



TESIS

**PRINSIP-PRINSIP HUKUM JAMINAN
DALAM PERBANKAN SYARIAH**

*ASSURANCE LAW PRINCIPLES
IN SYARIAH BANKING*

Oleh

**MARTOYO, S.H.I.
NIM. 0707020101007**

**PROGRAM STUDI MAGISTER ILMU HUKUM
KONSENTRASI HUKUM EKONOMI**

**FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS JEMBER
2012**

TESIS

**PRINSIP-PRINSIP HUKUM JAMINAN
DALAM PERBANKAN SYARIAH**

*ASSURANCE LAW PRINCIPLES
IN SYARIAH BANKING*

Oleh:

**MARTOYO, S.H.I.
NIM.0707020101007**

**PROGRAM MAGISTER ILMU HUKUM
KOSENTRASI HUKUM EKONOMI**

**FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS JEMBER
2012**

**PRINSIP-PRINSIP HUKUM JAMINAN
DALAM PERBANKAN SYARIAH**

*ASSURANCE LAW PRINCIPLES
IN SYARIAH BANKING*

TESIS

Untuk Memperoleh Gelar Magister Hukum
dalam Program Studi Ilmu Hukum
pada Fakultas Hukum Universitas Jember

Oleh

MARTOYO, S.H.I.
NIM. 0707020101007

**PROGRAM MAGISTER ILMU HUKUM
KOSENTRASI HUKUM EKONOMI**

**FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS JEMBER
2012**

**TESIS INI TELAH DISETUJUI
TANGGAL 26 DESEMBER 2012**

Oleh

Dosen Pembimbing Utama

Prof. Dr. H. M.Khoidin, S.H., M.Hum., C.N.
NIP. 196303081988021001

Dosen Pembimbing Anggota

Moh. Ali, S.H., M.H.
NIP. 197210142005011002

Mengetahui/Menyetujui
Dekan Fakultas Hukum Universitas Jember

Prof. Dr. M. Arief Amrullah, S.H., M.Hum.
NIP. 196001011988021001

JUDUL TESIS : PRINSIP-PRINSIP HUKUM JAMINAN DALAM
PERBANKAN SYARIAH

Tanggal Ujian : 14 Januari 2012

SK Penguji : Nomor 0037/UN 25.1.1/PS.6/2012

Nama Mahasiswa : Martoyo, S.H.I.

NIM : 0707020101007

Program Studi : Magister Ilmu Hukum

Konsentrasi : Hukum Ekonomi

PEMBIMBING :

Pembimbing Utama : Prof. Dr. H. M. Khoidin, S.H., M.Hum, C.N.

Pembimbing Anggota : Moh. Ali, S.H., M.H.

TIM DOSEN PENGUJI :

Dosen Penguji 1 : Prof. Dr. Herowati Poesoko, S.H., M.H.

Dosen Penguji 2 : Hj. Liliek Istiqomah, S.H., M.H.

Dosen Penguji 3 : Prof. Dr. H. M. Khoidin, S.H., M.Hum, C.N.

Dosen Penguji 4 : Moh. Ali, S.H., M.H.

**PRINSIP-PRINSIP HUKUM JAMINAN
DALAM PERBANKAN SYARIAH**

***ASSURANCE LAW PRINCIPLES
IN SYARIAH BANKING***

Telah dipertahankan di depan Tim Penguji

Pada tanggal : 14 Januari 2012

Susunan Tim Penguji

K e t u a,

Sekretaris

Prof. Dr. Herowati Poesoko, S.H., M.H.
NIP. 1948042819855032001

Hj. Liliek Istigomah, S.H., M.H.
NIP. 194905021983032001

Anggota I

Anggota II

Prof. Dr. H. M.Khoidin, S.H., M.Hum., C.N.
NIP. 196303081988021001

Moh. Ali, S.H., M.H.
NIP. 197210142005011002

Mengetahui / Menyetujui
Dekan Fakultas Hukum Universitas Jember

Prof. Dr. M. Arief Amrullah, S.H., M.Hum.
NIP. 196001011988021001

PERNYATAAN ORISINALITAS TESIS

Dengan ini saya menyatakan bahwa:

1. Tesis saya ini adalah asli dan belum pernah diajukan untuk mendapatkan gelar akademik (Magister Ilmu Hukum) di Universitas Jember maupun di Perguruan Tinggi yang lain.
2. Tesis ini merupakan hasil gagasan, ide, pemikiran, dan penelitian saya sendiri, tanpa bantuan pihak lain, kecuali arahan dari Tim Pembimbing.
3. Tesis ini tidak mengandung karya atau pendapat yang telah ditulis atau dipublikasikan orang lain, kecuali yang secara tertulis dikutip dalam naskah ini dan disebutkan dalam sumber kutipan maupun daftar pustaka.
4. Apabila ternyata dalam naskah tesis ini dapat dibuktikan adanya unsur-unsur jiplakan, maka saya bersedia menerima sanksi akademik berupa pencabutan gelar yang telah diperoleh dari karya tulis ini maupun sanksi lain yang berlaku di Universitas Jember.

