



**KAJIAN HUKUM TERHADAP PERAN NOTARIS DALAM
PEMBUATAN AKAD PEMBIAYAAN MURABAHAH
DENGAN JAMINAN ATAS TANAH YANG
BELUM BERSERTIPIKAT
(Studi Kasus Bank Victoria Syariah Cabang Cirebon)**

TESIS

**Untuk Memenuhi Persyaratan Memperoleh Derajat S2
Program Studi Magister Kenotariatan**

**Oleh :
YUDI MASHUDI
B4B 009301**

**Pembimbing :
Prof. ABDULLAH KELIB, SH.
NIP. 130 334 857**

**PROGRAM STUDI MAGISTER KENOTARIATAN
PROGRAM PASCA SARJANA
UNIVERSITAS DIPONEGORO
S E M A R A N G
2 0 1 1**

**KAJIAN HUKUM TERHADAP PERAN NOTARIS DALAM
PEMBUATAN AKAD PEMBIAYAAN MURABAHAH
DENGAN JAMINAN ATAS TANAH YANG
BELUM BERSERTIPIKAT
(Studi Kasus Bank Victoria Syariah Cabang Cirebon)**

Disusun Oleh :

**YUDI MASHUDI
B4B 009301**

**Dipertahankan di depan Dewan Penguji
Pada Tanggal 20 Maret 2011**

**Tesis ini telah diterima
Sebagai Persyaratan untuk Memperoleh gelar
Magister Kenotariatan**

Pembimbing

**Mengetahui,
Ketua Program Studi
Magister Kenotariatan
Universitas Diponegoro**

**Prof. ABDULLAH KELIB, SH.
NIP. 130 354 857**

**H. KASHADI, SH. MS.
NIP. 19540624 1982031 1 001**

SURAT PERNYATAAN

Saya yang bertanda tangan dibawah ini, nama : **YUDI MASHUDI** dengan ini menyatakan hal-hal sebagai berikut :

1. Tesis ini adalah **hasil karya saya sendiri** dan di dalam tesis ini tidak terdapat karya orang lain yang pernah diajukan untuk memperoleh gelar di Perguruan Tinggi atau lembaga pendidikan manapun. Pengambilan karya orang lain dalam tesis ini dilakukan dengan menyebutkan sumbernya sebagaimana tercantum dalam Daftar Pustaka.
2. **Tidak keberatan untuk dipublikasikan** oleh Universitas Diponegoro, baik seluruhnya atau sebagian untuk kepentingan akademik atau ilmiah yang non komersial sifatnya.

Semarang, 20 Maret 2011
Yang Menyatakan

Yudi Mashudi

KATA PENGANTAR



Assalamu'alaikum Wr. Wb.

Alhamdulillah, segala puji dan syukur penulis panjatkan kehadiran Allah SWT, karena berkat limpahan rahmat dan berkah-Nya tesis yang berjudul : **“KAJIAN HUKUM TERHADAP PERAN NOTARIS DALAM PEMBUATAN AKAD PEMBIAYAAN MURABAHAH DENGAN JAMINAN ATAS TANAH YANG BELUM BERSERTIPIKAT (Studi Kasus Bank Victoria Syariah Cabang Cirebon)”** dapat penulis selesaikan dengan baik.

Sholawat serta syukur tidak lupa penulis sampaikan pada junjungan Nabi Muhammad SAW, keluarga sahabat serta pengikutnya yang tidak letih menyiarkan ajaran hingga akhir zaman.

Penulisan tesis ini dalam rangka memenuhi persyaratan untuk memperoleh gelar magister pada program studi Magister Kenotariatan di Universitas Diponegoro Semarang.

Dengan penuh hormat, penulis mengucapkan terima kasih yang sebesar-besarnya kepada semua pihak atas segala bantuan, bimbingan dan dorongan semangat kepada penulis semua ini, sehingga tesis ini terwujud. Untuk itu kiranya tidak berlebihan apabila pada kesempatan ini penulis sampaikan segala rasa hormat dan ucapan banyak terima kasih kepada :

1. Bapak Prof. Dr. Sudarto P. Hadi, MES, Phd., selaku Rektor Universitas Diponegoro Semarang.
2. Bapak Prof. Dr. Yos Johan Utama, SH., M.Hum., selaku Dekan Fakultas Hukum Universitas Diponegoro Semarang.
3. Bapak H. Kashadi, SH. MH., selaku Ketua Program Studi Magister Kenotariatan Program Pasca Sarjana Universitas Diponegoro Semarang.
4. Bapak Prof. Budi Santoso, SH. MS., selaku Dosen Wali dan Sekretaris I Program Studi Magister Kenotariatan Program Pasca Sarjana Universitas Diponegoro Semarang.
5. Bapak Prof. Suteki, SH., M. Hum., selaku Sekretaris II Program Studi Magister Kenotariatan Program Pasca Sarjana Universitas Diponegoro Semarang.
6. Bapak Prof. Abdullah Kelib, SH., selaku Dosen Pembimbing.
7. Para Dosen Program Studi Magister Kenotariatan Program Pasca Sarjana Universitas Diponegoro Semarang.
8. Para Staff Program Studi Magister Kenotariatan Program Pasca Sarjana Universitas Diponegoro Semarang.
9. Bapak Bachruddin Hardigaluh, SH., selaku pimpinan di mana penulis bekerja, yang telah banyak memberikan dukungannya.
10. Ibu Neneng selaku Pimpinan beserta staff Bank Victoria Syariah Cabang Cirebon.
11. Orang tua tercinta, Ayahanda dan Ibunda serta adik adiku yang telah memberikan semangat serta motivasi.

12. Isteriku tercinta atas dukungan dan doanya.

13. Segenap teman-teman kampus yang telah sama-sama saling mendukung dalam penyusunan tesis ini.

14. Segenap rekan-rekan di kantor yang telah membantu dalam penyusunan tesis ini.

Penulis menyadari bahwa dalam penulisan tesis ini masih banyak kekurangan dan kesalahan. Penulis berharap semoga tesis ini dapat memberikan manfaat bagi pembaca dan bagi semua pihak, khususnya bagi almamater Universitas Diponegoro Semarang.

Semoga amal baik mereka mendapat imbalan pahala dan rahmat yang berlimpah dari Allah SWT, amiin.

Sebagai penutup, penulis menyadari bahwa tesis ini masih jauh dari sempurna, oleh karena itu segala kritik dan saran akan penulis terima dengan lapang dada.

Wassalamu'alaikum Wr. Wb.

Semarang, 20 Maret 2011

Penulis

ABSTRAK

KAJIAN HUKUM TERHADAP PERAN NOTARIS DALAM PEMBUATAN AKAD PEMBIAYAAN MURABAHAH DENGAN JAMINAN ATAS TANAH YANG BELUM BERSERTIPIKAT (Studi Kasus Bank Victoria Syariah Cabang Cirebon)

Murabahah adalah salah satu produk pembiayaan yang paling berkembang pada bank syariah. Dalam pembiayaannya, terutama bank mikro seperti bank pembiayaan rakyat syariah, sering digunakan tanah belum bersertipikat sebagai jaminannya, padahal, tanah belum bersertipikat bukanlah satu-satunya objek jaminan dalam lembaga jaminan manapun di Indonesia. Oleh karena itu, notaris menggunakan Akta Pengakuan Hutang dengan pemberian paminan dan kuasa menjual untuk pengikatannya. Tujuan yang hendak dicapai dalam penelitian ini adalah untuk mengetahui resiko bank atas pembiayaan *murabahah* dengan jaminan tanah yang belum bersertipikat, kekuatan hukum tanah belum bersertipikat sebagai objek jaminan dalam pembiayaan hutang, serta mengetahui peranan notaris dalam pembuatan akta jaminan dalam *aqad* pembiayaan *murabahah* atas tanah yang belum bersertipikat.

Di dalam penulisan tesis ini dipergunakan metode penelitian deskriptif analitis, artinya dengan penelitian ini dapat memberikan gambaran yang seteliti mungkin tentang peranan notaris dalam pembuatan akta jaminan dalam akad pembiayaan *murabahah* atas tanah yang belum bersertipikat, dengan studi kasus pada Bank Pembiayaan Rakyat Syariah yang dikaitkan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku, kemudian melakukan pengumpulan dan pengolahan data-data tersebut sehingga diperoleh gambaran yang menyeluruh mengenai permasalahan yang diteliti.

Dalam penelitian ini diperoleh kesimpulan, resiko bank atas pembiayaan dengan jaminan tanah belum bersertipikat adalah sama dengan jaminan yang menjadi objek dalam lembaga jaminan yang baku di Indonesia. Hal ini dikarenakan tanah belum bersertipikat diikat dengan akta pengakuan hutang dengan pemberian jaminan dan kuasa menjual, yang mempunyai kekuatan eksekutorial, sehingga mempunyai kekuatan hukum yang sama dengan putusan pengadilan. Bank Indonesia juga mengakui keberadaan tanah belum bersertipikat ini sebagai barang agunan sebagaimana disebut dalam pasal 20 Peraturan Bank Indonesia Nomor 8/24/PBI/2006 tentang Penilaian Kualitas Aktiva Bagi Bank Perkreditan Rakyat Berdasarkan Prinsip Syariah. Dengan demikian, tanah belum bersertipikat tersebut juga memiliki kedudukan hukum seperti halnya objek jaminan pada lembaga jaminan resmi. Berdasarkan hal tersebut, atas perjanjian jual beli *murabahah* yang dibayar secara angsur sehingga menimbulkan hutang piutang, notaris dengan kewenangannya membuat akta otentik mengikat perjanjian hutang piutang bank dan nasabah debitur dengan Akta Pengakuan Hutang Dengan Pemberian Jaminan Dan Kuasa Menjual.

Kata kunci : *murabahah*, jaminan atas tanah yang belum bersertipikat, notaris.

ABSTRACT

THE LAW STUDY OF NOTARY ROLE IN MAKING OF COST AND TRADE DOCUMENT BY USING THE GUARANTEE OF UNCERTIFIED LANDS THE (Case Of Study Of Syariah Victoria Bank at Cirebon Branch)

Murabaha financing facility is one of the most developed in the Islamic bank. In finance, especially micro-banks such as Bank Financing Of Islamic People, often using land has not been certified as collateral, though, the land has not been certified is not one of the objects in the security institutions in Indonesia. Therefore, notary used Deed Promissory Contract With Guarantee And Authorization to Sell for the action. The aim of this research is to determine the risk of the bank of murabaha financing with collateral has not been certified land, the land has not been certified legal force as the object of collateral debt financing, also know the role of notaries in the manufacture of guarantee note of murabaha financing aqad for land that has not been certified.

In writing this thesis used a descriptive analytical research method, meaning that with this research to present a picture as possible about the role of a notary public in making the deed of guarantee in the contract murabaha on land that has not been certified, with a case study on Bank Financing Of Islamic People with laws and regulations that apply, and then collecting and processing these data in order to obtain a comprehensive picture about the problems being investigated.

In this study concluded, the risk of bank financing with land has not been certified as collateral is the same with the collateral that the objects in a standard security institutions in Indonesia. This is because the land has not been certified tied to Deed Promissory Contract With Guarantee And Authorization to Sell, which have enforceable, so have the same legal force court decisions. Bank Indonesia also recognizes the existence of this land has not been certified as a guarantee of the goods referred to in Article 20 Bank Indonesia Regulation No. 8/24/PBI/2006 regarding Asset Quality of Rural Banks Based on Sharia Principles. So, the land has not been certified also has legal status as objects of security at the official security agencies. Based on that, murabaha sale and purchase agreement which will be paid gradually which resulting receivable debt, notary by its authority make authentic agreements between the bank and the debtor with Deed Promissory Contract With Guarantee And Authorization to Sell

Keywords: murabaha, guarantees for the land has not been certified, notary.

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
HALAMAN PENGESAHAN.....	ii
PERNYATAAN.....	iii
KATA PENGANTAR	iv
ABSTRAK	vii
ABSTRACT.....	viii
DAFTAR ISI	ix
DAFTAR GAMBAR	xi
BAB I PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang Masalah	1
B. Perumusan Masalah.....	12
C. Tujuan Penelitian.....	12
D. Manfaat Penelitian.....	12
E. Kerangka Pemikiran.....	13
F. Metode Penelitian	30
BAB II TINJAUAN PUSTAKA	35
A. Pandangan Umum Tentang Jaminan	35
B. Jaminan dalam Pembiayaan <i>Murabahah</i> Pada Bank Syariah.....	59

BAB III HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN.....	69
A. Peranan Notaris dalam Pembuatan Akta Jaminan Dalam Akad Pembiayaan <i>Murabahah</i> atas Tanah Tanah yang belum Bersertipikat.....	69
B. Resiko Bank Terhadap Pembiayaan Murabahah atas atas Tanah Tanah yang Belum Bersertipikat	81
 BAB IV KESIMPULAN DAN SARAN	
A. Kesimpulan	106
B. Saran	108

DAFTAR PUSTAKA

LAMPIRAN-LAMPIRAN

DAFTAR GAMBAR

Gambar 1 Tahapan Proses Pemberian Pembiayaan Pada Umumnya Di Bank Victoria Syariah	83
---	----

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Notaris adalah pejabat umum yang berwenang untuk membuat akta otentik sejauh mana pembuatan akta otentik tertentu tersebut tidak dikhususkan bagi pejabat umum lainnya. Pembuatan akta otentik diharuskan oleh peraturan perundangundangan dalam rangka menciptakan kepastian, ketertiban dan perlindungan hukum. Selain itu akta otentik yang dibuat oleh atau dihadapan notaris, bukan saja karena diharuskan oleh peraturan perundang-undangan, tetapi juga karena dikehendaki oleh pihak-pihak yang berkepentingan untuk memastikan hak dan kewajiban para pihak demi kepastian, ketertiban dan perlindungan hukum bagi pihak yang berkepentingan sekaligus bagi masyarakat secara keseluruhan.

Notaris membuat akta otentik yang merupakan alat pembuktian terkuat dan terpenuh yang mempunyai peranan penting dalam setiap hubungan hukum dalam setiap kehidupan masyarakat. Dalam berbagai hubungan bisnis, perbankan, kegiatan sosial, dan lain-lain, kebutuhan akan pembuktian tertulis berupa akta otentik makin meningkat sejalan dengan berkembangnya tuntutan akan kepastian hukum dalam berbagai kegiatan ekonomi dan sosial, baik pada tingkat nasional maupun internasional. Dengan adanya akta

otentik, memberikan kepastian hukum bagi pemegangnya, dan menghindari terjadinya sengketa di kemudian hari, dan walaupun sekiranya sengketa tidak dapat dihindari, akta otentik tersebut merupakan alat bukti tertulis terkuat dan terpenuh dalam proses penyelesaian sengketa.

Seiring dengan perkembangan era globalisasi dewasa ini, kebutuhan masyarakat akan notaris dan akta-akta yang dibuatnya mengalami perkembangan yang semakin meluas. Masyarakat sekarang lebih mempunyai kesadaran hukum dalam melakukan hubungan-hubungan hukumnya, baik itu hubungan hukum dalam bidang bisnis, perbankan, bahkan kegiatan-kegiatan sosial telah menggunakan jasa notaris untuk membuat akta otentik yang mengikat para pihak dalam kegiatannya.

Perkembangan ini juga berpengaruh besar terutama dalam bidang perbankan. Notaris merupakan salah satu unsur yang penting dalam setiap operasional transaksi perbankan, terutama dalam pembuatan akta-akta jaminan kredit/pembiayaan, surat pengakuan hutang, *grosse* akta, legalisasi dan *waarmerking*, dan tugas-tugas lain dari notaris yang telah diatur oleh peraturan perundang-undangan.

Dalam praktek perbankan, adanya hubungan hutang piutang dan upaya pinjam meminjam uang dengan jumlah tertentu, adalah merupakan suatu perbuatan lazim yang sering dilakukan. Pihak bank sebagai kreditur, memberikan kredit kepada nasabah sebagai

debitur. Praktek pinjam meminjam sejumlah uang dalam sistem perbankan berakibat pada lahirnya pihak pemberi pinjaman (kreditur), yaitu bank, dan pihak penerima pinjaman (debitur), yaitu nasabah. Dengan kata lain, bank sebagai kreditur adalah sebagai pihak pemberi pinjaman, sedangkan nasabah sebagai debitur adalah sebagai penerima pinjaman. Pada bank konvensional yang menggunakan sistem bunga, pemberian pinjaman uang kepada nasabah debitur disebut dengan istilah pemberian kredit, sedangkan pada bank-bank syariah yang berdasarkan pada sistem pemberian imbalan atau bagi hasil, maka pinjaman sejumlah uang yang diberikan kepada nasabah debitur disebut dengan istilah pembiayaan.

Pembiayaan *Al-Murabahah* (jual beli) dalam praktek perbankan hanya ada dalam sistem perbankan syariah. Secara yuridis formal, keberadaan bank syariah telah diakui dalam sistem perundang-undangan Negara Republik Indonesia, termasuk keberadaan Bank Pembiayaan Rakyat Syariah. Dalam ketentuan Pasal 1 angka 3 dan 4, Undang-undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan Undang-undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan (selanjutnya disebut dengan Undang-undang Perbankan), disebutkan, bahwa undang-undang membagi jenis bank menjadi dua macam, yaitu bank umum dan bank perkreditan rakyat.

Bank umum adalah bank yang melaksanakan kegiatan usaha secara konvensional dan/atau berdasarkan Prinsip Syariah yang

dalam kegiatannya memberikan jasa dalam lalu lintas pembayaran.

Bank perkreditan rakyat adalah bank yang melaksanakan kegiatan usaha secara konvensional atau berdasarkan Prinsip Syariah yang dalam kegiatannya tidak memberikan jasa dalam lalu lintas pembayaran.

Ketentuan ini dipertegas dengan keluarnya Undang-undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, yang menyebutkan "Bank Syariah adalah Bank yang menjalankan kegiatan usahanya berdasarkan Prinsip Syariah dan menurut jenisnya terdiri atas Bank Umum Syariah dan Bank Pembiayaan Rakyat Syariah. Undang-undang ini juga mengganti istilah Bank Perkreditan Rakyat Syariah menjadi Bank Pembiayaan Rakyat Syariah. "Bank Pembiayaan Rakyat Syariah adalah Bank Syariah yang dalam kegiatannya tidak memberikan jasa dalam lalu lintas pembayaran.

Dalam sistem perbankan dengan prinsip syariah istilah kredit berubah menjadi istilah pembiayaan, hal ini dapat dilihat dalam Pasal 1 angka 12 Undang-undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang perbankan yang menyebutkan :

Pembiayaan berdasar Prinsip Syariah adalah penyediaan uang atau tagihan yang dipersamakan dengan itu berdasarkan persetujuan atau kesepakatan antara bank dengan pihak lain yang mewajibkan pihak yang dibiayai untuk mengembalikan uang atau tagihan tersebut setelah jangka waktu tertentu dengan imbalan atau bagi hasil.

Prinsip syariah oleh Pasal 1 angka 12 Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (selanjutnya

disebut dengan Undang-undang Perbankan Syariah) diberikan definisi yaitu prinsip hukum Islam dalam kegiatan perbankan berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah.

Dari definisi di atas, salah satu transaksi yang cukup populer dan dikembangkan dalam sistem perbankan syariah adalah sistem *jual beli*, seperti halnya diatur dalam Pasal 1457 sampai dengan Pasal 1540 Kitab Undang-undang Hukum Perdata (selanjutnya dalam tesis ini disebut dengan KUHPerdata). Dalam literatur hukum perdata, yang menjelaskan tentang pengertian jual beli ini, disebut dengan *koop en verkoop* (bahasa Belanda) dan *purchase and sale* (bahasa Inggris)¹. Hanya saja, dalam literatur hukum Islam, pengertian jual beli sebagaimana diatur dalam KUHPerdata itu, dalam fiqh Islam bentuk dan jenisnya dibagi pada tiga cara, yaitu² :

1. *Bai` Al-murabahah (Deferred Payment Sale)*, yaitu bentuk jual beli barang pada harga asal dengan tambahan keuntungan yang disepakati.
2. *Bai`As-Salam (In Front Payment Sale)*, yaitu pembelian barang yang diserahkan dikemudian hari, sedangkan pembayaran dilakukan dimuka³.

¹ Yan Pramadya Puspa, *Kamus Hukum*, Aneka Ilmu, Semarang , 1977. Hal. 872

² Muhammad Syafi'i Antonio, *Bank Syariah Dari Teori Ke Praktik*, Gema Insani, Jakarta, 2001. Hlm. 85.

³ Dalam perbankan, *salam* banyak dipergunakan pada pembiayaan bagi petani dengan jangka waktu yang relatif pendek, yaitu 2-6 bulan. Bank memberikan pembiayaan sebagai pembayaran penuh di muka di awal masa tanam sebagai modal bagi petani. Kemudian setelah panen petani wajib menjual hasil panennya kepada bank sesuai dengan kualifikasi dan perjanjian yang telah dibuat sebelumnya. Dalam akad ini, para pihak tidak dapat membatalkan kontrak secara sepihak.

3. *Bai` Al-Istishna (Purchase By Order Or Manufacture)*, yaitu merupakan bentuk kontrak penjualan antara pembeli dan pembuat barang⁴.

Dalam praktek sistem perbankan syariah yang dikeluarkan oleh Bank Indonesia bahwa pembiayaan yang terbesar dilakukan adalah *murabahah*. Menurut beberapa kitab fiqh, *Murabahah* adalah salah satu dari bentuk jual beli yang bersifat amanah. Jual beli ini berbeda dengan jual beli *musawwamah* (tawar menawar). *Murabahah* terlaksana antara penjual dan pembeli berdasarkan harga barang, harga asli pembelian si penjual yang diketahui oleh si pembeli dan keuntungan penjual pun diberitahu kepada pembeli. Sedangkan *musawwamah* adalah transaksi yang terlaksana antara si penjual dengan si pembeli dengan suatu harga tanpa melihat harga asli barang⁵.

Dalam transaksi jual beli dengan sistem *murabahah* penjual menyebutkan dengan jelas barang yang akan dibeli termasuk harga pembelian barang dan keuntungan yang akan diambil. "Dalam *bai` al-murabahah*, penjual harus memberi tahu harga produk yang ia

⁴ Menurut jumhur ulama, *Bai Al-istishna* merupakan suatu jenis khusus dari akad *ba'i as-salam*. Biasanya, jenis ini digunakan di bidang manufaktur. Dengan demikian, ketentuan *ba'i al-istishna* mengikut ketentuan dan aturan *ba'i as-salam*. Jika perusahaan mengerjakan untuk memproduksi barang yang dipesan dengan bahan baku dari perusahaan, maka kontrak/ akad *istishna* muncul. Agar akad *istishna* menjadi sah, harga harus ditetapkan di awal sesuai kesepakatan dan barang harus memiliki spesifikasi yang jelas yang telah disepakati bersama. Dalam *istishna*, pembayaran dapat di muka, dicicil sampai selesai, atau di belakang. Dalam akad ini, apabila barang belum di produksi, setiap pihak dapat membatalkan kontrak dengan memberitahukan sebelumnya kepada pihak yang lain, namun apabila perusahaan telah memulai produksinya, kontrak tidak dapat diputuskan secara sepihak.

