakni memasukkan pengertian akad sebagai tindakan orang yang berkehendak kuat dalam hati, meskipun dilakukan secara sepihak, seperti hibah, wasiat, wakaf, dan sebagainya. Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa akad adalah perjanjian yang menimbulkan kewajiban berprestasi pada salah satu pihak dan hak bagi pihak lain atas prestasi tersebut, dengan atau tanpa melakukan kontraprestasi. Kewajiban bagi salah satu pihak merupakan hak bagi pihak lain.

Secara bahasa, jual beli berarti penukaran secara mutlak.¹⁷ Secara terminologi, jual beli adalah saling menukar harta dengan harta dalam bentuk pemindahan milik dan kepemilikan.¹⁸ Definisi di atas dapat dipahami bahwa inti dar

¹⁷ Nasrun Haroen, *Fiqh Muamalah*, Gaya Media Pratama, Jakarta, 2007, h. 111

¹⁸ *Ibid*, h.111

jual beli adalah suatu perjanjian tukar menukar barang atau benda yang memiliki nilai, secara sukarela di antara kedua belah pihak, salah satu pihak menerima benda dan pihak lainnya menerima uang sebagai kompensasi barang, sesuai dengan perjanjian dan ketentuan yang telah dibenarkan syara dan disepakati. Islam mempertegas legalitas dan keabsahan jual-beli secara umum, serta menolak dan melarang konsep riba. Rukun jual beli menurut ahli-ahli hukum Islam kontemporer, terdapat empat rukun yaitu al-aqidan, *sigatul-‘aqad*, mahallul-‘aqad dan maudu’ al-‘aqad.¹⁹ Al-aqidan adalah para pihak yang membuat akad, dalam hal ini antara Bank dengan Nasabah *sigatul-‘aqad* merupakan pernyataan kehendak para pihak disini adalah ijab dan qabul. Ijab dan qabul mempresentasikan adanya ridha dan persetujuan kedua belah pihak. adapun syarat jual beli adalah sebagai berikut :²⁰

- a. orang yang melakukan akad jual beli harus berakal, oleh sebab itu jual beli yang dilakukan oleh anak kecil dan orang gila, hukumnya tidak sah. Syarat berikutnya adalah yang melakukan akad itu adalah orang yang berbeda, artinya seseorang tidak dapat bertindak dalam waktu yang bersamaan sebagai penjual dan pembeli.
- b. syarat ijab dan qabul adalah orang yang mengucapkan ijab dan qabul telah balig dan berakal, qabul sesuai dengan ijab dan ijab dan qabul dilakukan dalam satu majelis.

¹⁹ *Ibid*, h.105

²⁰ Syamsul Anwar, *Hukum Perjanjian Syariah*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2007, h. 96

- c. Syarat barang yang diperjualbelikan adalah barang tersebut ada dan dapat diserahkan, barang yang bermanfaat dan barang dapat diserahkan pada waktu yang telah disepakati.
- d. Syarat ini adalah syarat yang mengikat para pihak dan tidak boleh salah satu pihak menarik kembali persetujuannya secara sepihak tanpa kesepakatan pihak lain. Sebaliknya ada beberapa akad yang menyimpang dari asas ini, karena sifat akad itu dan adanya hak khiyar pada salah satu pihak.

1.5.3 Makna Benda Sebagai Obyek Perikatan

Benda dalam arti ilmu hukum diartikan sebagai segala sesuatu yang dapat menjadi objek hukum dan barang-barang yang dapat menjadi milik, serta hak setiap orang yang dilindungi oleh hukum. Benda merupakan objek yang sangat strategis bagi manusia, karena itu benda juga merupakan objek hukum.²¹ Dalam Hukum Perdata yang ada di Indonesia, semua hal yang terkait dengan benda diatur secara menyeluruh oleh buku kedua Burgerlijk Wetboek (BW).²² Pasal 499 BW menyebutkan bahwa “Menurut paham Undang-Undang yang dinamakan kebendaan ialah tiap-tiap barang dan tiap-tiap hak yang dapat dikuasai oleh hak milik”. Benda mengandung arti lebih luas dari pada arti barang, yaitu selain mencakup barang itu sendiri, benda juga mencakup hak-hak lainnya. Benda yang dijadikan sebagai objek jaminan pada lembaga keuangan berupa benda bergerak dan benda tidak bergerak.

