

## **BAB 4**

### **PEMBAHASAN**

#### **4.1. Proses Pemberian Kredit atau Pembiayaan**

Proses pemberian kredit/pembiayaan adalah rangkaian proses yang harus dilalui dalam memberikan kredit atau pembiayaan oleh bank. Pada prakteknya setiap bank mempunyai alur proses yang berbeda antara satu dengan yang lain, namun secara umum mempunyai tujuan yang sama yaitu bagaimana pemberian kredit atau pembiayaan tersebut dapat dilaksanakan dengan prinsip kehati-hatian (*prudential banking*).

##### **4.1.1 Proses Pemberian Kredit/Pembiayaan Secara Umum**

Pemberian kredit/pembiayaan merupakan kegiatan utama bagi perbankan, sehingga dalam memberikan kredit/pembiayaan perbankan harus dengan hati hati dalam melakukan proses penilaian terhadap calon nasabah baik terhadap watak, kemampuan, modal, agunan dan prospek usaha dari calon nasabah.

Pemberian kredit/pembiayaan pada bank selalu didasarkan pada suatu ketentuan yang berlaku dan merupakan acuan baku bagi internal bank. Ketentuan tersebut dituangkan dalam bentuk peraturan atau pedoman pemberian fasilitas kredit/pembiayaan. Peraturan atau pedoman ini merupakan gambaran mengenai ketentuan umum yang mengatur bagaimana tahap-tahap dalam pemberian fasilitas kredit atau pembiayaan pada bank. Selanjutnya pada pelaksanaannya masih terdapat ketentuan khusus yang mengatur lebih mendalam tentang bagaimana pelaksanaannya dalam pemberian kredit/pembiayaan tersebut. Tujuan atau sasaran yang akan dicapai dengan adanya peraturan atau pedoman pemberian fasilitas kredit/pembiayaan adalah sama yaitu bagaimana pekerja bank mendapat panduan yang jelas dalam memberikan proses pemberian kredit/pembiayaan

dilaksanakan dengan tetap mempertimbangkan prinsip kehati-hatian atau juga disebut *prudential banking*.

Dalam peraturan/pedoman pemberian kredit/pembiayaan pelaksanaan proses pemberian kredit/pembiayaan terdapat beberapa rangkaian proses yaitu :

#### **a. Permohonan Kredit/Pembiayaan**

Permohonan kredit/pembiayaan adalah suatu permohonan yang dibuat dalam bentuk tertulis oleh debitur/nasabah/nasabah yang kemudian diajukan kepada bank. Sebelum dilakukan proses analisa pihak melakukan *pre screening* yaitu suatu tindakan atau proses evaluasi awal sebelum proses analisa lebih lanjut dilakukan.

Evaluasi awal terhadap permohonan kredit atau pembiayaan tersebut dimaksudkan untuk menjamin bahwa atas pemberian kredit atau pembiayaan tidak bertentangan dengan pedoman pemberian kredit atau pembiayaan serta ketentuan pelaksanaan lainnya yang berlaku secara internal bank atau bertentangan dengan aturan undang-undang yang berlaku. Evaluasi dilakukan dengan cara melihat apakah bisnis atau usaha yang akan dibiayai termasuk dalam kategori bisnis atau usaha yang boleh dan tidak dilarang untuk dibiayai.

Hasil evaluasi awal tersebut selanjutnya akan menjadi dasar untuk pertimbangan bagi bank untuk memutuskan dapat atau tidaknya kredit atau pembiayaan diproses lebih lanjut. Dan pejabat yang ditunjuk untuk menangani proses *pre screening* tersebut harus memastikan kebenaran data dan informasi yang disampaikan dalam permohonan kredit atau pembiayaan dimaksud.

#### **b. Analisis dan Evaluasi Kredit atau Pembiayaan**

Selanjutnya setelah dilakukan evaluasi awal, proses selanjutnya adalah melakukan analisis dan evaluasi atas kredit atau pembiayaan yang diajukan oleh calon

debitur/nasabahnya. Analisis dan evaluasi biasanya dilakukan secara tertulis yang mencakup analisa kelayakan dan dilakukan penilaian yang seksama terhadap watak, kemampuan, modal, agunan, kondisi atau prospek usaha debitur/nasabah atau yang lebih dikenal dengan 5 C's dan penilaian terhadap sumber pelunasan kredit/pembiayaan yang dititik beratkan pada hasil usaha atau penghasilan dari pemohon serta menyajikan evaluasi aspek yuridis dengan tujuan untuk melindungi bank dari risiko yang mungkin timbul.

Pada tahap ini pejabat bank yang menjalankan fungsi dan tugas dalam rangkaian ini bertanggung jawab terhadap analisis kualitatif dan analisis kuantitatif yang dilakukan yang meliputi collecting dan analisis data nasabah, analisis mengenai karakter, manajemen, industri pasar, makro ekonomi dan aspek lainnya yang terkait dengan risiko pemberian kredit atau pembiayaan tersebut.

Analisis dan evaluasi kredit atau pembiayaan harus dibuat secara lengkap, akurat dan obyektif yang sekurang-kurangnya menyajikan semua informasi yang berkaitan dengan :

- b.1. Usaha dan data pemohon termasuk hasil penelitian atas informasi kredit atau pembiayaan yang disediakan oleh Bank Indonesia.
- b.2. Penilaian atas kelayakan jumlah permohonan kredit dengan proyek atau kegiatan usaha yang akan dibiayai, untuk menghindari kemungkinan terjadinya praktek *mark-up* yang dapat merugikan bank.
- b.3. Penilaian yang obyektif dan tidak dipengaruhi oleh pihak-pihak yang berkepentingan dengan pemohon kredit atau pembiayaan, sehingga kredit atau pembiayaan yang diberikan kepada nasabah bukan merupakan suatu formalitas yang dilakukan semata-mata untuk memenuhi prosedur perkreditan atau pembiayaan.

### **c. Penetapan Struktur dan Tipe Kredit atau Pembiayaan**

Berdasarkan hasil analisis dan evaluasi, perlu disusun struktur dan tipe kredit atau pembiayaan yang tepat beserta syarat dan ketentuannya yang mendukung, sehingga pemberian kredit atau pembiayaan sesuai dengan skema kebutuhan nasabahnya. Misalnya untuk investasi, modal kerja atau konsumtif lainnya. Dalam penetapan struktur kredit/pembiayaan ini perlu diperhatikan beberapa hal antara lain siklus bisnis dari jenis usaha yang akan dibiayai dalam kaitannya dengan penentuan struktur kredit atau pembiayaan dan atau penentuan jangka waktu kredit atau pembiayaannya.

### **d. Proses Pemeriksaan Kelengkapan Dokumen**

Sebelum adanya putusan kredit pelaksanaan fungsi administrasi kredit/pembiayaan (fungsi support) bertanggung jawab untuk meneliti dan memastikan bahwa dokumen-dokumen yang mendukung pemberian putusan kredit, masih berlaku, sah dan berkekuatan hukum. Dokumen-dokumen yang perlu dipastikan tersebut antara lain adalah :

- d.1. Copy perijinan dan legalitas usaha
- d.2. Copy dokumen bukti pemilikan agunan.
- d.3. Bukti penilaian agunan.
- d.4. Kelengkapan formulir paket kredit sesuai dengan jenis kreditnya.
- d.5. Dokumen mengenai identitas debitur/nasabah.
- d.6. Dokumen pendukung lainnya.

Setelah penelitian dan pemeriksaan atas dokumen-dokumen kredit/pembiayaan tersebut diatas, maka pejabat pemutus mempunyai gambaran mengenai aspek dokumentasi dan administrasi telah lengkap.

#### **e. Putusan Kredit atau Pembiayaan**

Setiap pemberian putusan kredit harus dilakukan oleh pejabat pemutus atau komite pemutus yang berwenang. Dalam memberikan putusan kredit atau pembiayaan, pejabat atau komite pemutus hal-hal yang harus diperhatikan adalah sebagai berikut:

- e.1. Analisis dan evaluasi serta rekomendasi pemberian persetujuan kredit atau pembiayaan.
- e.2. Putusan tersebut harus dibuat secara tertulis sesuai dengan format yang berlaku pada bank dan ditandatangani oleh pejabat atau komite pemutus kredit atau pembiayaan.

#### **f. Realisasi Kredit atau Pembiayaan**

Setelah pejabat atau komite pemutus memberikan putusan tentang layak diberikan atau ditolaknya suatu kredit atau pembiayaan yang diajukan oleh debitur/nasabah, maka hal yang dilakukan oleh pejabat support adalah menyampaikan putusan tersebut berupa surat pemberitahuan persetujuan pemberian kredit/pembiayaan sering disebut *offering letter* atau surat pemberitahuan penolakan kepada nasabahnya dengan disertai dengan pertimbangan yang dilakukan.

Selanjutnya setelah nasabah menerima *offering letter* dan menerima syarat-syarat yang diajukan oleh bank, tahap berikutnya adalah penandatanganan suatu perjanjian atau akad antara bank dengan nasabahnya. Pada tahap ini hubungan hukum antara bank dengan debitur/nasabah dimulai, hal ini ditandai dengan adanya kesepakatan yang dituangkan dalam suatu perjanjian atau akta yang memuat hal-hal yang telah disepakati keduanya. Dengan demikian sejak saat itulah muncullah hak dan kewajiban bagi kedua belah pihak. Bagi bank berkewajiban untuk menyerahkan pinjaman/pembiayaan dalam bentuk sejumlah dana/modal kepada debitur/nasabah, sementara itu debitur berkewajiban

menjalankan amanah atas pinjaman/pembiayaan dan mengembalikan dana/modal berikut bunga atau nisbah kepada bank sesuai dengan waktu yang telah ditetapkan. Dari sisi hak yang timbul adalah hak debitur/nasabah untuk memperoleh pencairan dana/modal sementara bagi bank adalah hak untuk mendapatkan pengembalian dana/modal yang telah diserahkan kepada debitur/nasabah berikut bunga atau nisbahnya. Pada saat ini pula terjadi serah terima agunan yang diserahkan oleh nasabah kepada bank untuk selanjutnya dilakukan pengikatan.

#### **g. Pembinaan dan Pengawasan**

Setelah kredit atau pembiayaan telah terealisasi, bukan berarti bahwa tugas bank telah selesai begitu saja dan melepas nasabah atas sejumlah uang atau modal yang telah dikerahkannya. Bank masih mempunyai kewajiban untuk melakukan pantauan terhadap penggunaan kredit atau pembiayaan apakah telah berjalan dan sesuai dengan hal yang disepakati pada perjanjian atau tidak. Sehingga jika diketemukan suatu kejanggalaan maka sesuai perjanjian biasanya sesuai opsi yang dimiliki oleh bank, maka bank akan memutus perjanjian secara sepihak. Hal ini merupakan bentuk dari pembinaan dan pengawasan kepada nasabah agar nasabah dapat menjalankan kredit atau pembiayaan hanya untuk mengembangkan usahanya dalam batas-batas yang telah disepakati dalam perjanjian.

Pembinaan dan pengawasan yang dapat dilakukan oleh bank adalah pengawasan *on site* yaitu bentuk pengawasan secara langsung ke lokasi usaha nasabah maupun *off site* yaitu bentuk pengawasan tidak secara langsung ke lokasi usaha tetapi lebih pada kajian kepada data-data yang diserahkan oleh nasabah seperti laporan keuangan, laporan laba-rugi dan neraca. Pembinaan dan pengawasan yang dilakukan secara rutin untuk memantau kondisi usaha nasabah merupakan upaya meminimalisasi resiko yang akan timbul, sekaligus untuk melakukan langkah-langkah yang diperlukan dalam rangka berlangsungnya kredit atau pembiayaan yang sehat.

#### 4.1.2 Proses Pemberian Pembiayaan *Mudharabah*

Sebagaimana disebutkan dalam Undang-Undang No. 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah bahwa perbankan syariah bertujuan menunjang pelaksanaan pembangunan nasional dalam rangka meningkatkan keadilan, kebersamaan, dan pemerataan kesejahteraan rakyat.

Sebagai lembaga yang berfungsi *intermediary* keuangan, bank syariah memiliki kegiatan utama berupa penghimpunan dana dari masyarakat melalui simpanan dalam bentuk giro, tabungan, dan deposito yang menggunakan prinsip *wadi'ah yad dlamamah* (titipan), dan *mudharabah* (investasi bagi hasil). Kemudian menyalurkan kembali dana tersebut kepada masyarakat umum dalam berbagai bentuk skim pembiayaan seperti jual beli/*al-ba'i* (*murabahah*, *salam*, dan *istishna*), sewa (*ijarah*), dan bagi hasil (*musyarakah* dan *mudharabah*), serta produk pelengkap, yakni *fee based service*, seperti *hiwalah* (alih utang piutang), *rahn* (gadai), *qard* (utang piutang), *wakalah* (perwakilan, *agency*), *kafalah* (garansi bank). (Widjanarko, 2003 halaman 59).

Pembiayaan *mudharabah* adalah merupakan salah satu bentuk skim pembiayaan yang dilakukan oleh bank syariah kepada nasabahnya, sebagai realisasi tujuan perbankan syariah sebagaimana disebutkan dalam Undang-Undang No. 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah yaitu meningkatkan kesejahteraan ekonomi rakyat. Proses pemberian *mudharabah* pada bank syariah pada prinsipnya sama dengan yang diuraikan dalam point 4.1.1 tersebut diatas yaitu adanya tahap-tahap yang dimulai dengan permohonan sampai dengan pembinaan dan pengawasan yang harus dilakukan oleh bank syariah.

Pada dasarnya karekteristik pembiayaan *mudharabah* mempunyai perbedaan dengan pembiayaan lainnya yaitu adanya tuntutan untuk saling percaya antara *shahibul al mal* dengan *mudharib*. Kenyataan ini yang menjadikan pembiayaan *mudharabah* sebagai pembiayaan yang berisiko tinggi, karena bank

akan selalu menghadapi permasalahan *assymmetric information* dan *moral hazard*. (Karim 2004, halaman 202).

Bank Syariah tidak dapat menyalurkan begitu saja sejumlah dana kepada *mudharib* atas dasar kepercayaan, karena selalu ada resiko bahwa pembiayaan yang telah diberikan kepada *mudharib* kemungkinannya tidak digunakan sebagaimana mestinya untuk memaksimalkan keuntungan bagi kedua belah pihak. Begitu dana dikelola oleh *mudharib*, maka akses informasi bank terhadap usaha *mudharib* menjadi terbatas. Dengan demikian *assymmetric information* dimana *mudharib* mengetahui informasi-informasi yang tidak diketahui oleh bank.

Untuk mengurangi kemungkinan terjadinya resiko-resiko yang mungkin terjadi, maka bank syariah dapat menerapkan sejumlah batasan-batasan tertentu ketika menyalurkan pembiayaan kepada *mudharib*. Batasan-batasan ini dikenal sebagai *incentive compatible constraints*. Melalui *incentive compatible constraints* ini *mudharib* secara sistematis dipaksa untuk berperilaku memaksimalkan keuntungan bagi kedua belah pihak, baik bagi *mudharib* maupun bagi *shahibul al mal*.