⁵ <http://www.bi.go.id> diakses pada tanggal 4 Januari 2011.

beli dan menentukan suatu tingkat keuntungan sebagai tambahannya.”⁶ Misalnya, bank membeli mobil dari *showroom* pedagang mobil seharga Rp.150.000.000. Kemudian ia menambahkan keuntungan sebesar Rp. 50.000.000, dan menjualnya kepada pembeli dengan harga Rp. 200.000.000. Pembeli dalam membayar harga pembelian mobil tersebut kepada bank, dapat dilakukan secara angsuran ataupun tunai untuk jangka waktu tertentu yang telah disepakati oleh kedua belah pihak. Pada umumnya, bank tidak akan memesan barang yang akan dijual kepada nasabah debitur, sebelum ada pemesanan dari calon pembeli. Dapat juga dilakukan, nasabah debitur yang mencari barangnya, kemudian meminta kepada bank untuk membayarnya, lalu nasabah debitur membelinya kepada bank. Hal lain yang sering juga dilakukan, bank memberi kuasa kepada nasabah debitur untuk membeli barang atas nama bank, kemudian nasabah debitur membeli barang tersebut kepada bank. Dalam prakteknya di lapangan, umumnya antara bank dengan nasabah debitur, sudah menyepakati tentang lamanya pembiayaan, besar keuntungan yang akan diambil, serta besarnya angsuran yang akan dibayar. Oleh karena adanya pembelian secara angsuran inilah, yang menyebabkan terjadinya perbuatan hukum perdata yang melahirkan hubungan hutang piutang dan pinjam meminjam.

Sistem jual beli secara angsuran atau kredit sebenarnya

⁶ Muhammad Syafi'i Antonio, *Bank Syariah Dari Teori Ke Praktik*, Gema Insani, Jakarta, 2001 Hlm. 101.

bukanlah merupakan bagian dari syarat dan sistem *murabahah*, karena *murabahah* dapat juga dibayar secara tunai. Sistem atau cara pembayaran hutang nasabah debitur yang diberikan melalui pembiayaan *murabahah* umumnya dilakukan secara angsuran, oleh karena memang seseorang tidak akan datang ke bank kecuali untuk mendapatkan pinjaman uang kemudian membayarnya secara angsur. Dalam kegiatan perbankan, transaksi secara angsuran ini mendominasi praktek pelaksanaan jual beli dengan sistem *murabahah*. Hal ini disebabkan karena hampir rata-rata dari pembiayaan *murabahah* di perbankan syariah. Sebagai realisasi dari hubungan antara nasabah debitur dengan bank ini biasanya diikat dengan perjanjian antara kedua belah pihak.

Pada dasarnya, sesuai dengan prinsipnya pembiayaan tidaklah memerlukan suatu jaminan yang diserahkan oleh nasabah debitur kepada bank sebagai kreditur. Namun bank pada prakteknya memerlukan jaminan untuk mendapat kepastian hukum bahwa pembiayaan yang diberikan pada nasabah akan dapat diterima kembali. Keberadaan jaminan tersebut merupakan jalan untuk memperkecil resiko bank dalam menyalurkan kredit.

Dalam Undang-undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perbankan sama sekali tidak disebutkan definisi jaminan. Namun dalam Penjelasan Pasal 8 angka 1 menyatakan :

Kredit atau Pembiayaan berdasarkan Prinsip Syariah yang diberikan oleh bank mengandung resiko, sehingga dalam pelaksanaannya bank harus memperhatikan asas-asas perkreditan atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah yang sehat. Untuk mengurangi resiko tersebut jaminan pemberian kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip

syariah dalam arti keyakinan atas kemampuan dan kesanggupan nasabah debitur untuk melunasi kewajibannya sesuai dengan yang diperjanjikan merupakan faktor penting yang harus diperhatikan oleh bank.

Pemberian jaminan ini dapat diberikan terhadap barang bergerak maupun tidak bergerak, dengan lembaga jaminan fidusia, gadai, jaminan perseorangan (*bortogh*), hipotek kapal maupun dengan hak tanggungan. Akan tetapi, khusus dengan tanah, terdapat tanah bersertipikat dan tanah yang belum bersertipikat.

Tanah bersertipikat lembaga jaminannya adalah hak tanggungan, namun terhadap tanah yang belum bersertipikat, belum ada lembaga jaminannya secara resmi. Dahulu berlaku *hypotek* terhadap tanah bersertipikat, dan *crediet verband* terhadap tanah yang belum bersertipikat. Setelah keluarnya Undang-undang Nomor 4 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan, *hypotek* terhadap tanah bersertipikat diganti menjadi hak tanggungan, dan *crediet verband* terhadap tanah yang belum bersertipikat tidak ada aturan hukum yang mengaturnya lebih lanjut. Walaupun tidak adanya aturan hukum mengenai tanah yang belum bersertipikat untuk dijadikan jaminan, pihak bank dan nasabah peminjam tetap menjadikan tanah tersebut untuk dijadikan jaminan. Oleh karena itu menjadi pertanyaan bagaimana kekuatan hukum tanah belum bersertipikat sebagai objek barang jaminan dalam suatu pembiayaan hutang.

Dalam hal pemberian kredit ataupun pembiayaan, pihak bank akan meminta pada notaris untuk membuat suatu akta otentik mengenai hubungan hukum yang mengikat pihak bank dengan

debitur, tentu hal ini akan menimbulkan pertanyaan bagaimana notaris menerapkan dalam pembuatan akta jaminan dalam akad pembiayaan *murabahah* dengan jaminan tanah yang belum bersertipikat.

Sesuai dengan kewenangannya dalam membuat akta, notaris berhak untuk membuat semua akta yang diperlukan oleh para pihak sepanjang kewenangan untuk membuat akta tersebut tidak dikecualikan kepada pihak lain (*openbaar ambtenaar*), misalnya pembuatan akta nikah oleh Kantor Urusan Agama ataupun akta kelahiran yang dikeluarkan oleh Kantor Catatan Sipil. Apabila dikaitkan dengan pembuatan akta antara bank dan nasabah peminjam, maka notaris berhak dan berwenang untuk membuat seluruh akta yang diminta oleh para pihak. Di lain pihak, pihak dalam pemberian hutang dengan jaminan, dimana jaminan yang diserahkan oleh nasabah debitur adalah tanah, maka tanah yang dijaminkan adalah tanah yang telah bersertipikat. Hal ini karena tidak ada lembaga jaminan resmi bagi tanah yang belum bersertipikat. Berdasarkan hal tersebut kemudian timbul persoalan, dimana kadang kala nasabah debitur meminjam uang dengan jaminan tanah yang belum bersertipikat. Biasanya, bank-bank pemerintah tidak menerima tanah yang belum bersertipikat tersebut untuk dijadikan jaminan hutang, kecuali apabila jaminan tanah yang belum bersertipikat tersebut dibuatkan surat kuasa untuk mengurus pembuatan sertipikat hak oleh bank, dan dilanjutkan dengan Surat

Kuasa Membebankan Hak Tanggungan setelah sertifikatnya selesai. Namun, pada bank-bank swasta, khususnya bank-bank kecil semisal bank perkreditan rakyat ataupun bank pembiayaan rakyat syariah, mereka menerima jaminan tanah yang belum bersertipikat tersebut. Pemberian hutang dengan jaminan tanah yang belum bersertipikat ini pada Bank Syariah biasanya diberikan dengan nilai di bawah Rp. 50.000.000,-. Untuk pengikatan hutangnya bukan dengan hak tanggungan karena tanah tersebut belum bersertipikat, namun dibuat oleh notaris dengan judul Akta Pengakuan Hutang Dengan Jaminan Dan Kuasa Menjual, dibuat berdasarkan kewenangan notaris dalam membuat seluruh akta, dan juga berdasarkan asas kebebasan berkontak sesuai dengan Pasal 1338 KUHPerdara. Akta yang dibuat oleh notaris, atas permintaan bank, dapat dibuat dengan *grosse* akta dengan irah-irah “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”.

Berdasarkan semua kenyataan yang ada tersebut, maka dianggap bahwa permasalahan di atas adalah merupakan permasalahan yang sangat menarik untuk dibahas dan diteliti. Atas latar belakang yang dipaparkan diatas, oleh sebab itu diangkatlah sebuah judul yaitu **“KAJIAN HUKUM TERHADAP PERANAN NOTARIS DALAM PEMBUATAN AKAD PEMBIAYAAN MURABAHAH DENGAN JAMINAN ATAS TANAH YANG BELUM BERSERTIPIKAT”**. (Studi Kasus Bank Victoria Syariah Cabang Cirebon)

B. Perumusan Masalah

Sebelum membahas lebih lanjut, perlu untuk mengidentifikasi permasalahan-permasalahan yang akan dikembangkan dalam penulisan tesis ini. Adapun yang menjadi permasalahan dalam penulisan tesis ini adalah :

1. Bagaimana peran Notaris dalam Pembuatan Akta Jaminan dalam Akad Pembiayaan *Murabahah* atas Tanah yang belum Bersertifikat
2. Bagaimana resiko bank terhadap pembiayaan murabahah atas tanah yang belum bersertipikat ?

C. Tujuan Penelitian

Adapun tujuan dari penulisan ini adalah sebagai berikut :

1. Mengetahui peran notaris dalam proses pembuatan akad pembiayaan murabahah dengan jaminan hak atas tanah yang belum bersertipikat.
2. Mengetahui resiko bank dan kekuatan hukum atas tanah yang belum bersertipikat sebagai objek jaminan dalam pembiayaan murabahah.

D. Manfaat Penelitian

Penelitian ini diharapkan dapat memiliki manfaat, baik secara praktis maupun teoritis, yaitu :

1. Secara praktis, penelitian ini diharapkan dapat menjadi bahan masukan bagi para notaris, praktisi bank, dan masyarakat luas

sehingga seluruh lapisan masyarakat yang berkepentingan dapat memiliki keyakinan hukum yang kuat dan benar. Terutama apabila menggunakan tanah yang belum bersertipikat dalam perjanjian hutangnya untuk dijadikan sebagai jaminan hutang.

2. Secara teoritis, penelitian ini diharapkan dapat menjadi bahan rujukan untuk penelitian lebih lanjut dalam upaya untuk membentuk sistem peraturan perundang-undangan yang lebih tegas dan terperinci, sehingga peraturan hukum itu dapat melindungi hak dan kepentingan hukum semua lapisan masyarakat, terutama yang berhubungan dengan bank, khususnya terhadap hak dan kepentingan hukum masyarakat yang memiliki kemampuan sosial ekonomi menengah ke bawah. Selanjutnya, dengan adanya tesis ini, diharapkan aparat yang berwenang dapat membuat peraturan perundang-undangan yang tepat, sehingga bisa memberikan kepastian hukum kepada masyarakat luas.

E. Kerangka Pemikiran

Dalam penelitian ini, menetapkan suatu kerangka pemikiran adalah merupakan suatu keharusan. Hal ini dikarenakan, kerangka pemikiran itu digunakan sebagai landasan berfikir untuk menganalisa permasalahan yang dibahas dalam tesis ini, yaitu mengenai peran dari seorang notaris dalam membuat akta, terutama peranan notaris dalam membuat akta perjanjian pembiayaan *murabahah* dengan jaminan tanah yang belum bersertipikat.

1. Rukun dan Syarat Murabahah

Murabahah mempunyai beberapa rukun yaitu :

1. Para pihak (*al-'aqidan*)
2. Pernyataan kehendak (*sigat al-'aqd*)
3. Obyek akad (*mahall al-'aqd*)
4. Tujuan akad (*maudu al-'aqd*)⁷

Ivan Rahmawan mengemukakan rukun *murabahah* antara lain : 1) Penjual (*bai'*); 2) Pembeli (*musytari*); 3) Barang/objek (*mabi*), 4) Harga (*saman*); 5) *Ijab qabul* (*sigat*).⁸

Syarat *Murabahah*, dalam *murabahah* terdapat delapan syarat terbentuknya akad *murabahah*, yaitu :

- a. Tamyiz (*at-tamyil*);
- b. Berbilang pihak (*ta'addud at-tarfairi*);
- c. Pertemuan kehendak atau kesepakatan (*tatabuq al-iradatairi*);
- d. Kesatuan *majlis*(*ittihadat-tarfain*)
- e. Obyek ada pada waktu akad (dapat diserahkan) (*wujud al-mal 'inda al-'aqd au al-qudrah 'ala at-taslim*);
- f. Obyek dapat ditransaksikan (*salahiyah al-mal li at-ta'amuli*);
- g. Obyek tertentu atau dapat ditentukan (*at-ta'yin au qabillyyah al-mahal li at-ta'amuli*)
- h. Tidak bertentangan dengan ketentuan syariah ('*adamu mukhalafah asy-syar i*) Adapun syarat keabsahan *murabahah* adalah :⁹
 - 1) Bebas dari paksaan (*al-khalwmin al-ikrari*);
 - 2) Bebas dari *garar* atau ketidakjelasan (*al-khalw min al-garar*);
 - 3) Bebas dari riba (*al-khalwmin ar-riba*);
 - 4) Bebas dari syarat *fasid* (*al-khalw min asy-syurut al-fasidah*);

⁷ H. Syamsul Anwar, *Hukum Transaksi Islam*, Hlm. 58.

⁸ Ivan Rahmawan A., *Kamus Istilah Akuntansi Syari'ah*, Yogyakarta: Pilar Media, 2005, Hlm. 112-113.

⁹ Ibid Hlm. 112-113.

5) Tidak menimbulkan kerugian ketika penyerahan (*'inda ad-darar 'inda at- taslim*).

Di samping syarat-syarat di atas, terdapat juga syarat-syarat khusus, yaitu :

- a. Harus diketahui besarnya biaya perolehan komoditi.
- b. Harus diketahui keuntungan yang diminta penjual.
- c. Pokok modal harus berupa benda bercontoh atau berupa uang.
- d. *Murabahah* hanya bisa digunakan dalam pembiayaan bilamana pembeli *murabahah* memerlukan dana untuk membeli suatu komoditi secara riil dan tidak boleh untuk lainnya termasuk membayar hutang pembelian komoditi yang sudah dilakukan sebelumnya, membayar biaya overhead, rekening listrik, dan semacamnya.
- e. Penjual harus telah memiliki barang yang dijual dengan pembiayaan *murabahah*.
- f. Komoditi bersangkutan harus telah berada dalam resiko penjual.
- g. Komoditi obyek *murabahah* diperoleh dari pihak ketiga bukan dari pembeli *murabahah* bersangkutan (melalui jual beli kembali)

Dalam pembahasan tesis ini, kerangka pemikiran yang digunakan adalah berdasarkan hukum perikatan atau perjanjian yang mengatur hak dan kewajiban yang timbul akibat adanya suatu perjanjian hutang piutang di dalamnya. Jadi kerangka pemikiran yang digunakan adalah berdasarkan asas kesepakatan dalam mengadakan perjanjian, dalam hal ini, kebebasan antara nasabah debitur dan bank untuk mengikatkan diri dalam suatu perjanjian hutang piutang dengan jaminan tanah yang belum bersertipikat, walaupun tanah belum bersertipikat

bukan merupakan objek dari suatu lembaga jaminan, sebagaimana diatur dalam hukum perjanjian dan hukum jaminan. Hal ini dikarenakan kesepakatan atau persetujuan dalam suatu perjanjian adalah merupakan undang-undang yang mengikat bagi para pihak yang berjanji. Berdasarkan hal tersebut, dan juga berdasarkan kewenangan notaris untuk membuat akta otentik, maka kemudian notaris membuat akad pembiayaan *murabahah* dengan jaminan tanah yang belum bersertipikat.

Pasal 1320 KUHPerdata menyebutkan, bahwa suatu perjanjian dianggap sah apabila telah memenuhi empat persyaratan pokok, yaitu :

1. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya;
2. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan;
3. Suatu hal tertentu;
4. Suatu sebab yang halal.

Apabila telah dipenuhinya syarat-syarat untuk sahnya suatu perjanjian, maka segala perjanjian dan perikatan yang dibuat oleh kedua belah pihak adalah sah dan mengikat keduanya seperti undang-undang, sebagaimana yang diatur dalam Pasal 1338 ayat 1 KUHPerdata yang berbunyi “Semua perjanjian yang dibuat secara sah, berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.”

Ketentuan mengikat bagi para pihak yang mengadakan perjanjian, baik terhadap materi perjanjian yang ada disebutkan

dalam perjanjian, maupun terhadap segala sesuatu yang menurut sifat persetujuan diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan dan undang-undang, semakin dipertegas lagi isinya dalam Pasal 1339 KUHPerdara yang menyebutkan, bahwa perjanjian-perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan didalamnya, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat persetujuan, diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan dan undang-undang.

Jadi, setiap orang yang membuat perjanjian, dia terikat untuk memenuhi isi daripada perjanjian tersebut. Karena isi suatu perjanjian mengandung janji janji yang harus dipenuhi, dan janji-janji tersebut mengikat para pihak sebagaimana mengikatnya undang-undang yang isinya wajib dipatuhi dan harus dilaksanakan.

Untuk mengikat perjanjian yang telah dibuat oleh kedua belah pihak, maka dibutuhkanlah suatu akta otentik yang dibuat oleh seorang notaris. Adapun maksud dan tujuan dibuat dalam suatu akta otentik adalah dalam rangka untuk membuat suatu alat bukti. Akta sengaja dibuat untuk dapat dijadikan alat bukti tentang suatu peristiwa hukum dan ditandatangani. Hal ini sesuai dengan ketentuan Pasal 1867 KUHPerdara yang menyebutkan bahwa “pembuktian dengan tulisan dilakukan dengan tulisan-tulisan otentik maupun dengan tulisan-tulisan di bawah tangan”. Berdasarkan ketentuan pasal tersebut, maka akta berfungsi untuk memastikan suatu peristiwa hukum dengan tujuan

menghindari sengketa di kemudian hari. Sehubungan dengan hal tersebut di atas, maka pembuatan akta harus sedemikian rupa sehingga apa yang diinginkan untuk dibuktikan itu dapat diketahui dengan mudah dari akta yang telah dibuat.

Dalam Pasal 1868 KUHPerdata tersebut, hanya menerangkan apa yang dinamakan “akta otentik”, akan tetapi tidak menjelaskan siapa yang dimaksud dengan pejabat umum, juga tidak dijelaskan tempat dimana dia berwenang, sampai dimana batas-batas kewenangannya dan bagaimana bentuk menurut hukum yang dimaksud. Hal-hal tersebut diatas diatur oleh Peraturan Jabatan Notaris, sehingga dapat dikatakan bahwa Peraturan Jabatan Notaris adalah merupakan peraturan pelaksana dari Pasal 1868 KUHPerdata. Dengan demikian, notarislah yang dimaksud dengan pejabat umum itu.¹⁰

Dalam Pasal 1 angka 1 Undang-undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris (selanjutnya dalam tesis ini disebut dengan UUJN) menyatakan: “Notaris adalah pejabat umum yang berwenang untuk membuat akta otentik dan kewenangan lainnya sebagaimana dimaksud dalam Undang-undang ini.”

Pengertian tersebut adalah pengertian notaris secara umum, untuk kewenangan notaris, diuraikan lebih lanjut di dalam Pasal 15 ayat 1. Ketentuan Pasal 1 Peraturan Jabatan Notaris Stb. 1860 Nomor 3 menyatakan pengertian notaris, yaitu :

Notaris adalah pejabat umum yang satu-satunya berwenang

¹⁰ GHS Lumban Tobing, *Peraturan Jabatan Notaris*, Erlangga, Jakarta, 1991, Hlm. 35.

untuk membuat akta otentik mengenai semua perbuatan, perjanjian dan ketetapan yang diharuskan oleh suatu peraturan perundang-undangan dan/ atau oleh yang dikehendaki oleh yang berkepentingan, untuk dinyatakan dalam suatu akta otentik, menjamin kepastian tanggal pembuatan akta, menyimpan akta, memberikan *grosse*, salinan dan kutipan akta, semuanya itu sepanjang pembuatan akta itu tidak jugaditugaskan atau dikecualikan kepada pejabat atau orang lain yang ditetapkan oleh undang-undang.

Kewenangan notaris dalam membuat akta otentik meliputi 4 hal, yaitu : kewenangan menyangkut akta yang dibuat, para pihak yang menghadap, tempat dan waktu pembuatan akta. Apabila salah satu dari persyaratan tersebut tidak dipenuhi, maka akta yang dibuat menjadi tidak otentik dan hanya mempunyai kekuatan seperti halnya akta yang dibuat di bawah tangan apabila akta ditandatangani oleh para pihak.

Disinilah letak arti pentingnya profesi notaris, bahwa notaris karena oleh undang-undang diberi wewenang menciptakan alat pembuktian yang mutlak. Dalam pembuktiannya apa yang tersebut dalam akta otentik pada pokoknya dianggap benar. Hal ini sangat penting bagi mereka yang membutuhkan alat pembuktian untuk suatu keperluan, baik untuk kepentingan pribadi maupun untuk kepentingan suatu usaha.

Dalam hal kewenangan utama notaris adalah untuk membuat akta otentik, maka otensitas dari akta notaris tersebut bersumber dari Pasal 1 UUJN, dimana notaris dijadikan sebagai pejabat umum (*openbaar ambtenaar*) sehingga dengan demikian

akta yang dibuat oleh notaris dalam kedudukannya tersebut memperoleh sifat akta otentik seperti yang dimaksud dalam pasal 1868 KUHPerduta.

Pada bank konvensional, pemberian hutang piutang ini biasanya disebut dengan Akta Perjanjian Kredit, namun pada bank syariah, lazim disebut dengan Aqad Pembiayaan *Murabahah*, pada Bank Pembiayaan Syariah, disebut dengan Perjanjian Jual Beli *Murabahah*. Nilai esensi yang terkandung di dalamnya sama, namun terdapat perbedaan prinsip-prinsip Islam di dalamnya. Dalam hukum perikatan Islam, kebebasan mengadakan perjanjian dalam suatu akad perjanjian, adalah merupakan hak yang dimiliki setiap manusia, dimana orang yang berjanji harus memenuhi janjinya. Dalam Al-Quran Surat Al-Maidah ayat 1, Allah SWT. berfirman yang menyatakan : *Hai orang-orang yang beriman, penuhilah aqadaqad itu.*

Dari pengertian tersebut, dapat diketahui bahwa dalam hukum perikatan Islam titik tolak yang menjadi esensi dasar terjadinya suatu perikatan adalah adanya unsur ikrar (ijab dan kabul) dalam setiap transaksi. Karena apabila dua janji antara para pihak telah disepakati, kemudian dilanjutkan dengan ikrar (ijab dan kabul), maka terjadilah *aqdu* (perikatan). Berdasarkan esensi dasar ini, maka dapat dilihat, bahwa kesepakatan kedua belah pihak yang ada dalam ijab dan kabul adalah menjadi syarat utama sahnya suatu perjanjian.

Asas keseimbangan juga merupakan hal penting yang harus dipenuhi, baik dalam hukum Islam maupun secara perdata. Dibuatnya perjanjian dengan perjanjian baku kadang kala menyebabkan munculnya ketidakseimbangan antara nasabah debitur dan bank. Hal ini dapat terjadi apabila salah satu pihak yang lebih kuat mengambil keuntungan dari situasi yang lebih menguntungkannya. Akan tetapi, situasi ini dapat diterima sepanjang tidak menimbulkan keadaan dengan klusul yang tidak wajar, hanya menguntungkan salah satu pihak, yang oleh pihak lawan, karena posisi tawar yang rendah, terpaksa diterima. Situasi demikian merupakan konsekuensi kebebasan yang dapat memuaskan semua pihak sepanjang pihak lawan tidak mengabaikan hak-hak dan peluang-peluangnya sendiri.¹¹ Masalah keseimbangan ini, sepanjang telah terjadi pembicaraan dan tawar menawar antara pihak bank dan nasabah debitur, tidak melanggar nilai-nilai syariah yang terkandung di dalamnya, sepanjang adanya kesepakatan kedua belah pihak.