²¹ Andreas Albertus Andi Prajitno, *Hukum Fidusia*, Selaras, Malang, 2010, h.44

²² Ricky Rustam, *Hukum Jaminan*, UII Press, Yogyakarta, 2017, h.1.

Benda dalam hal ini adalah segala sesuatu yang dapat dibebani dengan hak, lebih khususnya benda tersebut merupakan objek sebagai lawan dari subjek hukum.²³ Dalam perikatan sendiri obyek diartikan sebagai suatu prestasi dimana berupa melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu. Klasifikasi Benda menurut BW:

- a. Berdasarkan Pasal 503 BW benda dibagi menjadi benda berwujud dan benda tidak berwujud;
- b. Berdasarkan Pasal 504 BW benda dibagi menjadi benda bergerak dan benda tidak bergerak ;
- c. Berdasarkan Pasal 505 BW benda dibagi menjadi benda habis pakai dan benda tidak habis pakai;
- d. Berdasarkan Pasal 1332 BW benda dibagi menjadi benda dalam perdagangan dan benda di luar perdagangan;
- e. Berdasarkan Pasal 1334 BW benda dibagi menjadi benda yang sudah ada dan benda yang masih akan ada;
- f. Berdasarkan Pasal 1163 BW benda dibagi menjadi benda yang dapat dibagi-bagi dan benda yang tidak dapat dibagi-bagi;
- g. Berdasarkan Pasal 1694 BW benda dibagi menjadi benda yang dapat diganti dan benda yang tidak dapat diganti (Pasal 1694 BW);

Dalam praktiknya terkait dengan jaminan dan hukum jaminan sendiri, klasifikasi benda dibagi menjadi benda berwujud dan benda tidak berwujud yang diatur dalam Pasal 503 BW serta benda bergerak dan benda tidak

²³ *Ibid*, h.2.

bergerak yang diatur dalam Pasal 504 BW. benda yang tidak berwujud adalah hak yang melekat pada suatu benda tertentu yang memiliki wujud.²⁴ Maka dapat dikatakan bahwa benda berwujud merupakan benda yang dapat dilihat dengan mata dan penyerahan dilakukan dengan penyerahan yang (atau secara) nyata dari tangan ketangan.

Benda bergerak merupakan benda-benda yang karena tujuan, sifat serta penetapan Undang-Undang dinyatakan sebagai benda bergerak. Klasifikasi benda bergerak sendiri dapat dibagi menjadi 2 kelompok bagian, yakni:

a. Berdasarkan sifatnya.

Benda bergerak karena sifatnya, dimana jenis benda ini sesuai kadar alamiahnya memang dapat dipindah-pindah dari satu tempat ke tempat lainnya (Pasal 509 BW).²⁵

b. Berdasarkan Ketentuan Undang-Undang.

Klasifikasi benda bergerak berdasarkan ketentuan Undang-Undang pengaturannya terdapat dalam Pasal 511 BW. Benda bergerak berdasarkan ketentuan Undang-Undang adalah benda-benda baik berwujud maupun yang tidak berwujud yang oleh ketentuan Undang-Undang ditentukan sebagai benda.²⁶

²⁴ Trisadini Prasastinah Usanti, *Op.Cit*, h.40.

²⁵ Moch. Isnaeni, *Lembaga Jaminan Kebendaan dalam Burgerlijk Wetboek*, Revka Petra Media, Surabaya, 2016, h.41.

²⁶ Riky Rustam, *Op.Cit*, h.6.

Sedangkan untuk benda tidak bergerak klasifikasinya dibagi menjadi 3 bagian. Pengaturan benda tidak bergerak sendiri dalam BW diatur dalam Pasal 506 BW sampai dengan Pasal 508 BW. Klasifikasi benda tidak bergerak yakni:

a. Berdasarkan sifatnya.