Pada dasarnya menurut Adiwarmanto Karim, ada empat panduan umum bagi *incentive compatible constraints* yaitu :

- a. Menetapkan *covenant* (syarat) agar porsi modal *mudharibnya* lebih besar dan /atau mengenakan jaminan (*higher stake in net worth an/or collateral*).
- b. Menetapkan *covenant* (syarat) agar *mudharib* melakukan bisnis yang resiko operasinya lebih rendah (*lower operating risks*).
- c. Menetapkan *covenant* (syarat) agar *mudharib* melakukan bisnis dengan arus kas yang transparan (*lower fractin of unobservable cash flow*).
- d. Menetapkan *covenant* (syarat) agar *mudharib* melakukan bisnis yang biaya tidak terkontrolnya rendah (*lower fraction of non-controllable cost*).

Sekali lagi hal ini bukan merupakan jaminan bahwa *mudharib* akan menjalankan usaha sesuai syarat yang telah ditetapkan tersebut dan pada akhirnya pembiayaan mudharabah dalam kategori portofolio pembiayaan yang sehat .

#### **4.2 Analisis Terhadap Alih Debitur/Nasabah (*Novasi Subyektif Pasif*) menurut Hukum Secara Umum**

Dalam hal kredit telah berjalan, bank terkadang dihadapkan pada kondisi adanya tuntutan adanya peralihan pada debitur atau nasabah kepada debitur atau nasabah penggantinya. Berdasarkan hal tersebut diatas maka kebijakan bank dalam pelaksanaan alih debitur/nasabah atau disebut juga dengan pembaharuan hutang (*novasi subyektif pasif*) tersebut dapat dilaksanakan melalui mekanisme sama seperti permohonan debitur/nasabah baru, artinya ada suatu rangkaian proses analisis terhadap calon debitur/nasabah baru tersebut yang akan mengambil alih kedudukan debitur/nasabah lama. Rangkaian proses analisis tersebut dimulai dengan proses *pre screening* untuk melihat apakah pelaksanaan peralihan debitur/nasabah (*novasi subyektif pasif*) tersebut menyalahi ketentuan yang berlaku internal bank maupun eksternal atau tidak.

Pada proses *pre screening* hal yang perlu diperhatikan bagi bank adalah Pelaksanaan alih debitur/nasabah (*novasi subyektif pasif*) tidak dapat dilakukan apabila kondisi pinjaman masuk dalam kategori *non performance loan* dan yang menggantikan debitur/nasabah lama adalah orang dan atau badan hukum yang terafiliasi dengan debitur/nasabah lama. Berdasarkan Surat Menteri Keuangan tertanggal 24 Nopember 1994 Nomor 8-021/MK.016/1994 perihal Pelimpahan Kewenangan RUPS/Pemegang Saham kepada Direksi Bank-Bank BUMN dalam rangka penyelamatan dan penyelesaian piutang bermasalah yang berbunyi ” *dalam hal dilakukan novasi, harus dipenuhi persyaratan bahwa pihak pengambil alih kewajiban bukan merupakan pihak terafiliasi dari debitur/nasabah yang bersangkutan*” .

Selanjutnya setelah tahap *pre screening* terlampaui maka tahapan proses yang harus dilakukan oleh bank adalah sama seperti proses pemberian kredit yang baru artinya adanya rangkaian proses dalam proses sebagaimana diatur dalam peraturan/pedoman pemberian kredit. Proses tersebut meliputi rangkaian proses seperti analisis dan evaluasi sampai dengan realisasi.

Sehingga dalam teknis pelaksanaannya diperlukan *pra kontraktual* yang berupa surat penawaran atau *offering letter* yang merupakan putusan proses kredit yang berupa hasil analisa yang dibuat oleh pejabat atau komite pemutus untuk selanjutnya harus disetujui oleh debitur/nasabah lama dan debitur/nasabah baru tersebut. Selanjutnya apabila debitur/nasabah lama dan debitur/nasabah baru setuju dengan membubuhkan tanda tangan sebagai tanda setuju atas *offering letter* tersebut ditindak lanjuti dengan pelaksanaan penandatanganan perjanjian *novasi* yang harus ditandatangani oleh para pihak yaitu dari pihak debitur/nasabah lama, debitur/nasabah baru dan pihak bank. Perjanjian *novasi* bukan merupakan suatu bentuk perjanjian baku dimana isi perjanjian bebas ditentukan oleh para pihak. Pada perjanjian baku biasanya para pihak hanya tinggal mengisi identitas diri sementara *klausul-klausul* dalam perjanjian telah ditentukan oleh pihak bank. Perjanjian *novasi* yang dibuat mengacu pada ketentuan pasal 1338 KUHPerdara tentang adanya asas kebebasan berkontrak, asas konsensus serta asas mengikat dalam melakukan perjanjian *novasi*. Dengan ditandatanganinya kesepakatan dalam perjanjian *novasi*, maka perjanjian tersebut mengikat bagi para pihak layaknya suatu undang-undang. Selain mengacu pada pasal 1338 pelaksanaan *novasi subyektif pasif* tersebut mengacu pada ketentuan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata khususnya pada pasal 1320 dan 1330 KUHPerdara.

Pada bank konvensional manakala terjadi peralihan debitur/nasabah, permohonan peralihan debitur/nasabah tersebut diajukan oleh debitur/nasabah lama, dimana hal tersebut menurut ketentuan KUHPerdara disebut dengan *novasi subyektif pasif*. Dalam peralihan tersebut kedudukan debitur/nasabah dimana

debitur/nasabah lama digantikan oleh debitur/nasabah pengganti (penggantian debitur/nasabah), sekaligus debitur/nasabah lama dibebaskan dari perikatannya.

Seperti diketahui bahwa *Novasi* diatur dalam pasal 1413 sampai dengan pasal 1423 KUHPerduta. Sedangkan dalam praktek perbankan alih debitur/nasabah (*novasi subyektif pasif*) yang paling banyak dipergunakan adalah ketentuan pada pasal 1422 KUHPerduta dan pasal 1423 KUHPerduta.

Selanjutnya pelaksanaan *novasi subyektif pasif* pada bank acuan yang digunakan adalah KHUPerduta mengacu pada pasal 1338 dan 1320. Pada pasal 1338 diatur ketentuan adanya kebebasan membuat suatu perjanjian bagi para pihak sementara mengenai substansi dalam perjanjiannya tunduk pada ketentuan pasal 1320 KUHPerduta yaitu :

#### **4.2.1 Sepakat Mereka Yang Mengikatkan Diri**

Dalam pelaksanaan *novasi subyektif pasif* kedua belah pihak yaitu pihak debitur/nasabah yang terdiri debitur/nasabah lama dan debitur/nasabah baru serta pihak bank selaku kreditur/bank haruslah mempunyai kebebasan kehendak untuk mengikatkan diri. Dalam perjanjian para pihak tidak terdapat paksaan, penipuan, dan kekeliruan pada waktu perjanjian diadakan. Pengertian sepakat dalam *novasi subyektif pasif* ini digambarkan sebagai pernyataan kehendak yang disetujui antara para pihak mengenai hal-hal pokok yang berhubungan dengan perjanjian yaitu pengambilalihan kewajiban yang semula ditanggung oleh debitur/nasabah lama menjadi kewajiban debitur/nasabah baru.

#### **4.2.2 Kecakapan Untuk Membuat Suatu Perjanjian**

Pada dasarnya setiap orang cakap untuk membuat perjanjian, kecuali jika ia oleh undang-undang dinyatakan tidak cakap. Pada perjanjian *Novasi* untuk kecakapan para pihak dibagi menjadi 2 yaitu dilihat dari subyeknya yaitu perorangan dan Badan hukum.

**a) Perorangan**

Dalam hal terjadi peralihan debitur/nasabah maka pada *novasi subyektif pasif* maka debitur/nasabah perorangan sebagai subyek perjanjian adalah mereka :

- a. Telah dewasa.
- b. Tidak dibawah pengampuan.

**b) Badan Hukum**

Sedangkan menurut Undang-Undang Nomor 40 tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas yang bertindak dalam kaitannya dengan penandatanganan suatu akta perjanjian adalah pengurus yang berwenang mewakili perseroan sesuai dengan anggaran dasar perseroan untuk melakukan tindakan hukum menandatangani akta perjanjian kredit (*novasi subyektif pasif*).

**4.2.3 Suatu hal tertentu**

Suatu perjanjian menjadi sah apabila memenuhi syarat mengenai objeknya yaitu adanya hal tertentu yang menjadi pokok perjanjian. Dalam perjanjian novasi yang menjadi obyeknya adalah pelimpahan kewajiban sejumlah hutang dari debitur/nasabah lama kepada debitur/nasabah baru, dan atas pelimpahan tersebut pihak bank selaku kreditur harus mengetahui dan menyetujuinya. Seperti dinyatakan dalam pasal 1333 KUHPdata bahwa dalam suatu persetujuan harus mempunyai suatu hal yang menjadi obyek sebagai pokok suatu barang yang sekurang-kurangnya dapat ditentukan jenis dan jumlahnya.

Demikian pula dalam perjanjian *novasi subyektif pasif* obyek dari ini perjanjian yang dibuat haruslah dapat ditentukan jenis dan jumlahnya. Artinya pelimpahan tanggung jawab membayar kewajiban dalam meminjam tersebut, besarnya sejumlah uang yang menjadi hutang debitur/nasabah lama harus dapat ditentukan sebelum dialihkan kepada debitur/nasabah lama. Dan selanjutnya

dengan ditandatanganinya perjanjian *novasi subyektif pasif* tersebut maka debitur/nasabah lama dibebaskan untuk membayar kewajiban kepada kreditur/bank.

#### 4.2.4 Suatu Sebab Yang Halal

Perjanjian *novasi* yang dilakukan oleh para pihak harus didasari kepada adanya suatu sebab yang dibolehkan oleh hukum, artinya ada sebab-sebab hukum yang menjadi dasar perjanjian *novasi*. Dimana sebab-sebab tersebut tidak dilarang oleh peraturan-peraturan, bertentangan dengan keamanan dan ketertiban umum dan bertentangan dengan norma kesusilaan dalam masyarakat. Dalam undang-undang tidak dijelaskan pengertian sebab. Sebab disini bukan berarti hubungan sebab akibat dalam ajaran kausalitas dan juga bukan sebab yang mendorong para pihak untuk mengadakan perjanjian *novasi* yang disebut motif atau sebab dalam hati. Namun demikian didalam yurisprudensi sebab ditafsirkan sebagai isi atau maksud dari perjanjian.

Sedangkan yang dimaksud sebab didalam perjanjian *novasi* ini adalah isi atau maksud/tujuan dilakukan *novasi* itu sendiri. Maksud dan tujuan disini adalah alasan-alasan mengapa para pihak melakukan perjanjian *novasi*. Yang menjadi batasan-batasannya adalah apakah tujuan dari perjanjian itu dapat dilaksanakan dan apakah isi perjanjian tidak bertentangan dengan undang-undang, ketertiban umum dan kesusilaan. Isi perjanjian disini adalah apa yang dinyatakan secara tegas oleh kedua belah pihak mengenai hak dan kewajiban mereka dalam perjanjian tersebut. Dari uraian tersebut diatas *novasi* pada bank dalam pelaksanaannya tetap mengacu pada ketentuan pasal 1320 KUHPerdara yang mengatur mengenai syarat sahnya suatu perjanjian, sehingga dalam perjanjian *novasi subyektif pasif* tersebut harus memuat hal-hal atau klausula antara lain sebagai berikut : Judul Akta, Komparisi dimana para pihak yang cakap dan berwenang harus hadir dan menandatangani akta ini, premise yang menerangkan kejadian *novasi*, isi akta, domisili hukum serta akhir akta.

Tentang cara melakukan novasi, pasal 1415 KUHPerdara menyebutkan “*Pada pembaharuan hutang yang dipersangkakan kehendak seorang untuk mengadakannya harus dengan tegas ternyata dari perbuatannya*”. Ketentuan ini ditafsirkan bahwa kehendak untuk melaksanakan suatu *novasi* harus dengan tegas dinyatakan secara tertulis. Namun demikian pasal 1416 KUHPerdara mengatur bahwa untuk *novasi subyektif pasif* tidak diperlukan dari debitur, sehingga dapat disimpulkan bahwa suatu perjanjian tertulis tidak diperlukan. Oleh karena itu ketentuan tentang pelaksanaan novasi dengan akta atau secara tertulis sebagaimana diatur dalam pasal 1415 KUHPerdara tidaklah merupakan suatu keharusan / tidak bersifat memaksa. Namun demikian untuk dapat digunakan sebagai alat dalam pembuktian nantinya *novasi* sebaiknya dilakukan secara tertulis.

Pada perjanjian *novasi*, yang dalam hal ini perjanjian *novasi subyektif pasif*, sebagai perjanjian *novasi* yang umumnya terjadi dioperasional per kreditan perbankan para pihak terdiri dari tiga yaitu kreditur (bank), debitur lama dan debitur baru.

Klausul-klausula penting yang harus ada dalam suatu perjanjian novasi subyektif pasif tersebut adalah sebagai berikut :

- (1). Premise atau keterangan tentang adanya kesepakatan para pihak untuk melakukan perjanjian novasi kredit, dengan menyebutkan urutan pengajuan permohonan debitur lama serta persetujuan kreditur, yang dalam praktek di bank dalam bentuk Offering Letter.
- (2). Penetapan debitur baru untuk menggantikan kedudukan debitur lama dalam perjanjian novasi dan karenanya mengambil alih tanggungjawab dan kewajiban debitur lama dalam perjanjian novasi kredit.
- (3). Pelepasan tanggung jawab dan kewajiban debitur lama berdasarkan perjanjian novasi kredit.

- (4). Penegasan kembali tentang jaminan jaminan yang disediakan untuk menjamin perjanjian novasi kredit.
- (5). Hal-hal lain yang disepakati antara kreditur, debitur lama dan debitur baru sebagai tambahan syarat dalam perjanjian

Adapun konsekuensi dilakukannya *novasi* adalah sebagai berikut :

- (1). Perjanjian Kredit pokok, awal-nya (utang yang dialihkan) menjadi hapus
- (2). Harus dibuatkan suatu Perjanjian Kredit baru sebagai Perjanjian Pokok yang baru.
- (3). Dengan hapusnya Perikatan Pokok awal (Perjanjian Kredit awal), maka terhadap seluruh Perjanjian Tambahan / Perjanjian ikutan / aksesoirnya menyebabkan menjadi hapus / berakhir pula, dimana hal tersebut sesuai dengan Pasal 1422 KUH Perdata.

