

Paradigma Kepastian Hukum Pembiayaan *Musyarakah* Pada Bank Syariah: Perspektif Hukum Positif

Rayno Dwi Adityo*

Abstract. *The development of syariah banking in this country bringing effort where that positive developments have been in such rapid. That thing with an assortment of products in the form of syariah banking one of them was a musyarakah. Uniquely inside musyarakah this to form tense classical fiqh still shaped very simple can be written and unwritten as well as the absence of security aspects attached to the financing patterns like this. Currently musyarakah pattern in the banking industry is poured in writing in agreement as we know it with a term of standard contract and in the product financing musyarakah is also glue aspects of colleteral. From the image we can see that product musyarakah financing in legal positive viewpoint having an aspect of legal certainty in a contract with standard contract and colleteral for security aspect.*

Keyword: *Legal Certainty, musyarakah financing, syariah banking, standard contract, colleteral aspect.*

Pendahuluan

Arus mobilitas dunia ekonomi Islam hari ini gaungnya telah hampir merata di seluruh dunia tidak terkecuali negara kita. Dalam pandangan masyarakat Islam, kebangkitan ini memiliki arti penting dalam upaya mengejawantahkan ajaran dan hu-

kum-hukum Islam yang mengatur dalam kehidupannya. Secara umum hukum Islam menjadi diskursus menarik dalam pengkajiannya yang tidak hanya tersekat pada warga muslim sendiri melainkan lintas golongan. Kajian-kajian tersebut pun sudah tidak menyoroti secara partikular melainkan global, di antaranya diskursus dalam lingkup hukum pidana Islam (*Fiqh Jinayat*), politik hukum Islam (*siyasa*) dan lain sebagainya, terlebih lagi yang sangat faktual saat ini adalah keberadaan Ekonomi Islam (*iqtishodiyah*) itu sendiri. Pertumbuhan ekonomi Islam dapat kita lihat dengan bermunculan-

* **Rayno Dwi Adityo** adalah Dosen Ilmu Hukum Prodi Syariah Fakultas Agama Islam Universitas Islam 45 Bekasi. Menempuh pendidikan Magister Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia Yogyakarta dan pendidikan sarjana Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Malang. Email: raynoadityo@ymail.com.

nya lembaga-lembaga keuangan baik itu bank-bank syariah ataupun lembaga keuangan non-Bank dengan prinsip Syariah.

Berbicara tentang bank, ada baiknya untuk dapat memahami fungsi daripada bank kembali. Fungsi yang utama dari bank ialah untuk *Intermediary Financial*, yakni fungsi bank tertuju pada perantara keuangan. Pengertian lembaga keuangan dalam arti yang sempit adalah setiap perusahaan dimana kegiatan usahanya berkaitan dengan bidang keuangan. Sedangkan pemahaman bank dalam arti luas ditinjau dari fungsi “lembaga perantara”, yaitu lembaga keuangan sebagai penghimpun dana langsung dari masyarakat dalam bentuk simpanan dan menyalurkan dana.¹ Dasar hukum diatur dalam Pasal 4 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan,² Pasal 1 ayat 1 dan 2 Undang-undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan,³ dan Pasal 1 ayat 2 Undang-undang Nomor 21 Tahun

2008 tentang Perbankan Syariah.⁴ Dari penjelasan tersebut dapat kita ambil kesimpulan, secara garis besar fungsi bank sebagai *financial intermediary* adalah segala bentuk kegiatan bank dalam menghimpun dana dan menyalurkannya kembali kepada masyarakat dalam bentuk jasa pelayanan kredit maupun pinjaman yang diarahkan demi peningkatan taraf hidup rakyat banyak.

Fungsi tersebut juga melekat pada perbankan yang menggunakan prinsip-prinsip syariah dan dapat kita lihat dari banyaknya varian produk bank dalam hal pembiayaan. Pada bank syariah kita melihat begitu pesatnya pertumbuhan macam produk-produk pembiayaan yang kemudian menjadi pembeda dengan produk bank konvensional dengan melekatkan langsung jenis dan nama perjanjian (aqad) seperti: *mudharabah, musyarakah, wadiah, ijarah, wakalah, rahn, qard*.⁵ Pada kesempatan kali ini penulis lebih memfokuskan topik seputar pembiayaan *musyarakah*. Pen-

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

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

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

⁴ Pasal 1 ayat 2 mengatakan bahwa bank adalah badan usaha yang menghimpun dana dari masyarakat dalam bentuk simpanan dan menyalurkannya kepada masyarakat dalam bentuk kredit dan atau bentuk lainnya dalam rangka meningkatkan taraf hidup rakyat. Dapat dilihat pada Zubairi Hasan, *Undang-Undang Perbankan Syariah Titik Temu Hukum Islam dan Hukum nasional*, Cetakan Pertama, (Jakarta: Rajawali Press, 2009), hlm 260.

⁵ Gemala Dewi, *Edisi Revisi Aspek-aspek Hukum dalam Perbankan dan Perasuransian Syariah di Indonesia*, Cetakan KeEmpat, (Jakarta: Kencana Ilmu, 2007), hlm 81-95.

tingnya argumantasi hukum untuk mengangkat tema ini dikarenakan produk pembiayaan jenis ini telah mengalami perkembangan baik dari segi format dan aspek hukum yang melekat padanya. Bahwa aspek hukum tersebut kemudian akan dilihat dalam kerangka paradigma hukum positif dalam hal kepastian hukum. Karena itu penulis memberi judul *Paradigma Kepastian Hukum Pembiayaan Musyarakah Pada Bank Syariah (Perspektif Hukum Positif)*.

Bagaimana bentuk paradigma kepastian hukum dalam produk pembiayaan *musyarakah* pada bank syariah saat ini ditinjau dari hukum positif?

Dalam menjawab pokok permasalahan ini tidak lah cukup dengan opini subjektif penulis saja, melainkan harus didukung dengan opini objektif yang dibangun atas metodologi. Karena metodologi akan memberikan pedoman, tentang cara menganalisa, dan memahami lingkungan disekitarnya.⁶ Adapun metode yang digunakan terbagi menjadi dua yaitu metode dalam hal pendekatan penelitian dan pengumpulan data.

