

## BAB 2 TINJAUAN LITERATUR

### 2.1. Hukum Perikatan Berdasarkan Hukum Positif di Indonesia dan Hukum Islam

#### 2.1.1. Hukum Perikatan Berdasarkan Hukum Positif di Indonesia

Perikatan merupakan terjemahan dari istilah "*verbinten*" yang merupakan pengambilalihan dari kata *obligation* dalam Code Civil Perancis. Dengan demikian berarti perikatan adalah kewajiban pada salah satu pihak dalam hubungan hukum perikatan tersebut (Muljadi, 2002 h.16). Di dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata (*Burgelijk Wetboek*) pasal 1233 menyatakan bahwa "Tiap-tiap perikatan dilahirkan baik karena persetujuan, baik karena undang-undang". Bagi perikatan yang lahir dari perjanjian, kewajiban atau prestasi yang disepakati oleh para pihak sehingga dapat dikatakan bahwa dalam perikatan jenis ini, kewajiban atau prestasi yang lahir dari perikatan ini adalah prestasi yang seyogyanya dapat dilaksanakan. Walaupun demikian tidak tertutup kemungkinan bahwa ada kalangan dengan berjalannya waktu, kemampuan pihak yang berkewajiban untuk melaksanakan prestasinya tersebut menjadi mundur sedemikian rupa, sehingga pada akhirnya perikatan tersebut tidak dapat dilaksanakan.

Perikatan dalam arti perjanjian atau kontrak yang dilakukan oleh dua pihak atau lebih, menurut hukum positif di Indonesia diatur dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata (*Burgelijk Wetboek*). Tercantum di dalam Buku Ke Tiga tentang Perikatan-perikatan Bab Ke Dua tentang perikatan-perikatan yang dilahirkan dari kontrak atau perjanjian. Disebutkan di dalam pasal 1313 suatu perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih. Sedangkan untuk syarat-syarat sahnya perjanjian dijelaskan di dalam pasal 1320 yang berbunyi :

Untuk sahnya suatu perjanjian diperlukan empat syarat :

1. sepakat mereka yang mengikatkan dirinya
2. kecakapan untuk membuat suatu perikatan

3. suatu hal tertentu
4. suatu sebab yang halal

dua syarat pertama dalam ilmu hukum dikenal dengan nama syarat subyektif oleh karena berhubungan dengan subyek perjanjian. Sedangkan dua syarat terakhir dikenal dengan istilah syarat obyektif karena berkaitan dengan obyek dari perjanjian, yang tanpa keberadaannya, perjanjian itu tidak pernah ada. Seperti dinyatakan dalam pasal 1333 Kitab Undang-undang Hukum Perdata bahwa "suatu perjanjian harus mempunyai sebagai pokok perjanjian berupa suatu kebendaan yang paling sedikit ditentukan jenisnya. Tidaklah menjadi halangan bahwa jumlah kebendaan tidak tentu, asal saja jumlah itu kemudian dapat ditentukan atau dihitung." ini berarti dalam suatu perjanjian, baik yang melahirkan perikatan untuk memberikan sesuatu, perikatan untuk berbuat sesuatu atau perikatan untuk tidak berbuat sesuatu, senantiasa haruslah ditentukan terlebih dahulu kebendaan yang akan menjadi obyek dalam perjanjian, yang selanjutnya akan menjadi obyek dalam perikatan yang lahir (baik secara bertimbal balik atau tidak) diantara para pihak yang membuat perjanjian tersebut.

Berdasarkan Kitab Undang-undang Hukum Perdata perjanjian memiliki asas-asas sebagai berikut :

- a. Asas Personalia
- b. Asas Konsensualitas
- c. Asas Kebebasan Berkontrak
- d. Perjanjian Berlaku Sebagai Undang-undang (*Pacta Sunt Servande*)

### **2.1.2. Hukum Perikatan Berdasarkan Hukum Islam**

Dari segi hukum Islam mencakup hukum ibadah dan hukum muamalah. Menurut Khalaf, dalam Dewi, *ahkam 'amaliyah* (hukum-hukum amal) yang berkaitan dengan seluruh tindakan atau perbuatan mukallaf, baik ucapan, perbuatan, perjanjian (akad), terbagi atas dua bagian, yaitu *ahkamul'ibadat* (hukum-hukum ibadah) dan *ahkamul-mua'amalat* (hukum-hukum muamalah). Hukum-hukum mu'amalah terbagi ke dalam tujuh macam hukum, yaitu :

1. Hukum keluarga (*ahkamul-ahwali asy-syakhsiyyah*), mengatur hubungan suami istri dan famili.

2. Hukum perdata (*ahkamul-madanuyah*), mengatur hubungan individu dan masyarakat dalam kaitannya dengan urusan kekayaan dan memelihara hak-hak masing-masing.
3. Hukum pidana (*ahkamul-jinaiyah*), mengatur pemeliharaan ketentraman hidup manusia dan harta kekayaan, kehormatan, dan hak kewajiban. Hal ini berkaitan dengan kejahatan dan sanksinya.
4. Hukum acara (*ahkamul-murafa'at*), berkaitan dengan tata aturan tentang kesanggupan melaksanakan prinsip keadilan antar umat manusia.
5. Hukum perundang-undangan (*ahkamud-dus turiyah*), berkaitan dengan aturan undang-undang dan dasar-dasarnya yang memberikan ketentuan-ketentuan bagi hakim dan terdakwa, serta penetapan hak-hak pribadi, dan hak masyarakat.
6. Hukum ketatanegaraan (*ahkamud-dauliyah*), berkaitan dengan hubungan antara negara Islam dan negara Non-Islam, serta aturan pergaulan antara umat Islam dengan Non-Islam di dalam negara Islam.
7. Hukum ekonomi dan harta benda (*ahkamul-iqtihadiyah wal-maliyah*), mengatur hubungan keuangan antara pihak kaya dan pihak miskin, atau antara negara dan individu.

Menurut Dewi (2005, hal.3), hukum perikatan syariah atau hukum perikatan islam adalah bagian dari hukum Islam bidang muamalah yang mengatur perilaku manusia di dalam menjalankan hubungan ekonominya. Sedangkan menurut Azhary dalam Dewi (2005, hal.3) hukum perikatan islam merupakan seperangkat kaidah hukum yang bersumber dari AlQuran, AsSunnah (AlHadis), dan *ArRa'yu* (Ijtihad) yang mengatur tentang hubungan antara dua orang atau lebih mengenai suatu benda yang dihalalkan menjadi objek suatu transaksi. Lebih lanjut beliau menerangkan bahwa kaidah-kaidah hukum yang berhubungan langsung dengan konsep Hukum Perikatan Islam ini adalah yang bersumber dari AlQuran dan AsSunnah. Sedangkan kaidah-kaidah fiqh berfungsi sebagai pemahaman dari syariah yang dilakukan oleh manusia (para ulama mazhab) yang merupakan suatu bentuk dari ijtihad. Dari pengertian tersebut tampak adanya kaitan yang erat antara Hukum Perikatan (yang

bersifat hubungan perdata) dengan prinsip kepatuhan dalam menjalankan ajaran agama Islam tersebut. Hal ini menunjukkan adanya sifat "*religijs transendental*" yang terkandung pada aturan-aturan yang melingkupi Hukum Perikatan Islam itu sendiri yang merupakan pencerminan otoritas Allah SWT Tuhan Yang Maha Mengetahui segala tindak tanduk manusia dalam hubungan antar sesamanya.

Oleh karena itu dapat disimpulkan bahwa substansi dari Hukum Perikatan Islam lebih luas dari materi yang terdapat pada Hukum Perikatan Perdata Barat yang saat ini berlaku sebagai hukum positif. Hal ini dapat dilihat dari keterkaitan antara Hukum Perikatan itu sendiri dengan Hukum Islam yang melingkupinya yang tidak semata-mata mengatur hubungan antara manusia dengan manusia saja, tapi juga hubungan antara manusia dengan Allah SWT dan dengan alam lingkungannya.

Menurut Abdullah dalam Dewi (2005, hal. 7) menyatakan bahwa ada dua hal yang mendasari berlakunya Hukum Perikatan Islam, yaitu akidah dan syariah. Akidah adalah keyakinan yang memaksa pelaksanaannya dalam bertransaksi, dan syariah menyangkut norma atau aturan-aturan hukum yang mempunyai dua dimensi "*transendental*" atau vertikal. Dimensi transendental dikenal dengan sebutan "*hablum-minallah*" yang merupakan pertanggungjawaban individu maupun kolektif kepada Allah SWT. Sedangkan dimensi lainnya adalah dimensi horizontal yaitu "*hablum-minan-naas*" yang mengatur interaksi sosial di antara manusia. Kedua dimensi inilah yang mempengaruhi perilaku umat Islam dalam aktivitas transaksinya sehari-hari.

Hukum Perikatan Islam memiliki beberapa asas, menurut Djamil dalam Dewi (2005, hal. 30) terdiri dari enam asas, yaitu :

1. Asas *Ilahiyah*, kegiatan muamalat termasuk perbuatan perikatan, tidak akan pernah lepas dari nilai-nilai ketauhidan. Dengan demikian manusia memiliki tanggung jawab kepada masyarakat, kepada pihak kedua, kepada diri sendiri dan tanggung jawab kepada Allah Swt.
2. Asas Kebebasan (*al-Hurriyah*), Islam memberikan kebebasan kepada para pihak untuk melakukan suatu perikatan. Apabila telah disepakati bentuk dan isi

perikatannya, maka perikatan tersebut mengikat para pihak yang menyepakatinya dan harus dilaksanakan segala hak dan kewajibannya. Namun kebebasan ini merupakan kebebasan yang tidak bertentangan dengan syariat Islam. Sesuai dengan firman Allah Swt. QS : Al-Maidah ayat 1

يٰۤاَيُّهَا الَّذِيْنَ ءَامَنُوْا اَوْفُوْا بِالْعُقُوْدِ ۗ اُحِلَّتْ لَكُمْ بَيِّمَةٌ اَلْاَنْعَامِ  
 اِلَّا مَا يُتَلٰى عَلَيْكُمْ غَيْرِ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَاَنْتُمْ حُرْمٌ ۗ اِنَّ اللّٰهَ تَحَكَّمُ  
 مَا يُرِيْدُ

*”Hai orang-orang yang beriman, penuhilah aqad-aqad itu[388]. dihentikan bagimu binatang ternak, kecuali yang akan dibacakan kepadamu. (yang demikian itu) dengan tidak menghalalkan berburu ketika kamu sedang mengerjakan haji. Sesungguhnya Allah menetapkan hukum-hukum menurut yang dikehendaki-Nya.”*

Dalam bidang *muamalat* terdapat kaidah *fiqh* yang menyatakan bahwa *”asal sesuatu adalah boleh sampai dengan ada dalil yang menunjukkan kehalalannya”* isi kaidah *fiqh* tersebut menunjukkan bahwa segala sesuatunya adalah boleh atau *mubah* untuk dilakukan. Kebolehan ini dibatasi sampai ada dasar hukum yang melarangnya. Kaidah ini berlaku untuk bidang *muamalat*, tetapi tidak berlaku untuk bidang *ibadah*.