### **4.3 Analisis terhadap Alih *Mudharib***

Dalam melakukan penelitian terhadap alih *mudharib* ini akan menjelaskan hal-hal yang berkaitan dengan model pendekatan dalam penelitian menurut hukum secara umum, keberadaan ketentuan yang mengatur tentang alih *mudharib*, dasar kebolehan melakukan alih *mudharib* pada pembiayaan *mudharabah* dan unsur dalam akad peralihan *mudharib* pada pembiayaan *Mudharabah* dengan uraian sebagai berikut :

#### **4.3.1. Model Pendekatan dalam Penelitian menurut Hukum Secara Umum**

Beberapa model pendekatan yang dilakukan dalam penelitian hukum normatif ini terhadap alih *mudharib* ini, adalah sebagai berikut :

a. Pendekatan Perbandingan Hukum

Dengan melakukan perbandingan, bagaimana Hukum secara umum dengan ketentuan dalam Hukum Perikatan Islam dapat disimpulkan bahwa peralihan debitur/nasabah pada bank konvensional berdasarkan KUHPerdara diatur secara tegas mengenai kebolehan melakukan peralihan tersebut dengan sebutan *novasi subyektif pasif*, sementara dalam peralihan *mudharib* dalam Hukum Perikatan Islam lebih merujuk pada sandaran kebolehannya dilihat dari asas-asas dan kaidah-kaidah yang berlaku.

b. Pendekatan Analisis Hukum (*Analytical Approach*)

Analisis yang dilakukan dalam pendekatan analisis hukum ini dengan cara menelaah dan mengkaji secara mendalam atas bunyi teks ayat-ayat dalam Al-Qur'an, hadist, asas-asas, kaidah-kaidah, serta pasal-pasal dalam peraturan perundang-undangan berkaitan dengan hal-hal yang akan diteliti, maka dapat disimpulkan bahwa alih *mudharib* dapat dilakukan. Hal ini akan dijelaskan pada bunyi atau teks dalam asas-asas dan kaidah-kaidah Hukum Perikatan Islam yang mendukung kebolehan dalam melakukan alih *mudharib*.

c. Pendekatan Peraturan Perundangan

Dari hasil analisis yang dilakukan dapat diketahui bahwa menurut Hukum yang berlaku umum, maka alih nasabah pada pembiayaan *mudharabah* juga tunduk pada ketentuan yang berlaku pada KHUPerdara mengenai *novasi subyektif pasif*. Namun mengingat konsep pembiayaan *Mudharabah* berbeda dengan konsep hutang yang ada di perbankan konvensional, maka acuan yang digunakan harus juga harus merujuk pada ketentuan menurut Hukum Perikatan Islam. Dalam Hukum Perikatan Islam belum ada fatwa maupun peraturan lainnya yang mengatur mengenai alih *mudharib*, namun demikian acuan yang digunakan

adalah kebolehan menurut asas-asas dan kaidah-kaidah dasar yang berlaku dalam Hukum Perikatan Islam.

d. Pendekatan atas taraf Sinkronisasi Peraturan Perundangan

Setelah dilakukan penelitian maka dapat disimpulkan bahwa asas-asas dan kaidah-kaidah yang dijadikan dasar bagi kebolehan dalam melakukan alih *mudharib* sinkron dan tidak bertentangan dengan ketentuan yang berlaku dalam Hukum yang berlaku umum dengan ketentuan yang berlaku. Sebagai contoh asas mengenai Asas Kebebasan Berkontrak (*Mabda' Hurriyah AlTa'aqud*) dalam Hukum Perikatan Islam juga dikenal dalam KHUPerdata pasal 1338 yang menyebutkan bahwa para pihak diberikan kebebasan untuk membuat perjanjian. Disamping itu adanya ketentuan mengenai penghimpunan dan penyaluran dana pada bank syariah diatur dalam Peraturan Bank Indonesia (PBI) No.9/19/PBI/2007 dan tentang Pelaksanaan Prinsip Syariah Dalam Kegiatan Penghimpunan Dana dan Penyaluran Dana serta Pelayanan Jasa Bank Syariah merupakan aturan khusus yang menjelaskan ketentuan yang umum dalam Undang-Undang No. 7 tahun 1992 tentang Perbankan sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 yang melaksanakan kegiatan usaha berdasarkan prinsip syariah, termasuk unit usaha syariah dan kantor cabang bank asing yang melaksanakan kegiatan usaha berdasarkan prinsip syariah dalam melakukan penghimpunan dana dan penyaluran dana tersebut dalam bentuk pembiayaan. Sehingga dengan demikian aturan yang dikeluarkan oleh Bank Indonesia berupa Peraturan Bank Indonesia nomor 9/19/PBI/2007 dengan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tidak bertentangan antara satu dengan yang lainnya. Bahkan hal tersebut dipertegas kembali dalam Undang-Undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.

### 4.3.2 Keberadaan Ketentuan yang mengatur tentang Alih *Mudharib*

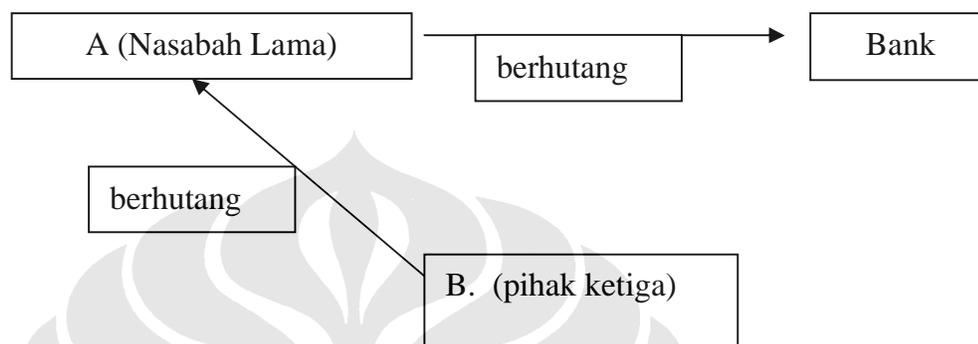
Setelah suatu pembiayaan *Mudharabah* pada bank syariah berjalan, ada kalanya pejabat bank dihadapkan pada suatu kondisi dimana pada pelaksanaannya *mudharib* tidak bisa lagi melanjutkan suatu pembiayaan *mudharabah*. Jika hal ini dibiarkan maka kondisi yang terjadi adalah kemungkinan pembiayaan tersebut masuk kedalam suatu portofolio yang semakin memburuk atau mungkin macet, disisi lain pada saat itu *mudharib* tidak bisa mengembalikan semua pembiayaan yang pernah diterima tersebut secara seketika itu juga. Hal tersebut dikarenakan pembiayaan yang diberikan kepada *mudharib* saat itu masih tertanam dalam usahanya dalam bentuk persediaan atau piutang kepada pihak ketiga lainnya. Sementara yang terjadi adalah ada pihak ketiga yang bersedia melanjutkan pembiayaan tersebut dengan melihat bahwa kondisi usaha yang dibiayai memang memiliki prospek untuk dilanjutkan. Dengan kata lain akan terjadi peralihan kedudukan *mudharib* lama kepada pihak yang akan menggantikan kedudukan sebagai *mudharib* baru. Jika bank syariah menyetujui terhadap peralihan pembiayaan *mudharabah*, maka mekanisme seperti apa yang tepat dilakukan terhadap permasalahan tersebut.

Didalam bank konvensional jika terjadi permasalahan tersebut solusi adalah dilakukannya *novasi* pada pihak debitur/nasabah atau sering disebut dengan *novasi subyektif pasif*. Sedangkan instrument adalah perjanjian *novasi* yang disepakati antara bank, debitur/nasabah lama dan debitur/nasabah baru serta ditandatangani semua pihak yang menyepakatinya sebagai tanda setuju atas peralihan hutang tersebut. Dari permasalahan tersebut maka penelitian ini akan mencoba untuk mengurai hal-hal yang menyangkut alih *mudharib* ditinjau dari sisi Hukum Perikatan Islam. Dalam hukum Islam konsep *novasi* sebenarnya hampir sama dengan konsep *hiwalah*. Konsep *hiwalah* diatur dalam fatwa DSN no : 31/DSN-MUI/VI/2002 tentang pengalihan hutang. Dalam konsep *hiwalah* yaitu adanya pengalihan hutang dari orang yang berhutang kepada bank, selanjutnya disisi lain orang tersebut mempunyai sejumlah piutang kepada pihak

ketiga, sehingga hutang orang tersebut dialihkan menjadi hutang pihak ketiga kepada bank sebagaimana dijelaskan pada gambar dibawah :

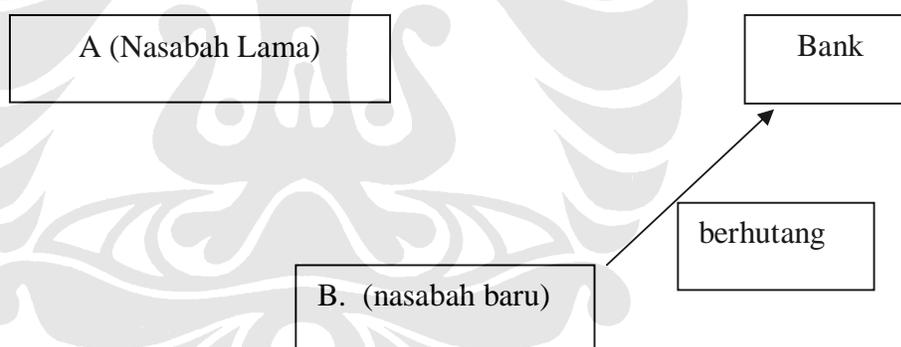
### Konsep Hiwalah :

#### Semula



**Gambar 4.1 konsep hiwalah semula**

#### Menjadi



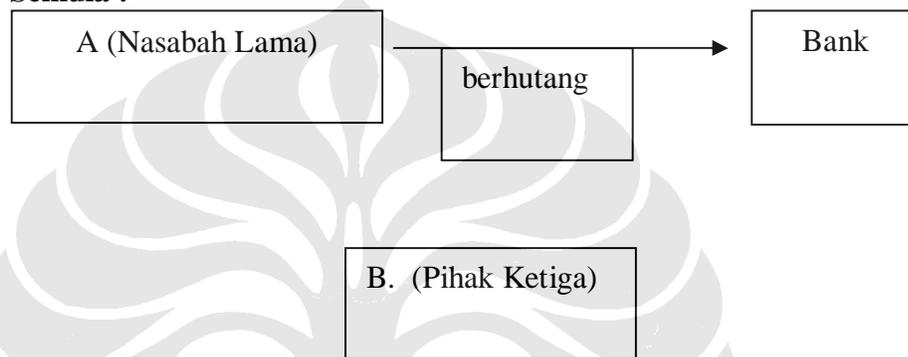
**Gambar 4.2 konsep hiwalah menjadi.**

Pada konsep hiwalah antara pihak yang mengambil alih hutang dengan yang diambil alih didahului dengan adanya hubungan hutang-piutang diantara mereka yang menjadi dasar bagi dialihkannya hutang tersebut. Jika B adalah calon nasabah baru mempunyai hutang kepada A yang merupakan nasabah bank sehingga pengalihan hutang ini dari semula hutang A kepada bank menjadi hutang B kepada bank, selanjutnya A terbebas dari kewajibannya untuk membayar hutangnya kepada bank.

Sementara itu berbeda dengan konsep Novasi, dimana orang yang mengambil alih hutang tidak selalu merupakan orang yang mempunyai hubungan hutang-piutang sebelumnya. Tetapi bisa juga orang yang mengambil alih hutang tersebut merupakan orang yang tidak mempunyai hubungan hutang-piutang sebelumnya. Hal tersebut sebagaimana dapat diilustrasikan sebagai berikut :

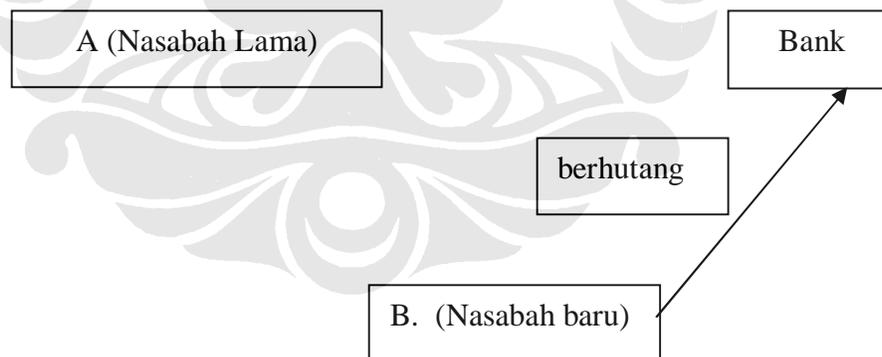
### Konsep novasi

#### Semula :



Gambar 4.3 konsep novasi semula

#### Menjadi



Gambar 4.4 konsep novasi menjadi

Dari gambar dan uraian tersebut diatas konsep *hiwalah* dan *novasi* adalah sama obyeknya yaitu hutang. Adapun mengenai persamaan *hiwalah* dan *novasi* dapat diuraikan dalam tabel 4.1 sebagai berikut :

No.	Perihal	Novasi	Hiwalah
1.	Obyek	Hutang	<i>Muhal bih</i> (Hutang )
2.	Pihak	1. Bank 2. Debitur Lama (pihak yang mengalihkan) 3. Debitur Baru (pihak penerima pengalihan)	1. Bank selaku muhal 2. Muhil (pihak yang mengalihkan) 3. Muhal alaih (pihak penerima pengalihan)
3.	Yang mendasari sebelum dilakukan perbuatan	Tidak selalu ada hubungan hutang piutang antara Debitur Lama (yang mengalihkan) dengan Debitur Baru (penerima pengalihan)	Sebelumnya ada hubungan hutang piutang antara Muhil (yang mengalihkan) dengan Muhal Alaih (penerima pengalihan)
4.	Teknis pengalihan	1. Tidak ada penyerahan fisik berupa uang pada saat pengalihan hutang 2. Harus ada persetujuan	1. Tidak ada penyerahan fisik berupa uang pada saat pengalihan hutang

**tabel 4.1 perbandingan novasi-hiwalah**

Sementara itu pada alih *mudharib* pada pembiayaan *mudharabah* yang menjadi obyek adalah pembiayaan berupa modal berbentuk uang. Adapun modal berupa barang dan hutang tidak diperkenankan, karena barang tidak dapat dipastikan taksiran harganya dan mengakibatkan ketidakpastian (*gharar*) besarnya modal *mudharabah*. Namun bila modal itu berupa titipan (*al-wadi'ah*) diperbolehkan. Sama seperti yang terjadi pada *novasi*, *hiwalah* maupun alih *mudharib* apada teknis pelaksanaannya tidak terdapat penyerahan secara fisik berupa uang. Namun yang terjadi adalah adanya pengakuan secara tegas dari para pihak perihal jumlah kewajiban yang dialihkan.