Pasal 19 Peraturan Pemerintah (PP) Nomor 10 Tahun 1961 yang dirubah dengan PP Nomor 24 Tahun 1997 yang menyebutkan bahwa setiap perjanjian yang dimaksud memindahkan hak atas tanah, memberikan suatu hak baru atas tanah, menggadaikan tanah atau meminjam uang dengan hak

¹¹ Herlien Budiono, *Asas Keseimbangan Bagi Hukum Perjanjian Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006, Hlm. 322.

atas tanah sebagai tanggungan, harus dibuktikan dengan suatu akta yang dibuat oleh dan dihadapan pejabat yang ditunjuk oleh Menteri Agraria. Pejabat yang ditunjuk oleh Menteri Agraria untuk melaksanakan kewenangan tersebut adalah Pejabat Pembuat Akta Tanah (PPAT). Kewenangan PPAT sebagaimana dimaksud PP Nomor 10 Tahun 1961 yang disempurnakan dengan PP Nomor 24 Tahun 1997 adalah untuk membuat akta peralihan hak atas tanah-tanah yang telah memiliki hak atau tanah bersertipikat, sedangkan untuk tanah yang belum bersertipikat, peralihan hak atas tanahnya dibuat oleh PPAT.

Dalam dunia perbankan Islam, yaitu perbankan dengan prinsip syariah, baik bank umum syariah maupun bank pembiayaan rakyat syariah, juga menerapkan jaminan atas perjanjian pembiayaan antara bank dengan nasabah peminjam seperti halnya pada bank konvensional. Bentuk jaminan yang diterapkan oleh bank syariah tersebut adalah sama dengan bentuk jaminan dengan yang diterapkan pada bank konvensional, yaitu terdiri dari jaminan perseorangan dan jaminan kebendaan. Perbedaan antara bank konvensional dengan bank syariah pada dasarnya hanya berbeda pada penerapan akad (kontrak) dan prinsip operasional transaksi perbankannya yang berdasar pada syariah, namun bentuk jaminannya adalah sama. Dengan demikian, pembiayaan berdasarkan prinsip bagi hasil (*mudharabah*), pembiayaan berdasarkan prinsip penyertaan modal (*musyarakah*), prinsip jual

beli barang dengan memperoleh keuntungan (*murabahah*), atau pembiayaan barang modal berdasarkan prinsip sewa murni tanpa pilihan (*ijarah*), atau dengan adanya pilihan pemindahan kepemilikan atas barang yang disewa dari pihak bank oleh pihak lain (*ijarah wa iqtina*) juga membutuhkan jaminan dalam pelaksanaannya.

2. Pembiayaan Murabahah

Sebagai salah satu produk dari bank syariah yang sangat populer pelaksanaannya, adalah merupakan salah satu bentuk jual beli dalam islam, yang mengacu pada jual beli barang dengan tambahan keuntungan yang telah disepakati. Dalam prakteknya di dunia perbankan, tentunya bank menjual barang kepada nasabahnya dengan cara kredit atau angsur, walaupun prinsip utamanya *murabahah* dapat juga dilakukan dengan tunai. Oleh karena adanya praktek angsuran, tentunya bank merasa perlu adanya jaminan dari debitur untuk pembayaran kembali atas hutang yang telah diberikan. Bank meminta kepada nasabah debitur untuk menyerahkan jaminannya, umumnya di Bank Syariah, nasabah menyerahkan Surat Keterangan atas tanah yang belum bersertipikat miliknya untuk dijadikan jaminan hutang, dalam hal ini dapat berbentuk Surat Keputusan (SK) Camat, SK Bupati, SK Gubernur, maupun Akta Penyerahan Hak Dengan Ganti Rugi yang dibuat oleh notaris. Dengan demikian, bukan tanahnya yang diserahkan kepada pihak bank, melainkan surat-surat kepemilikannya.

Dalam pemberian pembiayaan pada bank konvensional maupun bank syariah dilakukan atas dasar pertimbangan prinsip 5C, yaitu *character, capacity, capital, collateral, dan condition of economy*.

Character (karakter), analisa mengenai karakter ini merupakan pintu gerbang pertama proses persetujuan kredit/ pembiayaan. Kesalahan dalam menilai karakter calon nasabah dapat berakibat fatal pada berlangsungnya pembiayaan. *Capacity* (Kemampuan), kapasitas calon nasabah sangat penting diketahui untuk memahami kemampuan seseorang berbisnis. Hal ini dilakukan untuk mengetahui kemampuan memenuhi semua kewajibannya termasuk pembayaran pelunasan pembiayaan. *Capital* (Modal), analisa modal diarahkan untuk mengetahui seberapa besar tingkat keyakinan calon nasabah terhadap usahanya sendiri. *Condition of economy* (kondisi), analisa diarahkan pada kondisi sekitar yang secara langsung maupun tidak langsung berpengaruh terhadap usaha calon nasabah, dan *Collateral* (jaminan), analisis diarahkan terhadap jaminan yang diberikan harus mampu mengcover resiko bisnis calon nasabah.

Prinsip 5C pada bank konvensional ini dipergunakan pada bank syariah karena prinsip-prinsip ini adalah merupakan prinsip yang bersifat universal sehingga tidak menyalahi nilai-nilai Islam yang diusung oleh perbankan syariah itu sendiri. Bahkan pada

dasarnya, prinsip 5C ini adalah prinsip-prinsip yang bersumber dari nilai-nilai Islam yang diadopsi oleh perbankan konvensional. Faktor *collateral* atau faktor jaminan adalah faktor yang sangat penting yang tidak dapat terlepas dari faktor-faktor lainnya, dimana apabila tidak ada faktor *collateral* atau jaminan ini maka kredit sangat sulit kalau tidak mau dikatakan tidak mungkin untuk diberikan. Jaminan diberikan sebagai langkah preventif untuk memastikan bahwa modal yang disalurkan ataupun uang yang dipinjamkan akan dapat dipenuhi oleh pihak yang dimodali atau yang diberikan hutang. Bahkan dalam penerapan operasional transaksi perbankannya, bank syariah hampir sama dengan bank konvensional, yang berbeda hanya penggunaan istilahnya saja. Yang berbeda mungkin hanya karena adanya nilai-nilai ukhuwah sesama muslim yang menyebabkan mereka lebih memilih perbankan syariah daripada perbankan konvensional. Jaminan berdasarkan hukum Islam bukanlah sesuatu yang mutlak harus ada, namun hanya merupakan tambahan yang diberikan nasabah debitur untuk kepastian dalam pembayaran. Akan tetapi, pelaksanaan kredit yang diberikan oleh bank, ada juga yang tidak memerlukan jaminan, misalnya *Standard Chartered Bank* yang mengundang para pengambil kredit tanpa jaminan tetapi dengan bunga yang tinggi, debiturnya juga dipilih oleh bank.

Pada bank konvensional, jaminan atau *collateral* adalah

merupakan unsur yang sangat penting dalam pemberian kredit. Sebagian besar kredit bank yang diberikan adalah kredit yang disertai dengan jaminan atau agunan, baik itu jaminan atas benda bergerak ataupun benda tidak bergerak, berwujud ataupun tidak berwujud, hanya sebagian kecil saja kredit tanpa jaminan yang bisa diberikan. Kredit tanpa jaminan hanya dapat diberikan pada seseorang atau perusahaan tertentu dengan berbagai alasan. Pertama, orang tersebut sudah sangat dikenal, teruji dan terpercaya oleh pihak bank. Kedua prospek usaha debitur sangat baik dan biasanya juga terkait dengan penilaian bank tentang reputasi seseorang atau perusahaan tersebut. Namun kredit tanpa jaminan seperti ini sangat jarang diberikan oleh bank.

Hal ini sangat berbeda dengan pembiayaan pada bank syariah, baik itu bank umum maupun bank perkreditan rakyat. Pada bank syariah, walaupun dasar pertimbangan pembiayaan adalah hasil penilaian berdasarkan prinsip 5C, namun unsur yang paling utama adalah prinsip kepercayaan. Bank Syariah dapat menyalurkan dananya dalam bentuk pembiayaan baik dengan ataupun tanpa adanya jaminan dari pihak yang membutuhkan dana. Hal ini tergantung pada penilaian bank terhadap pihak yang membutuhkan dana, apakah ia sanggup untuk melunasi ataupun mengembalikan dana yang telah diberikan padanya.

Walaupun biasanya pihak bank memberikan besarnya jumlah

pembiayaan lebih kecil dari nilai jaminan yang diberikan, namun tidak jarang diberikan jumlah pembiayaan yang sama ataupun yang lebih besar dari nilai jaminan yang diberikan, bahkan pembiayaan dapat diberikan tanpa adanya jaminan sekalipun apabila pihak yang membutuhkan dana dianggap mampu untuk mengembalikan dana yang telah diberikan oleh bank. Hal ini disebabkan karena faktor yang terpenting dari pembiayaan tersebut adalah kepercayaan.

Untuk melengkapi perjanjian pembiayaan ini, dibuat juga suatu perjanjian jaminan hutang, baik itu jaminan yang bersifat perseorangan, maupun jaminan kebendaan, termasuk di dalamnya jaminan dengan tanah yang belum bersertipikat.

Sebagai suatu perjanjian hutang piutang, dalam hal ini adalah perjanjian pembiayaan *murabahah* yang menggunakan jaminan tanah yang belum bersertipikat dalam transaksinya, diperlukan notaris dalam pembuatan akta otentiknya. Dengan adanya akta otentik berarti mempunyai kekuatan pembuktian yang kuat, apalagi apabila akta itu memuat perjanjian yang mengikat kedua belah pihak yang membuat perjanjian itu. Jadi apabila antara para pihak yang membuat perjanjian itu terjadi sengketa, maka apa yang tersebut dalam akta otentik itu merupakan bukti yang sempurna, sehingga tidak perlu dibuktikan lagi dengan alat-alat pembuktian lain. Disinilah letak arti penting dari akta otentik yang dalam praktek hukum sehari-hari memudahkan pembuktian dan

memberikan kepastian hukum yang lebih kuat. Berbeda dengan akta dibawah tangan yang masih dapat disangkal dan baru mempunyai kekuatan pembuktian yang sempurna apabila diakui oleh kedua belah pihak, atau dikuatkan lagi dengan alat-alat pembuktian lainnya. Karena itu dikatakan bahwa akta dibawah tangan itu merupakan permulaan bukti tertulis.

Selanjutnya, untuk menghindari terjadinya salah pengertian dan pemahaman yang berbeda tentang tujuan yang akan dicapai dalam penelitian ini, maka kemudian dapat dikemukakan dalam bentuk defenisi operasional sebagai berikut :

- a. Notaris adalah pejabat umum yang satu-satunya berwenang untuk membuat akta otentik mengenai semua perbuatan, perjanjian dan ketetapan yang diharuskan oleh suatu peraturan perundang-undangan dan/ atau oleh yang dikehendaki oleh yang berkepentingan, untuk dinyatakan dalam suatu akta otentik, menjamin kepastian tanggal pembuatan akta, menyimpan akta, memberikan *grosse*, salinan dan kutipan akta, semuanya itu sepanjang pembuatan akta itu tidak juga ditugaskan atau dikecualikan kepada pejabat atau orang lain yang ditetapkan oleh undang-undang.
- b. Pembiayaan *murabahah* adalah pemberian pinjaman atau hutang kepada debitur atau nasabah peminjam terhadap transaksi jual beli barang, dimana bank bertindak sebagai penjual dan nasabah debitur sebagai pembeli, dengan harga

jual dari bank berdasarkan harga jual asal dari pemasok barang ditambah dengan persentase tambahan keuntungan untuk bank, yang besarnya telah disepakati bersama antara kedua belah pihak. Dalam hal ini, pihak bank harus memberi tahu harga awal produk yang dia beli, dan menentukan besarnya keuntungan yang diperoleh sebagai tambahannya.

- c. Akad pembiayaan *murabahah*, adalah suatu ikatan perjanjian antara nasabah debitur dengan Bank Syariah, yang berisi transaksi jual beli, dimana bank bertindak sebagai penjual, dan nasabah debitur sebagai pembeli, dengan harga jual dari bank ditentukan berdasarkan harga beli dari pemasok barang ditambah sejumlah nominal tertentu untuk keuntungan bank, yang besaran persentasenya disesuaikan dengan kesepakatan bersama. Biasanya pembayaran harga dalam transaksi jual beli ini dilangsungkan dengan cara angsuran. Akad Pembiayaan *Murabahah* (jual beli) ini, adalah suatu transaksi sebagaimana diatur dalam KUH Perdata dan Hukum Islam.
- d. Jaminan adalah sesuatu barang yang diberikan oleh nasabah peminjam kepada bank untuk menimbulkan keyakinan bahwa nasabah debitur akan memenuhi kewajibannya dari suatu perjanjian hutang piutang. Barang jaminan dapat berupa benda bergerak dan benda tidak bergerak. Dalam tesis ini, dikhususkan jaminan terhadap benda tidak bergerak, yaitu

tanah yang belum bersertipikat.

- e. Tanah yang belum bersertipikat adalah tanah yang telah ada tanda bukti haknya menurut peraturan lama, atau sama sekali tidak ada/ belum ada, tetapi belum disesuaikan dengan Peraturan Pemerintah Nomor 10 tahun 1961 dan Peraturan Pemerintah nomor 24 tahun 1997, misalnya berupa SK Lurah, SK Camat, SK Bupati, SK Gubernur juga dengan Grand Sultan.

F. Metode Penelitian

Penelitian merupakan suatu sarana pokok dalam pengembangan ilmu pengetahuan dan teknologi yang bertujuan untuk mengungkapkan kebenaran sistematis, metodologis dan konsisten melalui proses penelitian tersebut perlu diadakan analisa dan kontruksi terhadap data yang telah dikumpulkan dan diolah.

Oleh karena itu dalam penulisan proposal tesis ini, penulisan menggunakan metode penulisan sebagai berikut :

1. Metode Pendekatan

Untuk memperoleh suatu pembahasan sesuai dengan apa yang terdapat di dalam tujuan penyusunan bahan analisis, maka dalam penulisan tesis ini menggunakan metode pendekatan yuridis empiris yaitu pengumpulan data secara langsung melalui wawancara.

Sedangkan menurut Soerjono Soekanto, pada penelitian hukum,

maka yang diteliti pada awalnya adalah data sekunder, untuk kemudian dilanjutkan dengan penelitian terhadap data primer di lapangan, atau terhadap masyarakat.

2. Spesifikasi Penelitian

Spesifikasi penelitian yang digunakan adalah deskriptif analitis, yaitu suatu penelitian yang bertujuan untuk mendeskripsikan atau menggambarkan dan menganalisis data yang diperoleh secara sistematis, faktual, dan akurat, termasuk didalamnya peraturan perundang-undangan yang berlaku dikaitkan dengan teori-teori hukum dan praktek pelaksanaan hukum positif yang menyangkut permasalahan diatas. Data yang diperoleh dari penelitian, diusahakan memberikan gambaran atau mengungkapkan berbagai faktor yang dipandang erat hubungannya dengan gejala-gejala yang diteliti, kemudian dianalisa mengenai penerapan atau pelaksanaan peraturan perundang-undangan serta ketentuan-ketentuan mengenai peran notaris dalam pembuatan akad pembiayaan murabahah atas jaminan tanah yang belum bersertipikat.

3. Obyek dan Subyek Penelitian

Obyek dalam penelitian ini adalah akad pembiayaan murabahah atas jaminan tanah yang belum bersertipikat di Bank Syariah, sekaligus mengetahui resiko bank atas pembiayaan murabahah atas jaminan tanah yang belum bersertipikat.

Untuk melengkapi analisis penelitian maka dilakukan juga referensi dari Narasumber, adapun narasumber sebagai subyek dalam penelitian ini adalah :

- a. Ibu Neneng selaku Pimpinan beserta staff Bank Victoria Syariah Cabang Cirebon.
- b. Notaris/PPAT Bachruddin Hardigaluh, SH. yang telah memperoleh sertifikasi dalam pembuatan akad pembiayaan di bank syariah.
- c. Nasabah pembiayaan akad murabahah atas jaminan tanah yang belum bersertipikat.

4. Teknik Pengumpulan Data

Pengumpulan data merupakan hal yang sangat erat hubungannya dengan sumber data, karena melalui pengumpulan data ini akan diperoleh data yang diperlukan untuk selanjutnya dianalisis sesuai dengan yang diharapkan. Adapun tehnik pengumpulan data yang digunakan dalam penelitian ini adalah terdiri dari dua sumber, yaitu :

a. Data primer

Data primer dalam penelitian ini diperoleh dengan cara pengumpulan data secara langsung melalui wawancara, yaitu proses tanya jawab dalam penelitian yang berlangsung secara lisan, dimana dua orang atau lebih bertatap muka mendengarkan langsung informasi atau keterangan-

keterangan mengenai masalah yang diteliti.

b. Data sekunder

Data sekunder dalam penelitian ini adalah data-data yang diperoleh dari penelusuran kepustakaan, literatur-literatur, makalah, peraturan perundang-undangan serta sumber-sumber lainnya yang berhubungan dengan penyusunan tesis ini yang dapat dibedakan atas bahan hukum primer, sekunder dan tersier.

Selain itu pengumpulan data dalam penelitian ini juga menggunakan melalui penelitian kepustakaan bertujuan untuk mengkaji, meneliti, dan menelusuri data-data sekunder mencakup bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier yang mengikat.

Dalam penelitian hukum, data sekunder mencakup bahan primer yaitu bahan-bahan hukum yang mengikat. Bahan Sekunder yaitu yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer. Bahan hukum tertier yaitu bahan yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder.

5. Teknik Analisis Data

Setelah semua data dalam penelitian ini diperoleh, baik data primer maupun sekunder, maka dalam menganalisis data yang digunakan adalah analisa kualitatif, yaitu data yang

diperoleh melalui penelitian lapangan maupun penelitian kepustakaan kemudian disusun secara sistematis dan logis agar dapat memberikan jawaban atas permasalahan yang telah dipaparkan dan selanjutnya dianalisa secara kualitatif dengan kalimat yang sistematis dan akhirnya ditariklah suatu kesimpulan dengan cara deduktif.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Pandangan Umum Tentang Jaminan

1. Pengertian Jaminan

Istilah jaminan merupakan terjemahan dari bahasa Belanda yaitu *zekerheid* atau *cautie*. *Zekerheid* atau *cautie* mencakup secara umum cara-cara kreditur menjamin dipenuhinya tagihannya, disamping pertanggungjawaban debitur terhadap barang-barangnya.¹² Selain istilah jaminan dikenal juga istilah agunan, istilah jaminan dalam Pasal 1 Angka 23 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan yaitu : “Jaminan tambahan diserahkan nasabah debitur kepada bank dalam rangka mendapatkan fasilitas kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah”.

Agunan dalam konstruksi ini merupakan jaminan tambahan (*accessoir*), dimana tujuan agunan ini adalah untuk mendapatkan fasilitas dari bank. Jaminan ini diserahkan oleh debitur oleh pihak yang membutuhkan dana pada bank.

¹² Salim Hs, *Perkembangan Hukum Jaminan di Indonesia*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2004. Hlm. 21.

Unsur-unsur dari suatu agunan adalah :

- a. Merupakan jaminan tambahan
- b. Diserahkan oleh debitur pada bank
- c. Untuk mendapatkan fasilitas kredit atau pembiayaan

Jaminan menurut Undang-undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang perbankan diberi arti sebagai “keyakinan akan itikad baik dan kemampuan serta kesanggupan nasabah debitur untuk melunasi hutangnya atau mengembalikan pembiayaan dimaksud sesuai dengan yang diperjanjikan”.¹³ Sedangkan dalam Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, tidak ada menyebutkan tentang jaminan tetapi disebut dengan agunan. Dalam Pasal 1 disebutkan bahwa agunan merupakan jaminan tambahan, baik berupa benda bergerak maupun benda tidak bergerak yang diserahkan oleh pemilik agunan kepada Bank Syariah dan/atau Unit Usaha Syariah, guna menjamin pelunasan kewajiban nasabah penerima fasilitas.

Menurut ketentuan Pasal 2 Ayat 1 Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia nomor 23/69/KEP/DIR tanggal 28 Februari 1991 tentang Jaminan Pemberian Kredit bahwa yang dimaksud dengan jaminan adalah suatu keyakinan bank atas kesanggupan debitur untuk melunasi kredit sesuai yang diperjanjikan.¹⁴

Dalam Seminar Pembinaan Badan Hukum Nasional yang diselenggarakan di Jogjakarta tanggal 20 sampai dengan 30 Juli

¹³ Rachmadi Usman, *Aspek -Aspek Hukum Perbankan Di Indonesia*, Gramedia Pusaka Utama, Jakarta, 2001, Hlm. 282.

¹⁴ Hermansyah, *op. cit*, Hlm. 68.

1977 disimpulkan pengertian jaminan. Jaminan adalah “Menjamin dipenuhinya kewajiban yang dapat dinilai dengan uang yang timbul dari suatu perikatan hukum. Oleh karena itu, hukum jaminan erat sekali dengan hukum benda.”¹⁵

Pengertian jaminan tersebut memiliki kesamaan dengan pengertian jaminan yang dikemukakan oleh Hartono Hadisoeparto dan M. Bahsan. Hartono Hadisoeparto berpendapat bahwa jaminan adalah “Sesuatu yang diberikan kepada kreditur untuk menimbulkan keyakinan bahwa debitur akan memenuhi kewajiban yang dapat dinilai dengan uang yang timbul dari suatu perikatan”. Menurut M. Bahsan, jaminan adalah “Segala sesuatu yang diterima kreditur dan diserahkan debitur untuk menjamin suatu hutang piutang dalam masyarakat”.¹⁶

Dengan adanya pemberian jaminan oleh pihak debitur kepada kreditur, dimaksudkan dapat memberikan keyakinan bahwa pemberian fasilitas pembiayaan akan dilunasi sesuai dengan perjanjian. Untuk dapat memberikan keyakinan tersebut maka sesuatu yang menjadi jaminan harus memenuhi persyaratan baik secara hukum / yuridis maupun secara ekonomis yang baik dan benar.

Syarat-syarat hukum/yuridis meliputi :

- a. Jaminan harus mempunyai wujud nyata (*tangible*).
- b. Jaminan harus merupakan milik debitur dengan bukti-bukti surat-surat autentiknya.

¹⁵ Mariam Darius Badruzaman, *Bab-Bab tentang Kredit Perbankan, Gadai dan Fidusia*, Cetakan IV, Bandung, Alumni 1987, Hlm. 227-265.

¹⁶ Salim Hs. *Op.cit*, Hlm. 22.