### 3. Asas Persamaan atau Kesetaraan (*Al-Musawah*)

Suatu perbuatan *muamalah* merupakan salah satu jalan untuk memenuhi kebutuhan hidup manusia. Seringkali terjadi bahwa seseorang memiliki kelebihan dari yang lainnya. Seperti Firman Allah Swt. QS.An-Nahl (16):71, bahwa *”Dan Allah melebihkan sebagian kamu dari sebagian yang lain dalam hal rezeki”* hal ini menunjukkan, bahwa di antara sesama manusia masing-masing memiliki kelebihan dan kekurangan. Untuk itu, antara manusia satu dengan yang lain hendaknya saling melengkapi atas kekurangan yang lain dari kelebihan yang

dimilikinya. Oleh karena itu setiap manusia memiliki kesempatan yang sama untuk melakukan suatu perikatan.

#### 4. Asas Keadilan (*Al-Adalah*)

Dalam QS.al-Hadid (57):25 disebutkan, bahwa Allah berfirman "Sesungguhnya Kami telah mengutus rasul-rasul Kami dengan membawa bukti-bukti yang nyata dan telah Kami turunkan bersama mereka Al-Kitab dan Neraca (keadilan) supaya manusia dapat melaksanakan keadilan" Adil adalah merupakan salah satu sifat Allah SWT yang seringkali disebutkan dalam Al-Quran. Dalam asas ini para pihak yang melakukan perikatan dituntut untuk berlaku benar dalam pengungkapan kehendak dan keadaan, memenuhi perjanjian yang mereka buat, memenuhi semua kewajibannya. dasar hukumnya terdapat dalam QS.Al-Baqarah ayat 177.

وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا وَالصَّابِرِينَ فِي الْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ  
وَحِينَ الْبَأْسِ أُولَئِكَ الَّذِينَ صَدَقُوا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُتَّقُونَ

".....dan orang-orang yang menepati janjinya apabila ia berjanji, dan orang-orang yang sabar dalam kesempitan, penderitaan dan dalam peperangan. mereka Itulah orang-orang yang benar (imannya); dan mereka Itulah orang-orang yang bertakwa."

dan dalam Al-Mu'minin Ayat 8-11.

وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمْنَتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ وَالَّذِينَ هُمْ عَلَىٰ صَلَوَاتِهِمْ  
حَافِظُونَ أُولَئِكَ هُمُ الْوَارِثُونَ الَّذِينَ يَرِثُونَ الْفِرْدَوْسَ  
هُم فِيهَا خَالِدُونَ

"Dan orang-orang yang memelihara amanat-amanat (yang dipikulnya) dan janjinya, Dan orang-orang yang memelihara sembahyangnya, Mereka Itulah

*orang-orang yang akan mewarisi, (yakni) yang akan mewarisi syurga Firdaus. mereka kekal di dalamnya.”*

5. Asas Kerelaan (*Ar-Ridho*)

Dalam melakukan suatu perdagangan hendaklah atas dasar suka sama suka atau sukarela. tidaklah dibenarkan bahwa suatu perbuatan muamalat, perdagangan misalnya, dilakukan dengan pemaksaan ataupun penipuan. Unsur sukarela ini menunjukkan keikhlasan dan itikad baik dari para pihak.

6. Asas Kejujuran dan Kebenaran (*As-Shiddiq*)

Kejujuran merupakan hal yang harus dilakukan oleh manusia dalam segala bidang kehidupan, termasuk dalam pelaksanaan muamalat. Jika terdapat ketidakjujuran dalam perikatan, akan menimbulkan perselisihan diantara para pihak sesuai QS. Al-Ahzab Ayat 70 :

يٰۤاَيُّهَا الَّذِيْنَ ءَامَنُوْا اتَّقُوا اللّٰهَ وَقُوْلُوْا قَوْلًا سَدِيْدًا ﴿٧٠﴾

*”Hai orang-orang yang beriman, bertakwalah kamu kepada Allah dan Katakanlah perkataan yang benar,”*

7. Asas Tertulis (*Al-Kitabah*)

Dalam surat Al-Baqarah Ayat 282-283 disebutkan bahwa Allah SWT menganjurkan kepada manusia hendaknya suatu perikatan dilakukan secara tertulis, dihadiri oleh saksi-saksi, dan diberikan tanggung jawab individu yang melakukan perikatan, dan yang menjadi saksi. Selain itu dianjurkan pula bahwa apabila suatu perikatan dilaksanakan tidak secara tunai, maka dapat dipegang suatu benda sebagai jaminannya. Adanya tulisan, saksi, dan atau benda jaminan ini menjadi alat bukti atas terjadinya perikatan tersebut.

Menurut Gemala Dewi setidaknya ada dua istilah dalam Al-Quran yang berhubungan dengan perjanjian, yaitu *Al-Aqdu* (akad) dan *Al-Ahdu* (janji). Menurut Fathurahman Djamil, istilah *Al-Aqdu* dapat disamakan dengan istilah *verbinten*

dalam KUH Perdata. Sedangkan istilah *Al-'Ahdu* dapat disamakan dengan istilah perjanjian atau *overeenkomst*, yaitu suatu pernyataan dari seseorang untuk mengerjakan atau tidak mengerjakan sesuatu yang tidak berkaitan dengan orang lain. Definisi akad adalah pertalian antara ijab dan qabul yang dibenarkan oleh syara' yang menimbulkan akibat hukum terhadap objeknya. Dari definisi tersebut dapat diperoleh tiga unsur yang terkandung dalam akad yaitu :

1. Pertalian Ijab dan Qabul

Ijab adalah pernyataan kehendak oleh satu pihak (*mujib*) untuk melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu. Qabul adalah pernyataan menerima atau menyetujui kehendak mujib tersebut oleh pihak lainnya (*Qabil*). Ijab dan *Qabul* ini harus ada dalam melaksanakan suatu perikatan.

2. Dibenarkan oleh Syara'

Akad yang dilakukan tidak boleh bertentangan dengan syariah atau hal-hal yang diatur oleh Allah SWT dalam Al-Quran dan oleh Nabi Muhammad SAW dalam Hadits. Pelaksanaan akad, tujuan akad, maupun objek akad tidak boleh bertentangan dengan syariah. Jika bertentangan, akan mengakibatkan akad itu tidak sah.

3. Mempunyai Akibat Hukum Terhadap Objeknya

Akad merupakan salah satu dari tindakan hukum (*tasharruf*). Adanya akad menimbulkan akibat hukum terhadap objek hukum yang diperjanjikan oleh para pihak dan juga memberikan konsekuensi hak dan kewajiban yang mengikat para pihak.

Dalam melaksanakan suatu perikatan terdapat rukun dan syarat yang harus dipenuhi. Pendapat mengenai rukun perikatan atau rukun akad dalam Hukum Islam beraneka ragam di kalangan para ahli fiqih. Di kalangan mazhab Hanafi berpendapat, bahwa rukun akad hanya *sighat al-'aqd* yaitu ijab dan qabul. Sedangkan syarat akad adalah *al-aqidain* (subjek akad) dan *mahallul' aqd* (objek akad). Alasannya adalah *al-'aqidain* dan *mahallul-' aqad* bukan merupakan bagian dari *tasharruf aqad* (perbuatan hukum akad). Kedua hal tersebut berada di luar perbuatan akad. Berbeda dengan pendapat dari kalangan mazhab Syafi'i termasuk Imam Ghazali dan kalangan mazhab



Maliki termasuk Syihab al-Karakhi, bahwa *al-'aqidain* dan *mahallul'aqd* termasuk rukun akad karena kedua hal tersebut merupakan salah satu pilar utama dalam tegaknya akad. Jumhur ulama berpendapat bahwa rukun akad adalah *al'aqidain*, *mahallul'aqd*, dan *sighat aqad*. Selain ketiga rukun tersebut, Musthafa AzZarqa menambah *maudhu'ul 'aqd* (tujuan akad) yang disebutnya sebagai *muqawimat'aqd* (unsur-unsur penegak akad). Adapun penjelasan rukun-rukun akad dijelaskan sebagai berikut :

#### 1. Subjek Perikatan (*Al'Aqidain*)

*Al'Aqidain* adalah para pihak yang melakukan akad. Sebagai pelaku dari suatu tindakan hukum tertentu, yang dalam hal ini tindakan hukum akad (perikatan), dari sudut hukum adalah sebagai subjek hukum. Subjek hukum ini terdiri dari manusia dan badan hukum. Manusia dalam hal ini disebut juga *mukallaf*, yaitu orang yang telah mampu bertindak secara hukum, dan dapat mempertanggungjawabkan perbuatannya dihadapan Allah SWT maupun dalam kehidupan sosial. Seorang *mukallaf* harus memenuhi syarat-syarat, diantaranya adalah *baligh* dan berakal sehat. Sedangkan yang dimaksud dengan badan hukum adalah badan yang dianggap dapat bertindak dalam hukum dan yang mempunyai hak-hak, kewajiban-kewajiban, dan perhubungan hukum terhadap orang lain atau badan lain. Dalam Islam, badan hukum tidak diatur secara khusus. Namun terlihat pada beberapa dalil menunjukkan adanya badan hukum dengan menggunakan istilah *assyirkah*, seperti yang tercantum dalam salah satu Hadis Qudsi riwayat Abu Dawud dan AlHakim dari Abu Hurairah, bahwa Nabi Muhammad SAW bersabda : "*Aku(Allah) adalah pihak ketiga dari dua orang yang berserikat, sepanjang salah seorang dari keduanya tidak berkhianat terhadap lainnya. Apabila seseorang berkhianat terhadap lainnya, maka Aku keluar dari keduanya.*"

#### 2. Objek Perikatan (*mahallul'Aqd*)

*Mahallul'Aqd* adalah sesuatu yang dijadikan objek akad dan dikenakan padanya akibat hukum yang ditimbulkan. Bentuk objek akad dapat berupa benda berwujud, seperti kendaraan dan rumah, maupun benda tidak berwujud, seperti

manfaat. Syarat-syarat yang harus dipenuhi *mahallul'aqd* diantaranya adalah sebagai berikut :

- a. Objek perikatan telah ada ketika akad dilangsungkan.

Suatu perikatan yang objeknya tidak ada adalah batal, seperti menjual tanaman sebelum tumbuh. Alasannya adalah bahwa sebab hukum dan akibat akad tidak mungkin bergantung pada sesuatu yang belum ada.

- b. Objek perikatan dibenarkan oleh syariah.

