

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Dalam praktek perbankan syariah, murabahah merupakan skema yang paling dominan digunakan dibandingkan dengan produk akad syariah lainnya. Karena dalam produk murabahah, bank sebagai lembaga intermediary yang harus menjalankan prinsip kehati-hatian bank (*prudential*) bisa diterapkan dengan efektif dan efisien sehingga resiko kerugian bisa diminimalisir.

Murabahah sebagai bentuk jual-beli, harga bisa dibayar secara tunai (*naqdan*), angsur (*taqhsith*) atau dalam bentuk sekaligus (*mu'ajjal*). Dalam pembayaran harga murabahah secara angsur, bank sering berhadapan resiko pembayaran macet, maka bank diperbolehkan bahkan boleh dikatakan “selalu” meminta jaminan yang diikat dengan pembebanan Hak Tanggungan maupun penjaminan lainnya. Ketika nasabah mengalami macet dan bisa dinilai sebagai telah melakukan wanprestasi maka bank berhak melelang sendiri atau memohon eksekusi lelang kepada KPKNL maupun kepada Pengadilan Agamakemudian hari, dan walaupun sekiranya sengketa tidak dapat dihindari, akta otentik tersebut merupakan alat bukti tertulis terkuat dan terpenuh dalam proses penyelesaian sengketa.¹

¹ GHS Lumban Tobing, 1991, *Peraturan Jabatan Notaris*, Jakarta: Erlangga, h 62

Pemerintah menghendaki Notaris sebagai pejabat umum yang diangkat dan diberhentikan oleh pemerintah (Menteri),² dan diberi wewenang dan kewajiban sebagaimana diatur dalam Peraturan Perundang-undangan.³ Notaris sebagai salah satu pejabat umum mempunyai peranan penting yang dipercaya oleh pemerintah dan masyarakat untuk membantu pemerintah dalam melayani masyarakat dalam menjamin kepastian, ketertiban, dan perlindungan hukum melalui akta otentik yang dibuat oleh atau di hadapannya, mengingat akta otentik sebagai alat bukti terkuat dan memiliki nilai yuridis yang esensial dalam setiap hubungan hukum bila terjadi sengketa dalam kehidupan masyarakat ataupun di badan peradilan.

Akta otentik yang dibuat Notaris secara teoritis adalah surat atau akta yang sejak semula dengan sengaja secara resmi dibuat untuk pembuktian. Sejak semula dengan sengaja berarti bahwa sejak awal dibuatnya surat itu tujuannya adalah untuk pembuktian dikemudian hari jika terjadi sengketa, sebab surat yang tidak dengan sengaja dibuat sejak awal sebagai alat bukti seperti surat korespondensi biasa. Dikatakan dengan resmi karena tidak dibuat di bawah tangan. Sedangkan secara dogmatis yakni menurut Pasal 1868 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdato) suatu akta otentik adalah akta yang bentuknya ditentukan oleh undang-undang (*welke in de wettelijke*) dan dibuat oleh atau di hadapan pegawai-pegawai (pejabat) umum (*door of ten overstaan van openbare ambtenaren*) yang berkuasa untuk itu

² Undang-undang Nomor 2 Tahun 2014 atas Perubahan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris.

³ Lihat Pasal 15 dan Pasal 16 Undang-undang Nomor 2 Tahun 2014 atas Perubahan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris.

(*daartoe bevoegd*) di tempat akta tersebut dibuatnya.⁴ Dengan demikian akta Notaris dapat menjadi alat bukti yang sempurna, jika ada pihak yang memperkarakan akta Notaris.

Seorang Notaris dalam menjalankan tugas jabatannya harus memiliki keterampilan profesi di bidang hukum juga harus dilandasi dengan tanggungjawab dan moral yang tinggi serta pelaksanaan terhadap tugas jabatannya maupun nilai-nilai dan etika, sehingga dapat menjalankan tugas jabatannya sesuai dengan ketentuan hukum dan kepentingan masyarakat. Notaris dalam melaksanakan tugasnya secara profesional harus menyadari kewajibannya, bekerja sendiri, jujur, tidak berpihak dan penuh rasa tanggungjawab dan memberikan pelayanan hukum kepada masyarakat yang memerlukan jasanya dengan sebaik-baiknya untuk kepentingan umum (*public*). Dalam melaksanakan tugas dan jabatannya seorang Notaris harus berpegang teguh pada Kode Etik Jabatan Notaris sebab tanpa itu, harkat dan martabat profesionalisme akan hilang.

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

⁴ Abdul Ghofur Anshori, 2009, *Lembaga Kenotariatan Indonesia Persepektif Hukum dan Etika*, UII Press, Yogyakarta, h 18.

Dalam praktek perbankan, adanya hubungan hutang piutang dan upaya pinjam meminjam uang dengan jumlah tertentu, adalah merupakan suatu perbuatan lazim yang sering dilakukan. Pihak bank sebagai kreditur, memberikan kredit kepada nasabah sebagai debitur. Praktek pinjam meminjam sejumlah uang dalam system perbankan berakibat pada lahirnya pihak pemberi pinjaman (kreditur), yaitu bank, dan pihak penerima pinjaman (debitur), yaitu nasabah. Dengan kata lain, bank sebagai kreditur adalah sebagai pihak pemberi pinjaman, sedangkan nasabah sebagai debitur adalah sebagai penerima pinjaman. Pada bank konvensional yang menggunakan sistem bunga, pemberian pinjaman uang kepada nasabah debitur disebut dengan istilah pemberian kredit, sedangkan pada bank-bank syariah yang berdasarkan pada sistem pemberian imbalan atau bagi hasil, maka pinjaman sejumlah uang yang diberikan kepada nasabah debitur disebut dengan istilah pembiayaan.