- c. Jika jaminan berupa barang yang dikuasakan, pemiliknya harus ikut menandatangani akad kredit / pembiayaan.
- d. Jaminan tidak dalam proses pengadilan.
- e. Jaminan bukan sedang dalam keadaan sengketa.
- f. Jaminan bukan yang terkena proyek pemerintah.¹⁷

Syarat-syarat ekonomis jaminan :

- a. Jaminan harus mempunyai nilai ekonomis pasar.
- b. Nilai jaminan kredit/ pembiayaan harus lebih besar dari pada pembiayaan.
- c. *Marketability* yaitu jaminan harus mempunyai pasar yang cukup luas atau mudah dijual.
- d. *Ascertainability of value* yaitu jaminan kredit/ pembiayaan yang diajukan oleh debitur harus mempunyai standar harga tertentu (harga pasar).
- e. *Transferable* yaitu jaminan kredit/pembiayaan yang diajukan debitur harus mudah dipindahtanggankan baik secara fisik maupun hukum.¹⁸

Oleh karena lembaga jaminan mempunyai tugas melancarkan dan mengamankan pemberian kredit/ pembiayaan, maka jaminan yang baik (ideal) adalah :

- a. Yang dapat secara mudah membantu memperoleh pembiayaan/kredit itu oleh pihak yang memerlukannya.
- b. Yang tidak melemahkan potensi (kekuatan) si pencari pembiayaan /kredit untuk melakukan (meneruskan) usahanya.
- c. Yang memberikan kepastian kepada si pemberi pembiayaan/kredit, dalam arti bahwa barang jaminan setiap waktu tersedia untuk dieksekusi, yaitu bila perlu dapat mudah diuangkan untuk melunasi hutangnya si penerima (pengambil) fasilitas pembiayaan/kredit.¹⁹

Dalam hukum Islam, seluruh mazhab hukum syariah tidak membenarkan meminta jaminan untuk akad yang bertujuan untuk melakukan transaksi berdasarkan kemitraaan. Namun dalam

¹⁷ H. Malayu SP Hasibuan, *Dasar-Dasar Perbankan*, Citra Aditya Bakti, Jakarta, 2001, Hlm. 110.

¹⁸ *ibid*, Hlm. 111.

¹⁹ R.Subekti, *Jaminan-Jaminan Untuk Pemberian Kredit Menurut Hukum Indonesia*, Citra Aditya bakti, Bandung, 1996, Hlm. 3.

perbankan syariah, ada akad yang disebut dengan *rahn*, yang mengandung makna "tetap dan tertahan", para ulama memaknainya sebagai "menjadikan barang berharga sebagai jaminan suatu hutang".²⁰ Sehingga, agunan itu berhubungan dengan hutang piutang yang timbul dari padanya.

Secara umum jaminan dalam hukum Islam (*fiqh*) dibagi menjadi dua, yaitu jaminan yang berupa orang (*personal guarancy*), yang sering dikenal dengan istilah *homan* atau *kafalah*, dan yang kedua adalah jaminan berupa harta benda, yang dikenal dengan istilah *rahn*.

Kafalah menurut etimologi berarti *al-dhamanah*, *hamalah*, dan *za'aamah*, ketiga istilah tersebut memiliki arti yang sama, yakni menjamin atau menanggung. Sedangkan menurut terminologi *kafalah* adalah "jaminan yang diberikan *kafiiil* (penanggung) kepada pihak ketiga atas kewajiban/prestasi yang harus ditunaikan pihak kedua (tertanggung)."²¹

Kafalah dibagi menjadi dua bagian, yaitu *kafalah* dengan jiwa (*kafalah binnafs*) dan *kafalah* dengan harta (*kafalah bil-maal*). *Kafalah* dengan jiwa dikenal pula dengan *kafalah bi al-wajhi*, yaitu adanya kesediaan pihak penjamin (*al-kafil*, *addhamin* atau *al-za'im*) untuk menghadirkan orang yang ia tanggung kepada yang janjikan tanggungan (*makful lah*).

²⁰ Amir Syarifuddin, *garis-garis Besar Fiqih*, Prenada Media, Jakarta, 2003, Hlm. 227.

²¹ Wahbah Zuhaili, *al-fiqh al-Islamy waa adillatuhu*, Dar al-fikr, Beirut, 2002, cet 6, hal 4141, dalam makalah AH. Azharuddin Lathif, M.Ag, *Penerapan Hukum Jaminan dalam Pembiayaan di Perbankan Syariah*, disampaikan pada tanggal 26 Agustus 2008, di Fakultas Syariah dan Hukum UIN Syarif Hidayatullah, Jakarta.

Kafalah yang kedua adalah *kafalah* harta, yaitu kewajiban yang mesti ditunaikan oleh *dhamin* atau *kafil* dengan pembayaran (pemenuhan) berupa harta. *Kafalah* harta ada tiga macam, yaitu: pertama, *kafalah bi al-dayn*, yaitu kewajiban membayar hutang yang menjadi beban orang lain, kedua, *kafalah* dengan penyerahan benda, yaitu kewajiban menyerahkan benda-benda tertentu yang ada di tangan orang lain, seperti mengembalikan barang yang di-*ghashab* dan menyerahkan barang jualan kepada pembeli, ketiga, *kafalah* dengan *'aib*, maksudnya adalah jaminan bahwa jika barang yang dijual ternyata mengandung cacat, karena waktu yang terlalu lama atau karena hal-hal lainnya, maka penjamin (pembawa barang) bersedia memberi jaminan kepada penjual untuk memenuhi kepentingan pembeli (mengganti barang yang cacat tersebut).

Sedangkan *rahn*, secara etimologi berarti tetap, kekal, jaminan.²² Akad *arrahn* dalam istilah hukum positif disebut dengan barang jaminan/agunan. Sedangkan menurut istilah *ar-rahn* adalah harta yang dijadikan pemiliknyanya sebagai jaminan hutang yang bersifat mengikat.²³

Akad *rahn* menurut syara' adalah menahan sesuatu dengan cara yang dibenarkan yang memungkinkan untuk ditarik kembali.

Maksud menahan sesuatu barang adalah barang yang mempunyai

²² Gemala Dewi, *op.cit*, Hlm. 133.

²³ *Ad-Dardir, syarh al-shagir bi syarh ash-shawi*, Dar al-fikr, Mesir, 1978, jilid III Hlm. 303, dalam makalah AH Azharuddin Lathif, M.Ag, *Penerapan Hukum Jaminan dalam Pembiayaan di Perbankan Syariah*, disampaikan pada tanggal 26 Agustus 2008, di Fakultas Syariah dan Hukum UIN Syarif Hidayatullah, Jakarta.

nilai harta menurut pandangan syara' yang dijadikan sebagai jaminan hutang, kemudian si pemilik harta tersebut diperbolehkan mengambil hutang seharga nilai barangnya atau sebahagian. Barang yang termasuk *rahn* adalah transaksi yang menggunakan surat berharga (sebagai jaminan dengan barang).²⁴

Defenisi ini mengandung pengertian bahwa barang yang boleh dijadikan jaminan atau agunan hutang itu hanya yang bersifat materi; tidak termasuk manfaat sebagaimana yang dikemukakan ulama mazhab Maliki. Barang jaminan itu boleh dijual apabila hutang tidak dapat dilunasi dalam waktu yang disepakati kedua belah pihak.

Para ulama fiqh sepakat mengatakan bahwa ar-rahn baru dianggap sempurna apabila barang yang dirahnkan itu secara hukum telah berada di tangan pemberi hutang, dan uang yang dibutuhkan telah diterima peminjam uang. Apabila barang jaminan itu berupa benda tidak bergerak, seperti rumah dan tanah, cukup surat-surat jaminan tanah itu atau surat-surat rumah itu yang dipegang oleh pemberi hutang. Syarat yang terakhir (kesempurnaaan ar-rahn) oleh para ulama disebut al-marhun (barang jaminan dikuasai secara hukum). Syarat ini menjadi penting karena Allah dalam Surat Al-Baqarah ayat 283 menyatakan "fa rihanun magbudhah" (barang jaminan itu dikuasai [secara hukum]).

²⁴ Muamalat Institute, *Perbankan Syariah Perspektif Praktisi*, 1999

Artinya barang jaminan itu berada dalam kekuasaan orang yang memberikan pembiayaan, yaitu dalam hal ini adalah bank. Tentu saja penyerahan barang dari orang yang berhutang kepada bank yang memberikan pembiayaan itu sesuai dengan barang jaminannya. Oleh karena itu jika barang jaminan berupa tanah, maka tidak mungkin tanah itu diberikan secara fisik, tapi dapat berupa alat bukti hak (sertipikat), demikian juga jika jaminan itu mobil atau sepeda motor, maka yang diserahkan dapat berupa alat bukti kepemilikannya (BPKB).

Dari uraian tentang kedua konsep jaminan tersebut, jelas bahwa eksistensi jaminan diakui dalam hukum Islam. Untuk jaminan yang diberikan oleh pihak lain atas kewajiban prestasi yang harus dilaksanakan oleh pihak yang dijamin (debitur) kepada pihak yang berhak menerima pemenuhan kewajiban (kreditur) disebut dengan *kafalah*, sedangkan jaminan yang terkait dengan benda/harta yang harus diberikan debitur (orang yang berhutang) kepada kreditur (orang yang berpiutang) disebut dengan *rahn*.

Sebagai perbandingan, dalam sistem yang berlaku di Indonesia, jaminan digolongkan menjadi dua macam, yaitu jaminan materiil (kebendaan) dan jaminan immateriil (perorangan, *bortogh*). Jaminan kebendaan mempunyai ciri-ciri "kebendaan" dalam arti memberikan hak mendahului di atas benda-benda tertentu dan mempunyai sifat melekat dan mengikuti benda yang bersangkutan. Sedangkan jaminan perorangan tidak memberikan hak mendahului atas benda-benda tertentu, tapi hanya dijamin

oleh harta kekayaan seorang lewat orang yang menjamin pemenuhan perikatan yang bersangkutan.²⁵

Dalam dunia perbankan, *rahn* diaplikasikan kedalam dua bentuk yaitu :

a. Sebagai produk pelengkap

Rahn dipakai sebagai produk pelengkap, artinya sebagai akad tambahan, jaminan (collateral) terhadap produk lain seperti dalam pembiayaan *ba'i almurabahah*, *mudharabah*, dan lainnya, maka bank dapat meminta nasabah untuk menyerahkan jaminan. Bank dapat menahan barang nasabah sebagai konsekuensi dari akad tersebut.

b. Sebagai produk tersendiri

Di beberapa negara Islam, diantaranya adalah Malaysia, akad *rahn* telah dipakai sebagai alternatif dari pegadaian konvensional. Bedanya dengan pegadaian biasa, dalam *rahn*, nasabah tidak dikenakan bunga, yang dipungut dari nasabah adalah iaya penitipan, pemeliharaan, penjagaan serta penaksiran. Keuntungan yang diperoleh bank hanya berasal dari biaya-biaya tersebut diatas. Apabila pinjaman telah lunas, maka barang gadai akan dikembalikan pada nasabah.

2. Dasar Hukum Jaminan di Indonesia

Adapun yang menjadi dasar hukum jaminan di Indonesia yang merupakan sumber hukum jaminan tertulis adalah :

²⁵ Salim HS, *op.cit*, Hlm. 23.

a. Buku II Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

Jaminan yang masih berlaku dalam KUH Perdata hanyalah gadai (*pand*) dan hipotek kapal laut dan pesawat udara, sedangkan hipotek atas tanah tidak berlaku lagi karena telah diganti oleh Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan.

Gadai (*pand*) diatur dalam Pasal 1150 sampai dengan Pasal 1160 KUH Perdata. Sedangkan hipotek diatur dalam Pasal 1162 sampai dengan Pasal 1232 KUH Perdata. Ketentuan tentang hipotek atas tanah kini sudah tidak berlaku lagi karena telah diganti oleh Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan, sedangkan ketentuan yang masih berlaku, hanya ketentuan yang berkaitan dengan hipotek kapal laut dan pesawat udara, yang muatannya 20 m³ lebih.

b. Kitab Undang-Undang Hukum Dagang.

Jaminan diatur dalam KUHDagang dalam Stb. 1847 Nomor 23. UHDagang terdiri atas 2 Buku, yaitu Buku I tentang Dagang pada umumnya, dan Buku II tentang hak-hak dan kewajiban yang timbul dalam pelayaran. Jumlah Pasal KUHDagang sebanyak 754 Pasal dan Pasal-Pasal yang erat kaitannya dengan jaminan adalah Pasal-Pasal yang berkaitan dengan hipotek kapal laut, yaitu Pasal 314 sampai dengan Pasal 316 KUH Dagang.

- c. Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria.

Ketentuan-ketentuan yang erat kaitannya dengan jaminan adalah Pasal 51 dan Pasal 57 UUPA. Pasal 51 UUPA berbunyi "Hak tanggungan yang dapat dibebankan pada hak milik, hak guna usaha dan hak guna bangunan tersebut dalam Pasal 25, 33, dan 39 diatur dengan Undang-Undang". Sedangkan dalam Pasal 57 UUPA berbunyi "Selama Undang-Undang mengenai hak tanggungan tersebut dalam Pasal 51 belum terbentuk, maka yang berlaku adalah ketentuan-ketentuan mengenai *hypothek* tersebut dalam kitab Undang-Undang Hukum Perdata Indonesia dan *credietverband* tersebut dalam Stb. 1908-542 sebagaimana telah diubah dengan Stb. 1937-190".

- d. Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah.

Undang-Undang ini mencabut berlakunya hipotek sebagaimana yang diatur dalam Buku II KUH Perdata, sepanjang mengenai tanah dan ketentuan mengenai *credietverband* dalam Stb. 1908-542 sebagaimana telah diubah dalam Stb. 1937-190. Tujuan pencabutan ketentuan yang tercantum dalam Buku II KUHPerdata dan Stb. 1937-190 adalah tidak sesuai lagi dengan kebutuhan kegiatan perkreditan, sehubungan dengan perkembangan tata perekonomian Indonesia.

e. Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 Tentang Jaminan Fidusia.

Undang-Undang ini terdiri atas 7 Bab dan 41 Pasal. Hal-hal yang diatur dalam Undang-Undang ini meliputi pembebanan pendaftaran, pengalihan, dan hapusnya jaminan fidusia, hak mendahului, dan eksekusi jaminan fidusia.

f. Pasal 49 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 1992 Tentang Pelayaran. Pasal 49 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 1992 tentang Pelayaran berbunyi:

- 1) Kapal yang telah didaftar dapat dibebani hipotek.
- 2) Ketentuan sebagaimana yang dimaksud dalam ayat (1) diatur lebih lanjut dalam Peraturan Pemerintah.

Terhadap tanah yang belum bersertipikat, tentu tidak bisa dijaminan dengan lembaga jaminan yang berlaku di Indonesia, karena hanya tanah yang bersertipikat saja yang dapat dijaminan, yaitu dengan lembaga Hak Tanggungan. Oleh karena itu, untuk mengatasinya biasanya pihak bank menggunakan Akta Pengakuan Hutang Dengan Pemberian Jaminan Dan Kuasa Menjual untuk mengikat perjanjian tersebut. Akta tersebut didasarkan pada asas kesepakatan dalam mengadakan perjanjian.

Untuk tanah tidak bersertipikat, walaupun tidak ada lembaga jaminan yang mengaturnya, tetapi Bank Indonesia dalam Peraturan Bank Indonesia No.8/24/PBI/2006 tentang

Penilaian Kualitas Aktiva Bagi Bank Perkreditan Rakyat Berdasarkan Prinsip Syariah, bagian ketiga Pasal 19 tentang penilaian agunan, mengakui dan menerima tanah tidak bersertipikat menjadi barang jaminan. Dalam Pasal 20 disebutkan, untuk agunan berupa tanah, gedung, dan rumah tinggal, nilai agunan yang dapat diperhitungkan paling tinggi sebesar :

- a. 80% dari nilai tanggungan untuk agunan berupa tanah bangunan dan rumah bersertipikat yang diikat dengan hak tanggungan.
- b. 60% dari Nilai Jual Objek Pajak (NJOP) untuk agunan berupa tanah, bangunan, dan rumah bersertipikat, hak pakai, tanpa hak tanggungan.
- c. 50% dari Nilai Jual Objek Pajak (NJOP) untuk agunan berupa tanah berdasarkan kepemilikan surat girik (*letter C*) dilampiri Surat Pemberitahuan Pajak Terhutang (SPPT) selama 6 bulan.

Untuk pengikatan atas jaminan dalam bentuk tanah dan bangunan tidak bersertipikat, dilakukan dengan pembuatan akta kuasa menjual. Di Bank Syariah, akta tersebut dibuat dengan judul Akta Pengakuan Hutang Dengan Pemberian Jaminan Dan Kuasa Menjual.

Sebagai salah satu asas yang ada dalam kaedah hukum perjanjian, maka asas kesepakatan dalam mengadakan

perjanjian adalah merupakan salah satu faktor yang sangat penting. Karena dalam setiap perjanjian harus ada kesepakatan atau persetujuan dari kedua belah pihak yang berjanji, sehingga tidak ada perjanjian kalau kesepakatan dan persetujuan tidak ada. Kesepakatan dalam mengadakan perjanjian ini didasarkan pada Pasal 1338 ayat 1 KUH Perdata, yang menyebutkan bahwa: “Semua perjanjian yang dibuat secara sah, berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.”

Ketentuan mengikat bagi para pihak yang mengadakan perjanjian, baik terhadap materi perjanjian yang ada disebutkan dalam perjanjian, maupun terhadap segala sesuatu yang menurut sifat persetujuan diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan dan undang-undang, semakin dipertegas lagi isinya dalam Pasal 1339 KUH Perdata yang menyebutkan, bahwa :

“Perjanjian-perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan didalamnya, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat persetujuan, diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan dan undang-undang.”

Jadi, setiap orang yang membuat perjanjian, dia terikat untuk memenuhi isi daripada perjanjian tersebut. Karena isi suatu perjanjian mengandung janji janji yang harus dipenuhi, dan janji janji tersebut mengikat para pihak sebagaimana mengikatnya undang-undang yang isinya wajib dipatuhi dan harus dilaksanakan. Asas kesepakatan dalam mengadakan perjanjian ini, ada pula yang mendasarkannya pada Pasal 1320 KUH

Perdata, yang mengatur tentang syarat-syarat sahnya sebuah perjanjian.

Asas kesepakatan dalam mengadakan perjanjian adalah merupakan suatu dasar yang menjamin kebebasan orang dalam melakukan perjanjian. Hal ini juga tidak terlepas dari sifat Buku III KUH Perdata, yang hanya merupakan hukum yang mengatur sehingga para pihak dapat mengenyampingkannya, kecuali terhadap Pasal-Pasal tertentu yang sifatnya memaksa.

Tentang kebebasan untuk mengadakan perjanjian ini, Ahmadi Miru menyebutkan lagi dalam Bukunya sebagai berikut :

Kebebasan berkontrak memberikan jaminan kebebasan kepada seseorang untuk secara bebas dalam beberapa hal yang berkaitan dengan perjanjian, diantaranya :

- a. Bebas menentukan apakah ia akan melakukan perjanjian atau tidak
- b. Bebas menentukan dengan siapa ia akan melakukan perjanjian
- c. Bebas menentukan isi atau klausul perjanjian
- d. Bebas menentukan bentuk perjanjian dan
- e. Kebebasan-kebebasan lainnya yang tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan.²⁶

Apabila terjadi wanprestasi, maka Akta Pengakuan Hutang dengan Kuasa Menjual Dan Pemberian Jaminan menjadi dasar bagi bank untuk melakukan eksekusi. Hal ini juga didasarkan pada teori hukum perikatan atau perjanjian, undang-undang memberi hak dan kewenangan pada setiap orang untuk dapat memindahkan hak dan wewenangnya kepada orang lain melalui pemberian kuasa, dengan ketentuan, bahwa pemindahan hak

²⁶ Ahmadi Miru, *Hukum Kontrak dan Perancangan Kontrak*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2007, Hlm. 4.

dan wewenang itu harus berdasarkan pada kesepakatan dan persetujuan kedua belah pihak.

Dengan demikian, memang Akta Pengakuan Hutang dengan Jaminan Dan Kuasa Menjual yang digunakan untuk menjadikan tanah belum bersertipikat sebagai jaminan bukanlah merupakan sebuah lembaga jaminan. Tapi perjanjian antara kedua belah pihak yang memperjanjikan akan menjual barang jaminan yang diperkuat lagi dengan akta surat kuasa menjual yang dibuat dalam sebuah akta otentik oleh dan dihadapan pejabat umum yang berwenang yaitu notaris, tentu ini adalah solusi terbaik yang tidak bertentangan dengan hukum yang berlaku apabila terjadi kasus ingkar janji dari pihak nasabah. Sehingga dengan pembuatan surat kuasa khusus untuk menjual barang jaminan, dapat menguatkan posisi bank guna menjamin kepastian pembayaran kembali dana yang telah dikeluarkannya pada nasabah. Hal ini diperlukan oleh bank untuk menjaga dana masyarakat yang disimpan dan dikelola oleh bank.

3. Fungsi Jaminan dalam Perjanjian Pembiayaan *Murabahah*

Pada bank dengan prinsip syariah, baik bank umum syariah maupun bank pembiayaan rakyat syariah, diperbolehkan untuk meminta jaminan, sama halnya dengan perjanjian kredit pada bank konvensional, hal ini diperbolehkan sesuai dengan petunjuk dalam surat *al-baqarah* ayat 283 :

“Jika kamu dalam perjalanan (dan bermuamalah tidak secara tunai) sedang kamu tidak memperoleh seorang penulis, maka hendaklah ada barang tanggungan yang dipegang.”²⁷

Jaminan dibolehkan dalam Islam karena berdasarkan Hadits Riwayat Abu Daud dan tarmizi, Nabi bersabda yang maknanya yaitu, bahwa hutang itu harus dilunaskan dan orang yang menjamin harus juga membayarnya. Dalam sejarah Nabi pernah menjaminkan baju besi beliau kepada seorang Yahudi di Madinah, sewaktu menghutang gandum untuk kebutuhan rumah tangganya, hal ini diceritakan oleh sahabatnya Anas dan kemudian diriwayatkan oleh Ahmad, Bukhari, Nasai dan Ibnu Majah.²⁸

Meminta jaminan atas hutang pada dasarnya bukanlah sesuatu yang tercela, demikian menurut Al-Qur'an dan Sunnah. Al-qur'an memerintahkan umat Islam untuk menulis tagihan hutang mereka, dan jika perlu meminta jaminan atas hutang itu. Dalam sejumlah kesempatan, Nabi memberikan jaminannya kepada para krediturnya atas hutang beliau. Jaminan adalah salah satu cara untuk memastikan bahwa hak-hak kreditur tidak akan dihilangkan dan untuk menghindarkan diri dari “memakan harta orang dengan cara yang bathil”.²⁹

²⁷ Al-Qur'an Dan Terjemahnya, diterjemahkan oleh Yayasan Penyelenggara Penerjemah Al-Qur'an, Karya Toha Putra, Semarang, Hlm. 89.

²⁸ Sulaiman Rasyid, *Fiqih Islam*, Sinar Baru Agensindo, Jakarta, 2003, Hlm. 309-313.