Pada dasarnya, benda-benda yang menjadi objek perikatan haruslah memiliki nilai dan manfaat bagi manusia. Benda-benda yang sifatnya tidak suci, seperti bangkai, minuman keras dan benda-benda haram lainnya dianggap tidak memiliki nilai dan tidak memiliki manfaat bagi manusia.

- c. Objek akad harus jelas dan dikenali.

Suatu benda yang menjadi objek perikatan harus memiliki kejelasan dan diketahui oleh 'aqid'. Hal ini bertujuan agar tidak terjadi kesalahpahaman di antara para pihak yang dapat menimbulkan sengketa. Jika objek tersebut berupa benda, maka benda tersebut harus jelas bentuk, fungsi, dan keadaannya. Jika terdapat cacat pada benda itu pun harus diberitahukan. Jika objek tersebut berupa jasa, harus jelas bahwa pihak yang memiliki keahlian sejauh mana kemampuan, keterampilan, dan kepandaianya dalam bidang tersebut.

- d. Objek dapat diserahkan

Benda yang menjadi objek perikatan dapat diserahkan pada saat akad terjadi, atau pada waktu yang telah disepakati. Oleh karena itu disarankan bahwa objek perikatan berada dalam kekuasaan pihak pertama agar mudah untuk menyerahkannya kepada pihak kedua. Jika objek perikatannya berupa manfaat, maka pihak pertama harus melaksanakan tindakan (jasa) yang manfaatnya dapat dirasakan oleh pihak kedua, sesuai dengan kesepakatan.

### 3. Tujuan Perikatan (*Maudhu'ul Aqd*)

*Maudhu'ul Aqd* adalah tujuan dan hukum suatu akad disyariatkan untuk tujuan tersebut. Dalam Hukum Islam, tujuan akad ditentukan oleh Allah Swt. Dalam

Al Quran dan Nabi Muhammad Saw.alam hadits. Menurut Ulama Fiqh, tujuan akad dapat dilakukan apabila sesuai dengan ketentuan syari'ah tersebut. Apabila tidak sesuai, maka hukumnya tidak sah. Apabila para pihak melakukan perikatan dengan tujuan yang berbeda, namun salah satu pihak memiliki tujuan yang bertentangan dengan Hukum Islam dengan diketahui pihak lainnya, maka perikatan itu pun haram hukumnya. Ahmad Azhar Basyir menentukan syarat-syarat yang harus dipenuhi agar suatu tujuan akad dipandang sah dan mempunyai akibat hukum, yaitu sebagai berikut :

1. Tujuan akad tidak merupakan kewajiban yang telah ada atas pihak-pihak yang bersangkutan tanpa akad yang diadakan;
2. Tujuan harus berlangsung adanya hingga berakhirnya pelaksanaan akad; dan
3. Tujuan akad harus dibenarkan syarak.
4. Ijab dan Kabul (*Sighat al-'Aqd*)

*Sighat al-'Aqd* adalah suatu ungkapan para pihak yang melakukan akad berupa ijab dan Kabul. Ijab adalah suatu pernyataan janji atau penawaran dari pihak pertama untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu. Qabul adalah suatu pernyataan menerima dari pihak kedua atas penawaran yang dilakukan oleh pihak pertama. Ijab dan Qabul dapat dilakukan dengan empat cara berikut ini :

- a. Lisan. Para pihak mengungkapkan kehendaknya dalam bentuk percataan secara jelas. Dalam hal ini akan sangat jelas bentuk ijab dan Kabul yang dilakukan para pihak.
- b. Tulisan. Adakalanya suatu perikatan dilakukan secara tertulis. Hal ini dapat dilakukan oleh pihak yang tidak dapat bertemu langsung dalam melakukan perikatan, atau untuk perikatan-perikatan yang sifatnya lebih sulit, seperti perikatan yang dilakukan oleh suatu badan hukum. Akan ditemui kesulitan apabila suatu badan hukum melakukan perikatan tidak dalam bentuk tertulis, karena diperlukan alat bukti dan tanggungjawab terhadap orang-orang yang bergabung dalam satu badan hukum tersebut.
- c. Isyarat. Suatu perikatan tidaklah hanya dilakukan oleh orang normal saja, orang cacat pun dapat melakukan suatu perikatan (akad). Apabila cacatnya

adalah berupa tunawicara, maka dimungkinkan akad dilakukan dengan isyarat, asalkan para pihak yang melakukan perikatan tersebut memiliki pemahaman yang sama.

- d. Perbuatan. Seiring dengan perkembangan kebutuhan masyarakat, kini perkataan dapat pula dilakukan dengan cara perbuatan saja, tanpa secara lisan, tertulis, ataupun isyarat. Hal ini dapat disebut dengan *ta'athi* atau *mu'athah* (saling memberi dan menerima). Adanya perbuatan memberi dan menerima dari para pihak yang telah saling memahami perbuatan perikatan tersebut dan segala akibat hukumnya. Hal ini sering terjadi pada proses jual beli di supermarket yang tidak ada proses tawar menawar.

Hukum perikatan Islam di Indonesia makin dikenal masyarakat sejak berdirinya Bank Syariah. Perbankan Syariah dengan akad-akad nya yaitu *Wadiah* (Giro), *Mudharabah* (Tabungan/Pembiayaan), *Musyarakah* (Pembiayaan) dan lain-lainnya adalah salah satu bentuk penerapan Hukum Perikatan Islam. Perkembangan Bank Syariah yang begitu pesat di Indonesia ternyata tidak disertai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku yang mengatur Hukum Muamalat. Seringkali Hukum Muamalat ini dilaksanakan tanpa ada ketentuan yang mengaturnya secara khusus. Melainkan hanya bergantung pada fatwa DSN Majelis Ulama Indonesia Indonesia yang belum memiliki kedudukan hukum dalam tata urutan perundang-undangan di Indonesia. Bank Syariah dalam menerapkan akad untuk produk-produk perbankan berdasar pada fatwa Majelis Ulama Indonesia dalam hal ini Dewan Syariah Nasional, yang fatwa tersebut masih terdapat ruang bagi Bank Syariah untuk menerapkan Hukum Perikatan Islam. Seperti halnya akad Take over pembiayaan pada Bank Syariah, ada bermacam cara untuk menerapkan akad-akad syariah pada transaksi tersebut. Sehingga antara Bank Syariah satu dengan yang lain boleh jadi berbeda dalam penerapan akad untuk Pembiayaan Take over tersebut. Namun demikian hal ini tidak menjadikan Bank Syariah serta merta keluar dari prinsip-prinsip syariah, mereka tetap mengacu pada prinsip-prinsip syariah dengan diawasi oleh Dewan Pengawas Syariah Bank Syariah tersebut. Meskipun demikian kiranya perlu disamakan persepsi mengenai akad pembiayaan *take over* pada Bank Syariah

yang benar-benar sesuai dengan Hukum Perikatan Islam, dengan demikian Bank Syariah tidak lagi bereksperimen terhadap fleksibilitas akad-akad Syariah.

## 2.1. Pengertian Akad *Hawalah* (Peralihan Hutang) Berdasarkan Ilmu Fiqih

### Muamalah

Secara bahasa *hawalah* atau *hiwalah* bermakna berpindah atau berubah. Dalam hal ini terjadi perpindahan tanggungan atau hak dari satu orang kepada orang lain. Dalam istilah para fuqaha *hawalah* adalah pemindahan atau pengalihan penagihan hutang dari orang yang berhutang kepada orang yang menanggung hutang tersebut. Menurut Wahbah AzZuhaily dengan mengutip kitab Al-Inayah mendefinisikan *hawalah* sebagai perpindahan hutang dari tanggungan *ashil* (*muhil*) kepada *Muhal'Alaih* (orang yang bertanggung jawab setelah Hiwalah). Ada 3 pihak dalam akad hawalah, yaitu :

1. *Muhil* yaitu orang yang mengalihkan hutang dari dirinya kepada orang lain (pihak ketiga)
2. *Muhal* yaitu orang yang berpiutang
3. *Muhal 'Alaih* yaitu orang yang bertanggung jawab membayar hutang setelah terjadinya hawalah.

Dalam hadis riwayat Bukhari dari Abu Hurairah Rasulullah SAW bersabda :  
*"menunda-nunda pembayaran hutang yang dilakukan oleh orang mampu adalah suatu kezaliman. Maka jika seseorang di antara kamu dialihkan hak penagihan piutangnya (dihawalahkan) kepada pihak yang mampu, terimalah."* (H.R. Bukhari).

Semangat yang dikandung dalam hadis ini menunjukkan perintah yang wajib diterima oleh orang yang dipindahkan penagihannya kepada orang lain. Karena itu menurut Imam Ahmad dan Daud AdhDhoiri, orang yang dipindahkan hak penagihannya wajib menerima akad hawalah. Hanya saja jumbuh ulama tidak mewajibkan hal itu dan menakwilkan kata perintah dalam hadis ini mempunyai

kedudukan hukum sunah atau dianjurkan saja, bukan sebagai suatu kewajiban yang harus diikuti.

Kaidah fiqih tentang akad hawalah ini berdasar pada kaidah bahwa ”*pada dasarnya semua bentuk muamalah boleh dilakukan kecuali ada dalil yang mengharamkannya*”. Menurut mazhab Hanafi rukun hawalah terdiri dari dua yaitu ijab yang diucapkan oleh *muhil* dan qabul yang diucapkan oleh *muhil* dan *muhil 'alaih*. Sedangkan menurut jumhur ulama, rukun akad hawalah terdiri dari :

1. pihak yang berhutang dan berpiutang (*muhil*)
2. Pihak yang berpiutang (*muhil*)
3. Pihak yang berhutang dan berkewajiban membayar hutang kepada *muhil*( *muhil 'alaih*)
4. Hutang *muhil* kepada *muhil* (*muhil bih*)
5. Hutang *muhil 'alaih* kepada *muhil*
6. Ijab Qabul (*sighat*)

Sedangkan di dalam fatwa DSN-MUI No : 12/DSN-MUI/IV/2002 rukun *hawalah* dijelaskan sama dengan rukun hawalah di atas, kecuali tidak terdapatnya rukun ke lima yaitu hutang *muhil 'alaih* kepada *muhil*. Adapun ketentuan umum *hawalah* yang tercantum di dalam fatwa antara lain :

1. Rukun *hawalah* adalah *muhil*, yakni orang yang berhutang dan sekaligus berpiutang, *muhil* atau *muhtal*, yakni orang berpiutang kepada *muhil*, *muhil 'alaih*, yakni orang yang berhutang kepada *muhil* dan wajib membayar hutang kepada *muhtal*, *muhil bih*, yakni hutang *muhil* kepada *muhtal*, dan *sighat* (ijab qabul).
2. Pernyataan ijab dan qabul harus dinyatakan oleh para pihak untuk menunjukkan kehendak mereka dalam mengadakan kontrak (akad).
3. Akad dituangkan secara tertulis, melalui korespondensi, atau menggunakan cara-cara komunikasi modern.
4. *Hawalah* dilakukan harus dengan persetujuan *muhil*, *muhil/muhtal*, dan *muhil 'alaih*