Pendekatan penelitian menggunakan metode Yuridis Normatif. Yuridis normatif adalah hukum dikonsepsikan sebagai kaidah atau norma yang

merupakan patokan berperilaku manusia yang pantas.⁷

Sedangkan pengumpulan data dibagi menjadi tiga yaitu:⁸ *pertama*, sumber bahan hukum *primer* seperti Kitab Undang-undang Hukum Perdata, Undang-undang perbankan dan perbankan syariah, undang-undang atau regulasi lain yang memiliki relevansi, buku-buku hukum bisnis, buku-buku hukum kontrak, buku-buku bisnis dan ekonomi Islam, kitab fikih, serta buku lain yang terkait dalam topik ini. *Kedua*, sumber hukum *sekunder* diantaranya; hasil karya ilmiah serta hasil penelitian (jurnal, skripsi, tesis dan lain-lain) dan bahan-bahan yang relevan. *Ketiga*, bahan hukum *tersier*. Bahan hukum ini merupakan penunjang dalam memberikan petunjuk kepada bahan hukum primer dan sekunder, yakni; kamus istilah, kamus istilah hukum, kamus bahasa asing, indeks jurnal hukum dan lain-lain.

Dalam hal analisa bahan hukum digunakan cara deskriptis analitis yaitu memaparkan segala data dan informasi yang diperoleh dari sumber data primer, sekunder, dan tersier yang kemudian dianalisis dengan tujuan untuk memperoleh kerangka gambaran sistematis.⁹

⁶ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Cetakan Ketiga, (Jakarta: UI-Press, 2006), hlm 5.

⁷ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, Cetakan Pertama, (Jakarta: Rajawali Pers, 2007), hlm 33.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

Pembahasan

A. Tinjauan Umum Musyarakah Pada Bank Syariah dan Fikih

Dalam kitab-kitab fikih klasik pembahasan aktifitas ekonomi Islam (*iqtiṣhod*) masuk pada bab muamalah. Di sana diberikan berbagai macam bentuk aktifitas ekonomi Islam salah satunya membahas *musyarakah*. Landasan syar'i yang disandarkan pada musyarakah yaitu Al-Quran surat An-Nisa ayat 12 "syurokah",¹⁰ surat As-Shaad ayat 24 bersandar pada kata "al-khulata" yang bermakna orang-orang yang berserikat.¹¹ Sumber hukum selain daripada al-Quran terdapat hadist yang berbicara tentang musyarakah berupa hadist qudsi yang berbunyi:

"Aku adalah yang ketiga dari dua orang yang bersekutu (As-Syari-kayn), selama keduanya tidak saling berkhianat. Bila salah satunya berkhianat, maka aku keluar

dari keduanya. (HR. Abu Dawud dan Hakim).¹²

Kemudian fikih klasik memberikan pengertian *musyarakah* dalam bentuk yang masih sederhana, *musyarakah* berasal dari kata *syirkah* memiliki arti *ikhtilat* atau percampuran. Sayyid Sabiq memberikan definisi *musyarakah* yakni akad (orang Arab) yang berserikat (para *syarik*) dalam hal modal dan keuntungan.¹³ Secara garis besar para fuqaha mendefinisikan *musyarakah* dalam arti *syirkah* adalah bentuk gabungan dan kerja sama dua orang atau lebih dalam modal, harta serta keuntungan baik dalam masalah kepemilikan, usaha, bisnis yang mana memiliki hak bertindak dalam hukum dan pembagian keuntungan didasarkan atas persentase tersendiri.¹⁴ Ruang lingkup

¹⁰ Dalam teks aslinya Moh. Syafi'i Antonio mengutip Surat An-nisa: 12. ... ففهم شركاء في الثلث ... , yang artinya: "...mereka berserikat pada sepertiga." Lihat pada Muhammad Syafi'i Antonio, *Bank Syariah dari Teori ke Praktik*, Cetakan Pertama, (Jakarta: GIP & Tazkia Cendikia, 2001), hlm. 90.

¹¹ Sayyid Sabiq memahami dan mengutip Surat As-Shaad: 24 ... وَارْتَبِطْ بَيْنَ الْخُلَطَاءِ ... , yang artinya orang-orang yang berserikat. Sayyid Sabiq, *Fikih Sunnah Buku ke 13*, Terjemah, Kamaluddin A. Marzuki, *Fiqhusunnah*, Buku ke 13, Cetakan Pertama, (Bandung: Alma'arif, 1987), hlm. 193.

¹² Burhanudin susanto mengutip hadist qudsi yang terdapat kalimat ... انا ثالث الشريكين ... , yang artinya "aku adalah yang ketiga dari yang berserikat...". Burhanuddin Susanto, *Hukum Perbankan Syariah di Indonesia*, Cetakan Pertama, (Yogyakarta: UII Press, 2008), hlm. 268.

¹³ Sayyid Sabiq, *Fikih Sunnah Buku ke 13*, Terjemah, Kamaluddin A. Marzuki, *Fiqhus Sunnah*, Buku ke 13, Cetakan Pertama, (Bandung: Alma'arif, 1987), hlm. 193

¹⁴ Para fuqaha *mujtahid* memberikan definisi beragam tentang *syirkah*, diantaranya: Ulama Malikiyah mengatakan bahwa *syirkah* ialah suatu keizinan untuk bertindak secara hukum bagi dua orang yang bekerjasama terhadap harta mereka; Ulama Syafi'iyah dan Hanabilah, *syirkah* adalah hak bertindak hukum bagi dua orang atau lebih pada sesuatu yang mereka sepakati; Ulama Hanafiyah mengatakan *syirkah* adalah akad yang dilakukan oleh orang-orang yang bekerjasama dalam modal dan

syirkah terbagi menjadi dua yakni; *syirkah amlak* dan *syirkah 'uqud*. *Syirkah amlak* terbagi lagi menjadi dua dilihat dari sifatnya; *syirkah amlak ikhtiyari* dan *syirkah amlak jabari*. Sedangkan *syirkah 'uqud* terbagi menjadi lima; *syirkah 'inan*, *syirkah mufawadha*, *syirkah abdan*, *syirkah wujuh* dan *syirkah mudharabah*.¹⁵