Benda tidak bergerak sesuai sifatnya, karena benda tersebut tidak dapat dipindah-pindah sedasar dengan suratan alamiahnya, misal tanah. Klasifikasi benda tidak bergerak berdasarkan sifatnya tersebut diatur dalam Pasal 506 BW..²⁷

b. Berdasarkan tujuannya.

Benda tidak bergerak berdasarkan tujuannya adalah semua benda yang melekat dengan tanah dan bangunan walaupun tidak bersifat permanen, yang memiliki tujuan untuk mengikuti tanah atau bangunan itu untuk jangka waktu yang lama, misalnya alat-alat atau mesin yang ada pada suatu perusahaan, Klasifikasi benda tidak bergerak berdasarkan tujuannya diatur dalam Pasal 507 BW..²⁸

c. Berdasarkan ketentuan Undang-Undang.

Benda tidak bergerak karena ketentuan Undang-Undang (Pasal 508 BW).²⁹ Benda tidak bergerak berdasarkan ketentuan Undang-Undang adalah benda-benda baik berwujud maupun yang tidak berwujud yang oleh ketentuan Undang-Undang ditentukan sebagai benda tidak bergerak, umumnya berbentuk hak-hak atas benda tidak bergerak.³⁰

²⁷ Moch. Isnaeni, *Op.Cit*, h.40.

²⁸ Riky Rustam, *Loc. Cit*.

²⁹ Moch. Isnaeni, *Loc.Cit*.

³⁰ Riky Rustam, *Loc. Cit*.

a. Hak Kebendaan.

Hak keperdataan seseorang diatur dalam BW, yang terbagi menjadi 2 hak yakni hak perseorangan dan hak kebendaan. Hak kebendaan yang juga disebut dengan *zakelijkrecht*, yakni suatu hak mutlak atas benda dimana hak tersebut dapat memberikan kekuasaan langsung atas sesuatu benda dan dapat dipertahankan terhadap siapapun. Berbeda dengan hak perserorangan yang bersifat *relative*, hak kebendaan bersifat *absolut* yang artinya hak tersebut dapat ditujukan kepada semua orang pada umumnya.

Menurut Mariam Daurus Badruzaman menyebutkan bahwa ada 10 asas yang dikenal dalam hak kebendaan, yakni:

- a. Asas sistem tertutup
- b. Asas hak mengikuti benda.
- c. Asas publisitas
- d. Asas spesialisitas.
- e. Asas totalitas.
- f. Asas perlekatan.
- g. Asas pemisahan horizontal.
- h. Asas dapat diserahkan.
- i. Asas perlindungan.
- j. Asas absolut.

Dari uraian-uraian tersebut dapat disimpulkan bahwa ciri dari hak kebendaan, antara lain:

1. Hak kebendaan merupakan hak yang mutlak.

2. Hak kebendaan (*droit de suite*)
3. Hak kebendaan (*droit de preference*).
4. Hak kebendaan yang nantinya dapat di ajukan gugatan atas kebendaan tersebut.

1.6 Metode Penelitian.

1.6.1 Tipen Penelitian

Penelitian merupakan suatu sarana pokok dalam mengembangkan suatu ilmu pengetahuan yang bertujuan untuk memperoleh kebenaran yang bersifat sistematis, metodologis dan konsisten guna menjawab permasalahan-permasalahan hukum yang ada. Tipe penelitian yang digunakan pada tesis ini ialah tipe penelitian *legal research*³¹, yakni penelitian yang bertujuan untuk menemukan aturan hukum, prinsip-prinsip hukum maupun doktrin-doktrin hukum. Dalam penelitian tesis ini, metode penelitian yang digunakan ialah metode yuridis normatif. Metode yuridis normatif ialah suatu cara meneliti norma-norma serta kaidah-kaidah hukum dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku (hukum positif), yang berkaitan dengan permasalahan yang sedang diteliti.