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

yaitu bank umum dan bank Mandiri Syariah.⁵

Bank umum adalah bank yang melaksanakan kegiatan usaha secara konvensional dan/atau berdasarkan Prinsip Syariah yang dalam kegiatannya memberikan jasa dalam lalu lintas pembayaran. Bank Mandiri Syariah adalah bank yang melaksanakan kegiatan usaha secara konvensional atau berdasarkan Prinsip Syariah yang dalam kegiatannya tidak memberikan jasa dalam lalu lintas pembayaran.

Ketentuan ini dipertegas dengan keluarnya Undang-undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, yang menyebutkan “Bank Syariah adalah Bank yang menjalankan kegiatan usahanya berdasarkan Prinsip Syariah dan menurut jenisnya terdiri atas Bank Umum Syariah dan Bank Pembiayaan Syariah Syariah. Undang-undang ini juga mengganti istilah Bank Mandiri Syariah Syariah menjadi Bank Pembiayaan Syariah Syariah. “Bank Pembiayaan Syariah Syariah adalah Bank Syariah yang dalam kegiatannya tidak memberikan jasa dalam lalu lintas pembayaran.”⁶

Perbankan Syariah diatur secara khusus dalam Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (Undang-Undang Perbankan Syariah). Menurut Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Perbankan Syariah, Perbankan Syariah adalah segala sesuatu yang berhubungan dengan Bank Syariah dan Unit Usaha Syariah, mencakup kelembagaan, kegiatan usaha, serta cara dan proses dalam melakukan kegiatan usahanya. Kemudian yang dimaksud dengan akad sebagaimana yang tercantum dalam Pasal 1

⁵ Muhammad Syafi'i Antonio, 2001, *Bank Syariah Dari Teori Ke Praktik*, Gema Insani, Jakarta, h. 85.

⁶Lihat Pasal 1 Undang-Undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.

angka 13 Undang-Undang Perbankan Syariah adalah kesepakatan tertulis antara Bank Syariah atau Unit usaha Syariah dan pihak lain yang memuat adanya hak dan kewajiban masing-masing pihak sesuai dengan prinsip syariah. Jadi akta notaris di bidang Perbankan Syariah yang berhubungan dengan akad merupakan kesepakatan tertulis antara Bank Syariah atau Unit Usaha Syariah yang di dalamnya memuat adanya hak dan kewajiban masing-masing pihak. Hak dan kewajiban sebagai kesepakatan para pihak yang dituangkan dalam akta notaris itu sesuai dengan prinsip syariah.

Sebagaimana telah diuraikan di atas Notaris dalam membuat akta harus berpedoman pada Pasal 38 UUJN-P yang sudah tegas diatur sedemikian rupa, namun dalam perkembangan masyarakat sekarang Notaris juga membuat Akta di bidang perbankan Syariah dan itu merupakan hal yang baru, yang juga mengakomodasi kepentingan-kepentingan syariah atau nilai keagamaan maka ada hal yang tidak biasanya yang harus dimasukkan yang mana tidak menutup kemungkinan akan mengubah sebagian dari format yang sudah di atur dalam Pasal 38 UUJN-P tersebut, sebagai contoh ada Notaris yang mencantumkan lafadz *Bismillahirrohmanirrohim*⁷ pada awal akta setelah nomor akta, namun ada juga Notaris yang mencantumkan lafadz *Bismillahirrohmanirrohim* tersebut ke dalam Premise. Hal tersebut yang banyak menuai perdebatan di kalangan Notaris itu sendiri maupun masyarakat pada umumnya. Di samping itu juga terdapat esensi yang tidak

⁷ Menurut Burhanuddin S, lafadz Bismillah merupakan perwujudan adanya niat karena Allah dari seseorang hamba ketika akan melakukan suatu perbuatan. Pencantuman lafadz bismillah dalam penyusunan kontrak Syariah, dimaksudkan agar pelaksanaan kontrak mempunyai nilai ibadah. Burhanuddin S., *Hukum Kontrak Syariah*, 2009, BPFE, Yogyakarta h. 190.

snikron dalam pembuatan Akad Syariah yang mana dalam hal ini Nasabah menghendaki adanya pembiayaan namun ketika akad masuk pada isi maka berubah menjadi pengakuan hutang. Maka hal ini akan menjadikan Akad syariah yang dibuat oleh Notaris rawan akan gugatan oleh pihak-pihak yang tidak bertanggungjawab.

Hanya saja, dalam literatur hukum Islam, pengertian jual beli sebagaimana diatur dalam KUHPerdara itu, dalam fiqih Islam bentuk dan jenisnya dibagi pada tiga cara, yaitu:⁸

1. *Bai` Al-murabahah (Deferred Payment Sale)*, yaitu bentuk jual beli barang pada harga asal dengan tambahan keuntungan yang disepakati.
2. *Bai`As-Salam (In Front Payment Sale)*, yaitu pembelian barang yang diserahkan dikemudian hari, sedangkan pembayaran dilakukan dimuka.⁹
3. *Bai` Al-Istishna (Purchase By Order Or Manufacture)*, yaitu merupakan bentuk kontrak penjualan antara pembeli dan pembuat barang.¹⁰

Dalam praktek sistem perbankan syariah yang dikeluarkan oleh Bank

⁸ Muhammad Syafi'i Antonio, 2001, *Bank Syariah Dari Teori Ke Praktik*, Gema Insani, Jakarta, h. 85.