Bank merupakan lembaga *intermediary*, salah satu fungsinya adalah memberikan pembiayaan (*financing*), yaitu pemberian fasilitas penyediaan dana untuk memenuhi kebutuhan pihak-pihak yang memerlukan *deficit unit*. Kegiatan penyaluran dana, bank syariah melakukan investasi karena prinsip yang digunakan adalah penanaman dana atau penyertaan dan keuntungan yang akan diperoleh bergantung kepada kinerja usaha yang

keuntungan. Lihat Nasrun Haroen, *Fikih Muamalah*, Cetakan Pertama, (Jakarta: Gaya Media Pratama, 2000), hlm. 16

¹⁵ *Syirkah amlak* adalah dua orang bersekutu dalam usaha tanpa akad. Pada pembagiannya terbagi dua berdasarkan sifat yaitu *ikhtiyari* (adanya kebebasan memilih dan *jabari* (karena terpaksa). *Syirkah 'uqud* (akad) terdiri dari *syirkah 'inan* besarnya modal tidak selalu sama begitu pula tanggung jawabnya, *syirkah mufawadha* dengan besaran sama, *syirkah 'abdan* yakni kongsi dalam menerima pekerjaan, *syirkah wujuh* yaitu dua orang atau lebih berkongsi dan tidak memiliki modal kemudian membeli barang dengan patungan serta dengan cara mengkredit kemudian dijual secara tunai, hasil dibagi rata, dan *syirkah mudharabah*, jenis ini masih perdebatan karena sebagian fuqaha berpendapat masuk pada akad tersendiri. Lihat Nasrun Haroen, *Op Cit*, hlm 171.

menjadi objek penyertaan tersebut sesuai nisbah bagi hasil yang telah diperjanjikan sebelumnya disebut pembiayaan, karena bank syariah menyediakan dana guna membiayai kebutuhan nasabah yang memerlukan dan layak memperolehnya. Dua jenis kegiatan tersebut sering diistilahkan dengan penyebutan yang sama yaitu “pembiayaan”.¹⁶

Secara umum, prinsip bagi-hasil dalam perbankan syariah dapat dilakukan dalam empat akad utama, yaitu *al-musyarakah*, *al-mudharabah*, *al-muzara'ah*, dan *al-musaqah*. Produk pembiayaan *musyarakah* ini adalah salah satu produk di perbankan syariah yang banyak dipakai. Musyarakah dalam pengetahuan perbankan dapat kita lihat pada definisi yang diberikan dalam buku-buku perbankan syariah atau ekonomi Islam dan dapat kita temui pada klausul (substansi) draf akad perjanjian musyarakah pada Bank Tabungan Negara Syariah cabang kota Malang dan Bank Mandiri syariah serta tidak lupa pada regulasi nasional seperti Kompilasi Hukum Ekonomi syariah. Berikut diantaranya:

Menurut Muhammad Syafi'i Antonio, *al-musyarakah* adalah akad kerja sama antara dua pihak atau lebih untuk suatu usaha tertentu di mana

¹⁶ Bagya Agung Prabowo, “Perlindungan Hukum Nasabah sebagai Syarik dalam Pembiayaan Al-Musyarakah di Bank Syariah Mandiri”, *Jurnal Hukum*, Edisi No. 1 Vol. 18, (2011), hlm. 83-96.

masing-masing pihak memberikan kontribusi dana (atau amal/*expertise*) dengan kesepakatan bahwa keuntungan dan risiko akan ditanggung bersama sesuai dengan kesepakatan.¹⁷

Abd. Shomad mengatakan *musyarakah* yaitu *syarikah* atau *musyarakah* secara harfiah (bahasa) berarti percampuran suatu harta dengan harta lain sehingga tidak dapat dibedakan lagi satu dari yang lain, dalam *musyarakah* ini terdapat dua lebih mitra menyumbang untuk memberikan modal guna membiayai suatu investasi.¹⁸

Penjelasan Pasal 19 Point (c) dalam hal musyarakah Undang-undang No. 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah yaitu akad kerjasama dua pihak atau lebih untuk suatu usaha tertentu yang masing-masing pihak memberikan porsi dana dengan ketentuan bahwa keuntungan akan dibagi sesuai kesepakatan, sedang kerugian ditanggung dengan porsi dana masing-masing.¹⁹

Pada Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah pengertian *syirkah* terdapat pada pasal 20 ayat 3 Buku II, *Syirkah* adalah antara dua orang atau lebih dalam hal permodalan, keterampilan,

atau kepercayaan dalam usaha tertentu dengan pembagian keuntungan berdasarkan nisbah yang disepakati oleh pihak-pihak berserikat.²⁰

Dalam draf perjanjian pembiayaan musyarakah Bank Mandiri Syariah Pasal 1 ayat 1 dikemukakan bahwa musyarakah adalah akad kerja sama patungan antara dua pihak atau lebih pemilik modal (syarik/shahibul mal) untuk membiayai sesuatu jenis usaha (masyru) yang halal dan produktif.²¹

Pada draf perjanjian pembiayaan musyarakah PT. Bank Tabungan Negara Syariah Cabang Malang Pasal 1 ayat 2 memberikan pengertian pembiayaan musyarakah yaitu perjanjian kerja sama antara Bank yang akan menyediakan modal dan nasabah yang akan menjalankan usahanya sebagaimana yang dimohonkan nasabah kepada dan disetujui bank atas dasar pembebanan resiko untung dan rugi ditanggung bersama sesuai penyer-taan modalnya masing-masing atau

¹⁷ Muhammad Syafi'i Antonio, *Bank Syariah dari Teori ke Praktik*, Cetakan Pertama, (Jakarta: GIP & Tazkia Cendikia, 2001), hlm. 90.

¹⁸ Abd. Shomad, *Hukum Islam Penormaan Prinsip Syariah dalam Hukum Indonesia*, Cetakan Pertama, (Jakarta: Kencana Ilmu, 2010), hlm. 134.

