

**PERBANDINGAN ANTARA BORGTOCHT
DALAM KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM PERDATA
DAN KAFALAH DALAM KOMPILASI HUKUM EKONOMI SYARIAH**

SKRIPSI

Oleh:

Muhammad Saiful Rizal

NIM 12220083



**JURUSAN HUKUM BISNIS SYARIAH
FAKULTAS SYARIAH
UNIVERSITAS ISLAM NEGERI MAULANA MALIK
IBRAHIM MALANG**

2016

**PERBANDINGAN ANTARA BORGTOCHT
DALAM KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM PERDATA
DAN KAFALAH DALAM KOMPILASI HUKUM EKONOMI SYARIAH**

SKRIPSI

oleh:

Muhammad Saiful Rizal

NIM 12220083



**JURUSAN HUKUM BISNIS SYARIAH
FAKULTAS SYARIAH
UNIVERSITAS ISLAM NEGERI
MAULANA MALIK IBRAHIM MALANG
2016**

PERNYATAAN KEASLIAN SKRIPSI

Demi Allah,

Dengan kesadaran dan rasa tanggung jawab terhadap pengembangan keilmuan,
Penulis menyatakan bahwa skripsi dengan judul :

PERBANDINGAN ANTARA BORGTOCHT DALAM KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM PERDATA DAN KAFALAH DALAM KOMPILASI HUKUM EKONOMI SYARIAH

benar-benar merupakan karya ilmiah yang disusun sendiri, bukan duplikat atau memindah data milik orang lain, kecuali yang disebutkan referensinya secara benar. Jika dikemudian hari terbukti disusun orang lain, ada penjiplakan, duplikasi, atau memindah data orang lain, baik secara keseluruhan atau sebagian, maka skripsi dan gelar sarjana yang saya peroleh karenanya, batal demi hukum.

Malang, 28 April 2016

Penulis,

Muhammad Saiful Rizal

NIM 12220083

HALAMAN PERSETUJUAN

Setelah membaca dan mengoreksi skripsi saudara Muhammad Saiful Rizal NIM 12220083 Jurusan Hukum Bisnis Syariah Fakultas Syariah Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang dengan Judul :

**PERBANDINGAN ANTARA BORGTOCHT
DALAM KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM PERDATA
DAN KAFALAH DALAM KOMPILASI HUKUM EKONOMI SYARIAH**

maka pembimbing menyatakan bahwa skripsi tersebut telah memenuhi syarat-syarat ilmiah untuk diajukan dan diuji pada Majelis Dewan Penguji.

Malang, 29 April 2016

Mengetahui

Ketua Jurusan
Hukum Bisnis Syariah

Dosen Pembimbing,

Dr. H. Mohamad Nur Yasin, SH., M.Ag
NIP 19691024 199503 1 003

Dr. H. Abbas Arfan, Lc., M.H.
NIP 19721212 200604 1 004



**KEMENTERIAN AGAMA
UNIVERSITAS ISLAM NEGERI
MAULANA MALIK IBRAHIM MALANG
FAKULTAS SYARIAH**

Terakreditasi "A" SK BAN-PT Depdiknas Nomor :013/BAN-PT/Ak-
X/S1/VI/2007
Jl.Gajayana 50 Malang Telp. (0341) 551354 fax. (0341) 572533

BUKTI KONSULTASI

Nama : Muhammad Saiful Rizal
NIM : 12220083
Jurusan : Hukum Bisnis Syariah
Dosen Pembimbing : Dr. H. Abbas Arfan, Lc., M.H.
Judul Skripsi : Perbandingan Antara Borgtocht Dalam Kitab Undang-
Undang Hukum Perdata Dan Kafalah Dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah

No.	Hari / Tanggal	Materi Konsultasi	Paraf	
1	Rabu, 2 Januari 2016	Proposal skripsi	1.	
2	Selasa, 13 Februari 2016	Bab I dan II		2.
3	Senin, 18 Februari 2016	Revisi Bab I dan II	3.	
4	Rabu, 27 Februari 2016	Bab III		4.
5	Selasa, 13 Maret 2016	Revisi Bab III	5.	
6	Rabu, 31 Maret 2016	Bab IV dan abstrak		6.
7	Selasa, 13 April 2016	Revisi Bab IV dan abstrak	7.	
8	Rabu, 28 April 2016	ACC Bab I, II, III, dan IV		8.