Jember, 14 Januari 2012
Yang Membuat Pernyataan,

Martoyo, S.H.I.
NIM. 0707020101007

UCAPAN TERIMA KASIH

Pertama-tama saya panjatkan puji syukur ke hadirat Allah Swt. atas segala rahmat dan hidayah-Nya sehingga tesis ini dapat diselesaikan.

Terima kasih tak terhingga dan penghargaan setinggi-tingginya saya haturkan kepada Bapak Prof. Dr. H.M. Khoidin, S.H., M.Hum., C.N, Dosen pembimbing Utama (DPU) yang banyak memberikan inspirasi, memberikan dorongan, bimbingan, serta saran yang bermanfaat dalam penyusunan tesis ini.

Terima kasih dan penghargaan setinggi-tingginya saya ucapkan juga kepada Bapak Moh. Ali, S.H., M.H. Dosen Pembimbing Anggota (DPA) yang telah bersedia meluangkan waktu mendiskusikan dan menajamkan kerangka fikir penulis hingga tesis ini dapat diselesaikan dengan baik.

Pada kesempatan ini, saya juga menghaturkan terima kasih yang tak terhingga kepada :

1. Rektor Universitas Jember Dr. Ir. T. Sutikto, M.Sc. atas kesempatan dan fasilitas pendidikan yang diberikan untuk mengikuti pendidikan Program Studi Magister Ilmu Hukum.
2. Dekan Fakultas Hukum Universitas Jember Prof. Dr. M. Arief Amrullah, S.H., M.Hum., atas kesempatan yang diberikan untuk menjadi mahasiswa Program Magister Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Jember.
3. Ketua Magister Ilmu Hukum Dr. Dominikus Rato, S.H.,M.Si., atas segala motivasi dan bimbingannya selama mengikuti pendidikan pada Program Magister Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Jember.
4. Ketua Tim Penguji Prof. Dr. Herowati Poesoko, S.H., M.H. atas inspirasi dan kesediaanya menguji dengan seksama dan memberikan kritik serta masukan untuk perbaikan dan penyempurnaan tesis ini.
5. Sekretaris Tim Penguji Hj. Liliek Istiqomah, S.H.,M.H. yang telah bersedia menguji, memberikan kritik dan kontribusi pemikirannya untuk penyempurnaan tesis ini.

6. Ketua Sekolah Tinggi Agama Islam Negeri (STAIN) Jember Prof. Dr. H. Moh. Khusnuridlo, M.Pd. yang memberi kesempatan untuk mengikuti pendidikan pada Program Magister Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Jember.
7. Ketua Jurusan Syari`ah Dr. H. Sutrisno RS., M.H.I. serta seluruh kolega di STAIN Jember yang selalu memotivasi saya untuk mengembangkan disiplin ilmu Syari`ah dan hukum.
8. Secara khusus, terima kasih tak terhingga saya haturkan kepada isteri tercinta, Linda Novaliana Sari, S.E.I. yang telah sabar mendampingi, memotivasi, dan berdoa hingga tesis ini selesai dengan baik. Dan untuk kedua putriku tersayang, Mahmudatul Abadiyah Al-Bariza dan Feyza Rasyadah Karimah, kepada mereka karya ini saya persembahkan, semoga kita menjadi manusia yang bermanfaat (*khairunnas anfauhum li annas*).
9. Ibunda Siti Ruqayyah dan Ibunda Misribut Haerullah, Ayahanda yang terkasih Bapak Mabi`an dan Bapak Hasan (alm.) serta semua saudara-saudaraku terima kasih atas seluruh inspirasi, doa dan dukungannya.
10. Kepada angkatan 2007 Program Magister Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Jember, terima kasih atas motivasi dan kerjasama yang dijalin selama studi semoga ilmu kita bermanfaat dan barokah.

Semoga karya tulis ini bermanfaat bagi para pengembangan Ilmu Hukum dan Ilmu Syari`ah, khususnya berkaitan upaya penyempurnaan legislasi dan regulasi hukum jaminan Syari`ah di Indonesia.