Dengan penelitian yang dilakukan dapat disimpulkan bahwa sampai saat ini, ketentuan baik yang berbentuk Fatwa maupun regulasi lainnya yang dikeluarkan oleh pemerintah undang-undang atau ketentuan lainnya maupun ketentuan yang dikeluarkan oleh pihak otoritas Bank Indonesia baik berupa Peraturan Bank Indonesia, fatwa DSN-MUI, maupun peraturan lainnya yang mengatur mengenai alih *mudharib*/nasabah khususnya pada pembiayaan *mudharabah* memang belum ada. Pada tataran implementasinya, untuk memenuhi tuntutan profesionalitas dan merespon perkembangan kontemporer bidang ekonomi, maka para praktisi ekonomi syari'ah, masyarakat dan pemerintah (*regulator*) membutuhkan fatwa-fatwa syariah dari lembaga ulama (MUI) berkaitan dengan praktek dan produk di lembaga-lembaga keuangan syariah tersebut. Perkembangan lembaga keuangan syariah yang demikian cepat harus diimbangi dengan fatwa-fatwa hukum syari'ah yang valid dan akurat, agar seluruh produknya memiliki landasan yang kuat secara syari'ah. Untuk itulah Dewan Syari'ah Nasional (DSN) dilahirkan pada tahun 1999 sebagai bagian dari Majelis Ulama Indonesia.

Dalam konteks pengembangan ekonomi syariah di Indonesia, peranan fatwa sebagai landasan hukum dan regulasi merupakan keharusan logis. Ekonomi syariah dipraktikkan di tengah masyarakat memerlukan fatwa sebagai landasan hukum praktis. Karena itu, fatwa ekonomi syari'ah merupakan aspek organik dari bangunan ilmu ekonomi Islami yang tengah dikembangkan dan dimekarkan.

Fatwa dengan definisi klasik mengalami pengembangan dan penguatan posisi dalam fatwa kontemporer yang melembaga dan kolektif di Indonesia. Baik yang dikeluarkan oleh Komisi Fatwa MUI untuk masalah keagamaan dan kemasyarakatan secara umum, maupun yang dikeluarkan oleh DSN MUI untuk fatwa tentang masalah ekonomi syari'ah khususnya Lembaga Ekonomi Syari'ah. Fatwa yang dikeluarkan oleh Komisi Fatwa MUI menjadi rujukan yang berlaku umum serta mengikat bagi ummat Islam di Indonesia, khususnya secara moral. Sedang fatwa DSN menjadi rujukan yang mengikat bagi lembaga-lembaga

keuangan syari'ah (LKS) yang ada di tanah air, demikian pula mengikat masyarakat yang berinteraksi dengan LKS. Fatwa dinyatakan sebagai jawaban atas suatu pertanyaan mengenai ketetapan hukum berdasarkan hasil ijtihad tentang suatu persoalan yang belum jelas hukumnya. Fatwa merupakan satu dari sekian lembaga dalam hukum Islam untuk memberikan jawaban dan penyelesaian terhadap masalah-masalah yang dihadapi umat. Lebih jauhnya umat Islam pada umumnya menjadikan fatwa sebagai referensi normatif di dalam bersikap dan bertingkah laku. Sebab posisi fatwa di kalangan masyarakat umum, laksana dalil di kalangan para mujtahid (*Al-Fatwa fi Haqqil 'Ami kal Adillah fi Haqqil Mujtahid*).

Fatwa seringkali menjadi medan wacana para ulama ushul fiqh dalam karya-karya monumentalnya. Dalam perspektifnya, fatwa dimaknai sebagai pendapat yang dikemukakan mujtahid sebagai jawaban atas pertanyaan yang diajukan *mustafti* pada suatu kasus yang sifatnya tidak mengikat. *Mustafti* bisa bersifat individual, institusi atau kelompok masyarakat. Produk fatwa tidak mesti diikuti oleh *mustafti*, karenanya fatwa tidak memiliki daya ikat.

Fatwa menempati kedudukan penting dalam hukum Islam, karena ia merupakan pendapat yang dikemukakan oleh ahli hukum Islam (*Fuqaha*) tentang kedudukan hukum suatu masalah baru yang muncul di kalangan masyarakat. Ketika muncul suatu masalah baru yang belum ada ketentuan hukumnya secara eksplisit (tegas), baik dalam Al-Qur'an, As-Sunnah, Ijma' maupun pendapat-pendapat fuqaha terdahulu, maka fatwa merupakan satu-satunya institusi normatif yang berkompeten menjawab atau menetapkan kedudukan hukum masalah tersebut. Karena kedudukannya yang dianggap dapat menetapkan hukum atas suatu kasus atau masalah tertentu, maka para sarjana barat ahli hukum Islam mengategorikan fatwa sebagai jurisprudensi Islam.

Kehadiran fatwa-fatwa ini menjadi aspek organik dari bangunan ekonomi Islami yang tengah ditata/dikembangkan, sekaligus merupakan parameter bagi

kemajuan ekonomi syari'ah di Indonesia. Fatwa ekonomi syari'ah yang telah hadir itu secara teknis menyuguhkan model pengembangan bahkan pembaharuan fiqh muamalah maliyah. Secara general, fatwa pada masa sekarang dilakukan melalui *ijtihad jama'i* yang mempersyaratkan representasi para ahli di bidang tertentu yang terkait dengan masalah yang akan difatwakan agar tingkat presisinya dapat dipertanggungjawabkan. Sebagaimana fatwa-fatwa yang lahir berkaitan dengan ekonomi syari'ah. Di Indonesia banyak fatwa yang telah dikeluarkan di bidang keuangan syari'ah, terutama setelah dikeluarkannya Undang-Undang Perbankan Nomor 10 tahun 1998, kemudian MUI membentuk Dewan Syari'ah nasional (DSN) pada tahun 1999, karena semakin pesat perkembangan lembaga keuangan syari'ah yang memerlukan penyelesaian secara khusus masalah ekonomi dan keuangan.

Secara fungsional, fatwa memiliki fungsi *tabyin* dan *tawjih*. *Tabyin* artinya menjelaskan hukum yang merupakan regulasi praksis bagi lembaga keuangan, khususnya yang diminta praktisi ekonomi syariah ke DSN dan *taujih*, yakni memberikan *guidance* (petunjuk) serta pencerahan kepada masyarakat luas tentang norma ekonomi syari'ah. Fungsi *tabyin* dan *tawjih* fatwa terikat dalam fungsi keulamaan, sehingga *fatwa syar'iyah* yang telah dikeluarkan sejak generasi sahabat, *tabi'in*, *tabiut tabi'in* dan generasi sesudahnya hingga generasi ulama sekarang. Karakteristik fatwa klasik lebih bersifat individual dan mandiri, kemudian dalam era mazhab fatwa-fatwa yang dibuat berada dalam lingkup mazhab fiqh tertentu. Sedangkan fatwa kontemporer sering bersifat lintas mazhab atau paduan (*taufiq*) antar mazhab-mazhab. Pendekatan ini seiring dengan berkembangnya kajian perbandingan antara mazhab. Adapun fatwa-fatwa tentang ekonomi syari'ah ada yang merupakan fatwa fardiah (individual), tetapi lebih banyak yang bersifat konsultatif, koneksitas atau kadang bersifat kolektif dan melembaga.

Fatwa-fatwa tentang ekonomi syari'ah memperlihatkan pergeseran perkembangan ke arah yang lebih matang dan akurat. Karena fatwa-fatwa itu

bergerak melalui proses yang meningkat, dari fatwa individual ke fatwa konsultatif di antara dua orang pakar atau lebih, kemudian ke fatwa koneksitas dan melembaga. Pada formula yang terakhir ini fatwa digodog oleh suatu lembaga ulama dengan melibatkan pakar dari disiplin ilmu yang terkait baik secara perorangan maupun kerjasama antar lembaga.

Fatwa-fatwa ekonomi syari'ah di Indonesia dikeluarkan melalui proses yang cenderung memakai formula fatwa kolektif, koneksitas dan melembaga. Otoritas fatwa tentang ekonomi syari'ah berada di bawah Dewan Syari'ah Nasional Majelis Ulama Indonesia. Komposisi anggota plenonya terdiri dari para ahli syari'ah dan ahli ekonomi/keuangan yang mempunyai wawasan syari'ah. Dalam membahas masalah-masalah yang hendak dikeluarkan fatwanya, dewan syari'ah nasional (DSN) melibatkan pula lembaga mitra seperti Dewan Standar Akuntansi Keuangan Ikatan Akuntansi Indonesia dan Biro Syari'ah dari bank Indonesia.

Fatwa dalam definisi klasik bersifat opsional "*ikhtiyariah*" (pilihan yang tidak mengikat secara legal, meskipun mengikat secara moral bagi mustafti (pihak yang meminta fatwa), sedang bagi selain mustafti bersifat "*i'lamiyah*" atau informatif yang lebih dari sekedar wacana. Mereka terbuka untuk mengambil fatwa yang sama atau meminta fatwa kepada mufti/seorang ahli yang lain. Jika ada lebih dari satu fatwa mengenai satu masalah yang sama maka ummat boleh memilih mana yang lebih memberikan *qana'ah* (penerimaan /kepuasan) secara argumentatif atau secara batin. Sifat fatwa yang demikian membedakannya dari suatu putusan pengadilan (*qadha*) yang mempunyai kekuatan hukum yang mengikat bagi para pihak yang berperkara.

Fatwa dengan definisi klasik mengalami pengembangan dan penguatan posisi dalam fatwa kontemporer yang melembaga dan kolektif di Indonesia. Baik yang dikeluarkan oleh Komisi Fatwa MUI untuk masalah keagamaan dan kemasyarakatan secara umum, maupun yang dikeluarkan oleh DSN MUI untuk fatwa tentang masalah ekonomi syari'ah khususnya Lembaga Ekonomi Syari'ah.

Fatwa yang dikeluarkan oleh Komisi Fatwa MUI menjadi rujukan yang berlaku umum serta mengikat bagi ummat Islam di Indonesia, khususnya secara moral. Sedang fatwa DSN menjadi rujukan yang mengikat bagi lembaga-lembaga keuangan syari'ah (LKS) yang ada di tanah air, demikian pula mengikat masyarakat yang berinteraksi dengan LKS. (Ridwan, 2008).

#### **4.3.3 Dasar yang menjadi kebolehan dilakukannya Alih *Mudharib* pada Pembiayaan *Mudharabah***

Berpijak pada kenyataan bahwa memang hingga saat ini memang tidak ada ketentuan yang mengatur secara tegas mengenai kebolehan dalam melakukan alih *mudharib*. Namun demikian didalam Hukum Perikatan Islam yang menjadi sandaran kebolehan dalam melakukan alih *mudharib* didasarkan pada asas-asas dan kaidah-kaidah dasar dalam bermuamalah, khususnya dalam melakukan hubungan hukum diantara para pihak sebagai berikut :

##### **a.) Asas-asas dalam Hukum Perikatan Islam yang menjadi dasar kebolehan dalam melakukan alih *Mudharib***

Kebolehan dalam melakukan alih *mudharib* dapat ditinjau dari asas-asas dalam hukum perikatan Islam yang akan menjadi sandarannya sebagai berikut :

##### **a.1) Asas Kebebasan Berkontrak (*Mabda' Hurriyah Al-Ta'aqud*)**

Kebolehan dalam melakukan alih *mudharib* dapat ditinjau dari asas ini bahwa Islam memberikan kebebasan kepada para pihak untuk melakukan suatu perikatan termasuk dalam melakukan akad alih *mudharib* ini. Bentuk dan isi perikatan peralihan *mudharib* tersebut ditentukan oleh para pihak. Apabila telah disepakati bentuk dan isinya, maka perikatan peralihan *mudharib* itu mengikat para pihak yang menyepakatinnya dan harus dilaksanakan segala hak dan kewajibannya. Dalam asas-asas perjanjian Islam dianut apa yang disebut dalam ilmu hukum sebagai "asas kebebasan berkontrak" (*mabda' hurriyah al-ta'aqud*).

Asas ini penting untuk dielaborasi lebih lanjut dalam akad yang dilakukan dalam alih *mudharib* mengingat hal tersebut diharapkan dapat menampung kebutuhan nasabah bank syariah terhadap suatu konsep dan bentuk transaksi atau akad yang tidak terdapat dalam kitab-kitab fiqh, karena tanpa ada keleluasaan kaum muslimin untuk mengembangkan bentuk-bentuk akad baru sesuai dengan perkembangan dan kebutuhan masyarakat di masa kini, maka nasabah akan mengambil alternatif lain yang bisa jadi tidak didasarkan pada prinsip-prinsip Islam.

Persoalan di atas menjadi urgen untuk dikaji jika dikaitkan dengan, bagaimana fiqh mu'amalah dikembangkan dalam rangka menjawab persoalan-persoalan bentuk-bentuk transaksi ekonomi kontemporer saat ini.

#### **a.2) Asas Persamaan atau Kesetaraan (*Al-Musawah*)**

Alih *mudharib* didasarkan bahwa perbuatan muamalah tersebut merupakan salah satu jalan untuk memenuhi kebutuhan hidup Manusia. Seringkali terjadi, bahwa seseorang memiliki kelebihan dan yang lainnya. Dalam hal ini bahwa di dalam alih *mudharib*, maka *mudharib* baru yang akan menggantikan kedudukan *mudharib* lama dianggap sebagai pihak disisi kelebihan waktu, tenaga dan pengurusan pembiayaan *mudharabah*.

Prinsip persamaan dan kesetaraan ini berarti para pihak dalam alih *mudharib* mempunyai posisi yang sama, dan hak yang sama, artinya antara bank, *mudharib* lama dan *mudharib* baru mempunyai hak untuk menolak atau menerima atas peralihan pembiayaan *mudharabah*. Hal ini menunjukkan, bahwa diantara para pihak masing-masing kedudukan yang seimbang dan diharapkan dapat saling melengkapi satu dengan yang lainnya. Oleh karena itu setiap pihak memiliki kesempatan yang sama untuk melakukan atau tidak melakukan suatu perikatan dalam peralihan *mudharabah*. Dalam melakukan perikatan ini, para pihak menentukan hak dan kewajiban masing-masing didasarkan pada asas

persamaan atau kesetaraan tidak boleh ada suatu kezaliman yang dilakukan dalam suatu perikatan alih *mudharib* tersebut..

### **a.3) Asas Kerelaan (*Al-Ridho*)**

Alih *mudharib* dilakukan atas dasar suka sama suka atau kerelaan antara masing-masing pihak yang berada didalam perikatan tersebut, tidak boleh ada tekanan, paksaan, penipuan dan *mis statement*. Jika hal tersebut tidak dipenuhi, maka transaksi tersebut dilakukan dengan cara batil (*al akl bil bathil*). Tidak dibenarkan bahwa suatu perbuatan muamalat dilakukan dengan tekanan, pemaksaan ataupun penipuan demikian pula dalam melakukan alih *mudharib* dilakukan dengan cara pemaksaan ataupun penipuan. Jika hal ini terjadi, maka perikatan dalam alih *mudharib* yang dapat batal.

### **a.4) Asas Tertulis (*Al-Kitabah*)**

Dalam QS Al-Baqarah (2) ayat 282 dan 283 disebutkan bahwa Allah SWT menganjurka kepada manusia hendaklah suatu perikatan dilakukan secara tertulis, dihadiri oleh saksi-saksi, dan diberikan tanggung jawab individu yang melakukan perikatan, dan yang menjadi saksi. Demikian juga dengan dalam hal terjadi perikatan alih *mudharib* hal yang harus dilakukan adalah dilakukan secara tertulis dan dihadiri oleh saksi-saksi. Maksud dilakukannya pencatatan dalam perikatan alih *mudharib* ini untuk menghindarkan dari kemungkinan terjadinya perselisihan di kemudian hari dengan adanya sanggahan dari salah satu pihak.