Malang, 29 April 2016
Mengetahui
a.n. Dekan
Ketua Jurusan Hukum Bisnis Syariah

Dr. H. Mohamad Nur Yasin, S.H,M.Ag
NIP 19691024 199503 1 003

PENGESAHAN SKRIPSI

Dewan Penguji Skripsi saudara Muhammad Saiful Rizal, NIM 12220083, mahasiswa Jurusan Hukum Bisnis Syariah, Fakultas Syariah, Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang, dengan judul:

PERBANDINGAN ANTARA BORGTOCHT DALAM KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM PERDATA DAN KAFALAH DALAM KOMPILASI HUKUM EKONOMI SYARIAH

Telah dinyatakan lulus dengan nilai A

Dengan Penguji:

1. Dr. Fakhruddin, M.HI (_____)
NIP. 19740819 200003 1 02 Ketua
2. Dr. H. Abbas Arfan, Lc., M.H. (_____)
NIP. 19721212 200604 1 004 Sekretaris
3. H. Ali Hamdan, M.A Ph.D (_____)
NIP. 19760101 201101 1 004 Penguji Utama

Malang, 30 Juni 2016
Dekan,

Dr. H. Roibin, M.HI
NIP 19681218 199903 1 002

MOTTO

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَأَبْتَغِ فِيمَا ءَاتَاكَ اللَّهُ الدَّارَ الْآخِرَةَ وَلَا تَنْسَ نَصِيبَكَ مِنَ الدُّنْيَا
وَأَحْسِنْ كَمَا أَحْسَنَ اللَّهُ إِلَيْكَ وَلَا تَبْغِ الْفُسَادَ فِي الْأَرْضِ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ
الْمُفْسِدِينَ

*Dan carilah pada apa yang telah dianugerahkan Allah kepadamu
(kebahagiaan) negeri akhirat, dan janganlah kamu melupakan
bahagianmu dari (kenikmatan) duniawi dan berbuat baiklah (kepada
orang lain) sebagaimana Allah telah berbuat baik, kepadamu, dan
janganlah kamu berbuat kerusakan di (muka) bumi. Sesungguhnya Allah
tidak menyukai orang-orang yang berbuat kerusakan.*

(QS. Al-Qashash : 77)

HALAMAN PERSEMBAHAN

Segala puji bagi Allah SWT., Tuhan semesta alam yang telah menciptakan langit tanpa tiang dan bumi sebagai hamparan dan berkat ridha dan nikmat-Mu pula kami bisa belajar menuntut ilmu, dan dengan itu kami semakin menyadari akan kebesaran dan keagungan-Mu. Shalawat serta salam semoga selalu tercurahkan kepada baginda Rasulullah Muhammad SAW., atas segala kasih sayang dan perjuangan untuk membuka, menunjukkan jalan keselamatan bagi kami ummat-Nya

Sebuah karya tulis dari fikiran dan curahan hatiku ku persembahkan untuk mereka berdua yang Allah pilih untuk ku sebagai wali, yang memberikan kasih sayang dan cinta yang tak pernah terbalas oleh emas permata sekalipun, dan dengan tulus merawat membesarkan dengan cinta, mendidik menasehati dengan belaian kasih sayang dan doa, sungguh hanya Allah dan Rasul-Nya yang berada di atas mereka berdua, kepada Abah H. Sanidran dan Umi Hj. Maeni, terima kasih untuk segalanya, takkan terbalas, hanya doa yang putramu bisa berikan, Ya Allah jaga dan lindungilah mereka berdua, berikan rizki dan usia yang barokah, kasihi dengan rahman dan rahim-Mu, biarkan mereka menjadi pembimbing terbaik ku di dunia ini hingga menuju surga-Mu di akhirat kelak, Aamiin,...