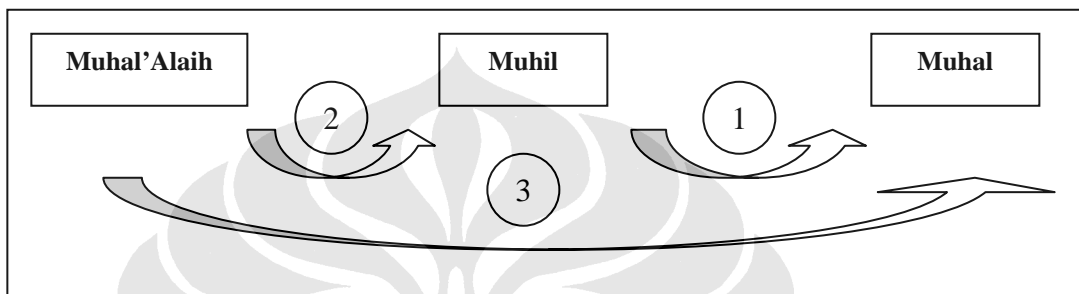
5. Kedudukan dan kewajiban para pihak harus dinyatakan dalam akad secara tegas.
6. Jika transaksi *hawalah* telah dilakukan, pihak-pihak yang terlibat hanyalah *muhtal* dan *muhal'alaih*; dan hak penagihan *muhal* berpindah kepada *muhal'alaih*.

Sedangkan syarat sahnya *hawalah* adalah :

1. *Muhal* harus *aqil baligh*. *Hawalah* anak *mumayyiz* tidak sah dilaksanakan kecuali atas izin walinya. Adanya kerelaan *muhal*, artinya jika *muhal* dipaksa maka *hawalah* tidak sah.
2. *Muhal* harus *aqil* dan *baligh*. *Hiwalah* anak *mumayyiz* tidak sah dilaksanakan, kecuali atas izin walinya. Adanya kerelaan *Muhal*, artinya jika *muhal* dipaksa, maka *hawalah* tidak sah
3. Adanya kesamaan kedua Hutang, baik jenis, jumlah maupun jatuh tempo.
4. Kepastian kesanggupan *muhal'alaih*, Jika penghiwalahan itu kepada buruh/pembantu yang gajinya belum tentu dibayar, maka *hawalah* tidak sah, karena sumber pembayarannya belum pasti. Jadi jika penghiwalahan itu kepada pegawai yang gajinya pasti dibayar, maka *hawalah* sah.
5. Piutang yang dialihkan itu sudah pasti, jika hutang itu dalam bentuk jual beli yang masih dalam masa *khiyar*, maka *hawalah* tidak sah, karena jual belinya belum pasti.

Syarat-syarat *hawalah* ini berkaitan dengan *muhal*, *muhal*, *muhal'alaih*, dan *muhal bih*. Berkaitan dengan *muhal* dan *muhal*, ia disyaratkan harus berkemampuan (cakap) untuk melakukan akad (kontrak). Hal ini hanya dapat dimiliki jika ia berakal dan *baligh*. *Hawalah* tidak sah dilakukan oleh orang gila dan anak kecil (tidak *mumayyiz*) karena tidak bisa atau belum dapat dipandang sebagai orang yang bertanggung jawab secara hukum. Kemudian, harus adanya rasa kerelaan menerima akad *hawalah* baik bagi *muhal* maupun *muhal*. Begitu juga dengan syarat *muhal'alaih*, ia harus berkemampuan (cakap) untuk melakukan akad (kontrak) dan rela dari hatinya dalam melaksanakan akad *hawalah* karena tidak boleh ada paksaan. Sedangkan persyaratan mengenai *muhal bih* yaitu harus berupa hutang dan hutang itu

merupakan tanggungan dari *muhil* kepada *muhal*. Hutang tersebut harus berbentuk hutang lazim artinya bahwa hutang tersebut hanya bisa dihapuskan dengan pelunasan atau penghapusan. Akad hawalah dapat digambarkan sebagai berikut :



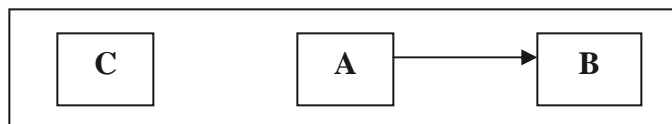
Gambar 1. Akad Hawalah

Keterangan :

1. Muhil yang semula berhutang kepada Muhal
2. Hutang kemudian dialihkan kepada Muhal'Alaih
3. Muhal'Alaih lah yang membayar hutang kepada Muhal, sehingga Muhil lepas dari kewajiban kepada Muhal

Ada beberapa jenis Hawalah di antaranya :

1. Hawalah *Muthlaqah*, yaitu terjadi jika orang yang berhutang kepada orang lain mengalihkan hak penagihannya kepada pihak ke tiga tanpa didasari pihak ke tiga ini berhutang kepada pihak pertama. Hawalah jenis ini hanya ada dalam mazhab Hanafi sedangkan jumhur ulama mengklasifikasikan jenis hawalah ini sebagai kafalah. Hawalah *Muthlaqah* dapat digambarkan sebagai berikut :



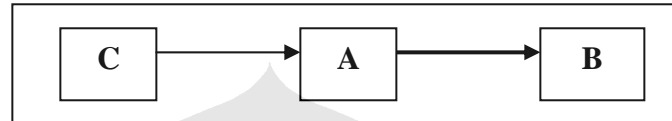
Gambar 2. Hawalah Muthlaqah

Keterangan :

A berhutang kepada B, kemudian mengalihkan hutangnya kepada C tanpa ada keterkaitan adanya hutang C kepada A.



2. Hawalah *Muqayyadah*, terjadi jika *muhil* mengalihkan hak penagihan *muhal* kepada *muhal* 'alaih karena yang terakhir punya hutang kepada *muhal*. Atau apabila orang yang berhutang memindahkan hutangnya kepada *Muhal*'Alaih dengan mengaitkannya pada hutang *Muhal*'Alaih kepadanya. Dapat digambarkan sebagai berikut :

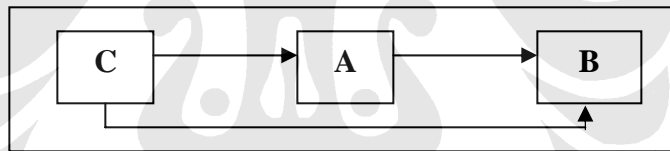


Gambar 3. *Hawalah Muqayyadah*

Keterangan :

A berhutang kepada B, kemudian mengalihkan hutangnya kepada C karena C berhutang kepada A.

3. Hawalah *Dayn* yang merupakan pengalihan hutang, yaitu pemindahan hutang kepada orang lain yang mempunyai hutang kepadanya.

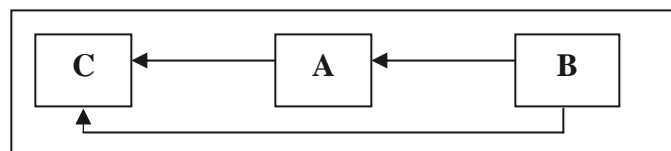


Gambar 4. *Hawalah Dayn*

Keterangan :

A berhutang kepada B, lalu pindah menjadi hutang C (kewajiban membayar hutang berpindah dari A kepada C)

4. Hawalah *haqq* yaitu pengalihan piutang dari satu piutang kepada piutang yang lain dalam bentuk uang bukan dalam bentuk barang. Dalam hal ini yang bertindak sebagai *muhil* adalah pemberi hutang dan ia mengalihkan haknya kepada pemberi hutang yang lain sedangkan orang yang berhutang tidak berubah atau berganti, yang berubah adalah piutang.



Gambar 5. *Hawalah Haqq*

Keterangan :

B berpiutang kepada A, kemudian pindah menjadi piutang kepada C  
(semula B menagih piutang kepada A dipindah menjadi ke C)

Akad hawalah menurut jumbuh ulama memiliki kedudukan hukum jika, pertama, hawalah telah disetujui oleh semua pihak maka tanggungan *muhil* menjadi gugur dan ia kini bebas dari penagihan hutang. Kedua, dengan ditandatanganinya akad *hawalah*, maka hak penagihan *muhal* ini telah dipindahkan kepada *muhal 'alaih*. Dengan demikian ia memiliki wilayah penagihan kepadanya. Akad hawalah akan berakhir jika terjadi hal-hal sebagai berikut :

1. Karena dibatalkan atau *fasakh*. Ini terjadi jika akad hawalah belum dilaksanakan sampai tahapan akhir lalu *difasakh*. Dalam keadaan ini hak penagihan dari *muhal* akan kembali lagi kepada *muhil*. *Fasakh* yaitu salah satu pihak membatalkan akada sebelum akad berlaku tetap.
2. Hilangnya hak *muhal 'alaih* karena meninggal dunia atau bangkrut atau ia mengingkari adanya akad hawalah sementara *muhal* tidak dapat menghadirkan bukti atau saksi.
3. Jika *muhal 'alaih* telah melaksanakan kewajibannya kepada *muhal*. Ini berarti akad hawalah benar-benar telah dipenuhi oleh semua pihak.
4. Meninggalnya *muhal* sementara *muhal 'alaih* mewarisi harta hawalah karena pewarisan merupakan salah satu sebab kepemilikan. Jika akad ini hawalah *muqayyadah*, maka berakhirilah sudah akad hawalah ini menurut mazbah Hanafi.
5. Jika *muhal* menghibahkan harta hawalah kepada *muhal 'alaih* dan ia menerima hibah tersebut.
6. Jika *muhal* menyedekahkan harta hawalah kepada *muhal 'alaih*. Ini sama dengan sebab yang ke 5 di atas.
7. Jika *muhal* menghapuskan kewajiban membayar hutang kepada *muhal 'alaih*. Hukum menerima *hawalah* menurut pengikut mazhab Hamnbali, Ibnu Jarir, Abu Tsur dan Az-Zahiriyah, hukumnya wajib bagi *muhal (Da-in/B)* menerima hiwalah berdasarkan perintah pada hadits di atas.

8. Menurut jumbuh ulama hukumnya sunnah, bukan wajib, sebab mungkn saja Muhal alaih sulit ekonomi atau sulit membayar hutang, maka dalam hal ini ia tidak wajib menerima hiwalah, bahkan hukumnya bukan sunnah.

