

BAB II

KAJIAN PUSTAKA

2.1. Kerangka Teori

2.1.1. Hak Tanggungan

a. Pengertian

Salah satu bentuk pengikatan jaminan yang sering digunakan oleh Perbankan konvensional maupun syariah di dalam Perjanjian Kredit atau Akad Pembiayaan adalah Hak Tanggungan. Sejarah munculnya Hak Tanggungan tidak bisa dilepaskan dari ketentuan mengenai *hypotheek* sebagaimana diatur dalam Buku II Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Indonesia sepanjang mengenai tanah dan ketentuan *Credietverbaand* dalam staatsblad 1908-542 sebagaimana telah diubah dengan staatsblad 1937-190. Berdasarkan pasal 57 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria.

Dengan berkembangnya tata ekonomi Bangsa Indonesia dan seluruh masyarakatnya khususnya di bidang kegiatan perkreditan dan atau pembiayaan maka *hypotheek* (Hipotik) dan *Credietverbaand* dipandang tidak lagi sesuai. Maka kemudian pemerintah menerbitkan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tertanggal 9 April 1996 tentang Hak Tanggungan. Undang-Undang ini melengkapi Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria.

Khusus untuk Hipotik, pengikatan jaminan ini masih digunakan untuk kapal laut dengan bobot sekurang-kurangnya dua puluh meter kubik (20 Ton) yang telah didaftarkan di Syah bandar Direktorat Jenderal Perhubungan Laut Departemen Perhubungan sebagaimana pasal 314 Kitab Undang-Undang Hukum Dagang.¹

Pengertian Hak Tanggungan dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 adalah sebagaimana Pasal 1 poin 1 adalah: *“Hak jaminan yang dibebankan pada hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Pokok-Pokok Agraria , berikut atau tidak berikut benda-benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu, untuk pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditor tertentu terhadap kreditor-kreditor lain.”*²

Kedudukan yang diutamakan (*Preferens*) mengandung arti bahwa terdapat hak istimewa bagi penagih (orang yang berpiutang) dan hak memperoleh keuntungan dari suatu benda dengan melalui penagih lainnya yang tidak mempunyai hak preferensi itu. Artinya adalah hak mendahului yang dimiliki kreditor atas benda-benda tertentu yang dijamin pada kreditor tersebut. Atas hasil penjualan benda-benda tersebut, kreditor berhak mendapatkan pelunasan utang debitur terlebih dahulu.

¹Widjaja, Gunawan dan Ahmad Yani, *Jaminan Fidusia*, Jakarta: PT. RadjaGrafindo Persada, 2007, hal. 107

² Undang-undang Republik Indonesia Nomor 4 Tahun 1996, *Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-benda Yang Berkaitan Dengan Tanah*, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1996 Nomor 42.

Penjelasan mengenai para pihak yang melakukan perikatan dalam utang-piutang adalah sebagai berikut:

Pasal 1 poin 2 : *Kreditor adalah pihak yang berpiutang dalam suatu hubungan utang-piutang tertentu;*

Pasal 1 poin 3 : *Debitor adalah pihak yang berutang dalam suatu hubungan utang-piutang tertentu;*

Pasal 3 UU Hak Tanggungan menyatakan sebagai berikut:

- 1) *Utang yang dijamin pelunasannya dengan Hak Tanggungan dapat berupa utang yang telah ada atau yang telah diperjanjikan dengan jumlah tertentu atau jumlah yang pada saat permohonan eksekusi Hak Tanggungan diajukan dapat ditentukan berdasarkan perjanjian utang-piutang atau perjanjian lain yang menimbulkan hubungan utang-piutang yang bersangkutan.*
- 2) *Hak Tanggungan dapat diberikan untuk suatu utang yang berasal dari satu hubungan hukum atau untuk satu utang atau lebih yang berasal dari beberapa hubungan hukum.*

b. Obyek Hak Tanggungan

Obyek Hak Tanggungan dijelaskan dalam Pasal 4 UU Hak Tanggungan yang menyatakan bahwa:

- 1) Hak atas tanah yang dapat dibebani Hak Tanggungan adalah:
 - a. Hak Milik;

b. Hak Guna Usaha;

c. Hak Guna Bangunan

- 2) Selain hak-hak atas tanah sebagaimana dimaksud pada ayat (1), Hak Pakai atas Tanah Negara yang menurut ketentuan yang berlaku wajib didaftar dan menurut sifatnya dapat dipindahtangankan dapat juga dibebani Hak Tanggungan.