⁹ Dalam perbankan, *salam* banyak dipergunakan pada pembiayaan bagi petani dengan jangka waktu yang relatif pendek, yaitu 2-6 bulan. Bank memberikan pembiayaan sebagai pembayaran penuh di muka di awal masa tanam sebagai modal bagi petani. Kemudian setelah panen petani wajib menjual hasil panennya kepada bank sesuai dengan kualifikasi dan perjanjian yang telah dibuat sebelumnya. Dalam akad ini, para pihak tidak dapat membatalkan kontrak secara sepihak.

¹⁰ Menurut jumhur ulama, *Bai Al-istishna* merupakan suatu jenis khusus dari akad *ba'i assalam*. Biasanya, jenis ini digunakan di bidang manufaktur. Dengan demikian, ketentuan *ba'i al-istishna* mengikut ketentuan dan aturan *ba'i as-salam*. Jika perusahaan mengerjakan untuk memproduksi barang yang dipesan dengan bahan baku dari perusahaan, maka kontrak/ akad *istishna* muncul. Agar akad *istishna* menjadi sah, harga harus ditetapkan di awal sesuai kesepakatan dan barang harus memiliki spesifikasi yang jelas yang telah disepakati bersama. Dalam *istishna*, pembayaran dapat di muka, dicicil sampai selesai, atau di belakang. Dalam akad ini, apabila barang belum di produksi, setiap pihak dapat membatalkan kontrak dengan memberitahukan sebelumnya kepada pihak yang lain, namun apabila perusahaan telah memulai produksinya, kontrak tidak dapat diputuskan secara sepihak.

Indonesia bahwa pembiayaan yang terbesar dilakukan adalah *murabahah*. Menurut beberapa kitab fiqih, *Murabahah* adalah salah satu dari bentuk jual beli yang bersifat amanah. Jual beli ini berbeda dengan jual beli *musawwamah* (tawar menawar). *Murabahah* terlaksana antara penjual dan pembeli berdasarkan harga barang, harga asli pembelian penjual yang diketahui oleh pembeli dan keuntungan penjual pun diberitahu kepada pembeli. Sedangkan *musawwamah* adalah transaksi yang terlaksana antara penjual dengan pembeli dengan suatu harga tanpa melihat harga asli barang.¹¹

Berdasarkan latar belakang tersebut di atas penulis tertarik untuk menulis tesis dengan judul : “Problem Hukum Akta Akad Murobahah dalam Pelaksanaan Eksekusi Hak Tanggungan di Bank Syari’ah Mandiri

Dalam praktek pembiayaan murabahah agar sesuai dengan syari’at Islam di dasarkan pada Al-Qur’an

مُكْنِمٌ...ضَارٌ تَنْعَشُرَ أَتَ نُو كُنَّا لِإِسْلَاطِ بِلَابِ مَكْنِيْمِكَلَاوَمَاوُلُكَاتَلَاوَنَمَانِيْدَلَا أَهْيَأَي

Artinya: “Hai orang beriman! Janganlah kalian saling memakan (mengambil) harta sesamamu dengan jalan yang batil, kecuali dengan jalan perniagaan yang berlaku dengan suka rela di antara mu”. (QS. Al-Nisa’)

¹¹<http://www.bi.go.id> diakses pada tanggal 4 Januari 2011.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang di atas, maka dapat ditemukan rumusan masalah sebagai berikut:

1. Apakah pembuatan Akad Murobahah yang dibuat dalam bentuk Akta Notaris sudah sesuai dengan UUJN baik dari segi Format maupun Substansi?
2. Bagaimanakah kepastian Akta Akad Murobahah dan perlindungan hukum terhadap para pihak dalam Akta Murobahah tersebut?
3. Apa hambatan-hambatan dan solusi dalam eksekusi hak tanggungan di Bank Syariah Mandiri ?

C. Tujuan Penelitian

Berdasarkan permasalahan yang telah dirumuskan. Maka tujuan penelitian ini adalah:

1. Untuk mengetahui pembuatan Akad Murobahah yang dibuat dalam bentuk Akta Notaris sudah sesuai dengan UUJN baik dari segi Format maupun Substansi
2. Untuk mengetahui kepastian Akta Akad Murobahah dan perlindungan hukum terhadap para pihak dalam Akta Murobahah tersebut.
3. Untuk mengetahui hambatan-hambatan dalam eksekusi hak tanggungan di Bank Syariah Mandiri.

D. Manfaat Penelitian

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

1. Secara praktis, penelitian ini diharapkan dapat menjadi bahan masukan bagi para notaris, praktisi bank, dan masyarakat luas sehingga seluruh lapisan masyarakat yang berkepentingan dapat memiliki keyakinan hukum yang kuat dan benar. Terutama apabila menggunakan tanah yang belum bersertipikat dalam perjanjian akad murabahah.
2. Secara teoritis, penelitian ini diharapkan dapat menjadi bahan rujukan untuk penelitian lebih lanjut dalam upaya untuk membentuk sistem peraturan perundang-undangan yang lebih tegas dan terperinci, sehingga peraturan hukum itu dapat melindungi hak dan kepentingan hukum semua lapisan masyarakat, terutama yang berhubungan dengan bank, khususnya terhadap hak dan kepentingan hukum masyarakat yang memiliki kemampuan sosial ekonomi menengah ke bawah. Selanjutnya, dengan adanya tesis ini, diharapkan aparat yang berwenang dapat membuat peraturan perundang-undangan yang tepat, sehingga bisa memberikan kepastian hukum kepada masyarakat luas.