Kepada Bapak dan Ibu Guru ku, Khususnya kepada dosen pembimbing bapak Dr. H. Abbas Arfan, Lc., M.H. merekalah pelita yang memberikan secerca cahaya, dengan setiap bimbingan ilmu pengetahuan yang mereka berikan membuka cakrawala berfikir melukisnya dengan begitu indah, membuatku mengerti apa yang selama ini belum aku ketahui, menyadari apa yang selama ini tidak pernah terbayangkan, dengan ilmu itu baik buruk bisa ku bedakan, menuntun menuju tujuan yang ku cita-cita kan, sungguh kalianlah pahlawanku, semoga Allah membalas segala yang mereka berikan.

Kepada dia yang Allah pertemukan dengan ku dan seluruh keluargaku, terima kasih atas kebersamaan dan semangat selama ini, semoga Allah meridhai setiap langkah kita, bersama membimbing mu di jalan-Nya, menjalani hidup penuh berkah atas rahman rahim-Nya hingga menuju jannah-Nya kelak.

Kepada seluruh teman sahabat yang selalu ada, seluruhnya mereka yang ku kenal sejak SD sampai dengan teman HBS 2012, semoga Allah memberikan keberkahan atas usaha yang kita lakukan dalam menuntut ilmu selama ini, semoga semua cita-cita dan harapan kita bisa tercapai, sukses selalu untuk kita semua.

Almamaterku tercinta Fakultas Syariah UIN Maulana Malik Ibrahim Malang

KATA PENGANTAR



Segala puji syukur kepada Allah SWT yang telah memberikan rahmat dan hidayah-Nya. Sehingga penulis mampu menyelesaikan skripsi ini dengan lancar. Sholawat serta salam semoga tetap tercurahkan kepada Nabi Muhammad SAW, Revolusioner Islam, karena dengan syafaat-Nya kita tetap diberi kemudahan dan kesehatan.

Adapun penyusunan skripsi yang berjudul **“PERBANDINGAN ANTARA BORGTOCHT DALAM KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM PERDATA DAN KAFALAH DALAM KOMPILASI HUKUM EKONOMI SYARIAH”** ini dengan maksud untuk memenuhi tugas akhir dan memenuhi syarat kelulusan pada program studi jurusan Hukum Binis Syariah, Fakultas Syariah, Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang.

Selanjutnya dengan segala kerendahan hati ucapan terima kasih dan penghargaan yang setinggi-tingginya kepada orangtua penulis, ayahanda tercinta Muksin dan ibunda Yuliatin yang telah membesarkan, mendidik, dan mengiringi setiap langkah penulis selama melaksanakan proses pendidikan.

Dengan segala daya dan upaya serta bantuan, bimbingan maupun pengarahan dan hasil diskusi dari berbagai pihak dalam penulisan skripsi ini, maka dengan segala kerendahan hati penulis menyampaikan ucapa terima kasih yang tiada batas kepada :

1. Prof. Dr. H. Mudjia Raharjo, M.Si, selaku Rektor Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang.

2. Dr. H. Roibin, M.HI., selaku Dekan Fakultas Syariah Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang, serta Pembimbing Skripsi.
3. Dr. H. Mohamad Nur Yasin, S.H., M.Ag., selaku Ketua Jurusan Hukum Bisnis Syariah Fakultas Syariah Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang.
4. Dr. H. Abbas Arfan, Lc., M.H., selaku dosen pembimbing penulis. Terima kasih banyak penulis haturkan atas waktu yang telah beliau limpahkan untuk bimbingan, arahan, serta motivasi dalam menyelesaikan skripsi ini.
5. Dr. Fakhruddin, M.Hi., selaku dosen wali penulis selama menempuh kuliah di Fakultas Syariah Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang. Penulis sampaikan terimakasih atas bimbingan, saran, arahan, serta motivasi kepada penulis selama menempuh perkuliahan.
6. Segenap dosen Fakultas Syariah Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang yang telah menyampaikan pengajaran, mendidik, membimbing, serta mengamalkan ilmunya dengan ikhlas. Semoga Allah SWT selalu memberikan pahala-Nya kepada beliau semua.
7. Staf serta karyawan Fakultas Syariah Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang, penulis ucapkan terimakasih atas partisipasinya selama ini, selama masa perkuliahan umumnya dan dalam menyelesaikan skripsi ini khususnya.
8. Kepada orang tua serta keluarga yang telah banyak memberikan dukungan baik yang bersifat materi dan non- materi sehingga membuat penulis dapat menyelesaikan masa perkuliahan dan menyelesaikan penulisan skripsi ini.