¹⁹ Penjelasan Pasal 19 poin (c) tentang *Musyarakah* Undang-Undang no. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan syariah.

²⁰ Suyud Margono, (et. All), *Kompilasi Hukum Ekonomi Islam*, Cetakan Pertama, (Jakarta: Novindo Pustaka Mandiri, 2009), hlm. 90-95.

²¹ Data ini berumber pada draf perjanjian (aqad) pembiayaan musyarakah Bank Mandiri Syariah pada Pasal 1 tentang definisi point 1 yakni *musyarakah*, hlm 2. Makalah disampaikan pada DIKLAT Pengelolaan LKS (Lembaga Keuangan Syariah) Oleh ICMI Orda Malang dan KANINDO Syariah bekerjasama dengan PT. Bank Mandiri Syariah, tanggal 6-8 Juli 2012 di Graha KANINDO Syariah Malang Jatim.

sesuai yang disepakati bersama dalam perjanjian ini.²²

Dari pemaparan diatas dapat kita simpulkan bahwa pembiayaan musyarakah merupakan proses dari perjanjian dimana pemilik modal dalam hal ini antara bank nasabah saling mengikatkan diri satu sama lain untuk melakukan suatu usaha dimana modal dan kerugian disepakati bersama.

Setelah melihat gambaran umum tentang musyarakah yang ada pada fikih klasik dan bank terdapat perbedaan konstruksi bangunan hukumnya. Pada fikih klasik musyarakah masih dalam bentuk yang sederhana dan keterkaitan satu dengan lain sama-sama memberi modal untuk menjalankan usaha para pihak sehingga konsekuensi dari akibat hukumnya lebih jelas kedudukannya jika dipandang dari kaca mata subjek hukum. Sedangkan dalam konsep perbankan, walaupun skema yang didapat adalah patungan modal dalam usaha bersama tetapi memiliki kebiasaan dimana kedudukan tetap sebagai pemberi modal dengan model pembiayaan, akibat hukum dan kedudukannya nasabah pun akhirnya

cenderung seperti pola pemberian pembiayaan (kredit) serta dalam teknis menjalankan suatu usaha terkesan hanya pada nasabah saja berikut pengembalian modal kepada bank. Sedangkan bank hanya memantau, menerima laporan, perkembangan dari usaha itu.

Konsep musyarakah dalam perbankan dituangkan ke dalam perjanjian tertulis dalam bentuk draf perjanjian standar dengan pola kontrak baku. Fikih klasik tidak memberikan kerincian musyarakah dalam bentuk tertulis tetapi tidak dilarang untuk itu. Kemudian terdapat hal yang unik dari keduanya, dimana dalam musyarakah pada fikih klasik tidak terdapat aspek jaminan tetapi tidak halnya dalam musyarakah pada perbankan syariah. Abdullah Saeed dalam bukunya yang berjudul, *Islamic Banking and Interest A Study of Riba and It's Contemporary Interpretation* mengatakan mengenai aspek penjaminan dalam musyarakah, seluruh empat mazhab fikih berpendirian bahwa si mitra adalah orang yang dipercaya. Berdasar konsep 'percaya' ini, mitra yang satu tidak dapat menuntut jaminan dari pihak lain. Menurut fikih mazhab Hanafi, Sarakhsi mengatakan bahwa masing-masing mereka atau mitra adalah orang yang dipercaya atas apa yang diamanahkan kepadanya. Sebuah ketentuan dalam kontrak yang menyatakan bahwa seseorang yang

²² Data ini didapat ketika penulis melakukan tugas akhir pendidikan strata dua pada draf perjanjian musyarakah Bank Tabungan Negara Syariah cabang Malang pada Pasal 1 ayat 2, hlm 4. Rayno Dwi Adityo, *Kedudukan Jaminan dalam Musyarakah Pada Bank Tabungan Negara Syariah Cabang Malang*, Tesis Program Pascasarjana Ilmu Hukum UII, Yogyakarta, Januari 2012, hlm Lampiran.

dipercaya memberikan jaminan akan dianggap tidak ada dan batal.²³

Sistem perbankan syariah di Indonesia dalam hal aspek jaminan melekat pada perjanjian musyarakah dan diperkuat lagi dengan fatwa Dewan Syariah Nasional yang membolehkan penggunaan jaminan tersebut tepatnya pada Fatwa DSN No:8/DSN-MUI/IV/2000 tentang Pembiayaan *Musyarakah* dalam keputusannya poin 3 huruf (a) sub 3 dikatakan bahwa pada prinsipnya dalam pembiayaan musyarakah tidak ada jaminan, namun untuk menghindari terjadinya penyimpangan, Lembaga Keuangan Syariah dapat meminta jaminan.²⁴ Penjaminan dalam istilah fikih dikenal dengan *kafalah*. *Kafalah* dalam KHES hanya memberikan dua tipolgi yakni *kafalah* atas diri (*kafalah bi an-nafs*) dan *kafalah* atas harta (*kafalah bi al-mal*), sehingga akibat hukum yang ada

²³Sarakhsi, *Mabsuth*, Dikutip dari Abdullah Saeed, *Islamic Banking And Interest A Study of Riba And Its Contemporary Interpretation*, Terjemah, Arif Maftuhin, *Menyoal Bank Syariah Kritik Atas Interpretasi Bunga Bank Kaum Neo-Revivalis*, Cetakan Kedua, (Jakarta: Paramadina, 2004), hlm. 91.