E. Kerangka Konseptual

Menurut Kelsen, hukum adalah sebuah sistem norma. Norma adalah pernyataan yang menekankan aspek “seharusnya” atau *das sollen*, dengan menyertakan beberapa peraturan tentang apa yang harus dilakukan. Norma-norma adalah produk dan aksi manusia yang deliberatif. Undang-

Undang yang berisi aturan-aturan yang bersifat umum menjadi pedoman bagi individu bertingkah laku dalam bermasyarakat, baik dalam hubungan dengan sesama individu maupun dalam hubungannya dengan masyarakat. Aturan-aturan itu menjadi batasan bagi masyarakat dalam membebani atau melakukan tindakan terhadap individu. Adanya aturan itu dan pelaksanaan aturan tersebut menimbulkan kepastian hukum.¹²

Tujuan hukum yang mendekati realistik adalah kepastian hukum dan kemanfaatan hukum. Kaum Positivisme lebih menekankan pada kepastian hukum, sedangkan Kaum Fungsionalis mengutamakan kemanfaatan hukum, dan sekiranya dapat dikemukakan bahwa “*summum ius, summa injuria, summa lex, summa crux*” yang artinya adalah hukum yang keras dapat melukai, kecuali keadilan yang dapat menolongnya, dengan demikian kendatipun keadilan bukan merupakan tujuan hukum satusnya akan tetapi tujuan hukum yang paling substantif adalah keadilan.¹³

Asas kepastian hukum yaitu asas dalam Negara hukum yang mengutamakan landasan peraturan perundang-undangan, kepatutan, dan keadilan dalam setiap kebijakan penyelenggaraan Negara.¹⁴

Asas kepastian hukum memiliki dua aspek, yang satu lebih bersifat hukum material, yang lain bersifat formal. Aspek hukum material terkait erat dengan asas kepercayaan. Dalam banyak keadaan asas kepastian

¹² Peter Mahmud Marzuki, 2008, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana, Jakarta, h.158.

¹³ Dominikus Rato, 2010, *Filsafat Hukum Mencari: Memahami dan Memahami Hukum*, Laksbang Pressindo, Yogyakarta, h. 59.

¹⁴ Ridwan HR, 2011, *Hukum Administrasi Negara*, Rajawali Press, Yogyakarta, h. 241.

hukum menghalangi badan pemerintahan untuk menarik kembali suatu keputusan atau mengubahnya untuk kerugian yang berkepentingan. Dengan kata lain, asas ini menghendaki dihormatinya hak yang telah diperoleh seseorang berdasarkan suatu keputusan pemerintah, meskipun keputusan itu salah.

Jadi demi kepastian hukum, setiap keputusan yang telah dikeluarkan oleh pemerintah tidak untuk dicabut kembali, sampai dibuktikan sebaliknya dalam proses peradilan. Adapun aspek yang bersifat formal dari asas kepastian hukum membawa serta bahwa keputusan yang memberatkan dan ketentuan yang terkait pada keputusan-keputusan yang menguntungkan, harus disusun dengan kata-kata yang jelas. Asas kepastian hukum memberikan hak kepada yang berkepentingan untuk mengetahui dengan tepat apa yang dikehendaki daripadanya. Unsur ini memegang peran misalnya pada pemberian kuasa surat-surat perintah secara tepat dan dengan tidak mungkin adanya berbagai tafsiran yang dituju harus dapat terlihat, kewajiban-kewajiban apa yang dibebankan kepadanya. Asas ini berkaitan dengan prinsip dalam hukum administrasi Negara yaitu *asa het vermoeden van rechtmatigheid* atau *presumptio justea causa*, yang berarti setiap keputusan badan atau pejabat tata usaha Negara yang dikeluarkan dianggap benar menurut hukum, selama belum dibuktikan sebaliknya atau dinyatakan sebagai keputusan yang bertentangan dengan hukum oleh hakim administrasi.¹⁵

¹⁵Ibid., hlm. 246. 16

Herlien Budiono¹⁶ mengatakan bahwa kepastian hukum merupakan ciri yang tidak dapat dipisahkan dari hukum, terutama untuk norma hukum tertulis. Hukum tanpa nilai kepastian akan kehilangan makna karena tidak dapat dijadikan sebagai pedoman perilaku bagi semua orang. Apeldoorn mengatakan bahwa kepastian hukum memiliki dua segi yaitu dapat ditentukannya hukum dalam hal yang konkret dan keamanan hukum. Hal ini berarti pihak yang mencari keadilan ingin mengetahui apa yang menjadi hukum dalam suatu hal tertentu sebelum ia memulai perkara dan perlindungan bagi para pihak dalam kesewenangan hakim.