### **a.5) Asas Kebolehan (*Mabda Al-Ibahah*)**

Berpijak pada kaidah fiqhiyah yang artinya, "Pada dasarnya segala sesuatu itu dibolehkan sampai terdapat dalil yang melarang". Yang dapat dijadikan sandaran hukumnya adalah bahwa selama tidak terdapat ketentuan secara syar'i yang

melarang terhadap peralihan *mudharib*, maka hal tersebut menunjukkan bahwa peralihan *mudharib* adalah boleh atau *mubah* dilakukan. Kebolehan ini dibatasi sampai ada dasar hukum yang melarang terhadap alih *mudharib*. Hal ini berarti bahwa hukum perikatan Islam memberi kesempatan luas kepada yang berkepentingan untuk mengembangkan bentuk dan macam transaksi baru sesuai dengan perkembangan zaman dan kebutuhan masyarakat termasuk dalam hal alih *mudharib*.

#### **a.6) Asas Kemanfaatan dan Kemaslahatan**

Dengan adanya asas ini dapat disimpulkan bahwa perbuatan dalam alih *mudharib* yang dilakukan harus mendatangkan kemanfaatan dan kemaslahatan baik bagi para pihak yang mengikatkan diri dalam perikatan tersebut maupun bagi masyarakat sekitar meskipun tidak terdapat ketentuannya dalam al Qur'an dan Al Hadis. Asas kemanfaatan dan kemaslahatan dalam pelaksanaan alih *mudharib* ini sangat relevan dengan tujuan Hukum Islam secara universal. Dengan masalah dimaksudkan memenuhi dan melindungi kepentingan para pihak.

Didalam Hukum Perikatan Islam juga dikenal asas kemanfaatan dan kemaslahatan, ini mengandung pengertian bahwa selama alih *mudharib* dapat mendatangkan kemanfaatan dan kemaslahatan baik bagi para pihak yang mengikatkan diri dalam perjanjian maupun bagi masyarakat sekitar meskipun tidak terdapat ketentuannya dalam al Qur'an dan Al Hadis. Kemanfaatan dan kemaslahatan yang terjadi dengan dilakukan *alih mudharib* sebenarnya dapat dirasakan oleh semua pihak baik bank, *mudharib* lama (yang diambil alih) maupun *mudharib* baru (yang mengambil alih).

Dari sisi bank dengan adanya peralihan *mudharib* yang terjadi maka keuntungan yang akan dirasakan adalah :

1. Pembiayaan *mudharabah* yang diberikan kepada *mudharib* lama masih tetap dipertanggung-jawabkan oleh *mudharib* baru
2. Memburuknya kolektibilitas pembiayaan *mudharabah* dapat dihindarkan karena adanya pengelolaan pembiayaan oleh *mudharib* baru.
3. Kemungkinan membengkaknya biaya pencadangan PPAP dapat ditekan karena memburuknya kolektibilitas pembiayaan *mudharabah*.
4. Kemungkinan akan mendapatkan keuntungan dari nisbah akan lebih berkelanjutan jika dibandingkan dengan solusi lainnya seperti penjualan agunan.

Sementara itu dari sisi *mudharib* lama dengan adanya peralihan *mudharib* yang terjadi maka keuntungan yang akan dirasakan adalah :

1. Terhindar dari memburuknya nama baik dalam sistem informasi Bank Indonesia akibat memburuknya atau macetnya pembiayaan yang diterimanya.
2. Dapat lebih fokus pada urusan atau hal lainnya mengingat pembiayaan *mudharabah* yang pernah diterimanya sudah dikelola oleh *mudharib yang baru*.

Selanjutnya bagi *mudharib* baru keuntungan yang dapat diperoleh adalah sebagai berikut :

1. Mendapatkan pembiayaan dari bank.
2. Dapat mengembangkan usaha dengan pembiayaan tersebut.
3. Kemungkinan mendapatkan keuntungan baginya akan lebih besar.

Dari uraian tersebut, maka asas kemanfaatan dan kemaslahatan juga dapat dijadikan dasar bagi alih *mudharib* karena hal ini sangat relevan dengan tujuan hukum Islam secara universal.

#### **a.7) Asas Perjanjian itu mengikat**

Dengan dilakukannya perikatan alih *mudharib* tersebut, maka konsekuensi bagi para pihak yang menandatangani akta perikatan alih *mudharib* adalah setiap pihak yang melakukan perjanjian terikat kepada isi akta yang telah disepakati bersama pihak lain dalam akta yang dibuat. Sehingga seluruh isi akta adalah sebagai peraturan yang wajib dilakukan oleh para pihak yang mengikatkan diri dalam perjanjian. Hal didasarkan pada dari hadis Nabi Muhammad saw (Hadis riwayat Bukhari, Tirmizi dan al-Hakim) yang artinya: “*Orang-orang muslim itu terikat kepada perjanjian-perjanjian (Klausul-klausul) mereka, kecuali perjanjian (klausul) yang mengharamkan yang halal atau menghalalkan yang haram*”.

**b. Kaidah-Kaidah dalam Hukum Perikatan Islam yang menjadi sandaran Hukum bagi kebolehan melakukan Alih *Mudharib***

Kaidah-kaidah hukum dapat digunakan untuk menjawab dan memecahkan masalah-masalah hukum yang timbul dalam masyarakat individu bahkan negara, Kaidah-kaidah ini berasal dari dari prinsip-prinsip umum di Al Qur'an, teks Hadist maupun atsar sahabat dan tabiin. Kaidah fikih ini juga merupakan hasil rumusan para ulama sebagai hasil pemikiran induktif dengan tetap mengukur akurasinya berdasarkan Al Qur'an dan Hadist. (Agustianto, 2006 halaman 1).

Adapun kaidah-kaidah yang mendukung terhadap kebolehan dalam melakukan alih *mudharib* adalah sebagai berikut :

**b.1) Kaidah Mengenai Kelenturan Hukum**

Bahwa dalam belum terdapat ketentuan yang mengatur mengenai alih *mudharib*, maka diperlukan suatu keluasan dan kelenturan hukum bagi para pihak yang akan melaksanakannya. Sebagaimana disebutkan dalam kaidah (Agustianto, 2006 halaman 5) :

الإمر إذا ضاق اتسع

*Keluasan hukum harus ada pada saat menghadapi kesulitan. Misalnya dalam menghadapi berbagai kesukaran, keluasaan dan kelenturan hukum harus diperlihatkan.*

Ketentuan yang berlaku umum maupun fatwa yang secara khusus mengatur terhadap alih *mudharib* hingga saat ini memang belum ada, sehingga pada pelaksanaannya diperlukan suatu pijakan bagi kebolehan.

### **b.2) Kaidah Umum dalam Bermuamalah**

Dalam melakukan aktifitas yang berkaitan dengan hubungan antara manusia dengan yang lainnya dikenal suatu kaidah bahwa pada dasarnya dalam bermuamalah segala sesuatu boleh dilakukan kecuali terdapat suatu ketentuan yang melarangnya. Kaidah tersebut adalah (Agustianto, 2006 halaman lampiran 1):

الأصل في المعاملة الإباحة حتى يدل الدليل على تحريمها

*Pada dasarnya segala bentuk muamalat boleh dilakukan, kecuali ada dalil yang mengharamkannya.*

Kaidah tersebut dapat dijadikan dasar bagi kebolehan melakukan alih *mudharib*, mengingat tidak dalil yang melarang terhadap hal tersebut.

### **b.3) Kaidah Kemudahan dalam Islam**

Kaidah ini menjelaskan bahwa dalam Hukum Islam menginginkan kemudahan. Ajaran Islam tidak membebani seseorang dengan sesuatu yang diluar kemampuannya, dapat menyempitkan atau sesuatu yang tidak sesuai dengan kemampuan seseorang.

Dalil tersebut menjadi dasar bagi kebolehan dalam melakukan alih *mudharib* bahwa jika memang ternyata memang secara teknis *mudharib* lama mengalami kesulitan dan tidak lagi sanggup meneruskan pembiayaan *mudharabah*, disisi lain terdapat pihak yang bersedia menggantikan kedudukannya menjadi *mudharib* baru maka hendaklah hal tersebut tidak dihalangi, karena sesuai dalam Hukum Islam bahwa adanya prinsip kemudahan dalam bermuamalah.

Hal ini sejalan dengan suatu kaidah yang menyatakan hal sebagai berikut (Ade Dedi Rohayana halaman 225):

المشقة تجلب التيسير

*Kesulitan (kesempitan) dapat menarik kemudahan.*

Dasar hukum kaidah ini adalah sebagaimana dijelaskan dalam Al Qur'an sebagai berikut :

1. QS surat Al Baqarah ayat 185 yang artinya : *"Allah menghendaki kemudahan bagi kamu dan tidak menghendaki kesulitan bagi kamu."*
2. QS surat Al Baqarah ayat 286 yang artinya : *"Allah tidak membebani seseorang kecuali atas kemampuannya."*
3. QS surat An-Nisa ayat 28 yang artinya : *"Allah menghendaki keringanan bagi kamu."*
4. QS surat Al Maidah 6 yang artinya : *"Allah tidak meghendaki kesulitan bagi kalian."*
5. QS surat Al A'raf ayat 157 yang artinya : *"Dan membuang dari mereka beban-beban dan belenggu-belenggu yang ada pada mereka."*
6. QS surat Al Hajj ayat 78 yang artinya : *"Allah tidak menghendaki kesulitan bagi kalian dalam agama."*

7. QS surat An Nur ayat 61 yang artinya : *tidak ada kesulitan bagi oarang buta, tidak pula bagi orang pincang, sakit atau dirimu sendiri.*”

### **b.3) Kaidah Mengenai Kedudukan Hukum bagi Pihak yang menggantikan**

Dalam melakukan alih *mudharib*, maka kedudukan *mudharib* mempunyai kedudukan hukum yang sama dengan *mudharib* lama terhadap bank, hal ini berarti hak dan kewajiban yang ada pada *mudharib lama* juga berpindah kepada *mudharib* baru. Hal ini sebagaimana dijelaskan dalam kaidah (Ade Dedi Rohayana halaman 104):

يقوم البديل مقام المبدل ويسد مسدّه ويبنى حكمه على حكم  
مبدله

*Pengganti menempati posisi mubdal (yang diganti) dan mempunyai hukum seperti hukum perkara yang diganti.*

Kaidah ini sangat relevan jika digunakan sebagai dasar bagi pelaksanaan peralihan *mudharib* dimana akibat hukumnya juga diuraikan bagi *mudhraib* lama maupun *mudharib* baru.

### **b.4) Kaidah Mengenai Perbuatan Hukum karena sudah menjadi Kebiasaan dalam Masyarakat (Adat dapat dipertimbangkan menjadi Hukum)**

Bahwa dalam melakukan suatu perbuatan hukum maka kebiasaan yang terjadi dalam masyarakat dapat didasarkan pada suatu kebiasaan yang terjadi dalam masyarakat, secara terus menerus. Hal tersebut sebagaimana disebutkan dalam kaidah sebagai berikut (Agustianto, 2006 halaman halaman 8 dan lampiran 9). :

**Universitas Indonesia**

## إِذَا تَعْتَبِرَ الْعَادَةَ إِذَا اضْطَرَدتْ أَوْ غَلَبتْ

*Suatu perbuatan hukum dapat didasarkan pada kebiasaan yang terjadi terus menerus dan bersifat umum*

### الثابت بالعرف كالثابت بالشرع

*Sesuatu yang berlaku berdasarkan adat kebiasaan, sama dengan sesuatu yang berlaku menurut hukum syara'*

Transaksi *mudharabah* tidak secara langsung disebutkan dalam Al-Qur'an atau sunnah, namun adalah sebuah kebiasaan yang diakui dan dipraktikkan oleh umat Islam pada masa Nabi Muhammad S.A.W, dan bentuk dagang semacam ini tampaknya terus hidup sepanjang periode awal era Islam sebagai tulang punggung perdagangan.

Sementara itu belum diketemukan suatu data empiris yang menjelaskan suatu riwayat adanya peralihan dalam *mudharabah*, namun demikian untuk peralihan nasabah pada pinjaman telah ada dan hidup serta telah menjadi hal yang biasa dilakukan bahkan hal tersebut diatur dalam KHUPerdata.

#### **b.5) Kaidah mengenai adanya Tujuan yang akan dicapai**

Tujuan yang ingin dicapai dalam melakukan alih *mudharib* adalah bagaimana agar pembiayaan yang telah dijalankan tersebut dapat masih tetap berjalan dan memberikan kemanfaatan bagi semua pihak baik disisi bank, *mudharib* lama maupun *mudharib* baru, bahkan jika dalam alih *mudharib* memberikan manfaat akad yang dilakukan menjadi batal. Kemanfaatan disini adalah bagi bank dan *mudharib* baru adalah adanya keuntungan yang akan dibagi, sedangkan bagi

*mudharib* lama terhindarnya memburuknya nama baiknya dikarenakan. Hal ini selaras dengan kaidah (Ade Dedi Rohayana halaman 84):

كل عقد لا يفيد مقصوده يبطل

*Setiap akad yang tidak memberikan manfaat pada tujuannya menjadi batal*

#### **b.6) Kaidah adanya Kemaslahatan**

Dalam melakukan suatu aktivitas, tuntutan yang diharapkan selain adanya manfaat yang diperoleh namun juga bagi kemaslahatan bagi pihak-pihak yang lain. Dan adanya kemaslahatan ini berarti adanya hukum Allah yang ditegakkan sebagaimana disebutkan dalam suatu kaidah yang menyebutkan (Agustianto, 2006 halaman lampiran 2) :

اينما وجدت المصلحة فتم شرع الله

*Dimana terdapat kemaslahatan, maka disana terdapat syariah Allah*

Dalam melakukan alih *mudharib* adalah tuntutan yang ingin dicapai selain memberikan kemanfaatan bagi semua pihak baik disisi bank, *mudharib* lama maupun *mudharib* baru, bahkan jika dalam alih *mudharib* namun juga adanya kemaslahatan bagi bank, *mudharib* baru maupun *mudharib* lama.

Adanya kemaslahatan bagi *mudharib* lama dan *mudharib* baru yang didasarkan pada kerjasama dan tolong menolong untuk kebaikan, sehingga kesulitan yang dirasakan oleh sebagian dapat diselesaikan oleh yang lain, sebagaimana disampaikan oleh Sayyiq Sabiq, dikutip oleh Taqiy Al-Din, bahwa tolong-menolong hukumnya wajib (Hendi Suhendi, 1997). Adapun landasan hukumnya dari nash Al Qur'an Al Maidah : 2)

وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ۗ وَاتَّقُوا  
 اللَّهَ ۖ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ ﴿٢٠٢﴾

.....dan tolong-menolonglah kamu dalam (mengerjakan) kebajikan dan takwa, dan jangan tolong-menolong dalam berbuat dosa dan pelanggaran. dan bertakwalah kamu kepada Allah, Sesungguhnya Allah amat berat siksa-Nya.