Penulis

RINGKASAN

Salah satu yang diatur dalam Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah yang merupakan *lex specialis* pengaturan bank Syariah adalah ketentuan penggunaan jaminan dalam penyaluran pembiayaan perbankan Syariah. Praktek jaminan dalam akad pembiayaan (*mudharabah* dan *musyarakah*) dalam *fiqh Islam* dipandang inkonsisten terhadap prinsip *akad amanah*. sehingga penggunaan jaminan dalam akad dipandang tidak sah (*ghairu shahih*). Namun untuk mewujudkan prinsip kepercayaan sebagaimana *fiqh Islam*, perbankan Syariah mengalami kesulitan, manakala pengelola dana menyalahgunakan kepercayaan (*amanah*) yang diberikan, sehingga bank syariah dan nasabah investor mengalami kerugian. Oleh karena itu penggunaan jaminan dalam praktek perbankan Syariah, membutuhkan penelitian baik dari sisi *fiqh Islam* maupun hukum positif di Indonesia, sehingga dapat menemukan prinsip pengaturan jaminan yang dapat diterapkan pada aktivitas perbankan Syariah untuk menjamin kemurnian syariah serta kepastian hukum.

Permasalahan penelitian ini adalah; (1) Apa Prinsip-Prinsip Hukum jaminan dalam Perbankan Syariah (2) Apa *ratio legis* penormaam jaminan dalam UU No.21 tahun 2008 (3) Apakah eksekusi benda jaminan dalam perbankan Syariah mendasarkan pada hukum jaminan.

Penelitian ini adalah penelitian normatif dengan tiga pendekatan; (1) Pendekatan perundang-undangan (*statute approach*); (2) Pendekatan konseptual (*conceptual approach*); dan (3) Pendekatan perbandingan (*comparative approach*). Sumber bahan hukum dalam penelitian ini meliputi bahan hukum primer (al-Qur'an, hadist, undang-undang dan peraturan-peraturan hukum) dan bahan hukum sekunder (kitab fiqh Islam, buku teks, pendapat para ahli hukum, jurnal hukum). Metode analisa penelitian ini dilakukan secara deduktif dengan menggunakan logika hukum, argumentasi hukum, kemudian dianalisis secara preskriptif.

Kesimpulan dari penelitian ini : *pertama*, (a). Bahwa jaminan dalam hukum Islam *rahn* dan *kafalah* memiliki banyak kesamaan dengan jaminan dalam perundang-undangan di Indonesia, (b) Prinsip-prinsip hukum jaminan dalam Islam antara lain *Mabda` al-milkul mutlaq*/prinsip absolut, *Mabda` al-imiyyaz*/prinsip preferen, *Mabda` faktubulah*/prinsip publisitas, *Mabda` mamluk lil rahin*/prinsip spesialisitas dan *Mabda` al-qabth*/prinsip *inbeezittsteling*, dan memiliki kesamaan dengan hukum jaminan positif (c). Akad *mudharabah* merupakan *al-aqd al-ashli* sebab menimbulkan hak dan kewajiban bagi bank Syariah dan *mudharib*, mengingat akad pembiayaan ini memiliki resiko tinggi, maka bank syariah harus melaksanakan prinsip-prinsip kehati-hatian (*prudential principle*). (d). Perjanjian jaminan dalam perbankan syariah merupakan *al-aqd at-tabi`* (perjanjian tambahan) mengingat pembiayaan *mudharabah* beresiko tinggi, maka diperbolehkan diikuti dengan perjanjian jaminan sebagaimana fatwa DSN MUI dan ketentuan UU No. 21 tahun 2008.

Kedua, (a). fatwa MUI dapat dijadikan *ijma`* (kebulatan pendapat para *fuqaha*/ahli hukum Islam) atau Lembaga *Ijma` Ulama`* Indonesia, yang dapat dijadikan sumber dalam penetapan norma-norma hukum Islam di Indonesia; (b). Bahwa kedudukan dan kewenangan fatwa DSN MUI tidak diatur dalam UU No.12 tahun 2011, tetapi diberi kewenangan khusus melalui pasal 1 ayat (12) dan 26 ayat (1) –(5) UU No. 21 tahun 2008, sehingga fatwa DSN MUI dapat mengikat jika telah menjadi hukum positif yaitu Peraturan bank Indonesia atau Undang-Undang; (c). Bahwa dasar pertimbangan penormaan jaminan dalam pasal 1 ayat (26), dan pasal 23 ayat (1) dan (2), pasal 40 ayat (1) - (4) UU No.21 tahun 2008, didasarkan fatwa DSN MUI No. 07/ DSN-MUI/IV/2000 tentang *mudharabah* (d) Bahwa ketentuan peraturan perundang-undangan yang mengatur jaminan (agunan) dalam perbankan Syari`ah adalah UU No. 10 tahun 1998 tentang perubahan atas UU No. 7 Tahun 1992 tentang Perbankan, Undang-Undang No.21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syari`ah, Peraturan Bank Indonesia dan KUH Perdata.