### 2.3. Perjanjian Pembiayaan Take Over Berdasarkan Fatwa DSN-MUI

DSN adalah lembaga yang dibentuk oleh Majelis Ulama Indonesia (MUI) yang mempunyai fungsi melaksanakan tugas-tugas MUI dalam menangani masalah-masalah yang berhubungan dengan aktivitas lembaga keuangan syariah (LKS). Salah satu tugas pokok DSN adalah mengkaji, menggali dan merumuskan nilai dan prinsip-prinsip hukum Islam (syariah) dalam bentuk fatwa untuk dijadikan pedoman dalam kegiatan transaksi di lembaga keuangan syariah. Melalui Dewan Pengawas Syariah (DPS) melakukan pengawasan terhadap penerapan prinsip syariah dalam sistem dan manajemen lembaga keuangan syariah.

1. Adapun kedudukan DPS dalam LKS adalah sebagai wakil dari DSN dalam mengawasi pelaksanaan fatwa-fatwa DSN di LKS. DPS memiliki tugas utama untuk mengawasi kegiatan usaha LKS agar sesuai dengan ketentuan dan prinsip syariah yang telah difatwakan oleh DSN. Sedangkan fungsi utama DPS adalah sebagai penasehat dan pemberi saran kepada direksi, pimpinan unit usaha syariah dan pimpinan kantor cabang syariah mengenai hal-hal terkait dengan aspek syariah dan sebagai mediator antara LKS dengan DSN dalam mengkomunikasikan usul dan saran pengembangan produk dan jasa dari LKS yang memerlukan kajian dan fatwa dari DSN.

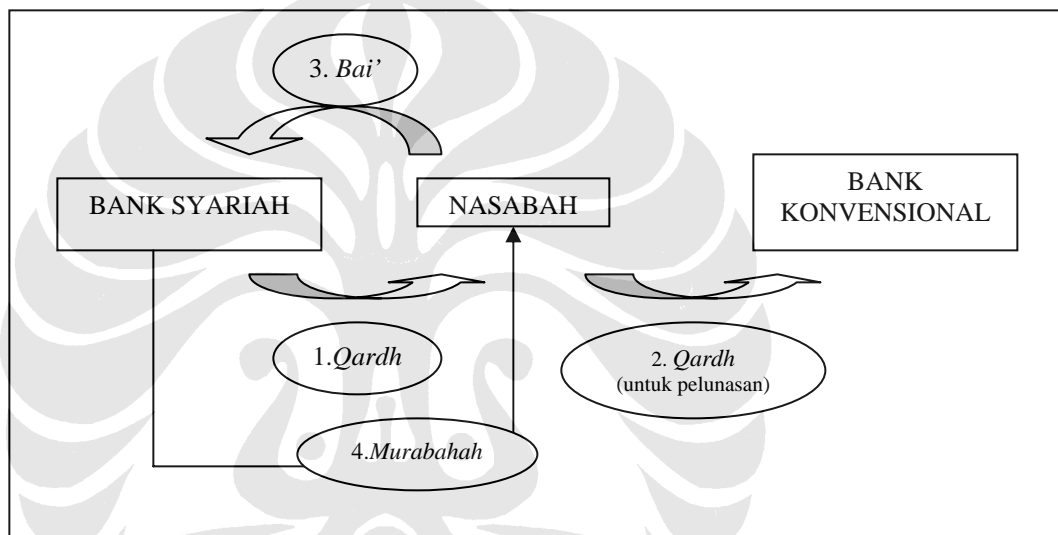
Pembiayaan *take over* oleh Dewan Syariah Nasional diatur di dalam fatwa No.31/DSN-MUI/VI/2002 tentang Pengalihan Hutang. Di dalam fatwa ini yang dimaksud dengan pengalihan hutang adalah pemindahan hutang nasabah dari bank/lembaga keuangan konvensional ke bank/lembaga keuangan syariah. Akad pengalihan hutang menurut fatwa ini memiliki 4 alternatif, yaitu :<sup>1</sup>

1. Alternatif 1 :

---

<sup>1</sup> Fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia

- a. Bank syariah memberikan *qardh* kepada nasabah sesuai fatwa DSN-MUI No. 19/DSN-MUI/IV/2001. Dengan *qardh* tersebut nasabah melunasi kredit (hutang)nya, maka aset yang dibeli dengan kredit tersebut menjadi milik nasabah secara penuh.
- b. Nasabah menjual aset tersebut kepada bank syariah, dengan hasil penjualan itu nasabah melunasi *qardh*nya kepada bank.
- c. Bank syariah kemudian menjual aset secara *murabahah* aset yang telah menjadi miliknya tersebut dengan pembayaran secara cicilan.



Gambar 6. Alternatif 1 Pengalihan Hutang

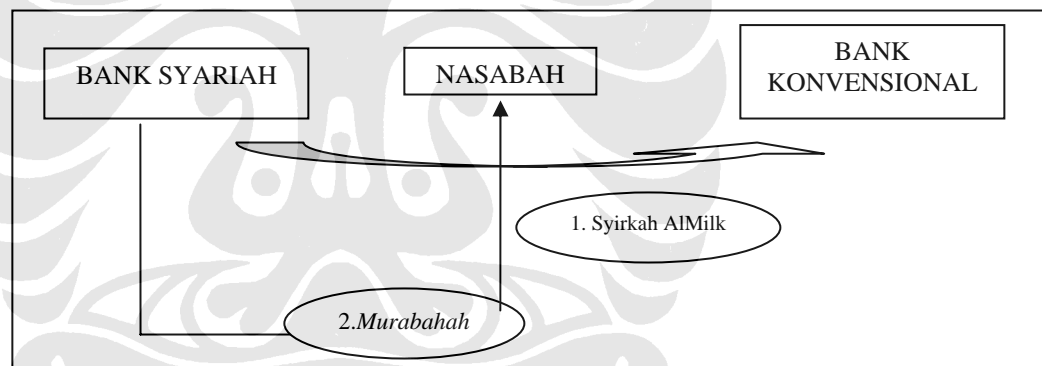
#### Penjelasan Alternatif 1 :

Alternatif 1 merupakan pembiayaan dengan pengalihan hutang yang menggunakan akad *qardh* sesuai Fatwa DSN-MUI No.19/DSN-MUI/IV/2001 yaitu pinjaman yang diberikan kepada nasabah yang memerlukan tanpa memberikan margin/keuntungan bagi Bank, dan nasabah wajib mengembalikan pokok yang diterima pada waktu yang telah disepakati bersama. Jumlah yang tertuang di dalam akad *qardh* adalah sejumlah sisa hutang di bank sebelumnya. Kemudian nasabah menjual aset tersebut kepada Bank, proses jual beli ini dapat menggunakan akad *Bai'* di bawah tangan antara Bank dan nasabah yang bersangkutan. Jumlah yang tertera di dalam akad *Bai'* adalah sejumlah nilai pembiayaan. Setelah proses jual beli (*bai'*) tersebut, maka aset menjadi

milik Bank Syariah. Kemudian Bank menjual aset tersebut kepada nasabah dengan akad *murabahah* disertai margin atau keuntungan untuk Bank. Lalu nasabah atau debitur membayar aset yang dijual beli menggunakan akad *murabahah* dengan mengangsur.

2. Alternatif 2 :

- a. Bank syariah membeli sebagian aset nasabah dengan seizin bank konvensional, sehingga terjadi *syirkah al-milk* antara bank syariah dan nasabah.
- b. Bagian aset yang dibeli oleh Bank Syariah adalah bagian aset yang senilai dengan hutang (sisa cicilan) nasabah kepada Bank Syariah.
- c. Bank Syariah menjual secara *murabahah* bagian aset yang menjadi miliknya tersebut kepada nasabah dengan pembayaran secara cicilan.



Gambar 7. Alternatif 2 Pengalihan Hutang

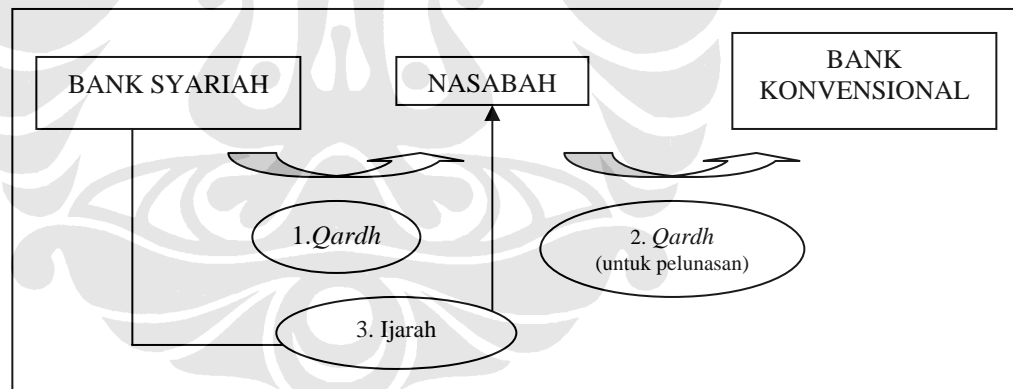
Penjelasan Alternatif 2 :

Pada alternatif ke dua, disebutkan di dalam fatwa bahwa Bank Syariah membeli sebagian aset calon nasabah yang masih berada di Bank konvensional atau bank sebelumnya sehingga terjadi *syirkah al milk* atau disebut juga *syirkah amlaak* yaitu kepemilikan lebih dari satu orang terhadap suatu barang tanpa diperoleh melalui akad. Hukum *syirkah amlaak* ini adalah teman kongsi tidak berhak bertindak dalam menggunakan milik kongsi lainnya tanpa izin yang bersangkutan. Bagian aset yang dimiliki oleh Bank Syariah adalah senilai hutang yang tersisa di Bank sebelumnya.

Kemudian aset yang dimiliki oleh Bank syariah dijual kepada nasabah dengan akad *murabahah* dan dibayar dengan cara dicicil.

### 3. Alternatif 3

- a. Dalam pengurusan untuk memperoleh kepemilikan penuh atas aset, nasabah dapat melakukan akad *Ijarah* dengan Bank Syariah, sesuai dengan fatwa DSN-MUI No.09/DSN-MUI/IV/2002.
- b. Apabila diperlukan, Bank Syariah dapat membantu menalangi kewajiban nasabah dengan menggunakan prinsip *qardh*.
- c. Akad *ijarah* sebagaimana dimaksud di dalam poin a tidak boleh dipersyaratkan dengan (harus terpisah dari) pemberian talangan sebagaimana dimaksudkan poin b.
- d. Besar imbalan jasa *ijarah* sebagaimana dimaksudkan poin a tidak boleh didasarkan pada jumlah talangan yang diberikan Bank Syariah kepada nasabah sebagaimana dimaksudkan poin b.