Hal ini juga sebagaimana diriwayatkan dalam hadist mengenai urgensi dari menghilangkan kesulitan pihak lain sebagai berikut :

*“Barang siapa melepaskan dari seorang muslim suatu kesulitan di dunia, Allah akan melepaskan kesulitan darinya pada hari kiamat; dan Allah senantiasa menolong hamba-Nya selama ia (suka) menolong saudaranya”*  
 (HR. Muslim dari Abu Hurairah)

*“Perumpamaan orang beriman dalam kasih sayang, saling mengasihi dan mencintai bagaikan tubuh (yang satu); jikalau satu bagian menderita sakit maka bagian lain akan turut menderita”* (HR. Muslim dari Nu'man bin Basyir)

#### **b.7) Kaidah Relatitas atas Konsekuensi dari suatu Perbuatan**

Dalam hal suatu transaksi dilakukan atas dasar kerelaan dari para pihak yang menerimanya maka juga menerima segala akibat yang ditimbulkannya. (Imam Musbikin., 2001 halaman 166).

الرضى بالشيء رضا بما يتولد منه

*rela atas sesuatu berarti rela atas yang timbul dari sesuatu itu*

Hal ini berlaku juga dalam bermuamalah termasuk dalam melakukan peralihan pembiayaan *mudharabah*, selama para pihak menerimanya dan rela maka para pihak juga menerima segala akibatnya. Hal ini juga didukung dengan kaidah lain yang menyatakan jika memang pihak-pihak yang ada dalam perikatan menerima segala sesuatunya dengan ikhlas dan tanpa adanya paksaan maka hal tersebut akan mengikat para pihak yang ada didalamnya. Kaidah tersebut adalah (Ade Dedi Rohayana halaman 50);

ما شرط على نفسه طائعا غير مكروه فهو عليه

*Sesuatu yang disyaratkan atas dirinya secara taat, tanpa terpaksa maka itu mengikat dirinya.*

Keseluruhan uraian mengenai kaidah-kaidah tersebut menjelaskan bahwa ajaran Islam selalu menginginkan kemudahan bagi manusia. Semua hukum yang ada didalam ajaran Islam tidak melampaui kemampuan manusia. Berdasarkan kaidah-kaidah tersebut maka dapat diambil suatu pelajaran bahwa ajaran Islam selalu menginginkan kemudahan bagi manusia.

Selanjutnya berdasarkan kaidah-kaidah tersebut diharapkan menjadi suatu jembatan atau solusi dalam memecahkan berbagai masalah yang berkaitan dengan dasar hukum bagi kebolehan melakukan alih *mudharib* pada pembiayaan *mudharabah*.

#### **4.3.4 Unsur-unsur dalam Akad Peralihan *Mudharib***

Mengenai unsur yang harus ada yang dianggap essensial (rukun) dalam suatu akad ulama berpendapat bahwa rukun akad yaitu :

- a. *Al muta'qidain* (Pihak-pihak yang berakad/the contracting parties)
- b. *Mahallul 'Aqd* (Obyek Perikatan/The Subject Matters))

- c. *Maudhu'ul Aqd* (Tujuan Perikatan)
- d. *Sighat Al-Aqd* (Pernyataan untuk mengikatkan diri/Format)

Demikian pula dalam akad yang dilakukan dalam alih *mudharib* ini maka unsur-unsur yang menjadi rukun dan syarat. Rukun dalam akad peralihan *mudharib* adalah merupakan bagian inti akad tersebut yaitu adanya para pihak (*the contracting party*) yang bersepakat. Sementara syaratnya adalah bahwa pihak yang menandatangani memang pihak yang mempunyai “kesadaran atau sehat akal” sehingga dapat mempertanggung-jawabkan atas apa yang disepakati. Unsur-unsur tersebut jika diuraikan adalah sebagai berikut :

**a. *Al muta'qidain* (Pihak-pihak yang berakad / *The Contracting Parties*)  
Pelaku (Pemilik Modal maupun Pelaksana Usaha)**

Dalam akad alih *mudharib* mudharabah, harus ada minimal tiga pelaku. Pihak pertama selaku pemilik modal (*shahib al-mal*), dan pihak kedua selaku pelaksana usaha lama (*mudharib* lama) serta pelaksana usaha baru (*mudharib* baru). Selaku pelaku yang dapat melakukan transaksi, harus orang yang cakap bertindak atas nama hukum dan cakap diangkat sebagai wakil.

Dalam melakukan alih *mudharib* perlu adanya skala prioritas. Dimana pihak yang menggantikan *mudharib* lama didahulukan atas orang-orang terlibat secara internal (*Sub'ah*) atas pengelolaan usaha atas modal yang diberikan oleh bank, sehingga diharapkan mampu meneruskan usaha yang ada. Baru selanjutnya kepada pihak lain (eksternal) yang mampu menjalankan usaha tersebut.

**b. Obyek**

Obyek dalam perikatan yang terjadi dalam peralihan *mudharib* disini adalah pembiayaan atau modal yang diterima oleh *mudharib* lama, pembiayaan atau modal inilah yang selanjutnya menjadi kewajiban bagi *mudharib* lama yang selanjutnya akan diserahkan kepada *mudharib* baru. Pada pelaksanaan *novasi*

menurut hukum secara umum yaitu peralihan hutang kepada nasabah baru (*novasi subyektif pasif*) pada prinsipnya tidak pernah terjadi penyerahan fisik uang kepada nasabah baru, namun sebatas pernyataan secara tegas bahwa nasabah baru menerima segala kewajiban yang dibebankan kepada nasabah lama untuk selanjutnya menjadi tanggung jawabnya.

Sama seperti yang terjadi dalam praktek yang terjadi dalam *novasi*, maka proses peralihan pembiayaan *mudharabah* dari *mudharib* lama kepada *mudharib* baru pada kenyataannya tidak pernah terjadi penyerahan fisik modal berupa uang kepada *mudharib* baru, namun yang terjadi adalah peralihan sejumlah kewajiban untuk mengelola pembiayaan *mudharabah* yang pernah diterima oleh *mudharib* lama untuk selanjutnya dengan menandatangani akad peralihan *mudharib* tersebut maka *mudharib* baru harus tunduk terhadap semua persyaratan yang telah ditetapkan bank kepada *mudharib* lama. Dan *Mudharib* mempunyai kewajiban untuk mengelola pembiayaan yang diambil alihnya tersebut sesuai dengan ketentuan yang disepakatinya dengan bank. Dalam hal pembiayaan yang telah diterima oleh *mudharib* lama digunakan untuk keperluan modal kerja yang tertanam pada persediaan dan piutang, maka pada saat peralihan tersebut *mudharib* lama seharusnya juga menyerahkan fisik persediaan yang ada dan daftar piutang yang belum tertagih kepada *mudharib* baru.

Dalam melakukan alih *mudharib* obyek yang dialihkan haruslah jelas dan tegas :

1. Jelas jumlahnya.
2. Tidak mengandung *gharar*, tidak jelas (tidak pasti) kuantitasnya. Terdapat unsur *uncertainty*
3. Tidak ada unsur manipulasi
4. Jika sebagian masih berbentuk barang maka atas barang tersebut haruslah jelas nominalnya dan dapat diuangkan
5. Jika masih berbentuk piutang maka harus jelas kepada siapa dan besarnya.

**c. *Sighat Al-Aqad* (Pernyataan untuk mengikatkan diri/ Persetujuan kedua belah pihak /Ijab-Qabul)**

Faktor ketiga, yakni persetujuan para pihak dalam akad peralihan *mudharib*, merupakan konsekuensi dari prinsip *an-taradim minkum* (sama-sama rela). Harus dinyatakan secara tegas oleh semua pihak yang mengikatkan dirinya. Dalam melakukan alih *mudharib* haruslah adanya pernyataan yang dibuat secara tegas dari para pihak berupa :

1. Riwayat atau suatu penjelasan dalam akad alih *mudharib* yang menerangkan alasan dilakukan peralihan pembiayaan *mudharabah*
2. Pernyataan bahwa *mudharib* lama melepaskan haknya untuk mengelola pembiayaan *mudharabah*.
3. Pernyataan dari *mudharib* baru menerima segala kewajiban untuk mengelola pembiayaan *mudharabah*.
4. Penegasan kembali tentang jaminan jaminan yang akan diserahkan.
5. Hal-hal lain yang disepakati antara bank, *mudharib* lama dan *mudharib* baru sebagai tambahan syarat dalam akad seperti ; nisbah dan syarat-syarat lainnya.

**d. *Maudhu'ul Aqd* (Tujuan Perikatan)**

*Maudhu'u al-Aqdi* (*Ghayatul akad*), cara maksud yang dituju sebagai prestasi yang dilakukan. Tujuan yang hendak dicapai dengan dilakukan adalah adanya suatu manfaat dan kemaslahatan bagi pihak-pihak yang menandatangani perikatan tersebut. Bagi bank dan *mudharib* baru adalah adanya nisbah keuntungan yang akan dibagi. Sementara bagi *mudharib* lama lebih kepada manfaat bahwa ia akan dapat melakukan aktivitas yang lain dengan lebih fokus.

**4.4 Pemberian Agunan pada Pembiayaan *Mudharabah* dan Eksistensi Perjanjian Pengikatan Agunan**

**4.4.1 Pemberian Agunan dalam Pembiayaan *Mudharabah***

Dalam hukum positif Indonesia terdapat berbagai peraturan perundang-undangan yang mengatur jaminan dalam rangka melaksanakan sistem kehati-hatian (*prudential*) yang harus dilakukan oleh industri perbankan, termasuk perbankan syariah. Peraturan perundang-undangan tersebut antara lain dapat dilihat dalam ketentuan-ketentuan UU No. 7 Tahun 1992 tentang Perbankan, yang telah diubah dengan UU No. 10 tahun 1998, UU no. 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, peraturan perundang-undangan Bank Indonesia dan KUH Perdata. Berikut akan disebutkan beberapa pasal perundang-undangan di atas yang terkait dengan urgensi jaminan di perbankan:

- a. Dalam UU No. 10 tahun 1998 terdapat pada pasal 8 dan penjelasannya pasal 8 ayat (1) serta pasal 12 A ayat (1) berikut ini:

*“...dalam memberikan kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syari’ah, Bank umum wajib mempunyai keyakinan berdasarkan analisis yang mendalam atau itikad baik dan kemampuan serta kesanggupan debitur/nasabah untuk melunasi hutangnya atau mengembalikan pembiayaan dimaksud sesuai dengan yang diperjanjikan”* (pasal 8 ayat (1))

*“Kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syari’ah yang diberikan bank mengandung resiko, sehingga dalam peleksanaannya bank harus memperhatikan asas-asas perkreditan atau pembiayaan berdarkan prinsip syari’ah yang sehat. Untuk mengurangi resiko tersebut, jaminan pemberian kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syari’ah dalam arti keyakinan atas kesanggupan nasabah debitur/nasabah untuk melunasi kewajibannya sesuai dengan yang diperjanjikan merupakan faktor penting yang harus diperhatikan bank. Untuk memperoleh keyakinan tersebut, sebelum memberikan kredit, bank harus melakukan penilaian yang seksama terhadap watak, kemampuan, modal, agunan, dan prospek usaha dari Nasabah Debitur. Mengingat bahwa agunan sebagai salah satu*

*unsur pemberian kredit, maka apabila berdasarkan unsur-unsur lain telah dapat diperoleh keyakinan atas kemampuan Nasabah Debitur mengembalikan utangnya, agunan dapat hanya berupa barang, proyek atau hak tagih yang dibiayai dengan kredit yang bersangkutan. Tanah.....”(penjelasan pasal 8 ayat (1))*

*“Bank Umum dapat membeli sebagian atau seluruh agunan, baik melalui pelelangan maupun di luar pelelangan berdasarkan penyerahan secara sukarela oleh pemilik agunan atau berdasarkan kuasa untuk menjual di luar lelang dari pemilik agunan dalam Nasabah Debitur tidak memenuhi kewajibannya kepada bank, dengan ketentuan agunan yang dibeli tersebut wajib dicairkan secepatnya.(Pasal 12 A ayat (1))*

- b. Dalam Undang-Undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah pasal 23 perihal kelayakan Penyaluran Dana :

*Bank Syariah dan/atau UUS harus mempunyai keyakinan atas kemauan dan kemampuan calon nasabah penerima fasilitas untuk melunasi seluruh kewajiban pada waktunya, sebelum bank syariah dan /atau UUS menyalurkan dana kepada nsabah penerima fasilitas. (pasal 23 ayat 1)*

*Untuk memperoleh keyakinan sebagaimana dimaksud pada ayat 1, bank syariah dan /atau UUS wajib melakukan penilaian yang seksama terhadap watak, kemampuan, modal, **agunan** dan prospek usaha dari calon nasabah penerima fasilitas.*

- c. Dalam Peraturan Bank Indonesia (PBI) No. 5/7/PBI/2003 tentang Kualitas Aktiva Produktif Bagi Bank Syari’ah pasal 2 (ayat 1) dan penjelasannya, dan pada PAPSI (Pedoman Akuntansi Perbankan Syari’ah Indonesia) tahun 2003 Bank Indonesia :

*Penanaman dana Bank Syariah pada Aktiva Produktif wajib dilaksanakan berdasarkan prinsip kehati-hatian. (Pasal 2 (ayat 1)*

*Yang dimaksud dengan prinsip kehati-hatian dalam penanaman dana yaitu penanaman dana dilakukan antara lain berdasarkan: 1) .Analisis kelayakan usaha dengan memperhatikan sekurang-kurangnya faktor 5C (Character, Capital, Capacity, Condition ofeconomy & Collateral); 2). Penilaian terhadap aspek prospek usaha, kondisi keuangan dan kemampuan membayar. (Penjelasan Pasal 2).*

*“Pada prinsipnya dalam pembiayaan mudharabah tidak dipersyaratkan adanya jaminan, namun agar tidak terjadi moral hazard berupa penyimpangan oleh pengelola dana, pemilik dana dapat meminta jaminan dari pengelola dana atau pihak ketiga. Jaminan ini hanya dapat dicairkan apabila pengelola dana terbukti melakukan pelanggaran terhadap hal-hal yang telah disepakati bersama dalam akad” (PAPSI 2003, h. 58)*

c. Dalam KUH Perdata pasal 1131 dan pasal 1132 berikut ini:

*“Segala kebendaan si berutang, baik yang bergerak maupun yang tidak bergerak, baik yang sudah ada maupun yang baru ada di kemudian hari, menjadi tanggungan untuk segala perikatannya perseorangan.” (pasal 1131)*

*Kebendaan tersebut menjadi jaminan bersama-sama bagi semua orang yang mengutangkan padanya; pendapatan penjualan benda-benda itu dibagi bagi menurut keseimbangan yaitu menurut besar-kecilnya piutang masing-masing kecuali apabila di antara para berpiutang itu ada alasan-alasan yang sah untuk didahulukan. (pasal 1132)*

Konsep tentang pengikatan agunan dalam hukum Islam (fiqh) terdapat dalam pembahasan tentang *rahn* yang merupakan bentuk jaminan kebendaan

dalam hukum Islam sebagaimana yang telah diuraikan di atas. Hal yang menarik yang perlu mendapat penekanan kembali tentang persoalan rahn dalam kaitannya dengan pengikatan agunan adalah beberapa persoalan berikut ini;

1. Pertama, apakah akad rahn merupakan akad yang bersifat *accessoir* (ikutan, tambahan) atau akad yang terpisah dengan akad utang piutang?,
2. Kedua, bolehkah penguasaan obyek rahn (*al-qabdh*, *possession*) tidak dalam bentuk penguasaan fisik tetapi berupa bukti surat?
3. Ketiga, apa saja akibat hukum yang lahir dari akad rahn?