9. Segenap sahabat-sahabat Hukum Bisnis Syariah angkatan 2012 yang selalu menemani dan merasakan perjuangan bersama dari awal sampai akhir dan atas dukungan para sahabat pula, penulis dapat menyelesaikan penulisan skripsi ini.

Semoga apa yang telah saya peroleh selama kuliah di Fakultas Syariah Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang ini, bisa bermanfaat bagi agama, nusa dan bangsa. Akhirnya, dengan segala kerendahan hati penulis menyadari masih banyak kekurangan dan masih jauh dari sempurna, sehingga penulis mengharapkan adanya saran dan kritik membangun demi kesempurnaan skripsi ini. Semoga skripsi ini dapat bermanfaat bagi penulis pribadi khususnya dan pembaca umumnya.

Malang, 29 April 2016

Penulis,

Muhammad Saiful Rizal

PEDOMAN TRANSLITERASI

A. Umum

Transliterasi ialah pemindahalihan tulisan arab ke dalam tulisan Indonesia (Latin), bukan terjemahan bahasa Arab ke dalam bahasa Indonesia. Termasuk dalam kategori ini ialah nama Arab dari bangsa Arab, sedangkan nama Arab dari bangsa selain Arab ditulis sebagaimana ejaan bahasa nasionalnya, atau sebagaimana yang tertulis dalam buku yang menjadikan rujukan. Penulisan judul buku dalam *footnote* maupun daftar pustaka, tetap menggunakan ketentuan transliterasi ini.

Banyak pilihan dan ketentuan transliterasi yang dapat digunakan dalam penulisan karya ilmiah, baik yang berstandar internasional, nasional maupun ketentuan yang khusus digunakan penerbit tertentu. Transliterasi yang digunakan Fakultas Syariah Universitas Islam Negeri (UIN) Maulana Malik Ibrahim Malang menggunakan EYD plus, yaitu transliterasi yang didasarkan atas Surat Keputusan Bersama (SKB) Menteri Agama dan Menteri Pendidikan dan Kebudayaan Republik Indonesia, tanggal 22 Januari 1998, No. 158/1987 dan 0543.b/U/1987, sebagaimana tertera dalam buku Pedoman Transliterasi bahasa Arab (*A Guide Arabic Transliteration*), INIS Fellow 1992.

B. Konsonan

ا	= Tidak dilambangkan	ض	= dl
ب	= b	ط	= th
ت	= t	ظ	= dh
ث	= ts	ع	= ' (koma menghadap keatas)
ج	= j	غ	= gh
ح	= h	ف	= f
خ	= kh	ق	= q
د	= d	ك	= k
ذ	= dz	ل	= l
ر	= r	م	= m
ز	= z	ن	= n
س	= s	و	= w
ش	= sy	ه	= h
ص	= sh	ي	= y

Hamzah (ء) yang sering dilambangkan dengan alif, apabila terletak di awal kata maka dalam transliterasinya mengikuti vocal, tidak dilambangkan, namun apabila terletak di tengah atau akhir kata, maka dilambangkan dengan tanda koma di atas ('), berbalik dengan koma (') untuk pengganti lambang "ع".