²⁴ Kalimat "...pada prinsipnya dalam pembiayaan musyarakah tidak ada jaminan, namun untuk menghindari terjadi penyimpangan, LKS dapat meminta jaminan," memberikan keterangan bahwa fatwa DSN tersebut memposisikan pemberian jaminan sebagai sesuatu yang dibolehkan dalam pengertian *mubah*. Tim Pustaka Zeedny, *Himpunan Undang-Undang Dan Peraturan Pemerintah Tentang Ekonomi Syariah*, Cetakan Pertama, (Yogyakarta: Pustaka Zeedny, 2009), hlm. 155.

adalah upaya penyclarasan (*konkordansi*) dengan tipologi jaminan yang ada pada jaminan keperdataan yaitu jaminan perorangan dan jaminan kebendaan seperti jaminan Hak Tanggungan, Hipotek, Fidusia dan Gadai. Jaminan tersebut kini digunakan pula oleh bank dengan prinsip syariah.²⁵

B. Perangkat Aspek Jaminan dan Kontrak Baku Sebagai Paradigma Kepastian Hukum Pembiayaan Musyarakah Pada Bank Syariah

Hans Kelsen mengatakan, ilmu hukum menjelaskan norma hukum yang diciptakan oleh tindak perilaku manusia dan harus diterapkan dan dipatuhi dalam hubungannya sebagai aturan hukum.²⁶ Dalam perspektif hukum positif, suatu peristiwa hukum harusnya menjamin kepastian hukum. Kepastian hukum ditempatkan sebagai salah satu asas yang fundamental dalam sebuah konstruksi hukum. Asas ini dalam hukum nasional meliputi semua jenis hukum baik dari hukum publik maupun hukum privat, salah satu adagium yang terkenal yaitu *Ubi jus incertum, ibi jus nullum* (di mana tiada kepastian hukum, disitu tidak ada hukum) dan pada hukum publik

²⁵ Rayno Dwi Adityo, *Tipologi Jaminan: Perspektif Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah dan Jaminan Keperdataan*, Jurnal YURIDIS FH UPN Veteran Jakarta, Vol. 2, No. 1, Juni 2015, Jakarta, hlm37-38.

²⁶ Hans Kelsen, *Teori Hukum Murni Dasar-Dasar Ilmu Hukum Normatif*, Cetakan KeDelapan, (Bandung: Nusa Media, 2011), hlm 80.

khususnya pidana terkenal dengan *Nullum crimen, noela poena sine lege* (tidak ada hukuman tanpa undang-undang).²⁷

Menurut Jan Michiel Otto, bahwa kepastian hukum berdimensi yuridis, namun demikian ia mereduksi ke ruang lingkup asas ini menjadi beberapa poin diantara pendapatnya tersedianya aturan-aturan yang jelas dan jernih, konsisten, dan mudah diperoleh diterbitkan oleh dan diakui negara. Kepastian hukum itu adalah *sicherheit des Recht selbst* (kepastian tentang hukum itu sendiri), bahwa hukum itu positif brupa perundang-undangan dan hukum positif tidak boleh sering berubah.²⁸ Menurut Sudikno bahwa asas kepastian hukum merupakan sebuah jaminan bahwa hukum tersebut harus dijalankan dengan baik dan terdapat dalam aturan hukum serta perundang-undangan yang dibuat pihak berwenang (berwibawa), sehingga aturan tersebut memiliki aspek yuridis menjadi suatu peraturan yang harus dituruti.²⁹

²⁷ Dapat dilihat pada, "Asas-asas dalam Kepastian Hukum," <https://logikahukum.wordpress.com/2011/09/10/asas-asas-dalam-penemuan-hukum/>, diakses tanggal 3 Oktober 2015.

²⁸ Dapat dilihat pada, "Kepastian Hukum," <https://iismardeli30aia.wordpress.com/2013/12/01/kepastian-hukum/tanggal>, diakses tanggal 3 Oktober 2015.

²⁹ Dapat dilihat pada, "Pengertian Asas kepastian Hukum Menurut Para Ahli," <http://tesishukum.com/pengertian-asas-kepastian-hukum-menurut-para-ahli/>, diakses tanggal 3 Oktober 2015.

Terdapat dua aspek hukum yang didalamnya terdapat paradigma kepastian hukum produk pembiayaan musyarakah pada perbankan syariah ini, dua hal itu adalah aspek kontrak baku dan aspek jaminan yang melekat (*accessoir*) pada perjanjian induknya, keduanya akan dijelaskan satu persatu.

Pertama, kontrak baku, kontrak ini sudah menjadi kelaziman dijadikan standar kontrak dalam sebuah perjanjian. Istilah kontrak baku tidak dijelaskan secara rinci oleh KUHPerdara, oleh karenanya ada baiknya kita memahami dahulu definisi dari kontrak ini. Ahmadi Miru mengatakan kontrak baku adalah kontrak yang kalusul-klausulnya telah ditetapkan atau dirancang salah satu pihak, sumber hukum menurutnya adalah penafsiran dari keseluruhan pasal 1338 KUHPerdara.³⁰ Dalam Undang-undang Republik Indonesia No. 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen juga memberikan definisi apa yang disebut dengan kontrak baku pada Pasal 1 Point 10 yaitu:

"Setiap aturan atau ketentuan dan syarat-syarat yang telah dipersiapkan dan ditetapkan terlebih dahulu secara sepihak oleh pelaku usaha yang dituangkan dalam suatu dokumen dan/atau perjanjian yang

³⁰ Ahmadi Miru, *Hukum Kontrak Perancangan kontrak*, Cetakan Pertama, (Jakarta: Rajawali Pers, 2007), hlm 39

mengikat dan wajib dipenuhi oleh konsumen.”³¹

Dari pemaparan di atas dapat kita ambil sebuah gambaran bahwa kontrak baku merupakan bagian dari perjanjian seperti pada pasal 1313 KUHPerdata dimana satu orang atau lebih mengikatkan diri pada seorang atau lebih lainnya untuk melaksanakan sesuatu hal.³² Sifat dari bentuk perjanjian ini adalah perjanjian tertulis yang menurut pendapat C. S. T. Kansil adalah kontrak atau *contract* dalam bahasa Inggris adalah perjanjian khususnya perjanjian tertulis.³³ Kontrak baku dapat diterapkan dan memiliki aspek legalitas, sejauh tidak bertentangan dengan norma masyarakat sehingga merugikan masyarakat itu sendiri dan dalam konteks perlindungan konsumen sebagaimana yang telah digariskan oleh Pasal 18 Undang-undang No. 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan konsumen, secara umum intisari isi pasal tersebut bahwa kontrak baku dapat dibatal demi hukum jika memasukkan klausul eksonerasi seperti; mengalihkan tanggung jawab sepihak kepada pihak lainnya, dan memaksakan tunduk

³¹ Undang-undang Republik Indonesia No. 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen & Undang-undang Republik Indonesia Nomor 19 Tahun 2002 Tentang Hak Cipta Beserta Penjelasannya, Cetakan Keempat, (Bandung: Citra Umbara, 2006), hlm 4.