Ketiga, (a). Bahwa sehingga Bank Syari`ah dalam pengikatan jaminan dapat menggunakan ketentuan perundang-undangan yang mengatur tentang jaminan. Jaminan dalam akad *mudhrabah* berdasarkan teori *istislah* diperbolehkan bertujuan untuk melindungi dana masyarakat dari nasabah penerima fasilitas yang tidak bertanggung jawab sehingga dapat diikat melalui lembaga hak jaminan gadai, hipotik, hak tanggungan dan fidusia. (b). Bahwa pengikatan jaminan dalam akad *mudharabah* pada bank Syari`ah dilakukan dengan pengikatan Hak Tanggungan jika obyek jaminannya berupa tanah, dan fidusia jika benda bergerak sehingga tata cara dalam pengikatannya sesuai dengan ketentuan masing lembaga hak jaminan tersebut.(c). Bahwa *mudharib* dianggap *iftiradh* (wanprestasi) apabila telah melakukan pelanggaran (*ta`addi*) terhadap isi akad, lalai (*taqhsir*) dalam melaksanakan isi akad, dan menyalahi kesepakatan yang telah ditentukan (*mukhalafatu al-Syurut*), dan bank syari`ah dapat menuntut ganti rugi atas akad pembiayaan tersebut (d). Bahwa eksekusi obyek hak tanggungan dapat dilakukan dengan tiga cara; Eksekusi Penjualan dibawah tangan, Eksekusi Berdasarkan atas Kekuasaan Sendiri (Parate Eksekusi) dan Eksekusi Berdasarkan Sertifikat Hak tanggungan (Titel Eksekutorial).

Kata Kunci : *Prinsip Syari`ah, Jaminan (agunan), dan Bank Syari`ah*

ABSTRACT

One role which is organized in Act (UU) number 21 year 2008 about Syari'ah banking is lex specialist Syari`ah Banking Management which contain the use of assurance in financing distribution of Syari`ah Banking. The implementation of assurance (warrant) in some financing agreement (*mudarabah* and *musyarakah*) if it is related with Islam Fiqh will be assumed inconsistency with the amanah agreement principles. So, the use of assurance in this agreement is invalid (*ghairu shahih*). But, the implementation to actualize belief principle in Islam Fiqh, Syari`ah Banking find some difficulties, when the fund administrator mishandle the faith (*amanah*) which is given to him, so, Syari`ah Banking and investor client will get disadvantages. Because of that, the use of assurance in the implementation of modern Syari'ah banking needs a research wether from the Islam fiqh observation or positive law in Indonesia, so from it will be found assurance law construction that can be implemented in the practical of modern Syari'ah banking to guarantee the truly syari'ah and the certainty of law.

Key words : *Syari`ah principles, Assurance, Ratio legis, and Syari`ah bank*

KATA PENGANTAR

Dengan menyebut nama Allah Yang Maha Pengasih dan Maha Penyayang. Puji syukur kehadirat Allah Swt., atas segala rahmat dan hidayah-Nya, sehingga penulis dapat menyelesaikan tesis yang berjudul ***”Prinsip-Prinsip Hukum Jaminan Dalam Perbankan Syari`ah”***. Di dalam tulisan ini disajikan pokok-pokok bahasan tentang Prinsip-prinsip Hukum Jaminan dalam Perbankan Syari`ah, *ratio legis* penormaan jaminan dalam UU Nomor 21 tentang Perbankan Syari`ah, dan Eksekusi Jaminan pada Perbankan Syari`ah.