²⁹ Abdullah Saeed, *op,cit*, Hlm. 136

Oleh karena itu, pada bank dengan prinsip syariah, baik bank umum syariah maupun bank Pembiayaan rakyat syariah, juga menerapkan jaminan seperti halnya pada bank-bank konvensional. Dalam praktek bank Islam, yang dijadikan jaminan adalah barang yang pengadaannya dibiayai oleh bank, sesuai dengan petunjuk surat *Al-Baqarah* ayat 283 tersebut. Selain barang yang pengadaannya dibiayai bank yang dijadikan jaminan, apabila perlu, bank juga dapat meminta jaminan tambahan. Bentuk jaminan yang diterapkan oleh bank syariah tersebut adalah sama dengan bentuk jaminan dengan yang diterapkan pada bank konvensional, yaitu terdiri dari jaminan perseorangan dan jaminan kebendaan. Perbedaan antara bank konvensional dengan bank syariah pada dasarnya hanya berbeda pada penerapan akad-akad (kontrak) dan prinsip-prinsip operasional transaksi perbankannya yang berdasar pada syariah, namun bentuk jaminannya adalah sama.

Pemikiran lainnya, bank syariah berbeda dengan perbankan konvensional yang dalam penyaluran dananya melalui skim kredit, sedangkan bank syariah melalui skim pembiayaan. Pembiayaan ada kalanya mengambil keuntungan berdasarkan margin keuntungan (*profit margin*). Bank syariah dalam penyaluran dananya kepada nasabah penerima pembiayaan tidak dapat dipastikan memperoleh keuntungan tertentu (modal pembiayaan ditambah *return*) sebagaimana dalam skim

pembiayaan yang mengambil keuntungan berdasarkan *margin* keuntungan. Akan tetapi, justru pihak bank sangat memungkinkan mengalami kerugian apabila usaha nasabahnya mengalami kegagalan atau kebangkrutan. Hal inilah yang menjadi konsekuensi dari skim pembiayaan dengan prinsip bagi hasil (*profit and loss sharing*). Namun sebaliknya, apabila usaha nasabah berhasil maka akan memperoleh bagi hasil yang lebih besar. Apabila dibandingkan penyaluran dana melalui skim pembiayaan berdasarkan *margin* keuntungan, ini karena di antara kedua pihak telah ada kesepakatan bagi hasilnya, yang biasanya berkisar 30% - 70%, 40% - 60%, atau 50% - 50%.

Atas dasar tingkat spekulasi yang tinggi dalam skim pembiayaan, maka umumnya bank syariah sangat berhati-hati dalam melakukan penyaluran dana melalui skim ini. Terlebih apabila mengingat bahwa bank syariah sebagaimana bank konvensional adalah merupakan lembaga *intermediary* keuangan, dimana dana yang dikelola oleh bank sebagian besar merupakan dana pihak ketiga (nasabah kreditur) baik yang berupa dana tabungan (*titipan/wadi'ah*) maupun dana investasi yang berupa deposito (*mudharabah* atau *musyarakah*). Sebagaimana lazimnya bahwa dana nasabah tersebut dalam sewaktu-waktu atau dalam jangka waktu tertentu akan diambil kembali oleh nasabah dengan tambahan keuntungan baik yang berupa bagi hasil (bila merupakan dana investasi) atau bonus

(bila berupa dana titipan).

Sebagai wujud dari sikap kehati-hatian bank melakukan penyaluran dananya melalui skim pembiayaan ini, sebelum memberikan persetujuan pembiayaan, pihak bank harus melakukan penelitian dan penilaian yang seksama terhadap calon nasabah debiturnya, yaitu dengan melakukan prinsip 5C, yaitu: *Character, Capital, Collateral, Capacity and Condition of Economy*.

Memang secara teoritis bahwa yang terpenting pertama adalah karakter dari nasabah calon penerima pembiayaan (nasabah debitur), karena jika karakternya baik, sekalipun kondisinya buruk, nasabah debitur akan tetap berusaha serius dan dengan jujur mengembalikan dana pembiayaan yang telah disepakati dalam perjanjian. Namun, tidak dapat dipungkiri bahwa pada kenyataannya jaminan sangat menentukan tingkat keamanan pembiayaan yang disalurkan oleh bank. Di samping itu, keberadaan agunan menjadi sangat penting, dan hal ini berhubungan dengan filosofi dasar dari dana bank, yaitu bahwa dana bank adalah dana nasabah, dana masyarakat, yang oleh karenanya harus dilindungi dan digunakan secara sangat hati-hati.

Pentingnya jaminan dalam kredit ataupun pembiayaan bank adalah sebagai salah satu sarana perlindungan hukum bagi keamanan bank dalam mengatasi resiko yaitu agar terdapat

suatu kepastian bahwa nasabah debitur akan melunasi pinjamannya.³⁰

Dalam Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perbankan disebutkan bahwa jaminan pemberian kredit dalam arti keyakinan atas kemampuan dan kesanggupan nasabah debitur untuk melunasi kewajibannya sesuai dengan yang dijanjikan merupakan faktor penting yang harus diperhatikan oleh bank. Untuk memperoleh keyakinan tersebut, bank melakukan penilaian atas jaminan (*collateral*) sebelum memberikan kredit kepada nasabah debitur dengan memperhatikan prinsip kehati-hatian.³¹

Atas dasar beberapa pertimbangan tersebut, maka pengajuan pembiayaan di bank syariah yang menggunakan skim *murabahah* dikenakan kewajiban memberikan jaminan/ agunan.

Kenyataan di atas, menunjukkan bahwa jaminan mutlak diperlukan untuk memberikan kepastian bahwa dana tersebut dapat dikembalikan, atau setidaknya bank tidak akan mengalami kerugian yang begitu besar, jika misalnya ternyata hanya dapat mengeksekusi jaminan yang telah diberikan, karena debitur bertindak semaunya atau asal-asalan dalam menjalankan usaha bisnisnya.

³⁰ Tan Kamello, *Karakter Hukum Perdata dalam Fungsi Perbankan Melalui hubungan Antar Bank Dengan Nasabah*, Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar Tetap dalam bidang Ilmu Hukum Perdata pada Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara, Medan, 2006.

³¹ *Ibid.*

Hal lain yang membedakan perbankan konvensional dengan perbankan syariah adalah adanya ketentuan-ketentuan agama yang tetap harus dipatuhi dan tidak boleh dilanggar, baik itu adalah objeknya maupun tujuannya. Dalam perbankan syariah, suatu pembiayaan tidak akan disetujui sebelum dipastikan beberapa hal pokok, diantaranya adalah sebagai berikut :

- a. Apakah objek pembiayaan halal atau haram;
- b. Apakah proyek menimbulkan kemudharatan dalam masyarakat;
- c. Apakah proyek termasuk perbuatan yang melanggar kesusilaan;
- d. Apakah proyek berkaitan dengan perjudian;
- e. Apakah usaha tersebut berkaitan dengan industri senjata yang ilegal;
- f. Apakah proyek merugikan syiar Islam, baik secara langsung maupun tidak langsung.³²

Dari hal-hal yang diuraikan diatas, tampak jelas bahwa jaminan bukanlah hal utama yang menjadi acuan dalam pemberian pembiayaan seperti yang dilakukan pada bank konvensional. Hal utama yang paling penting adalah bahwa pembiayaan tersebut tidak boleh bertentangan dengan apa yang telah diatur dalam syariah Islam.

Pada bank konvensional, jaminan atau *collateral* adalah merupakan unsur yang sangat penting dalam pemberian kredit. Sebagian besar kredit bank yang diberikan adalah kredit yang disertai dengan jaminan atau agunan, baik itu jaminan atas

³² Gemala dewi, *Op.cit*, Hlm. 109

benda bergerak ataupun benda tidak bergerak, berwujud ataupun tidak berwujud, hanya sebagian kecil saja kredit tanpa jaminan yang bisa diberikan. Kredit tanpa jaminan hanya dapat diberikan pada seseorang atau perusahaan tertentu dengan berbagai alasan. Pertama, orang tersebut sudah sangat dikenal, teruji dan terpercaya oleh pihak bank. Kedua prospek usaha debitur sangat baik dan biasanya juga terkait dengan penilaian bank tentang reputasi seseorang atau perusahaan tersebut. Namun kredit tanpa jaminan seperti ini sangat jarang diberikan oleh bank.

Hal ini sangat berbeda dengan pembiayaan pada bank syariah, baik itu bank umum maupun bank perkreditan rakyat. Pada bank syariah, walaupun dasar pertimbangan pembiayaan adalah hasil penilaian berdasarkan prinsip 5C, dimana *collateral* atau jaminan adalah faktor yang penting dalam pemberian pembiayaan, namun unsur yang paling utama adalah prinsip kepercayaan. Bank Syariah dapat menyalurkan dananya dalam bentuk pembiayaan baik dengan ataupun tanpa adanya jaminan dari pihak yang membutuhkan dana. Hal ini tergantung pada penilaian bank terhadap pihak yang membutuhkan dana, apakah ia sanggup untuk melunasi ataupun mengembalikan dana yang telah diberikan padanya.

Menurut ketentuan Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah pada Pasal 37 Bank Indonesia

menetapkan ketentuan mengenai batas maksimum penyaluran dana berdasarkan prinsip syariah, pemberian jaminan, penempatan investasi surat berharga yang berbasis syariah, atau hal lain yang serupa yang dapat dilakukan oleh bank syariah kepada nasabah penerima fasilitas atau sekelompok nasabah penerima fasilitas yang terkait termasuk kepada perusahaan dalam kelompok yang sama dengan Bank Syariah.

Walaupun biasanya pihak bank memberikan besarnya jumlah pembiayaan lebih kecil dari nilai jaminan yang diberikan, namun tidak jarang diberikan jumlah pembiayaan yang sama ataupun yang lebih besar dari nilai jaminan yang diberikan, bahkan pembiayaan dapat diberikan tanpa adanya jaminan sekalipun apabila pihak yang membutuhkan dana dianggap mampu untuk mengembalikan dana yang telah diberikan oleh bank. Hal ini disebabkan karena faktor yang terpenting dari pembiayaan tersebut adalah kepercayaan.

Dengan demikian, jelaslah bahwa urgensi dalam perjanjian *murabahah* mutlak harus menggunakan jaminan, agar nasabah dalam melakukan pembelian barang yang pembayarannya dilakukan secara tangguh atau angsur, tidak menyimpang dari ketentuan-ketentuan yang ada di dalam perjanjian yang telah disepakati bersama. Jaminan menempatkan pembeli untuk bertanggung jawab sesuai dengan kesepakatan bersama.

B. Jaminan dalam Pembiayaan *Murabahah* Pada Bank Syariah

Barang jaminan adalah suatu perikatan antara kreditur dengan debitur, dimana debitur memperjanjikan sejumlah hartanya untuk pelunasan hutang menurut ketentuan perundang-undangan yang berlaku, apabila dalam waktu yang ditentukan terjadi kemacetan pembayaran hutang si debitur.³³

Dalam KUHPerdata, ketentuan umum mengenai jaminan diletakkan dalam Pasal 1131 sampai dengan Pasal 1138. Di sana diatur prinsip tanggung jawab seorang debitur terhadap hutang-hutangnya dan juga kedudukan semua kreditur atas tagihan yang dipunyai olehnya terhadap debiturnya.

Jaminan yang terjadi karena undang-undang merupakan jaminan yang keberadaannya ditunjuk undang-undang. Tanpa adanya perjanjian para pihak, yaitu yang diatur dalam Pasal 1131 KUHPerdata, yang menyatakan bahwa segala kebendaan si berhutang, baik yang bergerak maupun yang tidak bergerak, yang sudah ada maupun yang akan ada di kemudian hari akan menjadi tanggungan untuk segala perikatan perseorangannya. Dengan demikian berarti seluruh benda debitur menjadi jaminan bagi seluruh kreditur. Apabila debitur tidak dapat mematuhi kewajibannya untuk membayar hutangnya kepada kreditur, maka segala kebendaan milik debitur dapat dijual kepada umum dan hasil penjualan benda tersebut dibagi kepada para kreditur seimbang sesuai dengan besar

³³ Gatot Supramono, *Perbankan Dan Masalah Kredit, Suatu Tinjauan Yuridis*, Jakarta, Djambatan, 1995, Hlm. 56

piutang masing-masing kreditur.

Dari Pasal 1131 dapat disimpulkan asas-asas hubungan ekstern debitur sebagai berikut :

1. Seorang debitur boleh mengambil pelunasan dari setiap bagian dari harta kekayaan debitur.
2. Setiap bagian kekayaan debitur dapat dijual guna pelunasan tagihan kreditur.
3. Hak tagihan kreditur hanya dijamin dengan harta benda debitur saja, tidak dengan *persoon debitur*.³⁴

Debitur dalam perjanjian ini bersifat pasif karena debitur tidak perlu membuat perjanjian jaminan atas harta bendanya, karena perikatannya sudah diatur oleh undang-undang. Tanpa adanya perjanjian yang diadakan para pihak lebih dulu, para kreditur mempunyai kedudukan yang disebut dengan kreditur konkuren, dimana para kreditur konkuren ini semuanya bersama-sama memperoleh jaminan yang diberikan oleh undang-undang itu.³⁵

Menurut Pasal 1132 KUHPerdara, hasil penjualan barang-barang itu dibagi-bagikan menurut keseimbangan, yaitu besar kecilnya piutang masing-masing kreditur, kecuali diantara kreditur mempunyai hak untuk didahulukan.

Selain jaminan yang ditunjuk oleh undang-undang, sesuai dengan asas konsensualitas dalam hukum perjanjian, undang-undang memungkinkan para pihak untuk melakukan perjanjian

³⁴ J. Satrio, *Hukum Perikatan Perikatan Pada Umumnya*, Alumni, Bandung, 1999, Hlm. 4-5.

³⁵ Gatot Supramono, *Op.cit*, Hlm. 58.

penjaminan yang ditujukan untuk menjamin pelunasan atau pelaksanaan kewajiban debitur kepada kreditur. Perjanjian jaminan ini merupakan perjanjian aksesoir yang melekat pada perjanjian dasar atau perjanjian pokok yang menerbitkan hutang piutang antara debitur dengan kreditur.

Apabila dalam perjanjian yang dibuat oleh debitur dengan kreditur tidak ada suatu perjanjian tambahan apapun, maka sesuai dengan Pasal 1139 dan 1149 KUHPerdara, kreditur yang bersangkutan bukanlah kreditur yang diistimewakan. Karena jika debitur lalai memenuhi kewajibannya dan harta kekayaannya tidak mencukupi untuk melunasi semua hutangnya terhadap beberapa kreditur, maka sesuai dengan Pasal 1132 KUHPerdara, kreditur yang demikian hanya memiliki hak atau kedudukan sebagai kreditur konkuren, artinya semua kreditur mempunyai yang sama dan masing-masing memperoleh pembayaran yang proporsional dengan besarnya piutang masing-masing.

Pemegang jaminan khusus mempunyai kedudukan sebagai kreditur preferen bisa karena memang telah ditetapkan oleh undang-undang, atau bisa juga karena kreditur memperjanjikannya dengan debitur/ pemberi jaminan, baik jaminan itu dalam bentuk gadai, hipotek, ataupun bentuk-bentuk jaminan lainnya.³⁶

Timbulnya jaminan khusus ini karena adanya perjanjian yang khusus diadakan antara kreditur dan debitur yang berupa jaminan

³⁶ Lihat Pasal 1133 KUHPerdara.

yang bersifat kebendaan, yaitu adanya benda tertentu yang dijadikan jaminan (*zakelijk*), dan jaminan yang bersifat perorangan, yaitu adanya orang tertentu yang sanggup membayar hutang debitur apabila debitur wan prestasi.

Jaminan khusus ini dapat berupa jaminan kebendaan, seperti gadai, hipotek atas kapal laut dan pesawat udara, hak tanggungan dan fidusia. Selain itu dapat juga berupa jaminan perorangan, seperti Penanggung (*borg*) yaitu orang lain yang dapat ditagih, tanggung-menanggung yang serupa dengan tanggung renteng, akibat hak dari tanggung renteng pasif, dan perjanjian garansi (Pasal 1316 KUHPerdara), yaitu bertanggung jawab guna kepentingan pihak ketiga.

Pada Bank Syariah, dalam pemberian pembiayaan, prinsip yang paling diutamakan adalah kepercayaan. Bank harus memiliki kepercayaan, baik terhadap pribadi debitur maupun terhadap kemampuan membayarnya, dalam mengembalikan pembiayaan yang telah disalurkan padanya. Disamping kepercayaan, bank juga tidak boleh mengenyampingkan prinsip 5C dalam penilaiannya. Dari prinsip 5C yang dijalankan bank untuk persetujuan pemberian pembiayaan terhadap seseorang, prinsip yang paling diutamakan adalah *character* apabila dibandingkan dengan prinsip 5C lainnya dalam proses penilaian pemberian pembiayaan, baru setelah itu dilihat dari *capacity* atau kapasitasnya. Penilaian *character* nasabah

sangat penting demi kelancaran pembayaran pembiayaan yang diberikan oleh pihak bank kepada nasabah, sangat tidak mungkin pihak bank akan memberikan pembiayaannya kepada seorang pemabuk, penjudi, atau orang-orang yang tidak memiliki integritas untuk membayar pembiayaan yang telah diberikan. *Capacity* (kapasitas) adalah penilaian kemampuan debitur membayar kewajibannya pada bank, hal dapat dilihat dari bagaimana pembayaran debitur pada pembiayaan sebelumnya apabila ia telah pernah memperoleh pembiayaan sebelumnya, dilihat juga dari besar penghasilan yang diterimanya, ataupun dengan mensurvey secara langsung ke lapangan.³⁷

Pembiayaan yang diberikan biasanya harus dengan jaminan dari debitur, namun terkadang ada juga pembiayaan yang diberikan tanpa adanya jaminan. Hal ini adalah suatu penyimpangan yang biasanya terjadi apabila debitur tersebut adalah benar-benar dapat dipercaya ataupun permohonannya hanya dengan nilai yang kecil, yaitu di bawah 5 juta. Akan tetapi penyimpangan ini sangat jarang terjadi. Debitur juga dapat mengajukan kembali permohonannya apabila jaminannya ditolak setelah ada jaminan yang baru.

Pada Bank Perkreditan Rakyat, pelaksanaan operasionalnya lebih lunak apabila dibandingkan dengan bank-bank umum, baik itu bank konvensional maupun bank syariah. Maksud dari perkataan

³⁷ Hasil wawancara dengan Ibu Neneng, Kepala Kantor Bank Victoria Syariah Cabang Cirebon, pada tanggal 5 Januari 2011.

lebih lunak disini adalah terutama pada saat ketika debitur tidak mampu untuk membayar pinjamannya, pihak bank tidak serta merta langsung mengeksekusi barang jaminan setelah surat peringatan dikeluarkan seperti halnya pada bank-bank lain, melainkan diusahakan terlebih dahulu dengan jalan musyawarah, apakah dengan perpanjangan waktu pembayaran ataupun dengan kebijakan-kebijakan lain yang telah ditetapkan oleh pihak bank untuk menyelesaikan permasalahan tersebut. Kemudian juga dapat dilihat dari tidak adanya sengketa yang sampai diajukan ke Pengadilan dalam penyelesaian perkaranya. Hal ini disebabkan karena kegiatan operasionalnya lebih pada untuk membantu nasabahnya sesuai dengan nilai-nilai syariah. Sehingga tanpa adanya jaminan, pembiayaan juga dapat diberikan, namun tetap dengan menerapkan prinsip kehati-hatian.

Jenis barang jaminan yang diterima Bank Pembiayaan rakyat syariah adalah :

1. Jaminan yang bersifat kebendaan, seperti:
 - a. Kendaraan bermotor
 - b. Mesin-mesin
 - c. Pesediaan barang
 - d. Perhiasan
 - e. Deposito
 - f. Saham

- g. Tanah
- h. Bangunan

2. Jaminan yang bukan kebendaan, seperti :

- a. Jaminan orang (*borgtocht*).
- b. Jaminan perusahaan (*company guarantee*)
- c. Jaminan bank.

Jaminan tanah yang dapat diterima Bank Pembiayaan Rakyat Syariah adalah :

- a. Sertipikat hak milik.
- b. Hak guna bangunan.
- c. Hak guna usaha.
- d. Sertipikat camat.
- e. Sertipikat PPAT (Pejabat Pembuat Akta Tanah).
- f. Akta jual beli.

Pada Bank Pembiayaan Victoria Syariah, jenis jaminan yang biasanya diterima adalah tanah yang belum bersertipikat, yaitu tanah dengan SK Camat (hampir 90% dari keseluruhan jaminan yang diterima oleh bank),³⁸ BPKB kendaraan bermotor, dan deposito. Walaupun tidak ada lembaga jaminan yang mengaturnya secara baku, dan juga dengan nilai yang sangat kecil, yaitu 50% dari Nilai Jual Objek Pajaknya³⁹, tanah yang belum bersertipikat tetap diterima oleh bank sebagai jaminan hutang. Hal ini mengingat

³⁸ Hasil wawancara dengan Ibu Neneng, Kepala Kantor Bank Victoria Syariah Cabang Cirebon, pada tanggal 5 Januari 2011.

³⁹ Pasal 20 Peraturan Bank Indonesia Nomor 8/24/PBI/2006 tentang Penilaian Kualitas Aktiva Bagi Bank Perkreditan Rakyat Berdasarkan Prinsip Syariah.

walaupun dinilai dengan jumlah yang lebih kecil apabila dibandingkan dengan tanah bersertipikat, tanah yang belum bersertipikat tetap memiliki nilai, dan juga biasanya permohonan pembiayaan yang diajukan dengan jumlah kecil dan dilakukan di bawah tangan. Selain itu, bank juga merasa memiliki tanggung jawab sosial kepada masyarakat, sesuai dengan peruntukannya untuk membantu masyarakat ekonomi mikro, sehingga secara moral tetap bank menerima tanah yang belum bersertipikat sebagai jaminan hutang. Walaupun demikian, pada prakteknya pihak bank tidak pernah mengalami kesulitan untuk memperoleh angsuran dari debitur, dan walaupun ada biasanya dapat diselesaikan dengan baik. Jaminan perseorangan juga diterapkan, namun hanya merupakan jaminan tambahan dari jaminan pokoknya, yaitu jaminan kebendaan.

Jadi dengan demikian, jenis jaminan yang ada Pada Bank Syariah adalah :

1. Gadai, berupa barang jaminan dalam bentuk deposito (yang disimpan oleh bank adalah surat bilyet deposito).
2. Fidusia, berupa barang jaminan dalam bentuk BPKB kendaraan bermotor.
3. Kuasa menjual, berupa pengikatan terhadap jaminan dalam bentuk tanah dan bangunan.

4. Hak tanggungan, berupa pengikatan terhadap jaminan dalam bentuk tanah bersertipikat, namun jaminan ini sangat jarang terjadi.

Jaminan tersebut di atas merupakan jaminan tambahan atas pembiayaan yang diberikan, sesuai dengan sifatnya yang *accessoir*. Namun, sebagai jaminan pokoknya, barang yang dibeli secara *murabahah* itulah yang menjadi jaminan utamanya.

Kenyataan besarnya pembiayaan dengan jaminan tanah belum bersertipikat di Bank Syariah, juga diakui oleh beberapa nasabah debitur bank yang diberikan pembiayaan padanya. Nasabah debitur beranggapan, dengan diterimanya tanah mereka sebagai jaminan, maka telah sangat menolong perbaikan kualitas kehidupannya. Hal ini dikarenakan sebagian bank-bank umum tidak menerima tanah belum bersertipikat mereka sebagai jaminan hutang, sehingga mereka tidak merasa kesulitan dalam memperoleh pinjaman.