Gambar 8. Alternatif 3 Pengalihan Hutang

#### Penjelasan Alternatif 3 :

1. Alternatif ke tiga, disebutkan bahwa proses kepemilikan penuh atas aset nasabah dengan Bank syariah dapat melakukan akad *Ijarah* sesuai fatwa DSN-MUI No.9/DSN-MUI/IV/2002 yaitu akad sewa yang dilakukan antara pemberi sewa dan pengguna sewa dimana terdapat obyek yang disewakan

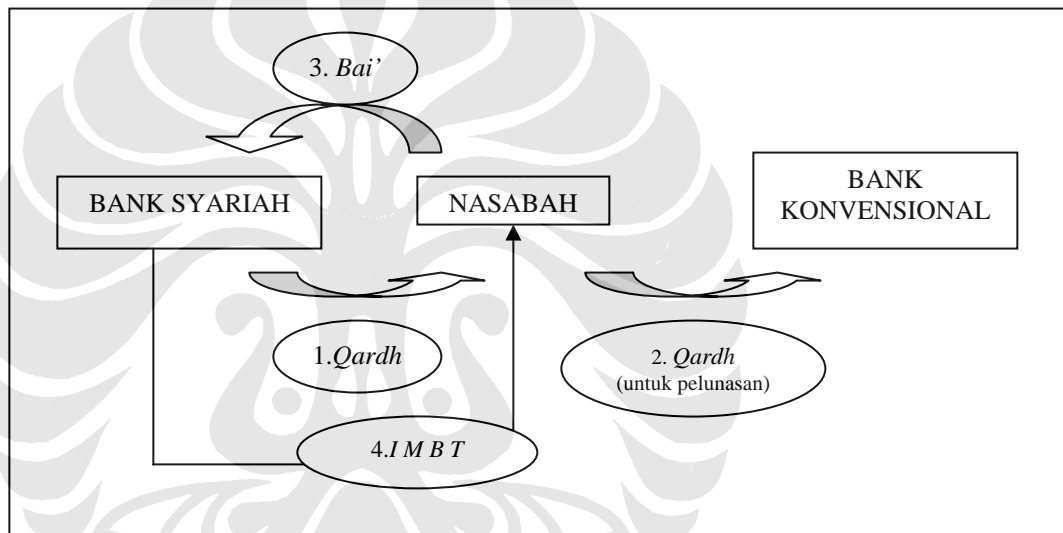
berupa manfaat barang dan sewa ataupun berupa manfaat jasa dan upah. Menurut fatwa tersebut, disebutkan pula ketentuan-ketentuan obyek *ijarah*, diantaranya :

- b. Obyek *ijarah* adalah manfaat dari penggunaan barang atau jasa
- c. Manfaat barang atau jasa harus bisa dinilai dan dapat dilaksanakan dalam kontrak
- d. Manfaat barang atau jasa harus yang bersifat dibolehkan (tidak diharamkan)
- e. Kesanggupan memenuhi manfaat harus nyata dan sesuai syariah
- f. Manfaat harus dikenali secara spesifik sedemikian rupa untuk menghilangkan *jahalah* (ketidaktahuan) yang akan mengakibatkan sengketa.
- g. Spesifikasi manfaat harus dinyatakan dengan jelas, termasuk jangka waktunya. Bisa juga dikenali dengan spesifikasi atau identifikasi fisik.
- h. Sewa atau upah adalah segala sesuatu yang dijanjikan dan dibayar nasabah kepada Bank syariah sebagai pembayaran manfaat. Sesuatu yang dapat dijadikan harga (*tsaman*) dalam jual beli dapat juga dijadikan sewa atau upah di dalam *ijarah*.
- i. Pembayaran sewa atau upah boleh berbentuk jasa (manfaat lain) dari jenis yang sama dengan obyek kontrak.
- j. Kelenturan atau fleksibilitas dalam menentukan sewa atau upah dapat diwujudkan dalam ukuran waktu, tempat dan jarak.

Kemudian untuk menalangi kewajiban nasabah kepada pihak bank sebelumnya bank syariah menggunakan akad *qardh* seperti yang sudah dijelaskan sebelumnya. Akad *ijarah* ini harus terpisah dan tidak boleh dipersyaratkan dari akad *qardh*. Besar imbalan jasa *ijarah* (*ujrah*) tidak boleh berdasarkan dana talangan (*qardh*) tetapi harus sesuai dengan akad *ijarah*.

#### 4. Alternatif 4

- a. Bank memberikan *qardh* kepada nasabah. Dengan *qardh* tersebut nasabah melunasi kredit (hutang)nya, maka aset yang dibeli dengan kredit tersebut menjadi milik nasabah secara penuh.
- b. Nasabah menjual aset sebagaimana dimaksud di poin a kepada Bank Syariah, dan dengan hasil penjualan itu nasabah melunasi *qardh*nya kepada Bank.
- c. Bank syariah menyewakan aset yang telah menjadi miliknya tersebut kepada nasabah dengan akad *Ijarah Muntahia bit Tamlik*.



Gambar 9. Alternatif 4 Pengalihan Hutang

Penjelasan Alternatif 4 :

Alternatif ke empat, bank syariah memberikan dana talangan (*qardh*) kepada nasabah untuk melunasi hutang di bank sebelumnya. Kemudian nasabah menjual aset yang telah dilunasi dari bank sebelumnya dengan akad *bai'*, dijual kepada bank syariah. Dari hasil penjualan itulah nasabah melunasi *qardh* dari Bank syariah. Kemudian aset yang telah dijual kepada bank syariah, oleh bank disewakan kepada nasabah melalui akad *Ijarah Muntahia Bit Tamlik* sesuai dengan fatwa DSN-MUI No.27/DSN-MUI/IV/2001. Dijelaskan di dalam fatwa tersebut bahwa ketentuan untuk melakukan akad *Ijarah Muntahia Bit Tamlik* maka pihak yang melakukan akad harus melakukan



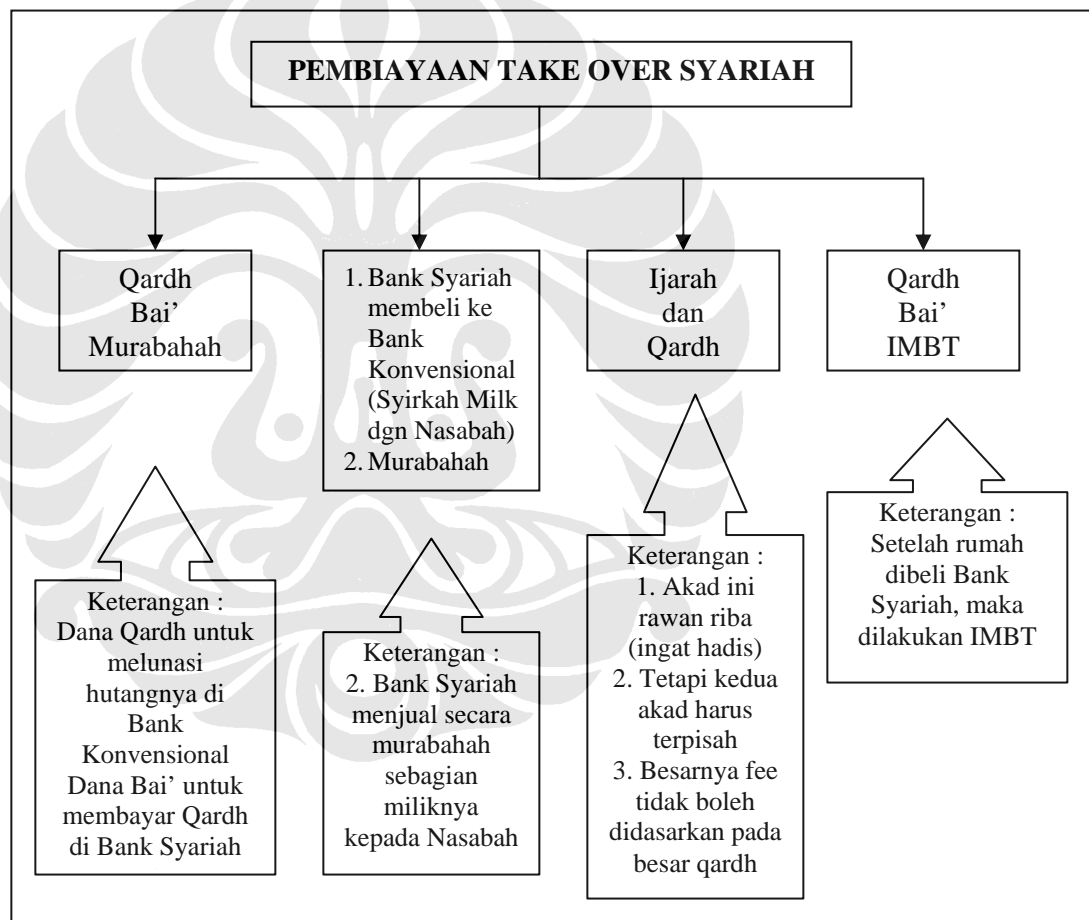
akad *Ijarah* terlebih dahulu. Akad pemindahan kepemilikan, baik dengan jual beli (*bai'*) atau pemberian (*hibah*), hanya dapat dilakukan setelah masa *Ijarah* selesai. Janji pemindahan kepemilikan yang disepakati di awal akad *Ijarah* adalah *wa'd*, yang hukumnya tidak mengikat. Apabila janji itu ingin dilaksanakan, maka harus ada akad pemindahan kepemilikan yang dilakukan setelah masa *Ijarah* selesai.

Keempat alternatif tersebut menggunakan mekanisme multi akad untuk memenuhi kaidah-kaidah syariah. Dari sisi jumlahnya, terbagi menjadi akad sederhana (*basith*) dan multi akad (*mujtami'ah*). Akad sederhana adalah akad atau transaksi yang hanya terdapat satu akad, sedangkan multi akad menghimpun beberapa akad dalam satu transaksi. Al-Imrani memberikan definisi multi akad sebagai himpunan beberapa akad kebendaan yang dikandung oleh sebuah akad, baik secara gabungan maupun secara timbal balik sehingga seluruh hak dan kewajiban yang ditimbulkannya dipandang sebagai akibat hukum dari satu akad.