Harapan penulis semoga hasil penulisan tesis ini bermanfaat bagi para akademisi, untuk meningkatkan nilai tambah pengembangan ilmu Syari`ah dan hukum terutama dibidang hukum jaminan dalam perbankan Syari`ah, bagi praktisi sebagai masukan, terutama perbankan Syari`ah, pengusaha, masyarakat sehingga dapat mendorong pertumbuhan usaha berbasis Syari`ah, bagi DSN MUI sebagai masukan untuk mendorong ijtihad secara lebih lengkap sehingga dapat dijadikan dasar bagi terbentuknya hukum jaminan syari`ah yang sesuai dengan prinsip Syari`ah dan dapat diterapkan dalam praktik hukum, sedangkan bagi pemerintah dan Badan Legislatif legislatif merupakan upaya mendukung penyempurnaan legislasi dan regulasi yang sesuai dengan prinsip-prinsip Syari`ah sehingga mendorong akselerasi perkembangan perbankan Syari`ah di Indonesia.

Jember, 14 Januari 2012

Penulis

DAFTAR ISI

SAMPUL DEPAN.....	i
SAMPUL DALAM.....	ii
PRASYARAT GELAR MAGISTER.....	iii
PERSETUJUAN TESIS	iv
PENETAPAN PANITIA PENGUJI TESIS.....	v
PENGESAHAN PANITIA PENGUJI TESIS	vi
PERNYATAAN ORISINALITAS.....	vii
UCAPAN TERIMA KASIH.....	viii
RINGKASAN.....	x
ABSTRACT.....	xi
KATA PENGANTAR	xiii
DAFTAR ISI	xiv
BAB I PENDAHULUAN.....	1
1.1 Latar Belakang Masalah	1
1.2 Rumusan Masalah	6
1.3 Tujuan Penelitian	6
1.4 Manfaat Penelitian	7
1.5 Metode Penelitian	8
1.2.1 Tipe Penelitian.....	9
1.2.2 Pendekatan Penelitian	9
1.2.3 Sumber Bahan Hukum	10
1.2.4 Prosedur Pengumpulan Bahan Hukum	11
1.2.5 Analisis Bahan Hukum.....	12
BAB II TINJAUAN PUSTAKA	13
2.1 Tinjauan Umum Tentang Perbankan Syari`ah	13
2.1.1 Pengertian Bank Syari`ah	13
2.1.2 Dasar Hukum Bank Syari`ah	16

2.1.3	Tujuan Perbankan Syari`ah	21
2.1.4	Produk Bank Syari`ah	22
2.2.	Tinjauan Umum tentang Jaminan dalam Hukum Perdata	26
2.2.1	Pengertian Jaminan	26
2.2.2	Jenis-jenis Jaminan	30
2.2.3	Sifat Perjanjian Jaminan	34
2.2.4	Pengaturan Hukum Jaminan	39
2.2.5	Prinsip Hukum Jaminan	43
2.3.2	Tinjauan Jaminan dalam Hukum Islam	46
2.3.1	<i>Rahn</i> (Jaminan Kebendaan).....	47
2.3.2	<i>Kafalah</i> (Jaminan Perorangan)	53
BAB III	KERANGKA KONSEPTUAL	61
BAB IV	PEMBAHASAN	65
4.1	Prinsip-Prinsip Hukum Jaminan Bank Syari`ah	65
4.1.1	Jaminan dalam Hukum Islam	69
4.1.2	Prinsip-Prinsip Jaminan dalam Hukum Islam	82
4.1.3	Akad <i>mudharabah</i> sebagai <i>al-Aqd al-Ashli</i> (Pokok).....	91
4.1.4	Perjanjian Jaminan dalam Perbankan Syari`ah sebagai <i>al-Aqd at –Tabi` (accessoir)</i>	97
4.2	<i>Ratio Legis</i> Penormaan Jaminan dalam UU No. 21/2008	105
4.2.1	MUI sebagai Lembaga <i>Ijma` Ulama`</i> Indonesia	106
4.2.2	Kedudukan dan Kewenangan Fatwa DSN MUI	115
4.2.3	Dasar Pertimbangan Penormaan Ketentuan Jaminan dalam UU No.21 Tahun 2008	119
4.2.4	Ketentuan Jaminan dalam Perbankan Syari`ah	125
4.3	Eksekusi Jaminan dalam Perbankan Syari`ah	132
4.3.1	Pengaturan Pengikatan Jaminan dalam Perbankan Syari`ah	134
4.3.2	Pengikatan Jaminan akad <i>Mudharabah</i> dengan Hak Tanggungannya	141

4.3.3 <i>Mudharib Iftiradh</i> dan Akibat Hukumnya	147
4.3.4 Eksekusi Jaminan dengan Hak Tanggungan sebagai Pemenuhan akad <i>Mudharabah</i>	154
BAB V KESIMPULAN	164
5.1 Kesimpulan	164
5.2 Saran- Saran	170
DAFTAR BACAAN	171