1.6.2 Pendekatan Masalah

Pendekatan penelitian yang digunakan dalam penelitian tesis ini yakni pendekatan hukum secara *Statute Approach*, *Conceptual Approach*, dan *Case Study Law*. *Statute Approach* Pendekatan perundang-undangan (*Statute Approach*) ialah

³¹ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Cet VII, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2011, h. 35.

pendekatan hukum berdasarkan perundang-undangan. Pendekatan ini dilakukan dengan menelaah semua perundang-undangan yang bersangkutan-paut dengan permasalahan yang sedang dihadapi. Dalam metode pendekatan perundang-undangan peneliti perlu memahami hierarki dan asas-asas dalam peraturan perundang-undangan³².

Pendekatan konseptual (*Conceptual Approach*) merupakan salah satu metode pendekatan yang juga dipilih oleh peneliti dalam melakukan penelitian tesis ini. Pendekatan konseptual dilakukan manakala peneliti tidak beranjak dari aturan hukum yang ada. Hal itu dilakukan karena memang belum ada atau tidak ada aturan hukum untuk masalah yang dihadapi.³³

Pada pendekatan konseptual, peneliti perlu merujuk prinsip-prinsip hukum. Prinsip-prinsip ini dapat diketemukan dalam pandangan-pandangan sarjana ataupun doktrin-doktrin hukum. Meskipun tidak secara eksplisit, konsep hukum dapat juga diketemukan dalam Undang-Undang. Hanya saja dalam mengidentifikasi prinsip tersebut, peneliti terlebih dahulu memahami konsep tersebut melalui pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang ada.³⁴ Penjelasan yang dikemukakan peneliti di atas merupakan penjelasan singkat terkait pendekatan konseptual yang ada. Pendekatan konseptual yang digunakan dalam penelitian ini ialah dengan menggunakan konsep Pembiayaan *Musyarakah Mutanaqisah* atas obyek syirkah milik nasabah.

³² *Ibid*, h. 137.

³³ *Ibid*, h. 177.

³⁴ Peter Mahmud Marzuki, *Op.cit.*,h. 178.

1.6.3 Sumber Bahan Hukum

Bahan hukum dalam penelitian tesis ini terdiri dari:

1. Bahan Hukum Primer.

Bahan hukum primer merupakan bahan hukum yang bersifat *autoritatif*, artinya mempunyai otoritas.³⁵ Bahan hukum primer berupa Undang-Undang yang dalam penelitian ini terdiri dari:

- a. *Burgerlijk Wetboek*, diundangkan di Hindia Belanda sejak tanggal 1 Mei 1948, Stb No. 23 Tahun 1847;
- b. Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1960 Nomor 104, Tambahan Lembaran Negara Nomor 2043;
- c. Undang – Undang Nomor 6 Tahun 2009 tentang Penetapan PERPU Nomor 2 tahun 2008 tentang Perubahan Kedua atas Undang – Undang Nomor 23 tahun 1999 tentang Bank Indonesia menjadi Undang – Undang (selanjutnya disebut UU Bank Indonesia);
- d. Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 94 dan Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4867;
- e. Peraturan Mahkamah Agung Nomor 02 Tahun 2008 tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah;
- f. Surat Edaran Otoritas Jasa Keuangan Nomor 36/SEOJK.03/2015 tentang Produk dan Aktivitas Bank Umum Syariah dan Unit Usaha Syariah;

³⁵ *Ibid*, h. 181.

- g. Fatwa DSN-MUI No. 01/DSN-MUI/X2013 tentang Pedoman Implementasi *Musyarakah Mutanaqishah* Dalam Produk Pembiayaan;
 - h. Fatwa DSN MUI Nomor 56/DSN-MUI/V/2007 tentang Ketentuan Ujroh Pada Lembaga Keuangan Syariah;
 - i. Fatwa DSN MUI No.73/DSN-MUI/XI/2008 tentang *Musyarakah Mutanaqishah* Dalam Ketentuan Khusus;
 - j. Fatwa DSN No.08/DSN-MUI/IV/2000 tentang Pembiayaan *Musyarakah*.
2. Bahan hukum sekunder merupakan bahan hukum penunjang dari bahan hukum primer dalam penelitian ini. Penunjang bahan hukum primer karena disini bahan hukum sekunder memberikan petunjuk dan penjelasan terhadap bahan hukum primer yang ada. Adapun bahan-bahan 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 dan komentar-komentar atas putusan pengadilan.³⁶ Bahan hukum sekunder yang digunakan dalam penelitian tesis ini terdiri dari buku-buku literatur, makalah, artikel, dan karya ilmiah lainnya yang berhubungan dengan penelitian tesis ini.