³² Kitab Undang-undang Hukum Perdata, hlm 338.

³³ Kansil (et.All), *Kamus Istilah Aneka Hukum*, Cetakan Kedua, (Jakarta: Jala Permata, 2009), hlm 172.

terhadap peraturan yang menyudutkan pihak lainnya itu secara sepihak.³⁴ Karena bentuknya yang tertulis inilah menjadi ciri-ciri dari salah satu paradigma kepastian hukum pada sebuah perjanjian.

Kedua, tentang aspek jaminan pada sebuah perjanjian khususnya yang terdapat pada akad pembiayaan musyarakah. Klausul yang menunjukkan bahwa adanya jaminan pada pembiayaan musyarakah adalah:

- a. Pasal 10 Tentang Jaminan ayat ke 3 Akad Pembiayaan Musyarakah PT. Bank Tabungan Negara Syariah Cabang Malang yang mengatakan, “*Membebaskan seluruh harta kekayaan milik Nasabah dari beban penjaminan terhadap pihak lain, kecuali penjaminan bagi kepentingan Bank berdasarkan Perjanjian ini.*”³⁵
- b. Pasal 8 tentang Jaminan Pada Akad Musyarakah Bank Mandiri Syariah bahwa, “*Untuk menjamin*

³⁴ Pasal 18 UU No. 8 Tahun 1999. Lihat Undang-undang Republik Indonesia No. 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen & Undang-undang Republik Indonesia Nomor 19 Tahun 2002 Tentang Hak Cipta Beserta Penjelasannya, Cetakan Keempat, (Bandung: Citra Umbara, 2006), hlm 16.

³⁵ Data ini didapat ketika penulis melakukan tugas akhir pendidikan strata dua pada draft perjanjian musyarakah Bank Tabungan Negara Syariah cabang Malang pada Pasal 10 ayat 3, hlm 12. Rayno Dwi Adityo, *Kedudukan Jaminan dalam Musyarakah Pada Bank Tabungan Negara Syariah Cabang Malang*, Tesis Program Pascasarjana Ilmu Hukum UII, Yogyakarta, Januari 2012, hlm Lampiran.

tertibnya pembayaran kembali/ pelunasan Pembiayaan tepat pada waktu dan jumlah yang telah disepakati kedua belah pihak berdasar Akad ini, maka NASA-BAH berjanji dan dengan ini mengikatkan diri untuk menyerahkan jaminan dan membuat pengikatan jaminan kepada BANK sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku, yang merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari Akad ini.”³⁶

Dalam pandangan perbankan bahwa dengan melekatkan aspek jaminan pada suatu perjanjian adalah bentuk dari prinsip kehati-hatian bank sebagai amanat dari Undang-undang No. 10 Tahun 1998 tentang Perbankan atas perubahan terhadap beberapa ketentuan dalam Undang-undang No. 7 Tahun 1992, pada hal mengenai kerincian prinsip kehati-hatian pada bank sebenarnya tidak ada penjelasan dalam Undang-undang No. 10 Tahun 1998 tentang Perbankan melainkan terdapat pada Pasal 29 ayat 2 Undang-undang No. 7 Tahun 1992 mengatakan bahwa, bank wajib memelihara tingkat kesehatan bank sesuai dengan ketentuan, kecu-

kupan modal, kualitas aset, kualitas manajemen, likuiditas, rentabilitas, solvabilitas, dan aspek lain yang berhubungan dengan usaha bank dan wajib melakukan kegiatan usaha dengan prinsip kehati-hatian.³⁷

Prinsip kehati-hatian dalam bank ini kemudian diejawantahkan dalam bentuk jaminan dimana pada bank aspek ini merupakan bentuk Garansi Bank sebagaimana merupakan perjanjian penanggungan yang diatur dalam pasal 1820 s/d pasal 1850 KUHPerduta, serta diatur dalam Surat Edaran Direktur BI No. 23/7/UKU, tanggal 18 Maret 1991 tentang Pemberian Garansi oleh Bank.³⁸ Definisi jaminan pada KHES (*kafalah*) dijelaskan dalam pasal 20 ayat 2 KHES, jaminan atau garansi yang diberikan oleh penjamin kepada pihak ketiga atau pemberi pinjaman untuk memenuhi kewajiban pihak kedua atau penjamin.³⁹ Dalam fatwa DSN seperti yang sudah disinggung di awal pembuka tulisan ini pada Fatwa DSN No:8/DSN-MUI/IV/2000 tentang Pembiayaan *Musyarakah* dalam keputusannya poin 3 huruf (a) sub 3.⁴⁰ Pengertian jaminan pada KUH-

³⁶ Data ini berumber pada draf perjanjian (aqad) pembiayaan musyarakah Bank Mandiri Syariah pada Pasal 8 tentang Jaminan, hlm 6. Makalah disampaikan pada DIKLAT Pengelolaan LKS (Lembaga Keuangan Syariah) Oleh ICMI Orda Malang dan KANINDO Syariah berkerjasama dengan PT. Bank Mandiri Syariah, tanggal 6-8 Juli 2012 di Graha KANINDO Syariah Malang Jatim.

³⁷ A. Najib Umar, 2010, *Prinsip Kehatian dalam Pembiayaan di Bank Syariah*, Jurnal Magister Hukum UII Yogyakarta, Vol. 1, No. 1, Januari 2010, Yogyakarta, hlm 102..

³⁸ Bagya Agung Prabowo, *Op Cit*, hlm. 93.

³⁹ Rayno Dwi Adityo, *Op Cit*, Jurnal YURIDIS FH UPN Veteran Jakarta, Vol. 2, No. 1, Juni 2015, Jakarta, hlm 35.