Dari pengertian ini tampak dua multi akad, terhimpunnya beberapa akad dalam satu akad (*mujtami'ah*) dan bergantungnya satu akad terhadap akad lain (*mutaqabilah*). Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia (DSN-MUI) dalam hal ini, cenderung membatasi ruang multi akad hanya pada bentuk akad *mujtami'ah*, yaitu suatu akad yang menghimpun beberapa akad, yang akad satu dengan lainnya tidak bisa dipisahkan, dan menolak bentuk multi akad *mutaqabilah*, yaitu suatu akad yang menghimpun beberapa akad namun satu akad bergantung (*mu'allaq*) dengan akad lainnya. Kedua bentuk akad tersebut, *mutaqabilah* dan *mujtami'ah* yang diterima DSN-MUI, adalah akad-akad yang termasuk kategori *al-'uqud al-murakabah*. Selain itu, fatwa DSN-MUI juga mengadopsi akad *muta'addidah*, yaitu penghimpunan beberapa akad yang antara satu dengan lainnya berdiri sendiri-sendiri. Akad dapat berlangsung dengan memenuhi unsur shighat (pernyataan ijab dan qabul), 'aqidan (dua pihak yang melakukan akad), *ma'qud alaih* (obyek akad). Shighat harus jelas, selaras dan bersambung. Obyek akad harus dapat diserahkan, diakui secara *syar'i*, jelas, terperinci dan suci. Sementara itu, standar multi akad yang ditetapkan oleh DSN-MUI mencakup dua hal yaitu menjauhi praktik riba dan menghindari ketidakpastian (*gharar*). Di sebagian besar fatwa yang mengandung

penghimpunan akad, DSN-MUI menyatakan ketentuan tidak boleh mengandung riba (www.pkesinteraktif.com). Maka keempat alternatif pembiayaan take over dari bank konvensional ke bank syariah termasuk ke dalam akad *muta'addidah*, yaitu penghimpunan beberapa akad yang antara satu dengan lainnya berdiri sendiri-sendiri.

Menurut Agustianto, keempat alternatif tersebut dalam fatwa dapat digambarkan dengan penjelasan bagan berikut :



Gambar 10. Pembiayaan *Take Over* Syariah

Proses take over pembiayaan yang sudah dijelaskan di atas pada fatwa Dewan Syariah Nasional (DSN) Majelis Ulama Indonesia (MUI) sudah dipraktekkan di

perbankan syariah. Baik itu *take over* dari bank konvensional, maupun dari bank syariah ke bank syariah. Hal ini bisa disebabkan tingkat kesadaran masyarakat yang meningkat untuk bertransaksi di perbankan syariah dan mencari yang memiliki margin paling rendah. Hal ini bisa dikarenakan untuk menunjukkan perbedaan yang nyata antara bank syariah dan bank konvensional.

Selain fatwa DSN-MUI No : 31 tentang Pengalihan Hutang, pembiayaan *take over* juga dapat menggunakan akad *musyarakah mutanaqisah*, fatwa DSN-MUI No : 73. Menurut Wahbah Zuhaili, *musyarakah mutanaqisah* ini dibenarkan dalam syariah, karena –sebagaimana *Ijarah Muntahia Bit Tamlik*- bersandar pada janji dari Bank kepada mitra (nasabah)nya bahwa Bank akan menjual kepada mitra porsi kepemilikannya dalam *syirkah* apabila mitra telah membayar kepada Bank harga porsi Bank tersebut. Di saat berlangsung, *musyarakah mutanaqisah* tersebut dipandang sebagai *syirkah 'inan*, karena kedua belah pihak menyerahkan kontribusi *ra'sul mal*, dan Bank mendelegasikan kepada nasabah-mitranya untuk mengelola kegiatan usaha. Setelah selesai *syirkah* Bank menjual seluruh atau sebagian porsinya kepada mitra, dengan ketentuan akad penjualan ini dilakukan secara terpisah yang tidak terkait dengan akad *syirkah*. Ketentuan hukum *musyarakah mutanaqisah* sesuai dengan fatwa DSN-MUI adalah boleh (*mubah*). Di dalam fatwa tersebut dijelaskan *musyarakah mutanaqisah* adalah sebagai berikut :

1. *Musyarakah mutanaqisah* adalah *musyarakah* atau *syirkah* yang kepemilikan asset (barang) atau modal salah satu pihak (*syarik*) berkurang disebabkan pembelian secara bertahap oleh pihak lainnya.
2. *Syarik* adalah mitra, yaitu pihak yang melakukan akad *musyarakah*.
3. *Hishah* adalah porsi atau bagian *syarik* dalam kekayaan *musyarakah* yang bersifat *musya'*
4. *Musya'* adalah porsi atau bagian *syarik* dalam kekayaan *musyarakah* (milik bersama) secara nilai dan tidak dapat ditentukan batas-batasnya secara fisik.

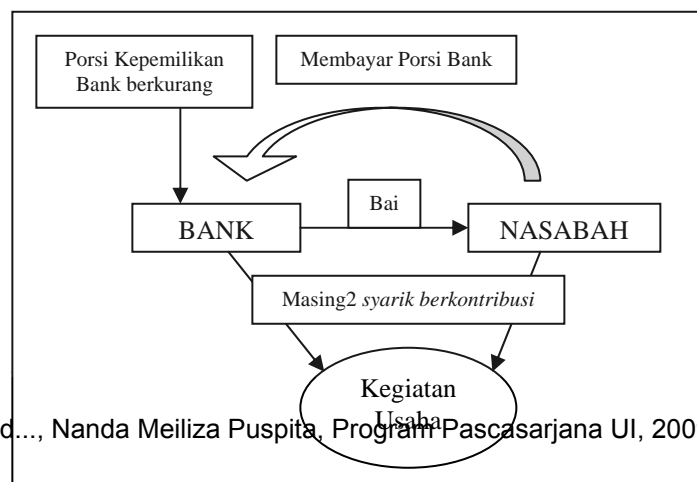
Akad *musyarakah mutanaqisah* ini terdiri dari akad *musyarakah/syirkah* dan *bai'* (jual beli). Dalam *musyarakah mutanaqisah* berlaku hukum sebagaimana yang

diatur dalam fatwa DSN No. 08/DSN-MUI/IV/2000 tentang Pembiayaan *musyarakah*, yang para mitranya memiliki hak dan kewajiban di antaranya :

- a. Memberikan modal dan kerja berdasarkan kesepakatan pada saat akad
- b. Memperoleh keuntungan berdasarkan nisbah yang disepakati pada saat akad
- c. Menanggung kerugian sesuai proporsi modal

Dalam akad *musyarakah mutanaqisah* pihak pertama (*syarik*) wajib berjanji untuk menjual seluruh *hishshah*-nya secara bertahap dan pihak kedua (*syarik*) wajib membelinya. Jual beli tersebut dilaksanakan sesuai kesepakatan. Setelah selesai pelunasan penjualan, seluruh *hishshah* LKS beralih kepada *syarik* lainnya (*nasabah*). Adapun ketentuan khusus dalam akad *musyarakah mutanaqisah* sesuai fatwa DSN-MUI adalah sebagai berikut :

- a. Aset *musyarakah mutanaqisah* dapat di-*ijarah*-kan kepada *syarik* atau pihak lain
- b. Apabila aset *musyarakah* menjadi obyek *Ijarah*, maka *syarik* (*nasabah*) dapat menyewa aset tersebut dengan nilai *ujrah* yang disepakati
- c. Keuntungan yang diperoleh dari *ujrah* tersebut dibagi sesuai dengan nisbah yang telah disepakati dalam akad, sedangkan kerugian harus berdasarkan proporsi kepemilikan. Nisbah keuntungan dapat mengikuti perubahan proporsi kepemilikan sesuai kesepakatan para *syarik*
- d. Kadar/ukuran bagian/porsi kepemilikan aset *musyarakah syarik* (LKS) yang berkurang akibat pembayaran oleh *syarik* (*nasabah*), harus jelas dan disepakati dalam akad
- e. Biaya perolehan aset *musyarakah* menjadi beban bersama sedangkan biaya peralihan kepemilikan menjadi beban pembeli.



Gambar 11. Skema Musyarakah Mutanaqisah

#### **2.4. Perjanjian Pembiayaan *Take Over* Berdasarkan Kitab Undang-undang Hukum Perdata (*Burgelijk Wetboek*) dan Kitab Hukum Perdata Islam (*Al-Majallah Al-Ahkam Al-Adliyah*)**

Kitab Undang-undang Hukum Perdata merupakan terjemahan dari Kitab *Burgelijk Wetboek* yaitu salah satu kitab undang-undang yang berasal dari zaman pemerintahan Belanda. Kitab ini terdiri dari 1993 pasal yang merupakan seperangkat peraturan hukum perdata dan diberlakukan di Indonesia hingga saat ini. Walaupun kitab ini sangat mencerminkan hukum barat, tapi kitab *Burgelijk Wetboek* ini sudah diberlakukan sejak masa peninggalan Pemerintahan Belanda. Kitab tersebut terdiri dari 3 buku, yaitu :

- a. Buku Ke Satu tentang Orang
- b. Buku Ke Dua tentang Kebendaan
- c. Buku Ke Tiga tentang Perikatan

Berkaitan dengan perjanjian kontrak atau perikatan dibahas dalam Buku Ke Tiga yaitu tentang Perikatan. Sedangkan lebih spesifik tentang pengalihan hutang disebutkan di dalam Bagian Ke Tiga tentang Pembaharuan Utang pasal 1413 disebutkan bahwa ada tiga macam jalan untuk melaksanakan pembaharuan utang :

1. apabila seorang yang berutang membuat suatu perikatan utang baru guna orang yang mengutangkan kepadanya, yang menggantikan utang yang lama, yang dihapuskan karenanya;

2. apabila seorang berutang baru ditunjuk untuk menggantikan orang berutang lama, yang oleh si berpiutang dibebaskan dari perikatannya;
3. apabila, sebagai akibat suatu perjanjian baru, seorang berpiutang baru ditunjuk untuk menggantikan orang berpiutang lama, terhadap siapa si berutang dibebaskan dari perikatannya.

Pembaharuan utang disini maksudnya adalah pengalihan utang dari orang yang berutang kepada orang yang memberikan piutang yang baru. Kemudian orang yang memberikan piutang yang lama dihapuskan utang atas orang yang berutang tersebut. Hal ini sama artinya dengan pembiayaan *take over* pada perbankan, yaitu nasabah mengalihkan utang dari bank sebelumnya kepada bank yang baru. Sehingga nasabah dapat pula diartikan melakukan pembaharuan utang.

Kitab *Al-Majallah Al-Ahkam Al-Adliyah* yang telah dialihbahasakan ke dalam bahasa inggris yaitu *The Ottoman Courts Manual (Hanafi)*. Kitab tersebut yang disebut sebagai Kitab Hukum Perdata Islam merupakan bukti autentik bahwa Islam itu *rahmatan lil' alamin*. Kitab ini merupakan kompilasi hukum Islam dibidang *fiqih mu'amalah* (hukum perdata Islam) yang disusun mulai tahun 1869 – 1876 M dan diberlakukan sebagai hukum positif di seluruh wilayah kekuasaan kekhalifahan Turki Utsmani, sebelum Turki menjadi negara sekuler.