C. Vokal, Panjang dan Diftong

Setiap penulisan bahasa Arab dalam bentuk tulisan latin vokal *fathah* ditulis dengan “a”, *kasrah* dengan “i”, *dlommah* dengan “u”, sedangkan bacaan panjang masing-masing ditulis dengan cara berikut:

Vokal (a) panjang = â	misalnya	قال	menjadi	qâla
Vokal (i) panjang = î	misalnya	قيل	menjadi	qîla
Vokal (u) panjang = û	misalnya	دون	menjadi	dûna

Khusus untuk bacaan ya’ nisbat, maka tidak boleh digantikan dengan “i”, melainkan tetap ditulis dengan “iy” juga untuk suara diftong, wasu dan ya’ setelah *fathah* ditulis dengan “aw” dan “ay”. Perhatikan contoh berikut:

Diftong (aw) = او	misalnya	قول	menjadi	qawlun
Diftong (ay) = اي	misalnya	خير	menjadi	khayrun

D. Ta’ marbûthah (ة)

Ta’ marbûthah ditransliterasikan dengan “t” jika berada di tengah kalimat, tetapi apabila ta’ marbûthah tersebut berada di akhir kalimat, maka ditranliterasikan dengan menggunakan “h” misalnya الرسالة المدرسة menjadi al-risalat li al-mudarrisah, atau apabila berada di tengah-tengah kalimat yang terdiri dari susunan *mudlaf* dan *mudlaf ilayh*, maka ditransliterasikan dengan menggunakan t yang disambungkan dengan kalimat berikutnya, misalnya في رحمة الله menjadi fi rahmatillâh.

E. Kata Sandang dan Lafdh al-Jalâlah

Kata sandang berupa “al” (ال) ditulis dengan huruf kecil, kecuali terletak di awal kalimat, sedangkan “al” dalam lafadh jalâlah yang berada di

tengah-tengah kalimat yang disandarkan (*idhafah*) maka dihilangkan.

Perhatikan contoh-contoh berikut ini:

1. Al-Imam Al-Bukhâriy mengatakan...
2. Al-Bukhariy dalam muqaddimah kitabnya menjelaskan...
3. *Masya’ Allah kâna wa mâ lam yasya’ lam yakun.*
4. *Billâh ‘azza wa jalla.*

F. Nama dan Kata Arab Terindonesiakan

Pada prinsipnya setiap kata yang berasal dari bahasa Arab harus ditulis dengan menggunakan sistem translirasi. Apabila kata tersebut merupakan nama Arab dari orang Indonesia atau bahasa arab yang sudah terindonesiakan, tidak perlu ditulis dengan menggunakan sistem transliterasi. Perhatikan contoh berikut:

“...Abdurrahman Wahid, mantan Presiden RI keempat, dan Amin Rais, mantan Ketua MPR pada masa yang sama,telah melakukan kesepakatan untuk menghapuskan nepotisme, kolusi, dan korupsi dari muka bumi Indonesia, dengan salah satu caranya melalui pengintensifan salat di berbagai kantor pemerintahan, namun...”

Perhatikan penulisan nama “Abdurrahman Wahid”, “Amin Rais” dan kata “salat” ditulis dengan menggunakan tata cara penulisan bahasa Indonesia yang disesuaikan dengan penulisan namanya. Kata-kata tersebut sekalipun berasal dari bahasa Arab, namun a beruoa nama dari orang Indonesia dan terindonesiakan, untuk itu tidak ditulis dengan cara “’Abd al-Rahmân Wahîd”, “Amîn Raîs”, dan bukan ditulis dengan “shalât”.

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
PERNYATAAN KEASLIAN SKRIPSI.....	ii
HALAMAN PERSETUJUAN	iii
BUKTI KONSULTASI.....	iv
PENGESAHAN SKRIPSI.....	v
MOTTO	vi
HALAMAN PERSEMBAHAN	vii
KATA PENGANTAR.....	viii
PEDOMAN TRANSLITERASI	xi
DAFTAR ISI	xv
DAFTAR TABEL	xvii
ABSTRAK	xviii
ABSTRACT	xix
ملخص البحث	xx
BAB I PENDAHULUAN.....	1
A. Latar Belakang Masalah.....	1
B. Rumusan Masalah	6
C. Tujuan Penelitian.....	7
D. Manfaat Penelitian.....	7
E. Definisi operasional	7
F. Metode Penelitian	8
G. Penelitian Terdahulu.....	12
H. Sistematika Pembahasan	16
BAB II TINJAUAN PUSTAKA.....	17