Hal ini sesuai dengan fungsi Bank Syariah yang terdapat dalam Pasal 4 Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah yang menyatakan :

1. Bank Syariah wajib menjalankan fungsi menghimpun dan menyalurkan dana masyarakat.
2. Bank Syariah dapat menjalankan fungsi sosial dalam bentuk lembaga baitul maal yaitu menerima dana yang berasal dari

zakat, infak, sedekah, hibah atau dana sosial lainnya dan menyalurkan kepada organisasi pengelola zakat.

3. Bank Syariah dapat menghimpun dana sosial yang berasal dari wakaf uang dan menyalurkannya kepada pengelola wakaf (nazhir) sesuai dengan kehendak pemberi wakaf (wakif).
4. Pelaksanaan fungsi sosial sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dan ayat (3) sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

BAB III

HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. Peranan Notaris dalam Pembuatan Akta Jaminan dalam Akad Pembiayaan *Murabahah* atas Tanah yang belum Bersertipikat.

Menurut hukum, yang merupakan produk atau hasil pekerjaan notaris adalah berupa akta yang dibuat oleh notaris. Akta-akta yang dibuat oleh notaris harus benar-benar dapat diterima sebagai alat bukti sempurna di antara para pihak yang menghadap padanya. Karena kewenangan utamanya adalah untuk membuat akta otentik, dimana otentisitas dari akta yang dibuatnya bersumber dari Pasal 1 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 Tentang Jabatan Notaris yang menjadikan notaris sebagai pejabat umum (*openbaar ambtenaar*), maka dengan demikian akta yang dibuat oleh notaris dalam kedudukannya tersebut memperoleh sifat akta otentik, seperti yang dimaksud dalam Pasal 1868 KUHPerdara. Jadi dengan demikian, akta yang dibuat oleh notaris adalah akta otentik.

Ketentuan Pasal 1 Peraturan Jabatan Notaris Stb. 1860 Nomor 3 dan Pasal 15 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris menyebutkan bahwa notaris berwenang untuk membuat akta otentik mengenai semua perbuatan, perjanjian dan penetapan yang diharuskan oleh suatu peraturan perundang-undangan dan/ atau oleh yang berkepentingan menghendaki untuk dinyatakan dalam suatu akta otentik, menjamin kepastian

tanggalnya, menyimpan aktanya dan memberikan *grosse*, salinan dan kutipannya, semuanya sepanjang pembuatan akta itu oleh suatu peraturan umum tidak juga ditugaskan atau dikecualikan kepada pejabat atau orang lain yang telah ditetapkan oleh peraturan perundang-undangan.

Dengan demikian, dalam fungsinya sebagai pejabat umum, maka notaris berwenang untuk membuat akta otentik. Akta otentik, berdasarkan Pasal 1866 KUHPerdara sebagai bukti tertulis yang dibuat secara otentik, menempati urutan tertinggi dibandingkan dengan alat bukti lainnya, yaitu menurut urutan yang berada dibawahnya, yaitu bukti dengan saksi-saksi, persangkaan, pengakuan, dan sumpah. Hal demikian ini diulangi lagi dalam hukum acara perdata seperti yang dijumpai pada Pasal 164 HIR yang merupakan hukum formal. Oleh karena itu, notaris, sebagai pembuat akta, memberikan kepastian hukum bagi para pihak yang menghadap padanya. Notaris mencatat, dan memberi penguatan kepada para pihak yang berkontrak dengan sifat otentitasnya.

Dari Stb. 1860 Nomor 3 tentang Peraturan Jabatan Notaris, maupun oleh Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris dapat dilihat, bahwa yang berwenang untuk melakukan tugas-tugas tersebut diatas hanyalah notaris. Notaris memiliki kewenangan yang bersifat umum, sedangkan kewenangan para pejabat lainnya untuk membuat akta, hanya ada apabila telah dinyatakan oleh undang-undang secara tegas.

Dengan adanya perluasan dari kewenangan notaris setelah keluarnya Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris, sehingga selain untuk membuat akta otentik, dalam Pasal 15 ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 tentang Jabatan Notaris, notaris berwenang pula :

1. Mengesahkan tanda tangan dan menetapkan kepastian tanggal surat di bawah tangan dengan mendaftar dalam buku khusus.
2. Membukukan surat-surat di bawah tangan dengan mendaftar dalam buku khusus.
3. Membuat kopi dari asli surat-surat di bawah tangan berupa salinan yang memuat uraian sebagaimana ditulis dan digambarkan dalam surat yang bersangkutan.
4. Melakukan pengesahan kecocokan fotokopi dengan surat aslinya.
5. Memberikan penyuluhan hukum sehubungan dengan pembuatan akta.
6. Membuat akta yang berkaitan dengan pertanahan.
7. Membuat akta risalah lelang.

Menurut Komar Andasasmita, notaris selain membuat akta otentik, sehari-hari dia juga melakukan :

1. Bertindak selaku penasehat hukum, terutama yang menyangkut masalah hukum perdata.
2. Mendaftarkan akta-akta / surat-surat di bawah tangan (*stukken*), melakukan *waarmerking*.
3. Melegalisir tanda tangan.
4. Membuat dan mengesahkan (*waarmeken*) salinan/turunan berbagai dokumen.
5. Mengusahakan disahkannya badan-badan, seperti perseroan

- terbatas dan perkumpulan, agar memperoleh persetujuan/ pengesahan sebagai badan hukum dari menteri kehakiman.
6. Membuat keterangan hak waris (di bawah tangan).
 7. Pekerjaan-pekerjaan lain yang bertalian dengan lapangan yuridis dan perpajakan, seperti urusan bea materai dan sebagainya.⁴⁰

Apabila suatu akta hendak memperoleh stempel otentisitas, sebagaimana yang terdapat dalam akta notaris, maka menurut Pasal 1868 KUHPerdara, akta yang bersangkutan harus memenuhi persyaratan berikut :

1. Akta itu harus dibuat oleh atau dihadapan seorang pejabat umum.
2. Akta dibuat dalam bentuk yang ditentukan oleh undang-undang.
3. Pejabat umum oleh atau dihadapan siapa akta itu dibuat, harus mempunyai wewenang untuk membuat akta itu.

Menurut Pasal 41 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 Tentang Jabatan Notaris, akta notaris akan kehilangan sifat otentisitasnya dan hanya berlaku sebagai akta di bawah tangan apabila di dalam akta tersebut tidak dipenuhi ketentuan-ketentuan yang diatur dalam Pasal 39 dan Pasal 40 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 Tentang Jabatan Notaris.

Apabila akta notaris tersebut hanya mempunyai kekuatan seperti akta di bawah tangan, berarti akta notaris tersebut kehilangan sifat otentisitasnya dan kekuatan eksekutorialnya apabila ia dibuat dalam bentuk *grosse* akta. Hal ini tentu saja merugikan para pihak yang menghadap padanya.

⁴⁰ Komar Andasasmita, *Notaris Selayang Pandang*, Bandung, Alumni, 1983, Hlm. 7

Perbedaan antara akta otentik dengan perjanjian di bawah tangan adalah :

1. Dalam perjanjian di bawah tangan, Pasal 1876 KUHPerdara menentukan :

“Barang siapa yang terhadapnya dimajukan suatu tulisan di bawah tangan, diwajibkan secara tegas mengakui atau memungkiri tanda tangannya, tetapi bagi para ahli warisnya atau orang yang mendapat hak daripadanya adalah cukup jika mereka menerangkan tidak mengakui tulisan atau tanda tangan itu sebagai tulisan atau tanda tangan orang yang mereka wakili.”

Apabila timbul suatu masalah tentang suatu perjanjian antara para pihak yang memerlukan pembuktian, meskipun secara fisik perjanjian dimaksud ada, akan tetapi perjanjian dibuat di bawah tangan, maka masih diperlukan pembuktian lebih lanjut dengan pembuktian atau pemungkiran secara tegas oleh para pihak. Yang lebih menambah kesulitan akibat dari perjanjian yang dibuat di bawah tangan adalah pemungkiran dari para ahli waris ataupun yang mendapatkan hak dari salah satu pihak cukup dilakukan dengan sebuah keterangan bahwa mereka tidak mengakui tulisan atau tanda tangan yang mereka wakili.

Sedangkan dalam akta otentik, pemberian suatu bukti yang sempurna tentang apa yang dimuat di dalamnya, berarti merupakan bukti yang sempurna mengenai :

- a. Kepastian tanggal dibuatnya akta
- b. Kepastian penandatanganan pihak-pihak yang dibuat akta
- c. Kepastian isi akta yang dibuat oleh para pihak

Sehingga tidak memerlukan pembuktian lebih lanjut.

2. *Grosse* dari akta otentik dalam beberapa hal mempunyai kekuatan eksekutorial seperti putusan hakim, sedang akta yang dibuat di bawah tangan tidak pernah mempunyai kekuatan eksekutorial.
3. Kemungkinan akan hilangnya akta yang dibuat di bawah tangan lebih besar dibandingkan dengan akta otentik. Minuta akta sebagai dokumen negara selalu disimpan secara rapi oleh notaris. Manakala notaris yang membuat akta meninggal, pensiun, berhenti atau tempat kedudukan yang bersangkutan masih dapat dimintakan salinannya kepada notaris pemegang protokol.

Menurut pendapat umum, pada setiap akta otentik sebagaimana juga pada akta notaris, dibedakan pada 3 (tiga) kekuatan pembuktian yaitu :⁴¹

1. Kekuatan pembuktian lahiriah (*Uitwendige Bewijskracht*)
Kekuatan pembuktian lahiriah adalah kemampuan dari akta itu sendiri untuk membuktikan dirinya sebagai akta otentik. Dengan kekuatan lahiriah ini, dimaksudkan agar akta itu mampu membuktikan dirinya sebagai akta otentik dan kemampuan ini berdasarkan pada Pasal 1875 KUH Perdata tidak dapat diberikan pada akta dibawah tangan, dimana akta dibawah tangan baru berlaku sah apabila berasal dari orang, terhadap siapa akta itu digunakan, apabila yang menandatangerannya mengakui kebenaran dari tanda tangannya itu atau apabila dengan cara

⁴¹ G.H.S Lumban Tobing, *Op.cit*, Hlm. 55-63.

yang sah menurut hukum dapat dianggap sebagai telah diakui oleh yang bersangkutan.

Akta otentik membuktikan sendiri keabsahannya, dimana dalam bahasa latin disebut "*acta publica probant sese ipsa*". Suatu akta yang otentik dapat dilihat dari kata-kata yang tercantum dalam akta tersebut dan dari pejabat dimana akta itu dibuat, maka akta itu terhadap setiap orang dianggap sebagai akta otentik sampai dapat dibuktikan sebaliknya. Kekuatan pembuktian lahiriah ini tidak ada pada akta yang dibuat dibawah tangan.

2. Kekuatan Pembuktian Formal (*Formele Bewijskracht*)

Akta otentik dengan kekuatan pembuktian formal adalah kepastian bahwa suatu kejadian dan fakta yang dituangkan dalam akta tersebut benar-benar dilakukan oleh notaris atau diterangkan oleh pihak-pihak yang menghadap. Dengan kekuatan pembuktian formal ini, suatu akta selain hanya membuktikan bahwa pejabat atau notaris telah menyatakan dengan tulisan dalam akta yang dibuatnya, juga menegaskan bahwa segala kebenaran yang diuraikan dalam akta itu seperti yang dilakukan dan disaksikan oleh notaris. Berkaitan dengan hal ini arti formal dalam akta pejabat dapat dijelaskan bahwa selain akta itu membuktikan kebenaran dari apa yang disaksikan yaitu yang dilihat, didengar, dan dilakukan oleh notaris juga menjamin kebenaran tentang tanggal, tanda tangan dan identitas dari para pihak yang hadir serta tempat dibuatkannya akta itu.

Mengenai kekuatan pembuktian formal ini yang merupakan pembuktian lengkap maka akta *partij* dan akta pejabat dalam hal ini adalah sama, dengan pengertian bahwa kedua golongan akta itu mempunyai kekuatan pembuktian formal dan berlaku pada setiap orang yakni apa yang ada dan terdapat di atas tanda tangan mereka.

3. Kekuatan Pembuktian Material (*Materiele Bewijskracht*)

Kekuatan pembuktian material adalah kepastian bahwa apa yang tersebut dalam akta merupakan pembuktian yang sah terhadap pihak-pihak yang membuat akta atau mereka yang mendapat hak dan berlaku untuk umum kecuali pada pembuktian sebaliknya (*tegenbewijs*).

Kekuatan pembuktian material ini tidak hanya pada kenyataan bahwa adanya dinyatakan sesuatu yang dibuktikan oleh akta itu akan tetapi isi dari akta itu dianggap dibuktikan sebagai yang benar terhadap setiap orang, yang meminta untuk dibuat akta sebagai tanda bukti terhadap dirinya, sehingga akta itu mempunyai kekuatan pembuktian material. Kekuatan pembuktian inilah yang dimaksud dalam Pasal 1870, 1871, dan 1875 KUH Perdata yang mengatur antara para pihak yang bersangkutan dan para ahli waris serta penerima hak mereka, akta itu memberikan pembuktian yang lengkap tentang kebenaran dari akta yang tercantum dalam akta itu, dengan pengecualian dari apa yang dicantumkan didalamnya hanya sebagai suatu

pemberitahuan semata dan yang tidak mempunyai hubungan langsung dengan yang menjadi pokok dalam akta itu.

Apabila akta yang dikeluarkan notaris itu kehilangan sifat otentitasnya maka akta tersebut hanya mempunyai kekuatan pembuktian sebagai akta di bawah tangan. Dengan berubahnya nilai otentitas akta tersebut, maka berubah pula kekuatan pembuktian dari kekuatan eksekutorialnya. Sebagaimana yang ada pada *grosse* akta pengakuan hutang (pada Bank Pembiayaan Rakyat Syariah berjudul Akta Pengakuan Hutang, Pemberian Jaminan Dan Kuasa Menjual) yang dibuat dihadapan notaris, dimana pada kepala aktanya memuat irah-irah "DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA" adalah salinan akta yang mempunyai kekuatan eksekutorial. Di dalam Akta Pengakuan Hutang Dengan Pemberian Jaminan Dan Kuasa Menjual yang dibuat notaris, selain berisikan surat kuasa menjual bagi bank apabila debitur wan prestasi, di dalamnya juga termaktub kuasa untuk mengurus sertipikat atas tanah dan apabila sertipikat telah selesai dan telah melekat hak pada tanah tersebut, maka debitur memberikan kuasa kepada bank untuk memasang Akta Pembebanan Hak Tanggungan atas tanah tersebut.

Akta yang mempunyai kekuatan eksekutorial ini maksudnya adalah bahwa apabila pihak debitur atau pihak yang berhutang cidera janji, maka dapat langsung dieksekusi sesuai dengan isi dari *grosse* akta tersebut tanpa harus menunggu adanya putusan

pengadilan. Hal ini disebabkan *grosse* akta notaris mempunyai kekuatan eksekutorial yang sama dengan kekuatan putusan hakim. Tidak hanya tagihan dalam bentuk uang yang dapat dieksekusi berdasarkan *grosse* akta notaris, akan tetapi juga tuntutan (*verderingen*) lain, misalnya tuntutan untuk menyerahkan benda atau barang bergerak.

Bentuk suatu *grosse* akta harus memuat pada bagian kepala akta irah-irah “DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA” dan pada bagian akhir atau penutup akta memuat frase “ diberikan sebagai *grosse* pertama” dengan menyebutkan nama orang yang memintanya dan untuk siapa *grosse* dikeluarkan dan tanggal pengeluarannya. *Grosse* akta kedua hanya dapat diberikan pada orang yang berkepentingan langsung pada akta, ahli waris, ataupun yang memperoleh hak, kecuali ditentukan lain oleh peraturan perundang-undangan. Apabila syarat-syarat tersebut tidak dipenuhi, artinya terdapat kekurangan pada bagian atas atau bawah dari *grosse* akta itu, maka dalam hal itu *grosse* tersebut tidaklah dapat dipergunakan untuk dieksekusi. Hanya dengan *grosse* yang dibuat dengan memenuhi syarat-syarat bentuk eksekutorial dapat dilakukan eksekusi tanpa perantaraan hakim.

Selain tugas utama dari seorang notaris untuk membuat akta otentik, dalam ruang lingkup jabatannya notaris juga ditugaskan untuk melakukan pendaftaran dan mensahkan (*waarmerken* dan

legiseren) surat-surat/ akta-akta yang dibuat di bawah tangan. Notaris juga memberikan nasehat hukum dan penjelasan mengenai akta yang akan dibuat olehnya kepada para pihak yang menghadapnya.

Sebelum penandatanganan akta, notaris harus terlebih dahulu memberikan penjelasan dan keterangan mengenai akta yang akan mereka tanda tangani, kemudian dibacakan di hadapan para pihak. Apabila isi dari akta tersebut telah dipahami dan para pihak setuju dengan isi dari akta tersebut, para pihak menandatangani akta tersebut dengan saksi-saksi dan notaris itu sendiri. Setelah penandatanganan akta itu dilakukan, maka akta tersebut menjadi akta otentik yang mengikat para pihak.

Pemberian nasehat hukum tersebut bukan hanya dilakukan pada saat akan dilaksanakannya penandatanganan akta, namun juga dilakukan sebelum akta itu dibuat, bahkan telah dilakukan ketika para pihak menghadap notaris untuk dibuatkan akta otentik yang mereka kehendaki. Dalam hal ini biasanya para pihak meminta terlebih dahulu pertimbangan-pertimbangan dan penjelasan hukum dari notaris mengenai akta yang akan mereka buat. Setelah para pihak paham dan mengerti apa yang akan dicantumkan pada akta tersebut, baru kemudian persetujuan untuk membuat akta otentik itu dilakukan.

Dalam dunia perbankan juga dilakukan hal yang sama. Notaris berwenang sebagai pejabat umum untuk membuat akta otentik

sebagaimana yang dibutuhkan bank dan nasabahnya. Pada Bank Pembiayaan Rakyat Syariah, terhadap pembiayaan *murabahah*, atas permohonan bank dan nasabah debitur, notaris membuat Akta Perjanjian Jual Beli *Murabahah*. Disamping itu, notaris juga membuat akta pengakuan hutangnya. Terhadap tanah belum bersertipikat yang dijadikan jaminan hutang atas pembiayaan *murabahah* yang diberikan, notaris membuat akta yang berjudul Akta Pengakuan Hutang, Pemberian Jaminan dan Kuasa Menjual antara bank dan nasabah debitur yang mempunyai kekuatan eksekutorial apabila debitur wanprestasi. Surat kuasa menjual ini adalah merupakan perjanjian *accessoir* yang bergantung pada perjanjian pokok, yaitu pengakuan hutang dengan pemberian jaminan serta perjanjian jual beli *murabahah*. Selain itu, para pihak, dalam hal ini adalah bank selaku kreditur dan nasabah peminjam selaku debitur, dapat meminta nasehat hukum pada notaris tentang pengikatan ataupun perjanjian yang akan mereka buat dan akan dikonstatir dalam akta notaris, baik sebelum, pada saat, ataupun setelah akta notaris tersebut ditandatangani. Pada prakteknya, di Bank Syariah, biasanya konsultasi ataupun meminta nasehat hukum pada notaris adalah mengenai jaminan yang diberikan oleh calon debitur dalam permohonan pembiayaan yang diajukan pada pihak bank, misalnya mengenai keabsahan dari surat-surat yang diajukan calon debitur, walaupun tidak tertutup kemungkinan untuk

meminta nasehat pada notaris mengenai hal-hal ataupun permasalahan lain yang dihadapi oleh pihak bank, terutama yang berhubungan dengan hukum, misalnya yang berkaitan dengan waris, hibah, dan lain-lain.⁴²

Dalam proses pembuatan akta pengikatan jaminan yang dilakukan oleh notaris, biasanya hanya pihak bank yang melakukan konsultasi pada notaris, terutama mengenai keabsahan dari jaminan yang diajukan oleh calon debitur. Hal ini disebabkan karena calon debitur menyerahkan semua urusannya yang berkaitan dengan permohonan pembiayaan tersebut kepada bank. Calon debitur pada umumnya tidak memperlakukan persyaratan-persyaratan yang diajukan Bank Syariah selaku kreditur karena tujuan utama mereka untuk mendapatkan pembiayaan dari bank tersebut, jadi apapun persyaratan yang diminta oleh pihak bank disetujui oleh calon debitur dan diserahkan pengurusannya kepada bank, termasuk di dalamnya pengurusan surat-surat yang diperlukan dalam perjanjian pembiayaan tersebut. Calon debitur biasanya hanya meminta nasehat hukum pada notaris pada saat akan ditandatanganinya akta ketika isi akta tersebut dibacakan oleh notaris pada saat akan dilaksanakannya penandatanganan akta oleh para pihak.

B. Resiko Bank Terhadap Pembiayaan Murabahah atas Tanah yang Belum Bersertipikat.

Sebagai lembaga *intermediary* dan seiring dengan situasi lingkungan eksternal dan internal perbankan yang mengalami perkembangan pesat, bank syariah akan selalu berhadapan dengan berbagai jenis resiko dengan tingkat kompleksitas yang beragam dan melekat pada kegiatan usahanya. Resiko dalam konteks perbankan merupakan suatu kejadian yang potensial, baik yang dapat diperkirakan (*anticipated*), maupun yang tidak dapat diperkirakan (*unanticipated*) yang berdampak negatif terhadap pendapatan dan permodalan bank. Resiko-resiko tidak dapat dihindari, tetapi dapat dikelola dan dikendalikan. Oleh karena itu, sebagaimana lembaga perbankan pada umumnya, bank syariah juga memerlukan serangkaian prosedur dan metodologi yang dapat dipergunakan untuk mengidentifikasi, mengukur, memantau, dan mengendalikan resiko yang timbul dari kegiatan usaha.

Menurut Pasal 2 Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah : bahwa Perbankan Syariah dalam melakukan Kegiatan usahanya berasaskan Prinsip Syariah demokrasi ekonomi dan prinsip kehati-hatian. Serta Bank Syariah menganut prinsip kegiatan usaha yang tidak mengandung unsur :

1. *riba*, yaitu penambahan pendapatan secara tidak sah (*batil*) antara lain dalam transaksi pertukaran barang sejenis yang tidak sama kualitas, kuantitas, dan waktu penyerahan (*fadh*l), atau dalam

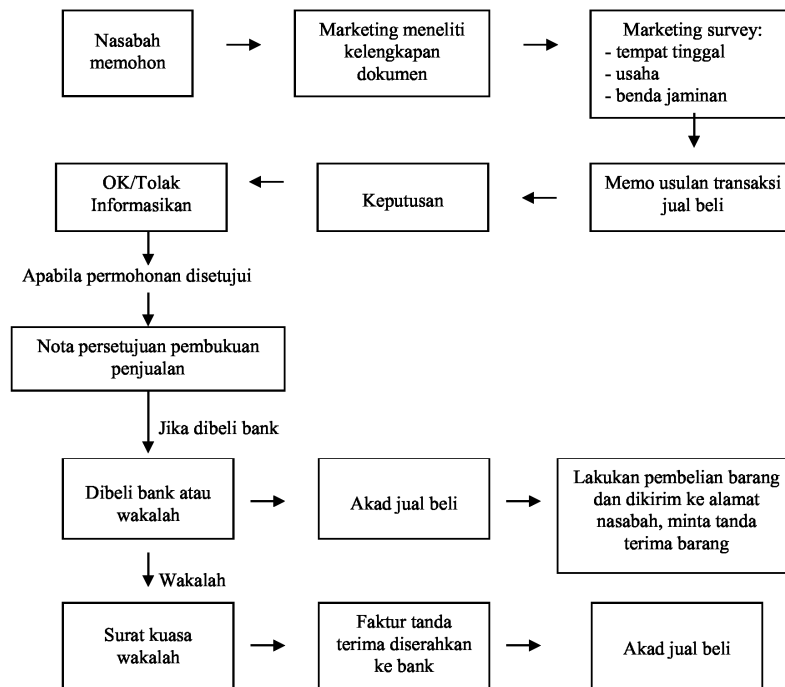
transaksi pinjam-meminjam yang mempersyaratkan Nasabah Penerima Fasilitas mengembalikan dana yang diterima melebihi pokok pinjaman karena berjalannya waktu (*nasi'ah*);

2. *maisir*, yaitu transaksi yang digantungkan kepada suatu keadaan yang tidak pasti dan bersifat untung-untungan;
3. *gharar*, yaitu transaksi yang objeknya tidak jelas, tidak dimiliki, tidak diketahui keberadaannya, atau tidak dapat diserahkan pada saat transaksi dilakukan kecuali diatur lain dalam syariah;
4. *haram*, yaitu transaksi yang objeknya dilarang dalam syariah; atau
5. *zalim*, yaitu transaksi yang menimbulkan ketidakadilan bagi pihak lainnya. Yang dimaksud dengan "demokrasi ekonomi" adalah kegiatan ekonomi syariah yang mengandung nilai keadilan, kebersamaan, pemerataan, dan kemanfaatan.