Terkait obyek yang dibebani Hak Tanggungan, UU Hak Tanggungan pada pasal 6 menyatakan bahwa: *“Apabila debitor cidera janji, pemegang Hak Tanggungan pertama mempunyai hak menjual obyek Hak Tanggungan atas kekuasaan sendiri melalui pelelangan umum serta mengambil pelunasan piutangnya dari hasil penjualan tersebut.”*

c. Pemberi dan Pemegang Hak Tanggungan

Pihak pemberi dan pemegang Hak Tanggungan diuraikan pada pasal 8 UU Hak Tanggungan, sebagai berikut:

- 1) Pemberi Hak Tanggungan adalah orang perseorangan atau badan hukum yang mempunyai kewenangan untuk untuk melakukan perbuatan hukum terhadap obyek Hak Tanggungan yang bersangkutan.
- 2) Kewenangan untuk melakukan perbuatan hukum terhadap obyek Hak Tanggungan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) harus ada pada pemberi Hak Tanggungan pada saat pendaftaran Hak Tanggungan dilakukan.

Sedangkan pasal 9 menyatakan bahwa: *“Pemegang Hak Tanggungan adalah orang perseorangan atau badan hukum yang berkedudukan sebagai pihak yang berpiutang.”*

d. Eksekusi Hak Tanggungan

Eksekusi Hak Tanggungan dilakukan bilamana terjadi peristiwa cidera janji (*Wanprestasi*), sebagaimana dijelaskan pasal 20 UU Hak Tanggungan, sbb:

- 1) Apabila debitor cidera janji, maka berdasarkan:
 - a. Hak pemegang Hak Tanggungan pertama untuk menjual obyek Hak Tanggungan sebagaimana dimaksud pasal 6, atau
 - b. Titel eksekutorial yang terdapat dalam sertipikat Hak Tanggungan sebagaimana dimaksud pasal 14 ayat (2).³

2.1.2. Pembiayaan Musyarakah

A. Landasan yuridis formal Pembiayaan Musyarakah

Di Indonesia, menurut Undang-Undang No. 7 tahun 1992, tentang Perbankan sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang No. 10 tahun 1998, pengertian *Pembiayaan berdasarkan prinsip Islam adalah “Penyediaan uang atau tagihan yang dipersamakan dengan itu berdasarkan persetujuan atau kesepakatan antara bank dengan pihak lain yang mewajibkan pihak yang*

³ Undang-undang Republik Indonesia Nomor 4 Tahun 1996, *Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-benda Yang Berkaitan Dengan Tanah*, Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1996 Nomor 42.

dibiayai untuk mengembalikan uang atau tagihan tersebut setelah jangka waktu tertentu dengan imbalan atau bagi hasil”.

Sedangkan Prinsip Islam adalah: “Aturan perjanjian berdasarkan hukum Islam antara bank dan pihak lain untuk penyimpanan dana dan atau pembiayaan kegiatan usaha atau kegiatan lainnya yang dinyatakan sesuai dengan syariah Islam, antara lain 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*)’.⁴

Substansi pengertian Akad Musyarakah menurut DSN-MUI sesuai fatwa No: 08/DSN-MUI/IV/2000, adalah: *Akad kerjasama antara dua pihak atau lebih untuk suatu usaha tertentu, dimana masing-masing pihak memberikan kontribusi dana (modal) dengan ketentuan bahwa keuntungan dan risiko akan ditanggung bersama sesuai dengan kesepakatan.*⁵

Dan Surat Edaran OJK nomor 37/SEOJK.03/2015 tentang Produk dan Aktifitas Bank Pembiayaan Rakyat Syariah mendefinisikan Pembiayaan Musyarakah sebagai berikut: *Penyediaan dana untuk kerja sama usaha tertentu yang masing-masing pihak memberikan porsi dana dengan ketentuan*

⁴Rivai, Veithzal dan Rifki Ismal, *Islamic Risk Management For Islamic Bank*, Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 2013, Hal. 31.

⁵ Dewan Syariah Nasional-Majelis Ulama Indonesia, *Fatwa No: 08/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Pembiayaan Musyarakah*, Jakarta: 2000 hal. 1

*bahwa keuntungan akan dibagi sesuai dengan nisbah yang disepakati, sedangkan kerugian ditanggung sesuai dengan porsi dana masing-masing.*⁶

Selain itu, Sutan Remy Sjahdeini, 2014 menyatakan bahwa *Musyarakah adalah produk finansial syariah yang berbasis kemitraan sebagaimana halnya mudharabah. Namun kedua produk finansial tersebut memiliki ciri-ciri dan syarat-syarat yang berbeda. Istilah lain yang digunakan untuk musyarakah adalah sharikah atau syirkah. Musyarakah dalam bahasa Inggris diterjemahkan dengan partnership (Kemitraan). Lembaga-lembaga keuangan Islam menerjemahkannya dengan istilah “participation financing”. Sehingga diterjemahkan dalam bahasa Indonesia sebagai “kemitraan para pemodal” atau “perkongsian para pemodal”.*⁷

Pengertian Musyarakah secara definitif Menurut M. Syafi'i Antonio, 2001, adalah *Akad kerjasama antara dua pihak atau lebih untuk suatu usaha tertentu dimana masing-masing pihak memberikan kontribusi dana (atau amal/expertise) dengan kesepakatan bahwa keuntungan dan risiko akan ditanggung bersama sesuai kesepakatan.*⁸