A. Borgtocht	17
1. Pengertian Borgtocht	17
2. Sifat Penanggungan	19
3. Akibat-Akibat Penanggungan	21
4. Hak-Hak Penanggungan	23
5. Hapusnya Penanggungan	25
B. Kafalah.....	26
1. Pengertian Kafalah	26
2. Rukun dan Syarat Kafalah	32
3. Macam-Macam Kafalah.....	33
4. Pelaksanaan Kafalah	40
BAB III BORGTOCHT MENURUT KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM PERDATA DAN KAFÂLAH MENURUT HUKUM EKONOMI SYARIAH.....	42
A. Konsep Borgtocht Dalam KUHPperdata dan Kafâlah Dalam KHES	42
1. Konsep Borgtocht Dalam KUHPperdata.....	42
2. Konsep Kafâlah Dalam KHES	48
B. Perbandingan KonsepBorgtocht Dalam KUHPperdata dan Kafâlah Dalam KHES.....	66
BAB IV PENUTUP	78
A. Kesimpulan.....	78
B. Saran	80
DAFTAR PUSTAKA	82

DAFTAR TABEL

Tabel 1.1 : Penelitian Terdahulu	15
Skema Kafalah	32
Skema Kafalah Bank Syariah.....	61
Tabel 3.2 : Pasal Dalam KUHPerdato.....	75
Tabel 3.3 : Pasal Dalam KHES	75
Tabel 3.4 : Perbedaan Borgtocht atau Kafalah Dalam KUHPerdato dan KHES	76
Tabel 3.5 : Persamaan Borgtocht atau Kafalah Dalam KUHPerdato dan KHES	77



ABSTRAK

Muhammad Saiful Rizal, NIM 12220083, 2016. ***Perbandingan Antara Borgtocht Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dan Kafâlah Dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah***. Skripsi. Jurusan Hukum Bisnis Syariah, Fakultas Syariah, Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang, Pembimbing : Dr. H. Abbas Arfan, Lc., M.H.

Kata Kunci : Borgtocht, Kafâlah, KUHPerdata, KHES

Saling tolong menolong terlebih lagi terhadap kebaikan dalam kehidupan sehari-hari merupakan salah satu bentuk bersosial dengan sesama manusia yang juga dapat menjadikan diri kita untuk menjadi lebih dekat kepada Allah SWT. Tidak hanya akan memberikan dampak yang baik terhadap orang lain, melainkan juga dapat memberikan dampak bagi kita sendiri. Begitu juga dalam bermuamalah, tolong menolong dalam perjanjian hutang dapat disebut dengan Penanggungan Utang, *Borgtocht* dan *Kafâlah*. Dalam pelaksanaan keduanya, *borgtocht* dan *kafâlah* adalah jaminan yang diberikan oleh penjamin kepada pihak ketiga/pemberi pinjaman untuk memenuhi kewajiban pihak kedua/peminjam.

Adapun permasalahan yang dibahas dalam skripsi ini adalah tentang *borgtocht* dalam KUHPerdata dan *kafâlah* dalam KHES, serta perbandingan antara keduanya. Tujuan penelitian ini adalah untuk mengetahui bagaimana *borgtocht* dalam KUHPerdata dan *kafâlah* dalam KHES, serta mengetahui perbandingan antara keduanya.

Pada penelitian ini menggunakan metode penelitian hukum normatif atau penelitian kepustakaan dan juga menggunakan pendekatan komparatif, pendekatan konseptual dan pendekatan perundang-undangan. Sebagai bahan hukum primer dalam penelitian ini adalah KUHPerdata dan KHES. Sedangkan bahan hukum sekunder menggunakan buku-buku, al-Qur'an, hadis, kitab klasik dan ensiklopedia. Adapun bahan hukum tersier yang penulis gunakan adalah kamus, yaitu Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI).