Dalam merumuskan prinsip-prinsip perlindungan hukum di Indonesia, landasannya adalah Pancasila sebagai ideologi dan falsafah negara. Konsepsi perlindungan hukum bagi Syariah di Barat bersumber pada konsep-konsep *rectstaat* dan "rule of the law". Dengan menggunakan konsepsi barat sebagai kerangka berfikir dengan landasan pada Pancasila, prinsip perlindungan hukum di Indonesia adalah prinsip pengakuan dan perlindungan terhadap harkat dan martabat manusia yang bersumber pada Pancasila. Prinsip perlindungan hukum terhadap tindak pemerintah bertumpu dan bersumber dari konsep tentang pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia karena menurut sejarahnya di Barat, lahirnya konsep-konsep tentang pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia diarahkan kepada pembatasan-pembatasan dan

¹⁶ A. Madjedi Hasan, 2009, *Kontrak Minyak dan Gas Bumi Berazas Keadilan dan Kepastian Hukum*, Fikahati Aneska, Jakarta, h. 205.

peletakan kewajiban masyarakat dan pemerintah.¹⁷

Menurut Satjipto Raharjo¹⁸ perlindungan hukum adalah memberikan pengayoman terhadap Hak Asasi Manusia (HAM) yang dirugikan oranglain dan perlindungan itu diberikan kepada masyarakat agar dapat menikmati semua hak-hak yang diberikan oleh hukum. Hukum dapat difungsikan untuk mewujudkan perlindungan yang sifatnya tidak skedar adaktip dan fleksibel, melainkan juga prediktif dan antisipatif. Hukum dibutuhkan untuk mereka yang lemah dan belum kuat secara sosial, ekonomi dan politik untuk memperoleh keadilan sosial.

Menurut pendapat Philipus M Hadjon¹⁹ bahwa perlindungan hukum bagi Syariah sebagai tindakan pemerintah yang bersifat preventif dan represif. Perlindungan hukum yang preventif bertujuan untuk mencegah terjadinya sengketa, yang mengarahkan tindakan pemerintah bersifat hati-hati dalam pengambilan keputusan berdasarkan diskresi, dan perlindungan yang bersifat represif bertujuan untuk menyelesaikan terjadinya sengketa, termasuk penanganannya di lembaga peradilan.

Sesuai uraian pernyataan di atas bahwa tujuan hukum adalah untuk melindungi Syariah dari sikap kesewenang-wenangan pemerintah, masyarakat, penguasa maupun orang lain. Berfungsi pula untuk keadilan, mendapatkan kepastian hukum dan menjadikan hidup masyarakat sejahtera.

¹⁷ Philipus M Hadjon, 1987, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia (sebuah studi tentang prinsip-prinsipnya, pnanangannya oleh Pengadilan dalam lingkungan peradilan umum dan pembentukan administrasi negara)*, Bina Ilmu, Surabaya, h. 38.

¹⁸ Satjipto Raharjo, 2000, *Ilmu Hukum*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, h. 55.

¹⁹ Philipus M Hadjon, *op.cit.* hlm. 29

Perlindungan hukum jika dijelaskan secara harfiah dapat menimbulkan banyak persepsi. Sebelum mengurai perlindungan hukum dalam makna yang sebenarnya dalam ilmu hukum, menarik pula untuk sedikit mengurai mengenai pengertian-pengertian yang dapat timbul dari penggunaan istilah perlindungan hukum, yakni perlindungan hukum bisa berarti perlindungan yang diberikan terhadap hukum agar tidak ditafsirkan berbeda dan tidak diceridai oleh aparat penegak hukum dan juga bisa berarti perlindungan yang diberikan oleh hukum terhadap sesuatu.²⁰

Perlindungan hukum harus berdasarkan atas suatu ketentuan dan aturan hukum yang berfungsi untuk memberikan keadilan serta menjadi sarana untuk mewujudkan kesejahteraan bagi seluruh Syariah. Perlindungan, keadilan dan kesejahteraan tersebut ditunjukkan pada subyek hukum yaitu pendukung hak dan kewajiban.²¹

Pemangku hak dan kewajiban tersebut termasuk masyarakat yang membuat perjanjian yang dituangkan dalam akta autentik, yang mana pembuatannya dilakukan oleh pejabat yang berwenang dalam hal ini adalah Notaris. Maka kepentingan-kepentingan mereka harus dilindungi dan dijamin kepastiannya.

1. Krangka Tentang Akad Syariah

Indonesia sebagai sebuah Negara berpenduduk muslim terbesar di dunia baru pada akhir abad XX ini memiliki bank-bank yang mendasarkan pengelolaannya pada prinsip Syariah. Pada awal-awal berdirinya Negara

²⁰ Sudikno Mertokusumo, 2009, *Penemuan Hukum*. PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, , h. 38.

²¹ Satjipto Raharjo, *Op. Cit.*, hlm. 53.

Indonesia, perbankan masih berpegang pada sistem konvensional atau sistem bunga Bank (interest System). Perbankan yang ada di awal-awal kemerdekaan sampai dengan adanya deregulasi perbankan pada tahun 1988 merupakan bank yang secara keseluruhan mendasarkan pengelolaannya pada prinsip bunga (interest), seiring dengan banyaknya tuntutan masyarakat yang menghendaki suatu lembaga keuangan bebas dari bunga (riba), maka dibutuhkan rangkaian upaya secara yuridis dan kelembagaan untuk memenuhi kebutuhan masyarakat tersebut. Secara hukum telah terakomodasi dalam Undang-Undang Nomor 10 tahun 1998 Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 tahun 1992 tentang Perbankan (Undang-Undang Perbankan), yang secara eksplisit telah membuka peluang kegiatan usaha perbankan yang memiliki dasar operasional bagi hasil yang kemudian secara rinci dijabarkan lebih lanjut dalam Peraturan Pemerintah Nomor 72 tahun 1992 tentang Bank Berdasarkan Prinsip Bagi Hasil.²²