Sebagaimana yang diuraikan sebelumnya, pengertian rahn adalah menjadikan barang/materi sebagai jaminan utang, yang dapat dijadikan pembayar utang apabila orang yang berutang tidak bisa membayar utangnya itu. Dari pengertian ini jelas bahwa *rahn* sangat terkait dengan akad hutang piutang. Akan tetapi, berkaitan dengan apakah rahn merupakan akad pokok atau akad *accessoir* (tambahan, ikutan), hal ini dapat diketahui dari proses kelahiran akad ini.

Para ulama fiqh membagi proses terjadinya akad *rahn* menjadi tiga bentuk;

1. Pertama, akad rahn yang terjadi bersamaan dengan akad yang melahirkan kewajiban (*al-dain*), seperti penjual yang mensyaratkan penyerahan *rahn* (jaminan/gadai) terhadap pembelian barang dengan harga yang ditunda (*muajjal*).
2. Kedua, akad *rahn* yang terjadi setelah akad hutang piutang yang memerlukan jaminan.
3. Ketiga, akad *rahn* yang lahir sebelum akad yang melahirkan kewajiban (pembayaran hutang), seperti perkataan seorang “*saya jaminkan/gadaikan emas ini kepadamu, dan berikan kepadaku hutang 1 (satu) juta rupiah..!!*”.

Dari ketiga bentuk akad tersebut dua yang pertama disepakati oleh para ulama, sedangkan yang terakhir hanya diperbolehkan menurut madzhab Maliki dan

Hanafi. Sedangkan menurut Madzhab Syafi'i dan Hambali Akad rahn yang mendahului akad hutang piutang tersebut tidak sah karena menurut mereka rahn merupakan akad yang mengikuti kewajiban (*al-rahn taabi'un lilhaqqi*). (Wahbah Zuhaili, 2002, halaman 4212)

Oleh karena itu, dalam kaitannya dengan perjanjian pengikatan jaminan yang merupakan perjanjian aksesoir, yakni perjanjian yang lahir setelah perjanjian pembiayaan menurut hukum Islam diperbolehkan, bahkan disepakati oleh para ulama (*ittifaq al-madzhab*). Hal ini sesuai dengan bentuk kedua dari proses terjadinya akad rahn yang lahir setelah akad utang piutang yang melahirkan kewajiban pembayaran.

Sementara berkaitan pengikatan jaminan yang melalui lembaga jaminan seperti hak tanggungan, fiducia, dan hipotik yang dalam proses penjaminannya hanya melalui bukti surat atau akta/sertifikat kepemilikan barang yang dijamin, misalnya dalam bentuk sertifikat tanah, sertifikat hipotik, dan surat kepemilikan mobil (BPKB), maka persoalan ini sangat terkait dengan perbedaan ulama fiqh tentang maksud penguasaan (*al-qabdh, possession*) obyek (barang yang digadaikan) yang menjadi syarat *rahn*. Mayoritas ulama (madzhab Hanafi, Syafi'i dan Hanabilah) memaknai *al-qabdh* sebagai penguasaan barang secara fisik, ini hampir sama dengan konsep gadai dalam KUHPerdara yang memberikan hak kebendaan kepada bank. Sementara itu, menurut Madzhab Maliki, penguasaan obyek *rahn* tersebut tidak harus dalam bentuk penguasaan fisik barang tetapi segala sarana yang bisa menggantikan kedudukannya dapat dijadikan sebagai jaminan atas pembiayaan, seperti sertifikat tanah, sertifikat hipotik dan bentuk-bentuk surat tanda kepemilikan barang lainnya. (Wahbah Zuhaili, 2002, halaman 4238-4240)

Dari kedua pendapat tersebut, pendapat kedua tampaknya lebih relevan untuk saat ini atas dasar pertimbangan efektifitas dan efisiensi proses penjaminan. Apalagi, menurut Wahbah Zuhaili, maksud keharusan penguasaan obyek *rahn*

tersebut bukan semata-mata aturan syari'ah yang bersifat "harus diterima apa adanya, *taken for granted*" (*ta'abbudy*), tetapi tujuannya adalah untuk menjamin bank yang menerima barang jaminan agar merasa tenang dan percaya piutangnya akan dikembalikan. Oleh karena itu, jika melalui bukti surat atau sertifikat kepemilikan barang jaminan telah mampu menjamin kepercayaan dan ketenangan kreditur/bank maka sah hukumnya.

Selanjutnya, akibat hukum yang timbul setelah sempurnanya akad rahn dengan diserahkannya barang jaminan kepada penerima jaminan (bank) antara lain; 1). terkaitnya hutang dengan obyek jaminan secara utuh, 2). bank berhak menahan obyek jaminan, 3). bank wajib menjaga obyek jaminan, 4). bank dilarang menggunakan atau memanfaatkan obyek jaminan, 5). bank berhak menuntut obyek jaminan dijual bila hutangnya tidak mampu dibayar, 6). bank wajib mengembalikan obyek jaminan setelah hutang debitur/nasabah telah dilunasi. 7). bank memiliki hak didahulukan (*haqqu al-imtiyaz, preferen*) dari bank-bank lain. (Zuhaili, halaman 4276-4316)

Dari uraian tentang beberapa akibat hukum yang muncul setelah sempurnanya akad rahn tersebut, terdapat banyak kesamaan antara konsep pengikatan jaminan melalui lembaga jaminan dalam sistem perundang-undangan di Indonesia dengan konsep rahn. Oleh karena itu, bagi lembaga keuangan syari'ah, seperti perbankan syari'ah atau gadai syari'ah yang ada di Indonesia, yang menerapkan sistem pengikatan jaminan dalam pemberian kredit atau pembiayaan kepada nasabahnya, tentu saja dapat menerapkan sistem jaminan yang saat ini telah ada dan berlaku di negara ini.

Selanjutnya mudharabah adalah kesepakatan antara pemilik modal (shahibul maal) untuk menyertakan modalnya kepada pekerja (pengusaha) untuk diinvestasikan, sedangkan keuntungan yang diperoleh menjadi milik bersama dan dibagi menurut kesepakatan bersama.

Dalam konteks perbankan, pembiayaan mudharabah adalah akad kerjasama usaha antara bank sebagai pemilik dana (*shahibul maal*) dan nasabah sebagai pengelola dana (*mudharib*) untuk melakukan kegiatan usaha dengan nisbah pembagian hasil (keuntungan atau kerugian, *profit and loss sharing*) menurut kesepakatan dimuka.

Dalam pembiayaan mudharabah hubungan antara pihak bank dengan dengan pihak nasabah pengelola dana di dasarkan pada prinsip kepercayaan (*amanah*), maksudnya pengelola dana (*mudharib*) dipercaya untuk mengelola modal mudharabah, dia tidak dikenakan ganti rugi (*dhaman*) atas kerusakan, kemusnahan, atau kerugian yang menyimpannya selama tidak disebabkan atas kelalaian, kecerobohan, atau tindakannya yang melanggar syarat dalam perjanjian (Kasani, halaman 360.)

Karena kepercayaan merupakan prinsip terpenting dalam transaksi pembiayaan mudharabah, maka mudharabah dalam istilah bahasa Inggris disebut *trust financing* atau *trust investment*. Prinsip inilah yang membedakan pembiayaan yang menggunakan akad mudharabah dengan akad-akad lainnya.

Atas dasar prinsip di atas, pihak pemilik modal (*shahibul mal*) pada prinsipnya tidak dapat menuntut jaminan apapun dari mudharib untuk mengembalikan modal atau modal dengan keuntungan. Jika pihak *shahibul mal* mempersyaratkan pemberian jaminan dari nasabah pengelola (*mudharib*) dan menyatakan hal ini dalam syarat kontrak, maka kontrak mudharabah tersebut menurut mayoritas ulama (*jumhur ulama*) tidak sah (*ghair shahih*) karena bertentangan dengan prinsip dasar akad "*amanah*" dalam mudharabah. (Ini merupakan pendapat madzhab Hanafi, Maliki, Syafi'i, dan Hambali. (Qudamah, , halaman 129, al-Kasani, halaman 360, Syarbaini, 1994, halaman 317).

Meskipun fiqih tidak mengizinkan pemilik modal/investor untuk menuntut jaminan dari mudharib, dalam kenyataannya, bank-bank Islam umumnya benar-

benar meminta beragam bentuk jaminan, baik dari *mudharib* sendiri maupun dari pihak ketiga. Namun mereka menegaskan bahwa jaminan tidak dibuat untuk memastikan kembalinya modal, tetapi untuk memastikan bahwa kinerja *mudharib* sesuai dengan syarat-syarat kontrak.

International Islamic Bank for Investment and Development, misalnya, mempersyaratkan bagi pemohon pendanaan *mudharabah* untuk menyatakan jenis jaminan yang dapat mereka berikan kepada bank. Demikian juga, salah satu klausul dalam kontrak *mudharabah* pada Faisal Islamic Bank of Egypt dinyatakan bahwa “jika terbukti bahwa *mudharib* menyalahgunakan atau tidak sungguh-sungguh melindungi barang-barang atau dana-dana, atau bertindak bertentangan dengan syarat-syarat investor, maka *mudharib* harus menanggung kerugian, dan harus memberikan jaminan sebagai pengganti kerugian semacam ini. (Saeed, halaman 86)

Di Indonesia, sebagaimana yang telah di uraikan di atas, praktek pengenaan jaminan untuk pembiayaan *mudharabah* sah adanya baik berdasarkan UU No. 10 tahun 1998 tentang perbankan maupun menurut peraturan Bank Indonesia. Bahkan Majelis Ulama melalui lembaga Dewan Syari’ah Nasional (DSN) juga membolehkan praktek jaminan tersebut.

Berangkat dari fenomena di atas, dapat disimpulkan bahwa konsep *mudharabah* dalam aplikasinya di perbankan syari’ah, di antaranya mengenai persoalan jaminan yang harus diberikan *mudharib* kepada pihak *shahibul mal* dalam hal ini bank syari’ah.

Menyikapi persoalan ini, para ahli hukum Islam kontemporer, di antaranya adalah Muhammad Abdul Mun’im Abu Zaid dalam bukunya *Nahwa Tathwiri Nidhami al-Mudharabah fi al-Masharif al-Islamiyah*, (halaman 127-128) menyatakan bahwa jaminan untuk pembiayaan *mudharabah* dalam praktek perbankan syari’ah diperbolehkan dan sangat penting keberadaannya atas dasar 2

(dua) alasan berikut ini: *pertama*, pada konteks perbankan syari'ah saat ini *mudharabah* yang dilakukan berbeda dengan *mudharabah* tradisional (*mudharabah tsunaiyah*) yang hanya melibatkan dua pihak shahibul maal dan mudharib, di mana keduanya sudah saling bertemu secara langsung (*mubasyarah*) dan mengenal satu dengan lainnya.

Sementara praktek *mudharabah* di perbankan syari'ah saat ini, Bank berfungsi sebagai lembaga *intermediary* memudharabahkan dana *shahibul maal* yang jumlahnya banyak kepada *mudharib* lain, dan shahibul maal yang jumlahnya banyak tersebut tidak bertemu langsung dengan *mudharib* sehingga mereka tidak bisa mengetahui dengan pasti kredibilitas dan kapabilitas *mudharib*. Oleh karena itu, untuk menjaga kepercayaan dari nasabah investor, bank syari'ah harus menerapkan asas *prudential*, di antaranya dengan mengenakan jaminan kepada nasabah penerima pembiayaan. *kedua*, situasi dan kondisi masyarakat saat ini telah berubah dalam hal komitmen terhadap nilai-nilai akhlak yang luhur, seperti kepercayaan (*trust*) dan kejujuran.

Berkaitan dengan hal ini, Abdul Mun'im Abu Zaid dalam karyanya yang lain "*Al-Dhaman fi al-Fiqh al-Islamy*" juga menyatakan bahwa faktor terbesar yang menjadi hambatan perkembangan Perbankan Syari'ah, khususnya dalam bidang investasi adalah rendahnya moralitas para nasabah penerima dana pembiayaan dalam hal kejujuran (*al-shidq*) dan memegang amanah (*al-amanah*). (Abu Zaid, halaman 74)

Oleh sebab itu, larangan jaminan dalam *mudharabah* karena bertentangan dengan prinsip dasarnya yang bersifat amanah bisa berubah karena adanya perubahan kondisi obyektif masyarakat dalam bidang moralitas. sesuai dengan kaidah *al hukmu yaduru ma'a illat wujudan wa 'adaman*. Artinya: Keberadaan hukum ditentukan oleh ada atau tidaknya 'illat (alasan). Jika 'illat berubah maka akibat hukumnya pun berubah.

Namun demikian, meskipun jaminan dalam *mudharabah* dalam praktek perbankan saat ini diperbolehkan, tetapi disyaratkan bahwa jaminan tersebut harus didasarkan pada tujuan menjaga agar tidak terjadi *moral hazard* berupa penyimpangan oleh pengelola dana (*taqshir al-amil*), bukan bertujuan mengembalikan modal bank atau sebagai ganti rugi (*dhaman*) setiap kerugian atas kegagalan usaha *mudharib* secara mutlak. Oleh karena itu, jaminan hanya dapat dicairkan apabila pengelola dana terbukti melakukan pelanggaran (*ta'addi*), kelalaian (*taqshir*), atau menyalahi kesepakatan yang telah ditentukan (*mukhalafatu al syurut*). Menurut PAPSI (*Pedoman Akuntansi Perbankan Syari'ah Indonesia*) tahun 2003 Bank Indonesia, bentuk-bentuk kelalaian atau kesalahan pengelola dana (*mudharib*), ditunjukkan oleh:

- 1). Tidak dipenuhinya persyaratan yang ditentukan dalam akad,
- 2). Tidak terdapat kondisi diluar kemampuan (*force majeure*) yang lazim/ atau yang telah ditentukan di dalam akad, atau
- 3). Hasil putusan dari badan arbitrase atau pengadilan.

Di samping itu, kewajiban adanya jaminan dalam *mudharabah* tidak harus dibebankan kepada *mudharib* tetapi bank dapat meminta jaminan kepada pihak ketiga yang akan menjamin *mudharib* bila melakukan kesalahan. Dalam konsep fiqh jaminan oleh pihak ketiga dikenal dengan akad *kafalah*.