Kesimpulan dalam penelitian ini yaitu *borgtocht* dalam KUHPerdata merupakan perjanjian tambahan atau *accessoir* yang hanya menyangkut dalam utang piutang, sehingga jarang digunakan dalam perjanjian. Sedangkan *kafâlah* dalam KHES mengandung unsur yang digunakan dalam Perbankan Syariah yang meliputi objek harta benda dalam utang piutang maupun pekerjaan dalam bertransaksi untuk melindungi para nasabahnya. Sedangkan perbandingan antara keduanya dalam KUHPerdata dan KHES terdapat kesamaan, yaitu dalam utang piutang dan beberapa hal yang berbeda antara lain, tentang persyaratan dan objek antara keduanya, persyaratan jaminan yang ada dalam KHES lebih detail dibandingkan dengan penanggungan dalam KUHPerdata.

ABSTRACT

Muhammad Saiful Rizal, NIM 12220083, 2016. *The Comparison Between Borgtocht in Civil Law Code of Law and Kafâlah in Compilation of Economic Sharia Law*. Thesis. Sharia Business Law Department, Sharia Faculty. Maulana Malik Ibrahim State Islamic University of Malang, Supervisor : Dr. H. Abbas Arfan, Lc., M.H.

Key Words : Borgtocht, Kafâlah, KUHPerdata, KHES

Helping each other in our daily life, moreover in a good thing, is a form of having socialization with other people. It can make us able to be closer with Allah SWT. Helping each other is not only giving the good impact to other people, but also to our selves. The help in debt agreement can be said as Debt Responsibility (*PenanggunganUtang*), *Borgtocht*, and *Kafâlah*. In both implementations, *borgtocht* and *kafâlah* are the assurance given by the guarantor to the third party/money owner to complete the second party/debtor obligation.

The problems discussed in this thesis are about *borgtocht* in KUHPerdata and *kafâlah* in KHES and the comparison between them in KUHPerdata and KHES. The objectives of this research are to know how the *borgtocht* in KUHPerdata and *kafâlah* in KHES are and to know the comparison between them in KUHPerdata and KHES.

This research uses normative law research method or library research and three approaches, are, comparative approach, conceptual approach, and law approach. As the primer law source of this research are KUHPerdata and KHES, while the secondary law source are books, al-Qur'an, hadits, classic books, and ensiclopedia. The third law source used by researcher is Indonesian language dictionary (KBBI).

The conclusions of this research are *borgtocht* in KUHPerdata is additional agreement or *accessoir* which is only regarded in liability, until it used infrequently in the agreement. While *kafâlah* in KHES has the element which is used in Islamic Banking that includes the property in liability and the job in transacting to protect their clients. The comparison between both in KUHPerdata and KHES have similarities, are, about the regulation and object between them, assurance regulation in KHES is more detail than in KUHPerdata.

ملخص البحث

محمد سيف الرزال , رقم التسجيل. 12220083 , 2016. مقارنة Borgtocht في كتاب القانون حكم الشخصية و كفالة في تجميع للقانون الاقتصادي للشريعة الإسلامية. البحث. شعبة حكم التجارية الشريعة, كلية الشريعة. جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية بمالانج, تحت الإشراف: الدكتور. ح. عباس عرفاً, اليسا نس, الماجستير.

كلمة الرئيسية : **Borgtocht** , كفالة , كتاب القانون حكم الشخصية, تجميع للقانون الاقتصادي للشريعة الإسلامية.

التعاون علاوة على ذلك ضد الخير في الحياة اليومية هو أحد أشكال البر الاجتماعي مع إخوانهم من البشر يمكن أيضاً أن نجعل أنفسنا ليكون أقرب إلى الله سبحانه وتعالى. ليس فقط سوف تعطي تأثير على الآخرين، ولكن يمكن أيضاً يؤثر لأنفسنا. كما ينبغي أن نتعامل، التعاون في اتفاق الديون يمكن أن يحال إلى مع تحمل الديون، **Borgtocht** و كفالة. في تطبيقهما الضمان نظراً لطرف ثالث للمقرضين/الجهات الضامنة الوفاء بالتزامات كلا الطرفين/المقرضين.

وأما مسألة التي يبحث في هذا البحث عن **Borgtocht** في كتاب القانون حكم الشخصية و كفالة في تجميع للقانون الاقتصادي للشريعة الإسلامية، وتوازن بينهما في كتاب القانون حكم الشخصية وتجميع للقانون الاقتصادي للشريعة الإسلامية. وأهدف هذا البحث لمعرفة كيف **Borgtocht** في كتاب القانون حكم الشخصية و كفالة في تجميع للقانون الاقتصادي للشريعة الإسلامية، ومعرفة توازن بينهما.