Yang dimaksud dengan "prinsip kehati-hatian" adalah pedoman pengelolaan Bank yang wajib dianut guna mewujudkan perbankan yang sehat, kuat, dan efisien sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Pada Bank Syariah prosedur dan metodologi yang dipergunakan dalam pemberian pembiayaan tidak jauh berbeda dengan bank syariah pada umumnya. Dalam pemberian pembiayaan kepada debitur, pihak bank menerapkan tahapan proses pemberian, yaitu :

Gambar 1
TAHAPAN PROSES PEMBERIAN PEMBIAYAAN PADA UMUMNYA
DI BANK VICTORIA SYARIAH



Dalam pembiayaan *murabahah*, dimana merupakan pembiayaan yang dicirikan dengan adanya penyerahan barang di awal akad dan pembayaran kemudian, baik dalam bentuk angsuran maupun dalam bentuk *slump sum* (sekaligus). Dengan demikian, pemberian pembiayaan *murabahah* dengan jangka waktu panjang menimbulkan resiko tidak bersaingnya bagi hasil kepada dana pihak ketiga.⁴³

Hal itu tercermin dalam Undang-undang Perbankan Syariah Nomor 21 Tahun 2008 Pasal 3 bahwa Perbankan Syariah bertujuan menunjang pelaksanaan pembangunan nasional dalam rangka

⁴³ Adiwarmanto A. Karim, *op.cit.* Hlm. 263

meningkatkan keadilan kebersamaan dan pemerataan kesejahteraan rakyat melakukan kegiatan usahanya berdasarkan prinsip syariah.

Oleh karena itu, bank dapat menetapkan jangka waktu maksimal untuk pembiayaan *murabahah* dengan mempertimbangkan hal-hal berikut :

1. Tingkat (marjin) keuntungan saat ini dan prediksi perubahannya di masa mendatang yang berlaku di pasar perbankan syariah (*Direct Competitor's Market Rate-DCRM*). Semakin cepat perubahan DCRM diperkirakan akan terjadi, semakin pendek jangka waktu maksimal pembiayaan.
2. Suku bunga kredit saat ini dan prediksi perubahannya di masa mendatang yang berlaku di pasar perbankan konvensional (*Indirect Competitor's Market Rate/ICRM*). Semakin cepat perubahan ICRM diperkirakan akan terjadi, semakin pendek jangka waktu maksimal pembiayaan.
3. Ekspektasi Bagi Hasil kepada dana pihak ketiga yang kompetitif di pasar perbankan syariah (*Expected Competitive Return For Investor's-ECRI*). Semakin besar perubahan ECRI diperkirakan akan terjadi, semakin pendek jangka waktu maksimal pembiayaan.⁴⁴

Cara lain yang harus dipenuhi untuk memperkecil resiko bank dalam pemberian pembiayaan adalah dengan memperhatikan asas-asas pembiayaan berdasarkan prinsip syariah yang sehat dan berdasarkan prinsip kehati-hatian. Untuk itu, sebelum memberikan kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah, bank harus melakukan penilaian yang seksama terhadap berbagai aspek. Berdasarkan penjelasan pasal 8 Undang-undang Perbankan, yang harus dinilai oleh bank sebelum memberikan kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah adalah watak, kemampuan, modal, agunan, dan propek usaha dari nasabah

⁴⁴ *Ibid.* Hlm. 264.

debitur, yang terkenal dengan sebutan *the five C of Credit Analysis*, atau prinsip 5C.⁴⁵

Pada dasarnya konsep 5C ini akan dapat memberikan informasi mengenai i'tikad baik (*willingness to pay*) dan kemampuan membayar (*ability to pay*) nasabah untuk melunasi kembali pinjaman beserta bunganya.⁴⁶

Prinsip analisa 5C ini yaitu :⁴⁷

1. Penilaian watak (*character*)

Analisa mengenai karakter ini merupakan analisa kualitatif yang tidak dapat dideteksi secara numerik. Namun demikian hal ini merupakan pintu gerbang pertama proses persetujuan kredit/ pembiayaan. Kesalahan dalam menilai karakter calon nasabah dapat berakibat fatal pada kemungkinan pembiayaan terhadap orang yang beritikad buruk seperti berniat membobol bank, penipu, pemalas, pemabuk, pelaku kejahatan dan lain-lain.

Penilaian watak atau kepribadian calon debitur dimaksudkan untuk mengetahui kejujuran dan i'tikad baik calon debitur untuk melunasi atau mengembalikan pinjamannya, sehingga tidak akan menyulitkan bank di kemudian hari. Hal ini dapat diperoleh terutama didasarkan kepada hubungan yang telah terjalin antar bank dan calon nasabah debitur atau informasi yang diperoleh dari pihak lain yang mengetahui moral, kepribadian dan perilaku calon debitur dalam kehidupan kesehariannya.

⁴⁵ Rachmadi Usman, *op.cit*, 2001, Hlm. 246.

⁴⁶ Dahlan Siamat, *Manajemen Bank Umum*, Intermedia, Jakarta, 1993, Hlm. 99

⁴⁷ Rachmadi Usman, *op.cit*, hal 246-248. Lihat juga Zulkifli Sunarto, *Panduan Praktis Transaksi Perbankan Syariah*, Zikrul Hakim, Jakarta, 2003, Hlm. 144.

Untuk memperkuat data ini dapat dilakukan hal-hal sebagai berikut :

- a. Wawancara.
- b. *BI (Bank Indonesia) checking.*
- c. *Bank Checking.*
- d. *Trade Checking*

2. Penilaian Kemampuan (*capacity*)

Kapasitas calon nasabah sangat penting diketahui untuk memahami kemampuan seseorang berbisnis. Hal ini dapat dipahami karena watak yang baik semata-mata tidak menjamin seseorang mampu berbisnis dengan baik. Untuk perorangan hal ini dapat dilihat dari referensi ataupun *Curriculum Vitae* yang dimilikinya, yang dapat menggambarkan pengalaman kerja/bisnis yang bersangkutan. Untuk perusahaan hal ini dapat dilihat dari laporan keuangan dan *past performance* usaha. Hal ini dilakukan untuk mengetahui kemampuan perusahaan memenuhi semua kewajibannya termasuk pembayaran pelunasan pembiayaan.

Kalau kemampuan bisnisnya kecil, tentu tidak layak diberikan kredit dalam skala besar. Demikian juga jika trend bisnisnya atau kinerja bisnisnya menurun, maka kredit juga semestinya tidak diberikan. Kecuali jika penurunan itu karena kekurangan biaya sehingga dapat diantisipasi bahwa dengan tambahan biaya lewat peluncuran kredit, maka trend atau kinerja bisnisnya tersebut

dipastikan akan semakin membaik.⁴⁸

Untuk mengetahui kapasitas nasabah, bank harus memperhatikan :

- a. Angka-angka hasil produksi.
- b. Angka-angka penjualan dan pembelian.
- c. Perhitungan rugi-laba perusahaan saat ini dan proyeksinya.
- d. Data finansial perusahaan beberapa tahun terakhir yang tercermin dalam neraca laporan keuangan.

3. Penilaian terhadap modal (*capital*)

Analisa modal diarahkan untuk mengetahui seberapa besar tingkat keyakinan calon nasabah terhadap usahanya sendiri. Jika nasabah sendiri tidak yakin atas usahanya, maka orang lain akan lebih tidak yakin.

Bank harus melakukan analisis terhadap posisi keuangan secara menyeluruh mengenai masa lalu dan yang akan datang, sehingga dapat diketahui kemampuan permodalan calon debitur dalam menunjang pembiayaan calon debitur yang bersangkutan.

Untuk mengetahui hal ini, maka bank harus melakukan hal-hal sebagai berikut :

- a. Melakukan analisa neraca sedikitnya 2 tahun terakhir.
- b. Melakukan analisa ratio untuk mengetahui likuiditas, solvabilitas, dan rentabilitas dari perusahaan yang dimaksud.

⁴⁸ Munir Fuady, *Hukum Perkreditan Kontemporer*. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, Hlm. 23.

4. Penilaian terhadap agunan (*collateral*).

Untuk menanggung pembayaran kredit macet, calon debitur umumnya wajib menyediakan jaminan berupa agunan yang berkualitas tinggi dan mudah dicairkan yang nilainya minimal sebesar jumlah kredit atau pembiayaan yang diberikan padanya. Untuk itu sudah seharusnya bank meminta agunan tambahan dengan maksud jika calon debitur tidak dapat melunasi kredit atau pembiayaannya, maka agunan tambahan tersebut dapat dicairkan guna menutupi pelunasan atau pengembalian kredit atau pembiayaan yang tersisa. Analisis diarahkan terhadap jaminan yang diberikan. Jaminan dimaksud harus mampu mengcover resiko bisnis calon nasabah.

Analisis dilakukan antara lain :

- a. Meneliti kepemilikan jaminan yang diserahkan.
- b. Mengukur dan memperkirakan stabilitas harga jaminan dimaksud.
- c. Memperhatikan kemampuan untuk dijadikan uang dalam waktu relatif singkat tanpa harus mengurangi nilainya.
- d. Memperhatikan pengikatannya, sehingga secara legal bank dapat dilindungi.
- e. Rasio jaminan terhadap jumlah pembiayaan. Semakin tinggi rasio tersebut, maka semakin tinggi kepercayaan bank terhadap kesungguhan calon nasabah.
- f. Marketabilitas jaminan. Jenis dan lokasi jaminan sangat

menentukan tingkat marketable suatu jaminan. Rumah yang berharga jutaan rupiah bisa turun hanya karena terletak di lokasi yang sangat sulit dijangkau.

5. Penilaian terhadap prospek usaha nasabah debitur (*condition of economy*).

Bank harus menganalisis keadaan pasar di dalam dan di luar negeri baik masa lalu maupun yang akan datang, sehingga masa depan pemasaran dari hasil proyek atau usaha calon debitur yang dibiayai bank dapat diketahui. Analisa diarahkan pada kondisi sekitar yang secara langsung maupun tidak langsung berpengaruh terhadap usaha calon nasabah, seperti kebijakan pembatasan usaha properti, pelarangan ekspor pasir laut, trend PHK besar-besaran usaha sejenis dan lain-lain.

Kondisi ekonomi yang diperhatikan bank antara lain :

- a. Keadaan ekonomi yang akan mempengaruhi perkembangan usaha calon nasabah.
- b. Kondisi usaha calon nasabah, perbandingan dengan usaha sejenis, dan lokasi lingkungan wilayah usahanya.
- c. Keadaan pemasaran dari hasil usaha calon nasabah.
- d. Prospek usaha dimasa yang akan datang.
- e. Kebijakan pemerintah yang mempengaruhi prospek industri dimana perusahaan calon nasabah terkait didalamnya.

Walaupun prinsip 5C ini menjadi acuan penilaian bagi bank dalam penyaluran pembiayaannya, utamanya bank syariah

tetap harus berpegang pada prinsip kepercayaan, meskipun tidak boleh juga mengenyampingkan prinsip 5C tersebut. Bank harus memiliki kepercayaan, baik terhadap pribadi debitur maupun terhadap kemampuan membayarnya, dalam mengembalikan pembiayaan yang telah disalurkan padanya.

Meskipun demikian, demi menjamin pembayaran kembali pembiayaan yang telah disalurkan bank kepada nasabah debiturnya, bank tetap meminta nasabah debitur untuk memberikan agunan atas pembiayaannya. Kegunaan agunan adalah untuk mendapatkan pembayaran kembali sepenuhnya bila *first way out* (dari hasil usaha) gagal. Karena itu harus diyakinkan bahwa nilai jaminan cukup untuk mengcover total pembiayaan yang diberikan. Disamping itu benda jaminan perlu disuransikan, untuk menjamin resiko yang mungkin timbul.⁴⁹

Salah satu agunan yang diterima oleh bank, khususnya Bank Syariah adalah tanah yang belum bersertipikat. Walaupun tanah yang belum bersertipikat ini bukan merupakan objek jaminan dari satu lembaga jaminan pun yang ada di Indonesia, bank tetap menerima tanah belum bersertipikat sebagai agunan atas pembiayaan yang diberikannya. Hal ini mengacu pada Peraturan Bank Indonesia nomor 8/24/PBI/2006 tentang penilaian kualitas aktiva bagi bank perkreditan rakyat berdasarkan prinsip syariah, dimana dalam pasal 20 disebutkan,

⁴⁹ Standar Operasi Dan Prosedur Penilaian Jaminan Pembiayaan di Bank Syariah pada umumnya.

nilai agunan yang dapat diperhitungkan bagi tanah yang belum bersertipikat adalah sebesar 50% dari Nilai Jual Objek Pajaknya. Dengan demikian, walaupun dengan nilai yang sangat rendah, tanah tersebut tetap dapat dijadikan agunan karena merupakan barang yang memiliki nilai.

Oleh karena tanah yang belum bersertipikat belum ada lembaga jaminan resmi yang mengaturnya, maka biasanya bank mempergunakan surat kuasa menjual sebagai pengikatan jaminannya. Nasabah debitur memberikan kuasa secara khusus untuk menjual tanah belum bersertipikat tersebut kepada bank selaku kreditur apabila dalam jangka waktu yang ditentukan debitur tidak dapat mengembalikan pembiayaan yang telah disalurkan padanya. Disamping itu diperjanjikan pula bahwa pemberian kuasa dimaksud merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari perjanjian pokoknya, yaitu hutang piutang, dan pemberian kuasa tidak dapat dicabut kembali dan tidak akan berakhir karena sebab-sebab yang tercantum dalam Pasal 1813 KUHPerdara. Surat kuasa tersebut merupakan cara pembayaran kembali (*betalingsregeling*) dilaksanakan segera setelah hutang debitur dapat ditagih oleh siapapun juga, dalam hal ini lewatnya waktu saja telah memberikan bukti yang cukup bahwa debitur telah melalaikan kewajibannya, sehingga suatu peringatan dengan surat juru sita atau surat serupa itu sudah tidak diperlukan lagi.

Pada Bank Pembiayaan Syariah, biasanya terhadap tanah yang belum bersertipikat dibuat Akta Pengakuan Hutang Dengan Pemberian Jaminan dan Kuasa Menjual. Akibat hukum dari akta ini, bank memiliki hak untuk menjual barang jaminan, dalam hal ini adalah tanah yang belum bersertipikat, apabila debitur wanprestasi. Disini perlu ditegaskan bahwa surat kuasa menjual atau kewenangan menjual yang digunakan untuk menjual barang jaminan, bukanlah sebagai *accessoir* atau tambahan dari suatu akta lembaga jaminan yang baku. Dalam lembaga jaminan semisal hak tanggungan atau jaminan fidusia, ada tiga cara yang dapat dilakukan untuk mengeksekusi barang jaminan, yaitu dengan menjual objek jaminan atas kekuasaan sendiri melalui pelelangan umum, pelaksanaan eksekusi atas titel eksekutorial yang terdapat dalam sertipikat hak tanggungan dan sertipikat jaminan fidusia, atau dengan eksekusi melalui penjualan objek jaminan secara di bawah tangan yang dilakukan berdasar kesepakatan kedua belah pihak jika dengan cara demikian dapat diperoleh harga tertinggi yang menguntungkan para pihak.⁵⁰ Sedangkan dalam kasus penjualan barang jaminan di Bank Pembiayaan Rakyat Syariah Puduarta Insani adalah surat kuasa menjual yang dibuat menyertai atau sebagai perjanjian *accessoir* yang bergantung padanya perjanjian pokok, yaitu pengakuan hutang, dan pemberian jaminan serta akad perjanjian

⁵⁰ Lihat pasal 20 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan dan Pasal 29 Undang Undang Nomor 42 Tahun 1999 Tentang Jaminan Fidusia.

al-murabahah.

Dalam prakteknya di bank pembiayaan rakyat syariah, kuasa menjual yang ada dalam akad perjanjian pembiayaan *murabahah* selalu digunakan untuk menjual barang jaminan milik nasabah apabila terjadi kasus kredit macet atau keadaan tak mampu bayar dari nasabah. Penjualan ini dilakukan tanpa melalui penjualan di Kantor Lelang Negara dan juga tanpa melalui putusan pengadilan.

Pada dasarnya apa yang dilakukan oleh Bank Pembiayaan Syariah, adalah merupakan eksekusi dari perbuatan cedera janji pihak debitur atas perjanjian hutang piutang yang dibuatnya dengan bank. Hal ini disebabkan nasabah-nasabah yang memperoleh pembiayaan dari bank tidak seluruhnya dapat mengembalikannya dengan baik tepat pada waktu yang diperjanjikan. Pada kenyataannya selalu ada sebagian nasabah yang karena suatu sebab tidak dapat mengembalikan pembiayaan yang diberikan padanya. Akibat nasabah tidak dapat membayar lunas pembiayaan yang diberikan padanya, maka menjadikan pembiayaan menjadi terhenti atau macet.

“Kredit macet adalah suatu keadaan dimana seorang nasabah tidak mampu membayar lunas kredit bank tepat pada waktunya”.⁵¹ Keadaan yang demikian dalam hukum perdata disebut dengan wan prestasi atau ingkar janji.

⁵¹ Gatot Supramono, *op.cit*, Hlm. 92.

Bila melihat pada ketentuan Pasal 1243 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, dapat dipahami bahwa seseorang dikatakan cedera janji, apabila ia lalai memenuhi perikatannya, dan tetap melalaikannya untuk membayar padahal sudah diperingatkan atau diperintahkan untuk membayar. Dalam terminologi hukum di Indonesia, istilah cedera janji dalam hukum perikatan, sering juga disebut dengan istilah wan prestasi dan ingkar janji. Secara lengkap Pasal 1243 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata mengatur sebagai berikut :

Penggantian biaya, rugi dan bunga karena tak dipenuhinya suatu perikatan, barulah mulai diwajibkan, apabila si berhutang, setelah dinyatakan lalai memenuhi perikatannya, tetap melalaikannya, atau jika sesuatu yang harus diberikan atau dibuatnya, hanya dapat diberikan atau dibuat dalam tenggang waktu yang telah dilampaukannya.

Menurut Tan Kamello, dalam hukum perjanjian, jika seorang debitur tidak memenuhi isi perjanjian atau tidak melakukan hal-hal yang dijanjikan, debitur tersebut telah melakukan wanprestasi dengan segala akibat hukumnya.⁵²

Bertitik tolak dari keadaan debitur yang ingkar janji inilah yang melahirkan hak bagi bank atau kreditur untuk menjual barang jaminan milik nasabah yang dijadikan sebagai jaminan hutang nasabah pada bank, berdasarkan kekuatan eksekutorial dari *grosse* akta perjanjian hutang piutang antara debitur dengan bank.

⁵² Tan Kamello, *Op.cit*, Hlm. 237-238.

Jadi, hak kreditur muncul adalah karena disebabkan debitur tidak melaksanakan kewajibannya. Padahal menurut kaedah hukum perdata yang dianut dalam sistem hukum perdata Indonesia menyebutkan, bahwa setiap perjanjian antara para pihak melahirkan hak dan kewajiban. Kaedah hukum ini antara lain jelas dapat dilihat dalam ketentuan Pasal 1234, 1235 dan 1239 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Dalam ketiga Pasal undang-undang tersebut dinyatakan sebagai berikut :

“Tiap-tiap perikatan adalah untuk memberikan sesuatu, untuk berbuat sesuatu atau untuk tidak berbuat sesuatu.”

“Dalam tiap-tiap perikatan untuk memberikan sesuatu adalah termaktub kewajiban si berhutang untuk menyerahkan kebendaan yang bersangkutan dan untuk merawatnya sebagai seorang bapak rumah yang baik, sampai pada saat penyerahan. Kewajiban yang terakhir ini adalah kurang atau lebih luas terhadap persetujuan-persetujuan tertentu yang akibat-akibatnya mengenai hal ini akan ditunjuk dalam bab-bab yang bersangkutan”.

“Tiap-tiap perikatan untuk berbuat sesuatu atau untuk tidak berbuat sesuatu, apabila si berhutang tidak memenuhi kewajibannya, mendapatkan penyelesaiannya dalam kewajiban memberikan penggantian biaya rugi dan bunga.”

Hak dan kewajiban inilah yang membuktikan bahwa suatu perjanjian atau perikatan adalah suatu hubungan antara para pihak yang melahirkan hubungan hukum. Karena perjanjian itu sendiri adalah merupakan perikatan yang lahir dari suatu perjanjian, sebagaimana yang dimaksud dalam ketentuan Pasal 1233 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Ketentuan ini jugalah yang melahirkan kaedah hukum yang menyebutkan bahwa suatu perjanjian adalah merupakan undang-undang bagi

para pihak yang mengadakan perjanjian. Ketentuan ini dicantumkan dalam Pasal 1338, Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, yaitu Pasal yang mengatur tentang akibat yang timbul karena adanya suatu perjanjian. Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata tersebut dinyatakan sebagai berikut :

“Semua perjanjian yang dibuat secara sah, berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.”

Dari macam-macam wan prestasi yang dikenal selama ini, yaitu :

- a. Debitur tidak melaksanakan sama sekali apa yang telah diperjanjikan.
- b. Debitur melaksanakan sebagian apa yang telah diperjanjikan.
- c. Debitur terlambat melaksanakan apa yang telah diperjanjikan.
- d. Debitur menyerahkan sesuatu yang tidak diperjanjikan.
- e. Debitur melakukan perbuatan yang dilarang oleh perjanjian yang telah diperbuatnya.⁵³

Apabila dihubungkan dengan kredit macet, maka ada tiga macam perbuatan yang tergolong wan prestasi, yaitu :

- a. Nasabah sama sekali tidak dapat membayar angsuran kredit.
- b. Nasabah membayar sebagian angsuran kredit. Pembayaran angsuran kredit tidak dipersoalkan apakah nasabah telah membayar sebagian besar atau sebagian kecil angsuran. Walaupun nasabah kurang membayar satu kali angsuran, tetap tergolong kreditnya sebagai kredit macet. Soal bank melepaskan haknya, itu soal lain.
- c. Nasabah membayar lunas kredit setelah jangka waktu yang diperjanjikan berakhir. Hal ini tidak termasuk nasabah membayar lunas setelah disetujui bank atas permohonan nasabah, karena telah terjadi perubahan perjanjian yang disepakati bersama.⁵⁴

Biasanya oleh bank-bank tertentu, dalam upaya penyelesaian terhadap kasus kredit macet ini dilakukan dengan dua alternatif tindakan, yaitu dengan upaya litigasi dan non

⁵³ Gatot Supramono, *op.cit.* Hlm. 92.