1.6.4 Metode Pengumpulan Bahan Hukum.

Pengumpulan bahan hukum tersebut, baik yang primer maupun yang sekunder dilakukan dengan menggunakan hasil studi kepustakaan. Studi kepustakaan dilakukan dengan mengumpulkan bahan hukum tertulis yang relevan dengan

³⁶ Peter Mahmud Marzuki, *Loc.Cit.*

rumusan masalah Penelitian ini. Sumber bahan hukum primer diperoleh dengan cara membaca aturan-aturan yang relevan atau berhubungan dengan materi dalam penelitian tesis ini, kemudian digabungkan dengan bahan hukum sekunder yang diperoleh melalui pendapat-pendapat hukum, makalah hukum, ajaran hukum, literatur hukum, surat kabar, majalah hukum serta artikel hukum yang ada di internet. Setelah semua bahan hukum terkumpul maka akan dilakukan identifikasi terhadap bahan-bahan hukum tersebut, berdasarkan hasil identifikasi tersebut dilakukan sistematisasi atas bahan-bahan hukum tersebut.

1.6.5 Analisa Bahan Hukum.

Bahan hukum yang telah diperoleh dari studi pustaka yang terdiri dari bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder setelah diinventarisasi dan disusun secara sistematis, selanjutnya dilakukan analisa terhadap bahan-bahan hukum tersebut. Bahan-bahan hukum yang telah disusun secara sistematis dan diklasifikasikan menurut kategori pokok bahasan, selanjutnya dikaji untuk melihat keterkaitan berbagai peraturan perundang-undangan yang berhubungan dengan rumusan masalah penelitian tesis ini, guna memperoleh jawaban atas rumusan masalah yang diangkat peneliti dalam penelitian tesis ini serta dapat menghasilkan suatu kesimpulan yang tepat.

1.7 Sistematika Penulisan.

Berdasarkan pada permasalahan yang diangkat dalam tesis ini, untuk memudahkan dalam penulisan dan membantu agar dapat dipahami tesis ini, maka dalam pembahasannya tesis ini disusun menjadi empat bab, yang setiap babnya saling

berkaitan secara sistematis. Hal ini mengindikasikan bahwa tiap bab yang berada pada urutan yang lebih awal memberikan landasan bagi pembahasan bab-bab selanjutnya, sebagai berikut:

Dalam Bab I merupakan pendahuluan yang digunakan untuk menguraikan landasan pemikiran dalam penelitian ini dan sekaligus menjadi dasar acuan bagi pembahasan bab-bab berikutnya. Dalam pembahasan Bab I yang merupakan bab pendahuluan, sekaligus sebagai bab pengantar ini memaparkan mengenai latar belakang beserta rumusan masalah dari permasalahan yang dibahas dalam penelitian ini, dilanjutkan dengan tujuan dan manfaat penulisan, metode penelitian, dan sebagai penutup Bab I ini juga dipaparkan mengenai pertanggungjawaban sistematika dalam tesis ini.

Dalam Bab II yang merupakan pembahasan yang menjawab atas rumusan masalah yang pertama. Dalam Bab II ini terdapat sub-sub bagian. Sub bagian yang pertama membahas mengenai Karakteristik Perjanjian Jual Beli Porsi Kepemilikan (hishshah) , kedua membahas mengenai Obyek Syirkah berupa benda milik nasabah.

Dalam Bab III merupakan uraian dari rumusan masalah kedua. Pada bagian bab ini akan menjelaskan tentang Kedudukan Bank Syariah dan Nasabah atas kepemilikan obyek syirkah milik nasabah.

Bab IV merupakan bab yang terakhir sekaligus sebagai penutup, berisi kesimpulan dan saran-saran. Kesimpulan merupakan jawaban dari dua rumusan masalah yang diangkat dalam penelitian ini, sedangkan saran merupakan rekomendasi yang terkait dengan permasalahan yang diangkat.