⁴⁰ Tim Pustaka Zeedny, *Ibid.*

Perdata jaminan diatur secara umum pada pasal 1131 BW.⁴¹

Dengan dilekatkannya aspek jaminan berdasarkan ketentuan prinsip kehati-hatian dengan kedudukannya sebagai garansi bank bertujuan untuk mengantisipasi hal-hal yang tidak diinginkan oleh bank seperti cedera janji (*wanprestasi*) secara umum diatur pada pasal 1237 KUHPerdata. Konteks perbankan biasa disematkan kepada nasabah (debitur) yang telah melanggar perjanjian dalam hal tidak terpenuhinya prestasi (tidak mampu mengembalikan pinjaman), tidak tepat waktu dalam pengembalian pinjaman dan tidak mengembalikan dengan 'layak' pinjamannya itu.⁴²

Jika pada akhirnya nasabah bank tidak terkecuali nasabah bank pada bank syariah tidak mampu untuk mengembalikannya maka oleh bank diharapkan bisa berlanjut sampai fase *conservatoir beslag* (sita jaminan terhadap harta benda). *Beslag* dalam etimologi Belanda yang memiliki arti sita atau penyitaan. Pengertian yang terkandung di dalamnya meliputi; menempatkan harta kekayaan tergugat secara paksa ke dalam penjagaan (*to*

⁴¹ Isi dari pasal 1131 KUHPerdata yaitu segala kebendaan si berutang, baik yang bergerak maupun yang tidak bergerak, baik yang sudah ada maupun yang baru akan ada di kemudian hari, menjadi tanggungan untuk segala perikatan perseorangan. Lihat Kitab Undang-undang Hukum Perdata, hlm 291.

⁴² <https://istilahhukum.wordpress.com/2012/07/27/ingkar-janji-wanprestasi/>, diakses tanggal 3 Oktober 2015.

take into custody the property of a defendant), dilakukan secara resmi berdasarkan perintah pengadilan dan hakim dengan putusan yang berke-tetapan hukum tetap atau *incrach*. Perihal sita conservatoir beslag ini diatur dalam pasal 227 (1) HIR.⁴³

Penjelasan jaminan ini menjadi perwujudan dari ciri-ciri corak paradigma asas kepastian hukum dalam perspektif hukum positif. Mengutip Sri Soedewi Masjchoen Sofwan mengatakan bahwa, mensyaratkan adanya jaminan bagi si pemberi kredit tersebut demi keamanan modal dan kepastian hukum bagi si pemberi modal.⁴⁴

⁴³Intisari pasal 221 HIR (*Herziene Inlandsch Reglement /Reglemen Indonesia Baru-* merupakan salah satu sumber hukum acara perdata Indonesia) adalah Harus ada sangkanaan yang beralasan, bahwa tergugat sebelum putusan dijatuhkan atau dilaksanakan mencari akal akan menggelapkan atau melarikan barang-barangnya; Barang yang disita itu merupakan barang kepunyaan orang yang terkena sita, artinya bukan milik penggugat; Permohonan diajukan kepada ketua Pengadilan Negeri yang memeriksa perkara yang bersangkutan; Permohonan harus diajukan dengan surat tertulis; Sita conservatori dapat dilakukan atau diletakkan baik terhadap barang yang bergerak dan tidak bergerak, <http://edwinnotaris.blogspot.co.id/2013/09/pengertian-dan-tujuan-sita-jaminan.html>, diakses tanggal 3 Oktober 2015.

⁴⁴ Menurut penulis pemberi modal disini adalah bank dan bank syariah. Lihat Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *Hukum Jaminan Di Indonesia Pokok-pokok Hukum Jaminan Dan Perorangan*, Cetakan Ketiga, (Yogyakarta: Liberty Offset, 2003), hlm 2.

Kesimpulan

Perkembangan zaman tidak dapat dihindari, perangkat hukum pun berkembang jauh khususnya pada pola pembiayaan musyarakah dimana dahulu musyarakah di banyak kitab-kitab fikih dijelaskan dalam bentuk yang sederhana, karena berbentuk pola kongsi satu atau lebih pihak dengan satu atau lebih pihak dalam hal usaha maka sejatinya tidak diperbolehkan ada jaminan yang sifatnya sepihak.

Namun demikian hukum pada wilayah muamalah terlebih pada hukum ekonomi Islam (*iqtishad*) diperbolehkan berkembang yang dapat kita temui pada fatwa DSN No:8/DSN-MUI/IV/2000 tentang musyarakah dan kebolehan menggunakan jaminan. Bentuk musyarakah saat ini pun telah menggunakan format kontrak standar atau kontrak baku.

Pada pandangan hukum positif bahwa sebuah aktifitas atau peristiwa hukum haruslah memiliki aspek kepastian hukum, dimana aspek kepastian hukum ini harus dapat diayatur khususnya pada aturan tertulis seperti undang-undang. *Pertama*, kedudukan dari kontrak baku merupakan hal yang memiliki aspek legal pada hukum perdata karena memiliki dua sisi yang memperlihatkan corak paradigma kepastian hukum yakni bahwa perjanjian dalam kontrak baku direalisasikan dalam bentuk perjanjian tertulis dan dalam format kontrak baku ini tidak boleh sampai menyudutkan atau membuat posisi lemah bagi pihak

lainnya, jika terjadi idealnya dalam konteks perlindungan konsumen dapat batal demi hukum.

Kedua, aspek yang memperlihatkan corak kepastian hukum yaitu aspek jaminan (*beslag*) pada pembiayaan musyarakah pada bank syariah. Penjaminan sebagai bentuk garansi bank yang diterapkan berdasarkan prinsip kehati-hatian bank agar bank dapat tetap berjalan dengan sehat. Jaminan sebagai bentuk dari kepastian hukum karena sifatnya yang berfungsi jika dari sisi nasabah melakukan *wanprestasi* dengan harapan ganti kerugian tersebut dapat tertutupi dengan sita jaminan harta benda (*conservatoir beslag*) bagi nasabah yang cidera janji. Dengan diterapkan pola demikian menjadi sebuah tanggung jawab bagi nasabah untuk berupaya sebaik mungkin menjalankan isi perjanjian dengan itikad baik. Kesimpulannya terdapat klausul jaminan dalam perjanjian pembiayaan musyarakah pada bank syariah yang memiliki aspek kepastian hukum dalam paradigma hukum positif yaitu aspek kontrak baku dan aspek jaminan.