⁵⁴ Gatot Supramono, *Ibid.* Hlm. 97.

litigasi. Namun, selalu juga dijumpai, bahwa selain kedua alternatif tersebut di atas, ada juga bank-bank tertentu yang melakukan penagihan kredit macet dengan menggunakan jasa *debt collector* yang dilakukan oleh orang atau badan yang tidak berwenang melakukan hal itu. Pada Bank Pembiayaan Rakyat Syariah pada umumnya, dalam melakukan penagihan, dilakukan pembagian *account* kepada *marketing* agar dapat diminta pertanggung jawabannya untuk menindaklanjuti secara intensif. Namun, menyadari akan keterbatasan waktu untuk melakukan kunjungan terhadap nasabah yang bermasalah tersebut, maka bank melakukan kerja sama bekerja paruh waktu (*part time*) kepada pihak di luar bank untuk melakukan penagihan secara intensif, baik dilakukan pada jam kerja maupun di luar jam kerja.⁵⁵ Pihak Bank Pembiayaan Rakyat Syariah juga menggunakan istilah *debt collector* terhadap penagihan yang dilakukan oleh tenaga lepas yang berasal dari pihak luar bank, namun tetap dilakukan dengan santun. Pihak bank sengaja memilih orang-orang yang mampu untuk melakukan pendekatan yang lebih baik terhadap nasabah yang bermasalah, sehingga permasalahan dapat terselesaikan. Penggunaan tenaga lepas ini juga sudah tidak dilakukan lagi dalam kurun waktu beberapa tahun terakhir.

⁵⁵ Kebijakan penyelesaian penyaluran dana bermasalah pada Standar Operasi dan Prosedur Jual Beli dan Pembiayaan Bank Pembiayaan Rakyat Syariah.

Terlepas dari semua fakta di atas, yang menjadi kenyataan di lapangan adalah bahwa banyak tindakan yang dilakukan untuk mengembalikan uang kreditur (bank) bila terjadi kasus kredit macet. Kalau melakukannya dengan upaya formal dalam koridor hukum, maka penyelesaian kasus kredit bermasalah atau kredit macet adalah tersebut adalah dilakukan dengan dua cara di atas, yaitu :

- a. Upaya litigasi, dan
- b. Upaya non litigasi.

Penyelesaian dengan cara atau upaya litigasi, adalah dengan mendayagunakan lembaga peradilan yang ada, yaitu Pengadilan Negeri, Pengadilan Niaga, ataupun melalui Panitia Urusan Piutang Negara (PUPN), bagi bank-bank milik pemerintah, atau bank yang termasuk dalam kategori Badan Usaha Milik Negara atau Badan Usaha Milik Daerah, atau juga melalui permohonan lelang pada Kantor Lelang Negara. Pada prakteknya, penyelesaian kredit macet atau kredit bermasalah dengan cara atau upaya litigasi ini, dilakukan dengan proses pengajuan gugatan ke Pengadilan Negeri dan Pengadilan Niaga, atau langsung mohon dilakukan eksekusi kepada Lembaga Pengadilan Negeri, Pengadilan Niaga, dan Panitia Urusan Piutang Negara (PUPN), atau dengan cara melakukan permohonan lelang pada Kantor Lelang Negara.

Sedangkan penyelesaian melalui upaya dan cara non litigasi adalah melakukan penyelesaian dengan cara musyawarah antara kreditor (bank) dengan debitur (nasabah), yaitu melalui lembaga arbitrase, yaitu Badan Arbitrase Nasional Indonesia dan Pilihan Penyelesaian Sengketa yang dapat dilaksanakan dalam dua bentuk yaitu negoisasi dan mediasi. Penyelesaian secara musyawarah ini dapat juga dilakukan dengan cara dibawah tangan.

Dengan berbagai pertimbangan hukum dan juga berbagai kondisi riil yang ada di lapangan inilah, yang menjadi dasar kebijakan bagi Bank Pembiayaan Rakyat Syariah untuk menggunakan akta Surat Kuasa Menjual dalam menjual barang jaminan, apabila terjadi kasus kredit macet. Tindakan menjual barang jaminan ini dilakukan oleh bank tanpa melalui putusan pengadilan dan kantor lelang negara. Jadi tindakan yang diambil bukanlah melalui upaya atau cara litigasi, tapi adalah semata-mata karena hak dan wewenang yang telah diberikan oleh undangundang dalam pemberian kuasa. Karena secara teori, pemberian kuasa yang merupakan suatu perikatan atau perjanjian adalah berisi hak dan kewajiban antara si pemberi kuasa dan si penerima kuasa. Dalam pemberian kuasa ini, si penerima kuasa berhak menjalankan kuasanya apabila si pemberi kuasa melakukan tindakan ingkar janji. Hal ini sejalan dengan apa yang dikemukakan oleh J. Satrio yang menyatakan :

Pada dasarnya, kalau kewajiban perikatan tidak dipenuhi

secara suka rela dengan baik dan sebagaimana mestinya, maka kreditur berhak untuk menuntut pemenuhan tersebut, kalau perlu ia dapat meminta bantuan hukum agar debitur dihukum untuk memenuhinya atau memenuhi sebagaimana mestinya.⁵⁶

Dalam wawancara dengan Ibu Neneng tentang penjualan barang jaminan ini, dijelaskan bahwa ada beberapa kasus yang pernah dilakukan oleh bank dalam penjualan barang jaminan yang disebabkan karena debitur inkar janji. Tapi umumnya tindakan itu dilakukan setelah melalui upaya negoisasi dan musyawarah antara pihak bank dengan pihak nasabah.

Apabila kemudian terjadi gangguan dalam pembiayaan yang diberikan, yang menyebabkan debitur tidak mampu membayar angsurannya, pihak bank tidak langsung menjual barang yang dijaminkan padanya, melainkan masih tetap membantu debitur untuk keluar dari masalahnya. Pihak bank akan melihat terlebih dahulu sebab-sebab debitur tidak mampu membayar angsurannya, misalnya karena pada saat menjalankan usahanya terjadi keadaan yang menyebabkan usahanya gagal, atau anak debitur sakit sehingga ia dalam menjalankan usahanya tidak maksimal dan membutuhkan dana yang besar bagi pengobatan anaknya, ataupun alasan-alasan lain yang menyebabkan gagalnya usaha debitur. Penyelesaian dari cidera janji yang dilakukan oleh debitur sedapat mungkin dilakukan dengan jalan musyawarah dan bukan melalui pengadilan. Hal ini disebabkan karena apabila penyelesaiannya

⁵⁶ J. Satrio, *op.cit*, Hlm. 55

dilakukan melalui pengadilan akan memakan waktu yang lama, biaya yang besar dan urusan yang rumit, maka oleh bank penyelesaian secara musyawarah adalah jalan yang paling baik dan efektif.⁵⁷

Pernyataan di atas dipertegas oleh ketentuan Undang-undang Perbankan Syariah Pasal 55 yang menyatakan bahwa penyelesaian perbankan syariah dilakukan oleh Pengadilan dalam lingkungan peradilan agama. Yang dimaksud dengan penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan isi akad, adalah upaya sebagai berikut :

- a. Musyawarah
- b. Mediasi Perbankan
- c. Melalui Badan Arbitrase Syariah Nasional (Basyarnas) atau lembaga arbitrase lain.
- d. Melalui Pengadilan dalam Lingkungan Umum.

Terhadap keadaan ini, pihak bank akan melakukan tindakan :

- a. Perpanjangan pembiayaan.
- b. Penjadwalan kembali pembiayaan (*rescheduling*).
- c. Persyaratan kembali pembiayaan (*reconditioning*).
- d. Penataan kembali pembiayaan (*restructuring*).
- e. Penjualan barang jaminan.
- f. Menyerahkan penagihan kepada pengadilan negeri.
- g. Menghapuskan pembiayaan.

⁵⁷ Wawancara dengan Ibu Neneng, Kepala Cabang Bank Victoria Syariah, pada 5 Januari 2011.

Apabila tindakan-tindakan perpanjangan pembiayaan, *rescheduling*, *reconditioning*, dan *restructuring* yang dilakukan oleh bank tidak berhasil, maka jalan satu-satunya yang ditempuh adalah penjualan barang jaminan. Penjualan barang jaminan ini adalah jalan terakhir yang diambil oleh bank apabila debitur benar-benar tidak mampu lagi membayar angsuran pembiayaannya. Penjualan barang jaminan ini dapat dilakukan oleh debitur sendiri ataupun oleh bank, sesuai dengan persetujuan para pihak. Apabila penjualan tersebut dilakukan oleh debitur, maka ditentukan jangka waktunya untuk menjual barang tersebut. Apabila dalam jangka waktu yang ditentukan debitur tidak mampu untuk menjual barang jaminannya, maka penjualan barang jaminan dilakukan oleh bank, dimana debitur telah menyerahkan surat kuasa menjual pada bank untuk menjual barang jaminannya pada awal masa pengikatan pembiayaan.

Terkait dengan resiko bank atas pembiayaan *murabahah* yang diberikannya kepada nasabah debitur dengan jaminan tanah yang belum bersertipikat, adalah sama halnya dengan apabila bank memberikan pembiayaan dengan jaminan yang telah ada diatur dalam lembaga jaminan resmi di Indonesia. Tanah yang belum bersertipikat walaupun tidak ada lembaga jaminan resminya, tetap diakui oleh Bank Indonesia sebagai

jaminan hutang, meski nilainya sangat kecil, yaitu 50% dari Nilai Jual Objek Tanahnya. Hal ini karena tanah belum bersertipikat tetap memiliki nilai pasar yang apabila dikemudian hari debitur wanprestasi, dimungkinkan untuk pelunasan dan penyelesaiannya dengan penjualan tanah belum bersertipikat tersebut.

Pengikatan jaminan atas tanah yang belum bersertipikat dengan Akta Kuasa Menjual Dengan Pemberian Jaminan Dan Surat Kuasa Menjual, tetap memiliki nilai eksekutorial. Dengan demikian, bank dapat langsung menjual barang jaminan apabila debitur wan prestasi, tanpa menggunakan lembaga lelang ataupun pengadilan. Namun hal ini biasanya dilakukan apabila pembiayaan tersebut memang sudah tidak bisa terselamatkan lagi. Penjualan juga tidak serta merta dilakukan, melainkan dibuat terlebih dahulu melalui proses musyawarah, yang diharapkan akan menguntungkan kedua belah pihak.

Disamping itu, ketika nasabah debitur akan melakukan pengikatan dengan bank, nasabah debitur juga diminta untuk membuat surat pernyataan bahwa apabila debitur menunggak pembayaran, maka akan diberikan surat peringatan, baik pertama, kedua, dan ketiga. Ketika sudah tiga bulan debitur menunggak pembayaran, sesuai dengan perjanjian, maka di atas tanah yang dijadikan jaminan hutang akan didirikan plang yang isinya menyatakan bahwa tanah tersebut adalah merupakan

kawasan bank. Hal ini sebenarnya dilakukan hanya untuk memberikan efek psikologis bagi debitur untuk segera membayar tagihannya. Dengan pemasangan plang ini, debitur diharapkan takut kalau tanahnya akan disita oleh bank, ataupun kemungkinan timbulnya rasa malu bagi debitur, sehingga pembayaran hutang debitur dapat segera diselesaikan.

Hal lain yang juga dilakukan bank untuk memperkecil resiko yang timbul atas pembiayaan yang diberikan, bank mewajibkan debitur untuk mengasuransikan dirinya dan juga barang yang menjadi objek pembiayaan. Asuransi jiwa ini berfungsi untuk mengcover kerugian yang timbul apabila debitur nantinya meninggal dunia, sehingga apabila debitur meninggal dunia, maka asuransi lah yang akan membayar sisa pelunasan pembiayaannya. Namun apabila tidak, maka ahli waris yang berkewajiban untuk membayar semua pelunasan pembiayaan yang telah diberikan. Sedikit berbeda dengan barang yang menjadi objek pembiayaan, nasabah debitur boleh tidak mengasuransikannya, namun oleh bank dibuat surat perjanjian apabila objek pembiayaan hilang atau musnah, maka nasabah debitur bertanggung jawab penuh terhadap pelunasan pelunasan pembiayaan. Penyimpangan ini sangat kecil terjadi, hanya sebesar 2%-3%.⁵⁸ Selain itu, salah satu syarat administratif yang harus dilengkapi oleh debitur adalah diteruskannya surat

⁵⁸ Wawancara dengan Ibu Neneng, Kepala Cabang Bank Victoria Syariah, pada 5 Januari 2011.

keterangan silang sengketa atas tanah yang dikeluarkan oleh camat/ lurah, sehingga terhindar dari praktek surat palsu atau ganda.

Dengan demikian, sangat kecil resiko bank atas pembiayaan yang diberikan dengan jaminan tanah belum bersertipikat, selain semua pembiayaan dapat diselesaikan dengan baik, juga membantu masyarakat ekonomi mikro dalam mengembangkan kehidupannya.

BAB IV

KESIMPULAN DAN SARAN

A. Kesimpulan

Berdasarkan penelitian dan pembahasan Kajian Hukum Terhadap Peranan Notaris Dalam Pembuatan Akta Pembiayaan *Murabahah* Dengan Jaminan Tanah Yang Belum Bersertipikat, dapat diambil kesimpulan sebagai berikut :

1. Sesuai dengan kewenangannya untuk membuat akta otentik, notaris berwenang untuk membuat akta jaminan dalam akad pembiayaan *murabahah* atas tanah yang belum bersertipikat, yang dibuat dalam bentuk Akta Pengakuan Hutang dengan Pemberian Jaminan dan Kuasa Menjual, sesuai dengan perjanjian yang dibuat oleh para pihak berdasarkan Pasal 1320 dan Pasal 1338 KUHPerduta. Di dalam akta tersebut selain memberikan kuasa menjual bagi bank jika debitur wanprestasi, bank juga diberi kuasa untuk mengurus sertipikat tanah, apabila sertipikat telah selesai debitur memberi kuasa kepada bank untuk memasang Akta Pembebanan hak Tanggungan atas tanah tersebut. Selain itu, notaris juga berperan sebagai penasehat hukum bagi para pihak yang menghadap padanya, baik sebelum, ketika, dan setelah akta ditandatangani.
2. Resiko bank memberikan pembiayaan dengan jaminan tanah belum bersertipikat adalah sama dengan resiko bank memberikan

pembiayaan dengan jaminan yang telah ada lembaga jaminannya tersendiri. Pengikatan jaminan atas tanah belum bersertipikat dibuat dengan Akta Pengakuan Hutang Dengan Pemberian Jaminan dan Kuasa Menjual. Di dalam akta tersebut bank diberi kuasa untuk menjual barang jaminan apabila debitur wanprestasi, sehingga apabila nantinya debitur wan prestasi, bank tetap dapat mengeksekusi barang jaminan tanpa harus melalui pengadilan maupun lembaga lelang negara berdasarkan *grosse* akta yang berkekuatan eksekutorial tersebut. Selain itu, bank juga mewajibkan asuransi bagi debitur, sehingga tidak akan terkendala apabila debitur meninggal dunia. Baikpun tanah yang belum bersertipikat tetap mempunyai kekuatan hukum untuk dijadikan sebagai objek jaminan dalam pembiayaan. Hanya nilainya saja yang kecil apabila dibandingkan dengan tanah yang telah bersertipikat. Hal ini sesuai dengan keluarnya Peraturan Bank Indonesia Nomor 8/24/PBI/2006 tentang Penilaian Kualitas Aktiva bagi Bank Perkreditan Rakyat Berdasarkan Prinsip Syariah, pada pasal 20 Peraturan Bank Indonesia ini mengatur tentang nilai agunan yang dapat diperhitungkan adalah sebesar 50% dari Nilai Jual Objek Tanah terhadap agunan tanah berdasarkan kepemilikan surat girik (*letter C*). Atas agunan ini dibuat surat kuasa menjualnya oleh debitur kepada bank, apabila nantinya debitur wanprestasi

B. Saran-saran

1. Hendaknya notaris dalam menjalankan tugasnya sebagai pejabat yang berwenang untuk membuat akta otentik, notaris harus selalu menjunjung prinsip kehati-hatian dalam penerbitan setiap aktanya, terutama menyangkut penerbitan akta jaminan dengan tanah belum bersertipikat. Hal ini dikarenakan tidak adanya cek bersih seperti halnya tanah bersertipikat, apabila akan dijadikan jaminan hutang, sehingga dimungkinkan terjadinya surat tanah (*letter C*) palsu. Oleh karena itu, untuk menghindari terjadinya surat tanah ganda atau palsu, notaris harus memintakan kepada debitur untuk menyertakan surat keterangan silang sengketa atas tanah yang dikeluarkan oleh Camat /Lurah.
2. Resiko yang dihadapi bank atas pembiayaan yang diberikan dengan jaminan tanah yang belum bersertipikat adalah sama dengan jaminan yang telah ada lembaganya tersendiri. Sama-sama dapat dieksekusi. Oleh karena itu, hendaknya bank sebagai pemberi pembiayaan, terutama bank-bank besar, menerima tanah yang belum bersertifikat sebagai jaminan atas pembiayaannya. Akan tetapi tanah yang telah bersertipikat memiliki keunggulan daripada tanah yang belum bersertipikat, yaitu apabila debitur wan prestasi, bank mempunyai hak untuk memasang APHT, sehingga bank memperoleh hak istimewa, sertipikat serta pembuktiannya lebih kuat, dan jelas serta mudah eksekusinya. Karenanya, akan lebih baik lagi kalau yang dijadikan jaminan adalah tanah yang telah bersertipikat. Adapun penggunaan

jaminan tanah belum bersertipikat atas pembiayaan yang diberikan sudah menjadi kenyataan hukum di tengah-tengah masyarakat. Oleh sebab itu hendaknya pemerintah dapat melahirkan peraturan perundang-undangan tentang pemberian jaminan dan penjualan barang jaminan yang mengakomodir kepentingan ekonomi masyarakat dimana kebutuhan pinjamannya di bank jumlahnya relatif kecil, terutama atas tanah belum bersertipikat.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku

Al-Qur'an Dan Terjemahnya, diterjemahkan oleh Yayasan Penyelenggara Penerjemah Al-Qur'an, Karya Toha Putra, Semarang.

Ahmadi Miru, *Hukum Kontrak dan Perancangan Kontrak*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2007.

Atabik Ali dan Muhdlor A. Zuhdi, *Kamus Kontemporer Arab Indonesia*, Multi Karya Grafika, Yogyakarta, 1998.

Dahlan Abdul Azis, *Ensiklopedi Hukum Islam*, Jilid 5, Ichtisar Baru Van Hoeve, Jakarta, 1996.

Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, 2002.

Gatot Supramono, *Permasalahan Dan Masalah Kredit*, Suatu Tinjauan Yuridis, Djambatan, Jakarta, 1995.

Gemala Dewi, dkk, *Hukum Perikatan Islam Di Indonesia*, Kencana Prenada Media, Jakarta, 2005.

GHS Lumban Tobing, *Peraturan Jabatan Notaris*, Erlangga, Jakarta, 1991.

Herlien Budiono, *Asas Keseimbangan Bagi Hukum Perjanjian Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006.

Hermansyah, *Hukum Perbankan Nasional Indonesia*, Kencana, Jakarta, 2006.

H. Malayu SP Hasibuan, *Dasar-Dasar Perbankan*, Citra Aditya Bakti, Jakarta, 2001.

H. Mashudi dan Moch. Chidir Ali, *Pengertian-Pengertian Elementar Hukum Perjanjian Perdata*, Mandar Maju, Bandung, 2001.

Institute Muamalat, *Perbankan Syariah Perspektif Praktisi*, 1999.

J. Satrio, *Hukum Perikatan Perikatan Pada Umumnya*, Alumni, Bandung, 1999. Siamat, Dahlan, *Manajemen Bank Umum*, Intermedia, Jakarta, 1993.

J. Supranto, *Metode Penelitian Hukum dan Statistik*, Rineka Cipta, Jakarta, 2003.

- Komar Andasasmita, *Notaris Selayang Pandang*, Bandung, Alumni, 1983.
- Mariam Darus Badruzaman, *Bab-Bab tentang Kredit Perbankan, Gadaai dan Fidusia*, Cetakan IV, Bandung, Alumni, 1987.
- Muhammad Antonio Syafi'i, *Bank Syariah Dari Teori Ke Praktik*, Gema Insani, Jakarta, 2001.
- Munir Fuady, *Hukum Perkreditan Kontemporer*. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996.
- Rachmadi Usman, *Aspek-Aspek Hukum Perbankan Di Indonesia*, Gramedia Pusaka Utama, Jakarta, 2001.
- R. Subekti, *Hukum Perjanjian*, Intermedia, Jakarta, 1992.
- R. Subekti, *Jaminan-Jaminan Untuk Pemberian Kredit Menurut Hukum Indonesia*, Citra Aditya bakti, Bandung, 1996.
- Salim Hs., *Perkembangan Hukum Jaminan di Indonesia*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata*, Liberty, Yogyakarta, 1981.
- Sulaiman Rasyid, *Fiqih Islam*, Sinar Baru Agensindo, Jakarta, 2003.
- Syamsul Anwar, *Hukum Perjanjian Syariah, Studi Tentang Teori Akad Dalam Fiqih Muamalat*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2007.
- Syarifuddin Amir, *Garis-garis Besar Fiqih*, Prenada Media, Jakarta, 2003.
- Tan Kamello, *Hukum Jaminan Fidusia, Suatu Kebutuhan Yang Didambakan*, Alumni, Bandung, 2004.
- Yan Pramadya Puspa, *Kamus Hukum*, Aneka Ilmu, Semarang, 1977.

B. Peraturan Perundang-undangan

- Undang-undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria. Kitab Undang-undang Hukum Perdata (*Burgerlijk Wetboek*)
- Undang-undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah.

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

Undang-undang Nomor 42 Tahun 1999 Tentang Jaminan Fidusia.

Undang-undang Nomor 30 tahun 2004 tentang Jabatan Notaris.

Undang-undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah

Kitab Undang-undang Hukum Dagang (*Wetboek van Koophandel*)

Fatwa Dewan Syariah Nasional No. 04/DSN-MUI/IV/2000 tentang *murabahah* tanggal 1 April 2000.

Fatwa Dewan Syariat Nasional No. 46/DSN-MUI/II/2005 tentang Potongan Tagihan Murabahah (*Khashm Fi Al-Murabahah*) tanggal 17 Februari 2005.

Peraturan Bank Indonesia No.8/24/PBI/2006 tentang Penilaian Kualitas Aktiva Bagi Bank Perkreditan Rakyat Berdasarkan Prinsip Syariah.

C. Peraturan Pemerintah

Peraturan Pemerintah Nomor 10 tahun 1961 dirubah dengan Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997.