Sedangkan A. Wangsawidjaja Z, 2012, menyatakan akad musyarakah adalah *transaksi penanaman dana dari dua atau lebih pemilik dana dan/atau barang untuk menjalankan usaha tertentu sesuai syariah dengan pembagian hasil*

⁶ Otoritas Jasa Keuangan RI, Surat Edaran Nomor. 37/SEOJK.03/2015 tentang *Produk dan Aktifitas Bank Pembiayaan Rakyat Syariah.*

⁷ Sjahdeini, Sutan Remy, *Perbankan Syariah Produk-produk dan Aspek-aspek Hukumnya*, Jakarta: Kencana Prenamedia Grup, 2014, Hal. 329

⁸ Antonio, Muhammad Syafii, *Bank Syariah: Dari Teori ke Praktik*, Jakarta: Gema Insani Press Bekerjasama Dengan Tazkia Cendekia, 2001, Hal. 90

usaha antara kedua belah pihak berdasarkan nisbah yang disepakati, sedangkan pembagian kerugian berdasarkan proporsi modal masing-masing.⁹

B. Landasan Syariah Pembiayaan Musyarakah

a. Al-Qur'an

- QS.As-Shaad [38]: 24:

... وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ، إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَا هُمْ...

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

- QS. al-Ma'idah [5]: 1:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ...

“Hai orang yang beriman! Penuhilah akad-akad itu....”

b. Al-Hadist

HR. Abu Dawud no. 2936 dalam kitab al-buyu, dan Hakim:

إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَقُولُ: أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ، فَإِذَا خَانَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ خَرَجَتْ مِنْ بَيْنِهِمَا.

⁹ A. Wangsawidjaja Z, Pembiayaan Bank Syariah, Jakarta: PT.Gramedia Pustaka Utama, 2012, hal. 196.

“Dari Abu Hurairah, Rasulullah SAW bersabda: ‘Allah SWT berfirman: Aku pihak ketiga dari dua orang yang berserikat selama salah satunya tidak mengkhianati lainnya, jika salah satu pihak telah berkhianat, aku keluar dari mereka’”.

c. Ijma’

Ibnu Qudamah dalam kitabnya, *Al-Mughni* telah menyatakan, “Kaum muslim telah berkonsensus terhadap legitimasi musyarakah secara global walaupun terdapat perbedaan pendapat dalam beberapa elemen darinya.”¹⁰

Sedangkan menurut Fatwa DSN-MUI (Dewan Syariah Nasional – Majelis Ulama Indonesia) No. 08/DSN-MUI/IV/2000, terkait ketentuan modal Musyarakah adalah sebagai berikut:

- Uang tunai, emas, perak atau yang nilainya sama.
- Dapat terdiri dari asset perdagangan, seperti barang-barang, property, dan sebagainya harus lebih dulu dinilai dengan tunai dan disepakati oleh para mitra.
- Para pihak tidak boleh meminjam, meminjamkan, menyumbangkan atau menghadiahkan modal musyarakah kepada pihak lain, kecuali atas dasar kesepakatan

¹⁰ Dewan Syariah Nasional-Majelis Ulama Indonesia, *Fatwa No: 73/DSN-MUI/XI/2008 Tentang Musyarakah Mutanaqishah*, Jakarta: 2008 hal. 2

- Partisipasi para mitra dalam pekerjaan merupakan dasar pelaksanaan musyarakah; akan tetapi kesamaan porsi kerja bukanlah merupakan syarat. Seorang mitra boleh melaksanakan kerja lebih banyak dari yang lainnya, dan dalam hal ini ia boleh menuntut bagian keuntungan tambahan bagi dirinya
- Setiap mitra melaksanakan kerja dalam musyarakah atas nama pribadi dan wakil dari mitranya. Kedudukan masing-masing dalam organisasi kerja harus dijelaskan dalam kontrak.
- Keuntungan harus dikuantifikasikan dengan jelas untuk menghindari perbedaan dan sengketa pada waktu alokasi keuntungan atau ketika penghentian musyarakah
- Setiap keuntungan mitra harus dibagikan secara proporsional atas dasar seluruh keuntungan dan tidak ada jumlah yang ditentukan diawal yang ditetapkan bagi seorang mitra
- Seorang mitra boleh mengusulkan bahwa jika keuntungan melebihi jumlah tertentu, kelebihan atau prosentase itu diberikan kepadanya
- Sistem pembagian keuntungan harus tertuang dengan jelas dalam akad
- Kerugian harus dibagi antara para mitra secara proporsional menurut saham masing-masing dalam modal
- Biaya operasional dibebankan pada modal bersama.

- Pada prinsipnya, dalam pembiayaan musyarakah tidak ada jaminan, namun untuk menghindari terjadinya penyimpangan, LKS dapat meminta jaminan.