Daftar Pustaka

Undang-undang:

Kitab Undang-undang Hukum Perdata

Undang-undang No. 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah.

- Undang-undang No. 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen.
- Undang-undang Nomor 10 Tahun 1998 Perubahan atas Undang-undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan.
- Himpunan Undang-Undang Dan Peraturan Pemerintah Tentang Ekonomi Syariah, 2009, Yogyakarta: Pustaka Zeedny.
- Undang-undang Republik Indonesia No. 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen & Undang-undang Republik Indonesia Nomor 19 Tahun 2002 Tentang Hak Cipta Beserta Penjelasannya. 2006. Bandung: Citra Umbara.
- Buku:**
- Antonio, Muhammad Syafi'i. 2001. *Bank Syariah dari Teori ke Praktik*. Jakarta: GIP & Tazkia Cendikia.
- Dewi, Gemala. 2007. *Edisi Revisi Aspek-aspek Hukum dalam Perbankan dan Perasuransian Syariah di Indonesia*. Jakarta: Kencana Ilmu.
- Djumhana, Muhammad. 2000. *Hukum Perbankan di Indonesia*. Bandung: Citra Adiya Bhakti.
- Hasan, Zubairi. 2009. *Undang-Undang Perbankan Syariah Titik Temu Hukum Islam dan Hukum nasional*. Jakarta: Rajawali Press.
- Haroen, Nasrun. 2000. *Fikih Muamalah*. Jakarta: Gaya Media Pratama.
- Kelsen, Hans. 2011. *Teori Hukum Murni Dasar-Dasar Ilmu Hukum Normatif*. Bandung: Nusa Media.
- Margono, Suyud (et. All). 2009. *Kompilasi Hukum Ekonomi Islam*, Jakarta: Novindo Pustaka Mandiri.
- Miru, Ahmadi. 2007. *Hukum Kontrak Perancangan kontrak*. Jakarta: Rajawali Pers.
- Sabiq, Sayyid. 1987. *Fikih Sunnah Buku ke 13*. Bandung: Alma'arif.
- Saced, Abdullah. 2004. *Menyoal Bank Syariah Kritik Atas Interpretasi Bunga Bank Kaum Neo-Revivalis*. Jakarta: Paramadina.
- Shomad, Abd. 2010 *Hukum Islam Penormaan Prinsip Syariah dalam Hukum Indonesia*. Jakarta: Kencana Ilmu.
- Soemitra, Andri. 2009. *Bank dan Lembaga Keuangan Syariah*. Jakarta: Kencana Ilmu.
- Soekanto, Soerjono. 2006. *Pengantar Penelitian Hukum*. Jakarta: UI-Press.
- _____ dan Sri Mamudji. 2007. *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*. Jakarta: Rajawali Pers.
- Sofwan, Sri Soedewi Masjchoen. 2003. *Hukum Jaminan Di Indonesia Pokok-pokok Hukum Jaminan Dan Perorangan*. Yogyakarta: Liberty Offset.
- Susanto, Burhanuddin. 2008. *Hukum Perbankan Syariah di Indonesia*. Yogyakarta: UII Press.

Jurnal & Penelitian:

Agung Prabowo, Bagya. *Perlindungan Hukum Nasabah sebagai Syarik dalam Pembiayaan Al-Musyarakah di Bank Syariah Mandiri*. Jurnal Hukum UII IUS QUIA IUSTIUM. Edisi No. 1 Vol. 18. November 2011. Yogyakarta.

Dwi Adityo, Rayno. Tipologi Jaminan: *Persepektif Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah dan Jaminan Keperdataan*. Jurnal Hukum Yuridis FH UPN Veteran Jakarta. Edisi No. 1 Vol. 2. Juni 2015. Jakarta.

_____. *Kedudukan Jaminan dalam Musyarakah Pada Bank Tabungan Negara Syariah Cabang Malang*, Tesis Program Pascasarjana Ilmu Hukum UII, Yogyakarta, Januari 2012. Draf aqad musyarakah pada halaman lampiran.

Umar, A. Najib Umar. *Prinsip Kehatihan dalam Pembiayaan di Bank Syariah*. Jurnal Magister Hukum UII Yogyakarta. Vol. 1 No. 1. Januari 2010. Yogyakarta.

Kamus, Internet dan Lain-lain:

Kansil, (et.All), 2009. *Kamus Istilah Aneka Hukum*. Jakarta: Jala Permata.

Draf perjanjian (aqad) pembiayaan musyarakah Bank Mandiri Syariah. Makalah disampaikan pada DIKLAT Pengelolaan LKS (Lembaga Keuangan Syariah) Oleh ICMI Orda Malang dan KANINDO Syariah berkerjasama dengan PT. Bank Mandiri Syariah, tanggal 6-8 Juli 2012 di Graha KANINDO Syariah Malang Jatim. <http://www.komisiinformasi.go.id/ass-est/data/arsip/uu-bank-10-1998.pdf>, Akses tanggal 16 Juli 2011.

<https://logikahukum.wordpress.com/2011/09/10/asas-asas-dalam-pencemuan-hukum/>, diakses tanggal 3 Oktober 2015.

<https://iismardeli30aia.wordpress.com/2013/12/01/kepastian-hukum/tanggal>, diakses tanggal 3 Oktober 2015.

<http://tesishukum.com/pengertian-asas-kepastian-hukum-menurut-para-ahli/>, diakses tanggal 3 Oktober 2015.

<https://istilahhukum.wordpress.com/2012/07/27/ingkar-janji-wanprestasi/>, diakses tanggal 3 Oktober 2015.

<http://edwinnotaris.blogspot.co.id/2013/09/pengertian-dan-tujuan-sita-jaminan.html>, diakses tanggal 3 Oktober 2015.