Eksistensi perbankan Syariah di Indonesia lebih tegas terdapat dalam Undang-Undang Perbankan. Dalam ketentuan Pasal 1 ayat (2) menyatakan bahwa Bank adalah badan usaha yang menghimpun dana masyarakat dalam bentuk kredit dan atau bentuk-bentuk lainnya kepada masyarakat dalam bentuk kredit dan atau bentuk-bentuk lainnya dalam rangka meningkatkan taraf hidup Syariah banyak. Lebih lanjut dalam Pasal 1 ayat (3) menyatakan bahwa Bank Umum adalah bank yang

²² Abdul Ghofur Anshori, 2009 *Perbankan Syariah di Indonesia*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, h. 36.

melaksanakan kegiatan usaha secara konvensional dan atau berdasarkan prinsip Syariah yang dalam kegiatannya memberikan jasa dalam lalu lintas pembayaran.

Kemudian dalam Pasal 1 ayat (4) dinyatakan bahwa Bank Mandiri Syariah adalah bank yang melaksanakan kegiatan usahanya secara konvensional atau berdasarkan Prinsip Syariah yang dalam kegiatannya tidak memberikan jasa dalam lalu lintas pembayaran.²³

Dengan demikian secara tegas dapat dikatakan bahwa melalui Undang-Undang Perbankan, eksistensi dari Perbankan Syariah di Indonesia benar-benar telah diakui. Hal ini tampak dalam kata-kata bank berdasarkan Prinsip Syariah. Dalam ketentuan Pasal 1 ayat (13) Undang-Undang Perbankan disebutkan bahwa Prinsip Syariah adalah aturan perjanjian berdasarkan hukum Islam antara bank dengan pihak lain untuk menyimpan dana dan atau pembiayaan kegiatan usaha, atau kegiatan lainnya yang dinyatakan sesuai dengan Syariah, antara lain pembiayaan berdasarkan prinsip bagi hasil (*mudhorobah*), pembiayaan berdasarkan prinsip penyertaan modal (*musharokah*), prinsip jual-beli barang dengan memperoleh keuntungan (*murhobahah*), atau pembiayaan barang modal berdasarkan prinsip sewa murni tanpa pilihan (*ijarah*) atau dengan adanya pilihan pemindahan kepemilikan atas barang yang disewa dari pihak bank oleh pihak lain (*ijarah wa iqtina*).²⁴

²³Ibid, hlm. 39.

²⁴Ibid

Dari uraian di atas mengenai macam-macam pembiayaan di Perbankan Syariah dapat terealisasi jika antara kedua belah pihak melakukan kesepakatan menggunakan pembiayaan di perbankan Syariah yang dituangkan dalam akad.

2. Krangka Tentang Tugas Jabatan Notaris dan Akta Notaris

Profesional hukum yang bermutu adalah profesional yang menguasai hukum Indonesia, mampu menganalisis masalah hukum yang timbul dalam masyarakat dan menggunakan hukum sebagai sarana untuk memecahkan masalah dengan bijaksana. Atas dasar ini lah setiap profesional dituntut untuk bertindak sesuai dengan tuntutan profesi serta diharuskan memiliki nilai moral yang baik. Seorang profesional juga harus bertindak objektif, artinya bebas dari rasa malu, sentimen dan sifat pemalas. Daryl Koehn mengatakan bahwa meskipun kriteria untuk menentukan syarat sebagai profesional amat beragam, ada lima ciri utama seorang profesional, sebagai berikut:²⁵

- a. Mendapat izin dari Negara untuk melakukan suatu tindakan tertentu;
- b. Menjadi anggota organisasi yang sama;
- c. Memiliki pengetahuan “Esoterik” (yang hanya diketahui dan dipahami oleh orang-orang tertentu) yang tidak dimiliki anggota masyarakat lain;
- d. Memiliki otonomi dalam melaksanakan pekerjaan mereka;
- e. Secara terbuka di muka umum mengucapkan janji untuk member bantuan kepada yang membutuhkan.

²⁵ Daryl Koehn, 2009, *Landasan Etika Profesi*, Kanisius, Yogyakarta, h. 75.

Profesi Notaris telah lama dikenal di Indonesia, bahkan jauh sebelum Indonesia merdeka yaitu pada masa pemerintahan kolonial Belanda. Dewasa ini profesi Notaris kian populer di kalangan masyarakat. Notaris dalam kehidupan sehari-hari dikenal dengan pengertian sebagai seseorang yang dapat mengurus surat berharga, seperti sertifikat tanah, pendirian perseroan dan surat-surat lain yang sejenis. Notaris adalah suatu profesi kepercayaan yang berlainan dengan profesi pengacara, di mana Notaris dalam menjalankan jabatannya tidak boleh memihak.

Notaris adalah pejabat umum yang satu-satunya berwenang untuk membuat akta autentik mengenai semua perbuatan, perjanjian dan penetapan yang diharuskan oleh suatu peraturan umum untuk dinyatakan dalam suatu akta autentik.²⁶

Mengenai tugas dari jabatan Notaris terdapat dalam Ketentuan Pasal 1 Peraturan Jabatan Notaris juncto Pasal 1 ayat (1) UUJN-P tidak hanya memberikan pengertian tentang Notaris, tetapi juga memberikan penjelasan mengenai tugas jabatan Notaris. Tugas jabatan Notaris sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1 ayat (1) UUJN-P dapat disimpulkan dari kalimat: Notaris adalah pejabat umum yang berwenang untuk membuat akta otentik dan kewenangan lainnya. Kewenangan lainnya dalam hal ini sebagaimana dimaksud dalam Pasal 15 Undang-Undang Jabatan Notaris.