Dalam praktek perkreditan atau pembiayaan, keberadaan agunan sebagai jaminan tambahan ternyata menjadi hal yang tidak bisa diabaikan dibandingkan dengan sekedar jaminan berupa keyakinan bahwa debitur/nasabah akan mampu mengembalikan kredit atau pembiayaan yang diterimanya. Di samping itu, untuk lebih meyakinkan bahwa agunan yang diberikan akan mampu menjamin pengembalian kredit atau pembiayaan bila terjadi wanprestasi, maka agunan yang diserahkan oleh debitur/nasabah harus dilakukan pengikatan.

Mengenai pengikatan jaminan kredit atau pembiayaan dapat diikuti berbagai ketentuan hukum yang tercantum dalam peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang lembaga jaminan dalam kaitannya dengan suatu utang-piutang.

#### **4.4.2 Eksistensi Perjanjian Pengikatan Agunannya sebagai Perjanjian Ikutannya (*Accessoir*)**

Pengikatan agunan baik dalam praktek perkan konvensional maupun perbankan syariah tunduk pada ketentuan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-benda Yang Berkaitan Dengan Tanah, Undang-Undang Nomor 42 tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia, serta KHUPerdata.

Pengikatan jaminan/agunan merupakan perjanjian *accessoir* (perjanjian buntut atau perjanjian turutan), sedangkan perjanjian pokoknya dalam konteks perbankan berupa pemberian kredit atau pembiayaan. Oleh karena itu, berdasarkan doktrin hukum maka perjanjian *accessoir* dibuat berdasarkan suatu perjanjian pokok. Bila perjanjian pokok hapus maka perjanjian *accessoir* juga harus dihapuskan. Sehubungan dengan itu, perjanjian kredit atau pembiayaan adalah perjanjian pokok dan perjanjian pengikatan jaminan/agunan adalah perjanjian *accessoir*. Dengan demikian untuk pengamanan pemberian kredit atau pembiayaan seharusnya setelah perjanjian ditandatangani segera dilakukan perjanjian pengikatan jaminan kredit atau pembiayaan. (Bahsan M, 2002, halaman 110)

Selanjutnya dalam hal terjadi novasi karena pergantian debitur/nasabah, maka pengikatan jaminan yang melekat pada perjanjian lama tidak beralih pada barang jaminan yang baru. Pasal 1422 KUHPerdata mengatur bahwa *novasi* dengan penunjukkan seorang berhutang baru menggantikan berhutang lama sebagai berikut :

*”Apabila pembaharuan utang diterbitkan dengan penunjukan seorang berutang baru yang menggantikan orang berutang lama, maka hak-hak istimewa dan hipotik-hipotik yang dari semula mengikuti piutang, tidak berpindah atas barang-barang si berutang baru.”*

Bahwa selanjutnya dalam Pasal 18 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 tahun 1996 tentang hak tanggungan, diatur bahwa hak tanggungan menjadi hapus karena peristiwa-peristiwa sebagai berikut :

1. Hapusnya utang yang dijamin dengan hak tanggungan;
2. Dilepaskannya hak tanggungan oleh pemegang hak tanggungan;
3. Pembersihan hak tanggungan berdasarkan penetapan peringkat oleh Ketua Pengadilan Negeri;
4. Hapusnya hak atas tanah yang dibebani hak tanggungan.

Dari bunyi Pasal 1422 KUH Perdata dan Pasal 18 ayat (1) UU Hak Tanggungan tersebut, maka pada *novasi subyektif pasif* perjanjian aksesoirnya tidak dapat dipertahankan lagi, mengingat perjanjian pokoknya telah hapus dengan adanya pembebasan utang dari kreditur/bank kepada debitur/nasabah lama.

Dengan kata lain hak-hak istimewa dan hipotik-hipotik tidak berpindah atas barang-barang berhutang baru. Ketentuan ini berarti bahwa dalam hal terjadi novasi karena peralihan atau perubahan debitur/nasabah, maka pengikatan jaminan yang melekat pada perjanjian lama tidak beralih pada perjanjian yang baru atau dengan kata lain sudah berakhir eksistensinya (hapus).

Sehubungan dengan hal tersebut diatas maka bank akan memperhatikan atas eksistensi hak tanggungannya yang menjamin hak *preferen* bank dalam penguasaan agunan debitur/nasabah. Sehingga dalam pemberian putusan *novasi*

akan selalu memperhatikan kedudukan hak tanggungannya dengan melihat ketentuan KUHPerduta.

Lebih lanjut pasal 1423 mengatur secara rinci tentang keberadaan jaminan dalam novasi subyektif pasif tersebut sebagai berikut :

*“ Apabila pembaruan hutang terjadi antara si berpiutang dan salah satu dari orang-orang yang berhutang secara tanggung-menanggung maka hak-hak istimewa dan hipotik-hipotik tidak dapat dipertahankan **selain atas benda-benda orang yang membuat perikatan baru itu.**”*

Penafsiran ketentuan tentang keberadaan jaminan dalam novasi subyektif pasif ini adalah sebagai berikut :

1. Debitur/nasabah lama sekaligus pemilik jaminan pada perjanjian lama tetapi tidak menjadi debitur/nasabah baru pada perjanjian novasi, maka pengikatan jaminan yang lama tidak dapat dipertahankan untuk kepentingan perjanjian novasi, sekalipun debitur/nasabah tersebut tetap bersedia menjaminkan barangnya.
2. Debitur/nasabah lama sekaligus pemilik jaminan pada perjanjian lama tetapi tetap menjadi debitur/nasabah pada perjanjian novasi serta bertindak sebagai pemilik jaminan dalam perjanjian novasi, maka pengikatan jaminan yang lama dapat tetap dipertahankan untuk kepentingan perjanjian novasi.

Filosofi yang terkandung dalam pasal 1422 dan 1423 KUHPerduta tentang lepasnya pengikatan agunan lama tersebut adalah bahwa suatu novasi atau pembaharuan hutang adalah salah satu bentuk perbuatan hukum atau perjanjian baru yang menghapuskan suatu perikatan lama, sekaligus dibuat perikatan baru. Dengan demikian maka seorang debitur/nasabah yang telah digantikan oleh debitur/nasabah baru dalam suatu novasi subyektif pasif telah dibebaskan dari seluruh kewajibannya kepada kreditur/bank. Adalah tidak sepatutnya seorang

debitur/nasabah yang telah dibebaskan kewajibannya tetap dibebani kewajiban untuk menjamin perjanjian (novasi) baru, atas dasar pengikatan jaminan lama. Apabila debitur/nasabah yang telah dibebaskan kewajibannya tersebut tetap berkehendak untuk menjamin hartanya untuk kepentingan perjanjian novasi, maka harus dilakukan pengikatan jaminan baru.

Debitur/nasabah yang dimaksud disini adalah baik debitur/nasabah perorangan maupun debitur/nasabah yang berbentuk Badan Hukum, sehingga ketika terjadi *novasi* ketentuan pasal 1422 dan 1423 KUHPerdara juga berlaku bagi debitur/nasabah tersebut.

Selanjutnya yang perlu diperhatikan bagi bank dalam melakukan pemberian kebijakan novasi/peralihan debitur/nasabah dapat dibedakan menjadi 2 menurut kedudukan debitur/nasabah yaitu :

1. *Novasi Subyektif Pasif* kepada debitur/nasabah yang turut menjamin pinjaman atas nama debitur/nasabah lama.
2. *Novasi Subyektif Pasif* kepada debitur/nasabah yang tidak turut menjamin pinjaman atas nama debitur/nasabah lama.

Dalam pemberian kredit diperlukan jaminan untuk kepastian pembayaran kembali hutang yang diberikan oleh bank akan mempertimbangkan eksistensi dari hak tanggungan tersebut.

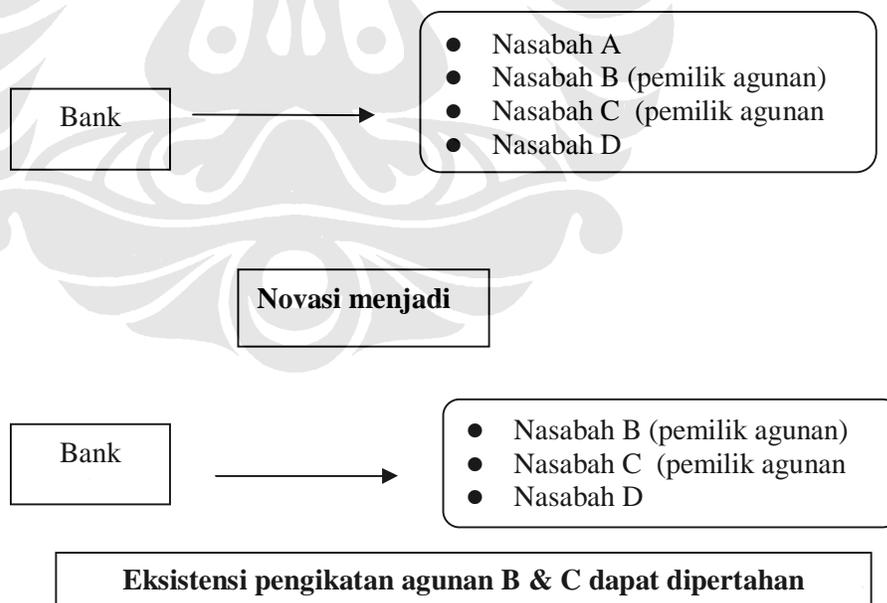
Dalam hal debitur/nasabah tersebut perorangan atau badan hukum dimana yang menandatangani perjanjian tersebut terdiri dari 2 subyek hukum atau lebih secara bersama-sama menanggung hutang tersebut/tanggung renteng dalam kurun waktu sebelum hutangnya lunas apabila salah satu peminjamnya mengajukan permohonan keluar dari pinjaman tersebut dan permohonan tersebut disetujui oleh salah satu peminjam yang setuju untuk menanggung seluruh hutang

tersebut maka bank akan melakukan proses analisis terhadap permohonan tersebut berdasarkan 5C.

Analisis yang dilakukan oleh kreditur/bank terhadap calon debitur/nasabah baru yang akan menggantikan kedudukan debitur/nasabah lama dilakukan secara menyeluruh layaknya permohonan pinjaman baru. Titik berat yang dilakukan adalah kemampuan debitur/nasabah baru tersebut dapat menjadi pertimbangan bagi bank untuk menyerahkan kewajiban debitur/nasabah lama kepada debitur/nasabah baru. Selanjutnya yang tidak kalah penting dalam proses analisis ini adalah bagaimana terhadap eksistensi pengikatan agunannya, apakah masih dapat dipertahankan atau tidak.

Contoh dalam permasalahan tersebut dapat diilustrasikan dalam 2 contoh sebagai berikut :

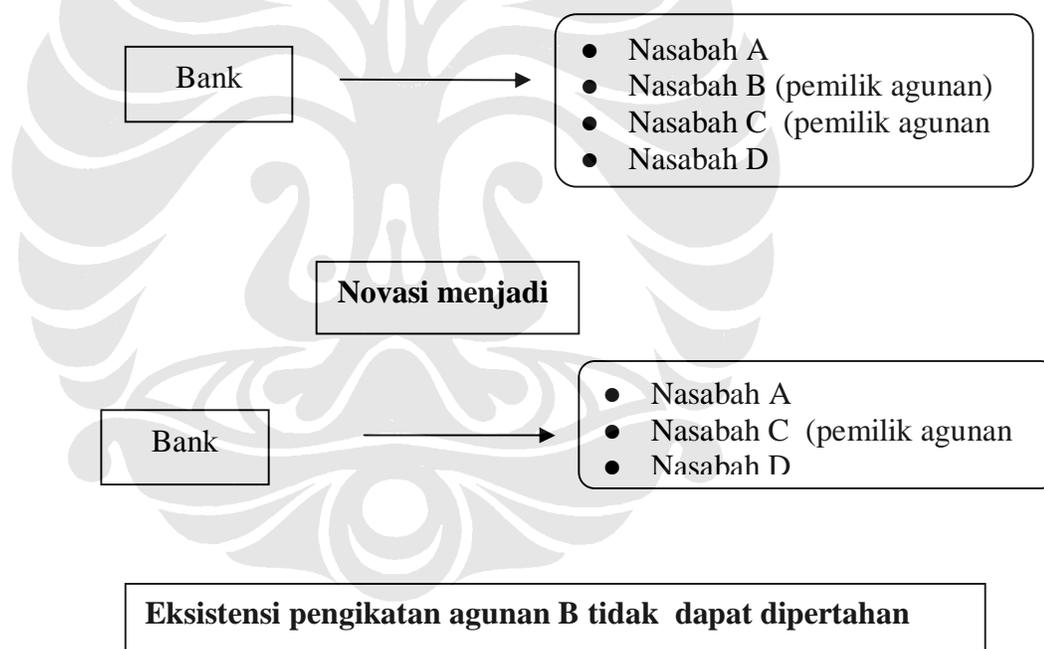
1. Contoh agunan yang dapat dipertahankan hak tanggungannya .



**gambar 4.5. eksistensi agunan yang dapat dipertahankan**

Debitur/nasabah lama adalah A,B,C dan D dengan jaminan berupa tanah atas nama B, C dalam kurun waktu A atas persetujuan B, C dan D mengajukan perubahan debitur/nasabah kepada bank dimana debitur/nasabah lama adalah A,B,C dan D mengajukan perubahan debitur/nasabah baru menjadi B, C, dan D atas hal tersebut maka berdasarkan Pasal 1423 KUHPerdara, bank akan mempertahankan agunan B,C karena yang keluar dari debitur/nasabah lama adalah A yang tidak mempunyai agunan yang dijamin pada bank sehingga tidak mempengaruhi eksistensi dari agunan B dan C yang menjamin hutang debitur/nasabah baru .

2. Contoh agunan yang tidak dapat dipertahankan hak tanggungannya.



**gambar 4.5. eksistensi agunan yang tidak dapat dipertahankan**

Debitur/nasabah lama adalah A,B,C dan D dengan jaminan berupa tanah atas nama B, C dalam kurun waktu B atas persetujuan A, C dan D mengajukan perubahan debitur/nasabah kepada bank dimana debitur/nasabah lama adalah A,B,C dan D mengajukan perubahan debitur/nasabah baru menjadi A, C, dan D

atas hal tersebut maka berdasarkan Pasal 1423 KUHPerduta, bank akan melakukan Royo terhadap agunan B karena tidak dapat dipertahankan, sehingga apabila B tetap bersedia untuk menanggung hutang debitur/nasabah baru yaitu A,C, dan D maka harus dilakukan pembebanan kembali atas agunan tersebut guna menjamin hutangnya debitur/nasabah baru yaitu A,C, dan D.

Selanjutnya bagaimana mekanisme pengaturannya dalam hal permasalahan tersebut terjadi dalam banks yariah, yang jelas dalam proses pengikatan agunan bank syariah hingga saat ini masih tetap dengan ketentuan yang berlaku pada sisitem hukum di Indonesia.

Merujuk dari hal tersebut, maka ketika terjadi permasalahan dalam alih *mudharib* tindakan yang dilakukan terhadap eksistensi pengikatan agunannya adalah sama dengan yang dilakukan dalam hal terjadi *novasi subyektif pasif* pada bank konvensional, yaitu tunduk kepada pasal 1422 dan pasal 1423 KHUPerduta.