Sebelum munculnya *Al-Majallah Al-Ahkam Al-Adliyah* kekhalifahan Turki Utsmani dihadapkan kepada masalah keberagaman keputusan dari lembaga pengadilan perdatanya, karena setiap pengadilan mengambil bahan pertimbangan hukum dari berbagai macam kitab *fiqih* yang sangat banyak jumlahnya meskipun masih dari satu mazhab yaitu mazhab Hanafi. Maka untuk menjamin kepastian hukum, dibentuklah suatu panitia yang terdiri dari ulama-ulama besar dan para *fuqaha (ahli hukum Islam)* yang diketuai oleh Ahmad Judat Basya, seorang ulama ahli hukum Islam terkenal yang pada waktu itu menjabat sebagai menteri kehakiman. Sehingga terwujudlah kodifikasi hukum perdata Islam yang bersumber kepada AlQuran dan AlHadits serta kitab-kitab *fiqih* standar khususnya di dalam mazhab Hanafi. Kitab ini juga merupakan titik awal perkembangan hukum Islam. Kitab *Al-Majallah Al-Ahkam Al-Adliyah* ini terdiri dari 16 buku dengan 1852 pasal, yaitu :

- a. Buku I, tentang Pendahuluan yang memuat definisi *fiqih* (Hukum Islam) dan 99 kaidah hukum Islam (pasal 1 sampai dengan 100) dan tentang akad jual beli (pasal 101 sampai dengan 403).
- b. Buku II tentang sewa menyewa
- c. Buku III tentang Jaminan (*Al-Kafaalah*)
- d. Buku IV tentang Pemindahan Utang (*Al-Hiwalah*)
- e. Buku V tentang Gadai (*Rahn*)
- f. Buku VI tentang Barang Yang Dipercayakan (*Amanah*)
- g. Buku VII tentang Hibah
- h. Buku VIII tentang Perampasan dan Perusakan Barang (*Al-Ghasbu Wa Al-Itlaaf*)
- i. Buku IX tentang Pengampuan, Pemaksaan, dan Hak Membeli Lebih Dahulu (*Al-Hajru, Al-Ikrah, Al-Syufah*)
- j. Buku X tentang Hak Milik Bersama (*Al-Syirkah*)
- k. Buku XI tentang Perwakilan (*Al-Wakaalah*)
- l. Buku XII tentang Perdamaian dan Pembebasan (*Al-shulh Wa Al-Ibra*)
- m. Buku XIII tentang Pengakuan (*Al-Iqraar*)
- n. Buku XIV tentang Gugatan (*Al-Da'waa*)
- o. Buku XV tentang Pembuktian dan Sumpah (*Al-Bayyinah Wa-Al-Tahliif*)
- p. Buku XVI tentang Putusan Pengadilan dan Pemeriksaan Perkara (*Al-Qadla*)

Adapun mengenai Perjanjian Pembiayaan *Take Over* diatur dalam Buku IV tentang Pemindahan Utang (*Al-Hiwalah*). Dalam pasal 673 disebutkan bahwa yang dimaksud dengan pemindahan utang adalah memindahkan suatu utang dari tanggungan seseorang kepada orang lain. Pada pasal 690 disebutkan bahwa akibat dari suatu akad pemindahan utang adalah : bagi pihak pemindah utang dan penjaminnya (jika ada) ; dibebaskan dari semua tanggung jawabnya untuk utang itu. Maka orang yang utangnya dipindahkan, mempunyai hak untuk menuntut pembayaran dari penerima pemindahan utang. Sedangkan orang yang menerima barang jaminan yang memindahkan haknya untuk menuntut (pembayaran) utang dari

penjamin atau orang ketiga, maka orang ini akan kehilangan semua haknya untuk menahan barang jaminan itu lebih lanjut.

## 2.5. Penelitian Yang Sudah Dilaksanakan

Penelitian yang sudah dilaksanakan berkaitan dengan kontrak kredit atau perjanjian pembiayaan atau akad pembiayaan diantaranya adalah :

- a. Pemberian Kredit Oleh Bank Melalui Mekanisme *Take Over* (Analisis tentang Kepentingan Bank dan Perlindungan Nasabah) oleh Rachmat Wahyudi Hidayat (2007) Magister Hukum Universitas Indonesia. Dalam tesis ini dijelaskan bahwa pemberian kredit melalui mekanisme *take over* merupakan salah satu cara Bank untuk menyalurkan kredit kepada Nasabah seiring dengan perkembangan dan persaingan antar Bank dengan berbagai fasilitas dan tawaran kepada masyarakat pengguna jasa perbankan, dalam rangka perputaran modal dan akumulasi dana, hal ini seringkali tidak memperhatikan aspek perlindungan masyarakat pengguna jasa perbankan tersebut, terutama bagi mereka yang terikat dengan Bank melalui Perjanjian Kredit. *Take over* menurut penulis pada dasarnya merupakan cara yang dibenarkan bagi Bank untuk menyalurkan kreditnya, sepanjang prinsip-prinsip yang ada dipatuhi oleh Bank, terutama dalam prinsip kehati-hatian (*prudential banking*) dan prinsip mengenal nasabah (*know your customer*). Di dalam tesis ini penulis menganalisa pemberian kredit *take over* ini dari sisi kepentingan bank dan perlindungan nasabah. Menurut penulis, dalam pemberian kredit melalui mekanisme *take over* tidak Bank tidak memberikan perlindungan kepada nasabah mengenai terjadinya *take over* sehingga perlu dilakukan program edukasi serta informasi dari perbankan mengenai produk maupun jasa layanannya serta pengawasan dari lembaga terkait dalam hal ini Bank Indonesia. Berdasarkan data terlihat bahwa kontrak standar yang berlaku dan berkembang pada Bank-bank saat ini cenderung lebih menguntungkan pihak Bank karena kontrak dibuat secara sepihak oleh Bank. Metode penelitian dalam tesis tersebut adalah metode penelitian hukum yang bersifat normatif dengan pendekatan kualitatif yang tujuan perspektifnya adalah ingin mendapatkan gambaran kesesuaian antara suatu



peraturan perundang-undangan yang ada dengan fakta-fakta yang terjadi di lapangan (praktek).

- b. Analisis Yuridis Terhadap Perjanjian Pembiayaan Pada Bank Syariah (Murabahah, Musyarakah, dan Mudharabah) oleh Muhammad Novian (2006) dari Magister Hukum Universitas Indonesia. Tesis ini berisi tentang hasil penelitian yang telah dilakukan oleh penulis mengenai pembiayaan berdasarkan prinsip syariah berupa perjanjian pembiayaan *murabahah*, *musyarakah*, dan *mudharabah* di bank syariah. Penulis mengkaji secara yuridis mengenai prinsip perbankan syariah berdasarkan syariah Islam dengan peraturan perundang-undangan Indonesia, khususnya dalam pelaksanaan pembiayaan pada bank syariah (*murabahah*, *musyarakah*, dan *mudharabah*), untuk mengetahui bagaimana bentuk perjanjian dalam pembiayaan berdasarkan prinsip syariah di perbankan syariah, apakah telah memenuhi syarat secara syariah Islam dan peraturan perundang-undangan, bagaimana jika terdapat ketentuan hukum yang berasal dari peraturan perundang-undangan dalam akad pembiayaan berdasarkan prinsip syariah, bagaimana cara penyelesaiannya jika terjadi sengketa antara bank syariah dengan nasabahnya. Pembuatan perjanjian pembiayaan tidak boleh bertentangan dengan Fatwa Dewan Syariah Nasional (DSN) Majelis Ulama Indonesia (MUI) yang mengatur tentang pembiayaan *murabahah*, *musyarakah*, dan *mudharabah*. Terdapatnya ketentuan peraturan perundang-undangan dalam akad pembiayaan berdasarkan prinsip syariah diperbolehkan, dengan syarat tidak bertentangan dengan AlQuran dan AsSunah. Di dalam penelitian ini penulis menganalisis apakah perjanjian pembiayaan di perbankan syariah dengan prinsip *murabahah*, *musyarakah* dan *mudharabah* sudah sesuai dengan Fatwa DSN-MUI dan peraturan perundang-undangan yang berlaku diantaranya Undang-undang No.7 Tahun 1992 sebagaimana telah diubah dalam Undang-undang No.10 Tahun 1998 tentang Perbankan serta Peraturan Bank Indonesia No.7/46/PBI/2005 tentang Akad Penghimpunan Dana dan Penyaluran Dana Bagi Bank Yang Melaksanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syariah. Metode penelitian yang digunakan adalah bersifat normatif, sehingga analisa penelitian bersifat kualitatif dimana

penulis memilih pasal-pasal dalam berbagai peraturan perundang-undangan yang relevan dengan masalah penelitian, kemudian membuat sistematika dari pasal-pasal tersebut, dan menganalisa pasal-pasal tersebut dengan asas hukum yang telah ada. Hasil penelitian ini menunjukkan bahwa akad perjanjian pembiayaan (*murabahah, musyarakah, dan mudharabah*) yang telah dilakukan di perbankan syariah telah sesuai dengan Fatwa DSN MUI, undang-undang tentang Perbankan, dan Peraturan Bank Indonesia. Serta tidak bertentangan dengan syarat sahnya suatu perjanjian sebagaimana diatur dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata (*Burgelijk Wetboek*).

- c. Perjanjian Pembiayaan Dengan Prinsip Bagi Hasil (*Syirkah / Profit Sharing*) Di Bank Syariah oleh Wendra Yunaldi (2004) dari Magister Hukum Universitas Indonesia. Di dalam tesis ini penulis menyatakan bahwa perbankan syariah memiliki tantangan tersendiri sehingga perlu dikelola secara baik dan profesional, salah satu caranya adalah dengan meminimalisir risiko dalam penyaluran pembiayaan, dalam hal ini Bank harus mampu membuat akad atau perjanjian secara benar dan sesuai syariah. Benar yaitu telah memenuhi syarat sah perjanjian menurut pasal 1320 Kitab Undang-undang Hukum Perdata dan secara substansial sesuai menurut hukum Islam. Metode penelitian yang dilakukan yaitu deskriptif analitis dengan pendekatan normatif yuridis yang mengacu kepada peraturan perundang-undangan. Dari penelitian tersebut penulis menyatakan bahwa dari beberapa perjanjian yang diteliti secara hukum positif dan hukum Islam telah memenuhi syarat, namun dari isi perjanjian (akad) masih ada klausula yang kurang selama ini yaitu klausula *force majeure* yaitu keadaan memaksa. Klausula ini penting karena konsep dasar perbankan syariah adalah *profit-loss sharing*, dengan ikutnya bank menanggung resiko kerugian yang mungkin terjadi. Sehingga bila klausula ini tidak ada maka akan muncul kerancuan terutama secara hukum Islam yang menggariskan bahwa bila syariah secara tepat dan benar sesuai porsi akadnya. Penulis juga menyatakan agar praktek perbankan syariah benar-benar murni syariah maka harus diupayakan mekanisme bagi hasilnya adalah

dimana keuntungan yang dibagi adalah *net income* sehingga benar-benar bisa terjadi bagi hasil dan saling menanggung kerugian bila terjadi kerugian.