Mengenai akta yang dibuat Notaris itu sendiri secara umum dapat

²⁶ G.H.S. Lumban Tobing, 1992, *Peraturan Jabatan Notaris*, Erlangga, Jakarta, 1992), h., 31.

diartikan sebagai surat ijabah atau surat keterangan (atau pengakuan dan lain sebagainya) yang disaksikan atau disahkan oleh salah satu badan pemerintah (atau Notaris).²⁷ Surat akte juga memiliki pengertian sebagai suatu tulisan yang semata-mata dibuat untuk membuktikan sesuatu hal atau peristiwa, karenanya suatu akta harus selalu ditandatangani.²⁸ Akta juga dapat dikatakan sebagai surat yang dibubuhi tanda tangan, yang memuat peristiwa-peristiwa yang menjadi dasar suatu hak atau perikatan yang dibuat sengaja oleh para pihak sebagai alat pembuktian.²⁹

Dengan demikian akta dapat juga dikatakan sebagai suatu tulisan yang ditandatangani oleh pembuat surat itu. Penandatanganan ini memberikan arti bahwa orang yang menandatangani terikat atas isi surat yang ditandatangani tersebut. Akta, seperti yang dapat disimpulkan dari ketentuan-ketentuan Pasal 1865 dan Pasal 1866 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

Sementara itu di dalam Pasal 1 juncto Pasal 1 angka 7 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris, akta otentik atau akta Notaris adalah akta yang dibuat oleh atau dihadapan Notaris menurut bentuk dan tata acara yang ditetapkan oleh Undang-Undang ini. Akan tetapi apabila suatu akta telah memenuhi keseluruhan syarat keotentitasannya seperti yang dimaksud oleh Pasal 1868 KUHPerdata dan Pasal 1 juncto Pasal 1 angka 7 UUJN-P, isi dari materi akta itu, terutama

²⁷ W.J.S. Poerwadarminta, 1999, *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, Cetakan Keenambelas, Balai Pustaka, Jakarta, h. 26.

²⁸ Subekti, 2002, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, Intermasa, Jakarta, h. 178.

²⁹ J.B. Daliyo, 2001, *Pengantar Hukum Indonesia: Buku Panduan Mahasiswa*, Prenhallindo, Jakarta, h. 249.

akta otentik para pihak (actapartij) bertentangan dengan Pasal 1337 KUHPerdara, akta tersebut menjadi batal demi hukum. Batal demi hukumnya akta tersebut karena tidak terpenuhinya syarat obyektif perikatan yaitu causa yang halal. Selain akta otentik yang dibuat oleh dan dihadapan Notaris, akta autentik juga dapat dibuat oleh pegawai-pegawai umum lainnya dengan mengikuti pemenuhan keempat unsur otentitas tersebut. Akta kelahiran, Akta Perkawinan, Akta Kematian yang dikeluarkan oleh Kantor Catatan Sipil juga merupakan akta otentik. Begitupula sama halnya dengan akta yang dikeluarkan Pengadilan Negeri seperti Ketetapan pengangkatan ahli waris dan Keputusan Majelis Hakim, juga merupakan akta otentik. Dengan demikian untuk membedakan suatu akta dapat dikatakan sebagai akta otentik atau akta di bawah tangan yang dilegalisasi oleh pegawai umum (Notaris) adalah pada kekuatan pembuktiannya, baik pembuktian lahiriah maupun formalnya, tidak adanya kepastian tanggal dan tidak memiliki kekuatan eksekutorial.

Selain perbedaan, kedua akta ini juga memiliki persamaannya itu keterangan pejabat yang terdapat di dalam kedua akta ataupun keterangan para pihak dalam kedua akta, sama-sama memiliki kekuatan pembuktian formal dan berlaku terhadap setiap orang yakni apa yang ada dan terdapat di atas tandatangan mereka.

3. Pembiayaan Murabahah

Sebagai salah satu produk dari bank syariah yang sangat populer pelaksanaannya, adalah merupakan salah satu bentuk jual beli dalam

islam, yang mengacu pada jual beli barang dengan tambahan keuntungan yang telah disepakati. Dalam prakteknya di dunia perbankan, tentunya bank menjual barang kepada nasabahnya dengan cara kredit atau angsur, walaupun prinsip utamanya *murabahah* dapat juga dilakukan dengan tunai.³⁰

Oleh karena adanya praktek angsuran, tentunya bank merasa perlu adanya jaminan dari debitur untuk pembayaran kembali atas hutang yang telah diberikan. Bank meminta kepada nasabah debitur untuk menyerahkan jaminannya, umumnya di Bank Syariah, nasabah menyerahkan Surat Keterangan atas tanah yang belum bersertipikat miliknya untuk dijadikan jaminan hutang, dalam hal ini dapat berbentuk Surat Keputusan (SK) Camat, SK Bupati, SK Gubernur, maupun Akta Penyerahan Hak Dengan Ganti Rugi yang dibuat oleh notaris. Dengan demikian, bukan tanahnya yang diserahkan kepada pihak bank, melainkan surat-surat kepemilikannya.

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

Character (karakter), analisa mengenai karakter ini merupakan pintu gerbang pertama proses persetujuan kredit/ pembiayaan. Kesalahan dalam menilai karakter calon nasabah dapat berakibat fatal pada berlangsungnya pembiayaan. *Capacity* (Kemampuan), kapasitas calon nasabah sangat penting diketahui untuk memahami kemampuan seseorang

³⁰ Muhammad Antonio Syafi'i, 2001, *Bank Syariah Dari Teori Ke Praktik*, Gema Insani, Jakarta, h. 69.

berbisnis.³¹

Hal ini dilakukan untuk mengetahui kemampuan memenuhi semua kewajibannya termasuk pembayaran pelunasan pembiayaan. *Capital* (Modal), analisa modal diarahkan untuk mengetahui seberapa besar tingkat keyakinan calon nasabah terhadap usahanya sendiri. *Condition of economy* (kondisi), analisa diarahkan pada kondisi sekitar yang secara langsung maupun tidak langsung berpengaruh terhadap usaha calon nasabah, dan *Collateral* (jaminan), analisis diarahkan terhadap jaminan yang diberikan harus mampu mengcover resiko bisnis calon nasabah.

Prinsip 5C pada bank konvensional ini dipergunakan pada bank syariah karena prinsip-prinsip ini adalah merupakan prinsip yang bersifat universal sehingga tidak menyalahi nilai-nilai Islam yang diusung oleh perbankan syariah itu sendiri. Bahkan pada dasarnya, prinsip 5C ini adalah prinsip-prinsip yang bersumber dari nilai-nilai Islam yang diadopsi oleh perbankan konvensional. Faktor *collateral* atau faktor jaminan adalah faktor yang sangat penting yang tidak dapat terlepas dari faktor-faktor lainnya, dimana apabila tidak ada faktor *collateral* atau jaminan ini maka kredit sangat sulit kalau tidak mau dikatakan tidak mungkin untuk diberikan.³²

Jaminan diberikan sebagai langkah preventif untuk memastikan bahwa modal yang disalurkan ataupun uang yang dipinjamkan akan dapat

³¹ Rachmadi Usman, 2001, *Aspek-Aspek Hukum Perbankan Di Indonesia*, Gramedia Pusaka Utama, Jakarta, h. 49

³² H. Malayu SP Hasibuan, 2001, *Dasar-Dasar Perbankan*, Citra Aditya Bakti, Jakarta, h.. 73

dipenuhi oleh pihak yang dimodali atau yang diberikan hutang. Bahkan dalam penerapan operasional transaksi perbankannya, bank syariah hampir sama dengan bank konvensional, yang berbeda hanya penggunaan istilahnya saja. Yang berbeda mungkin hanya karena adanya nilai-nilai ukhuwah sesama muslim yang menyebabkan mereka lebih memilih perbankan syariah daripada perbankan konvensional. Jaminan berdasarkan hukum Islam bukanlah sesuatu yang mutlak harus ada, namun hanya merupakan tambahan yang diberikan nasabah debitur untuk kepastian dalam pembayaran. Akan tetapi, pelaksanaan kredit yang diberikan oleh bank, ada juga yang tidak memerlukan jaminan, misalnya *Standard Chartered Bank* yang mengundang para pengambil kredit tanpa jaminan tetapi dengan bunga yang tinggi, debitemnya juga dipilih oleh bank.

F. Metode Penelitian

1. Jenis dan Pendekatan Penelitian

Jenis penelitian ini adalah penelitian Normatif, sedangkan metode pendekatan penulis menggunakan metode pendekatan Yuridis.

2. Obyek Penelitian

Obyek penelitian ini adalah kepastian hukum Akad-Akad Syariah yang dibuat dalam bentuk Akta Notaris ditinjau dari Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2014 Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris.

3. Sifat Penelitian

a) Penelitian ini merupakan penelitian yang bersifat deskriptif. Menurut

Sorejono Soekanto,³³ penelitian deskriptif adalah penelitian yang dimaksudkan untuk memberi data sejelas mungkin tentang manusia, keadaan atau gejala-gejala lainnya.

G. Sistematika penulisan ini terdiri dari:

Bab 1 : Pendahuluan

Dalam Bab 1 ini dikemukakan mengenai latar belakang, rumusan masalah, tujuan penelitian, manfaat penelitian, batasan penelitian, metode penelitian, dan sistematika penulisan.

Bab 2 : Kajian Pustaka

Pada bab 2 ini menjadi acuan bahan-bahan pustaka, khususnya bagi penyusunan tesis yang sesuai dengan rumusan masalah yaitu mengenai Akta Akad, Eksekusi Hak Tanggungan, Akad Murarobah

Bab 3 : Hasil Penelitian dan Pembahasan

Hasil Penelitian dan Pembahasan yg terdiri dari Pembuatan Akta Akad Murobahah yang dibuat dalam bentuk Akta Notaris di Bank Syariah Mandiri, Kepastian Akta murobaha dan Perlindungan Hukum Terrhadap para Phak dalam Akta Murobahah, Hambtan-hambatan dan solusi dalam pelaksanaan Ekseskusi Hak Tanggungan di Bank Syariah Mandiri

Bab 4 : Penutup

Pada Bab 4 ini menguraikan tentang kesimpulan dari permasalahan dan saran-saran dari Penulis.

³³ Soerjono Soekanto, 2010, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI Press, Jakarta, h. 21.