في هذا البحث باستخدام أسلوب البحث القانوني المعياري أو المكتبات البحثية وأيضاً استخدام النهج المقارنة، النهج المفاهيمي والنهج للتشريع. مادة حكم التمهيدي حكم في البحث كتاب القانون حكم الشخصية و تجميع للقانون الاقتصادي للشريعة الإسلامية. و المواد القانونية الثانوية استخدام الكتب، والقرآن والحديث، وموسوعة الكلاسيكية. أما بالنسبة للمواد القانونية استخدام الكتاب الجامعي هي القاموس، أي قاموس لغة الإندونيسية.

إستنباط في هذا لبحث **Borgtocht** في كتاب القانون حكم الشخصية هي وعد الزيادة التي تتعلق الديون المستحقة، لذلك ونادراً ما يتم استخدامه في الاتفاق. و كفالة في تجميع للقانون الاقتصادي للشريعة الإسلامية يحتوي على العناصر التي يتم استخدامها في الأعمال المصرفية الإسلامية التي تتضمن كائنات ممتلكات في الديون، فضلاً عن وظائف في الحرف لحماية العملاء. وتوازن بينهما في كتاب القانون حكم الشخصية و تجميع للقانون الاقتصادي للشريعة الإسلامية كانت مساوية، أي في الديون وبعض الأشياء المختلفة، بين أمور أخرى، حول المتطلبات والكائن بين البلدين، هناك ضمان أن المتطلبات في تجميع للقانون الاقتصادي للشريعة الإسلامية مزيد من التفاصيل مقارنة بحمل القانون حكم الشخصية.



BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Seiring dengan berkembangnya teknologi serta ilmu pengetahuan, sehingga menuntut setiap individu mengikuti perkembangan zaman tersebut baik dalam teknologi ataupun ilmu pengetahuan. Di samping itu pula, dalam mengikuti perkembangan zaman modern ini, tentunya memiliki nilai-nilai positif dan negatif dikalangan orang menengah ke atas sehingga perkembangan ini sangat menguntungkan bagi kalangan atas karena dapat mempermudah berbagai urusan yang mereka miliki. Namun bagi sebagian

orang yang menengah ke bawah, perkembangan zaman ini merupakan sebagai beban dalam hidupnya, karena mereka dituntut untuk mengikuti dan turut menggunakan fasilitas kemodernan yang ada. Sehingga tak jarang bagi masyarakat menengah ke bawah memerlukan biaya tambahan untuk memenuhi kebutuhan keluarga sehari-hari. Dan untuk memenuhi kebutuhan tersebut sebagian dari mereka melakukan kerja sampingan dan juga adakalanya mereka berhutang, baik kepada perorangan ataupun badan hukum (bank, koperasi, instansi, dan lain sebagainya).

Inilah yang menjadi persoalan di kalangan masyarakat menengah ke bawah, ketika tidak sanggup bahkan tidak memiliki biaya untuk membayar utang yang telah mereka pinjam. Tentunya dalam persoalan utang ini banyak solusi yang digunakan dalam meminimalisir adanya keterlambatan pembayaran, baik berupa jaminan, permohonan penambahan waktu pembayaran dan lain sebagainya.

Begitupun juga tidak hanya terjadi dalam hal utang-piutang yang dapat menjadi persoalan, tak jarang ada sebagian yang nekat untuk mencuri dan merampok hanya untuk memenuhi kebutuhannya.

Secara yuridis dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata) terdapat istilah *Borgtocht* (penanggungan utang). Dalam pasal 1820 bab XVII bagian satu tentang sifat penanggungan berbunyi: Penanggungan adalah suatu persetujuan dengan mana seseorang pihak ketiga,

guna kepentingan si berpiutang, mengikatkan diri untuk memenuhi perikatannya si berutang manakala orang ini sendiri tidak memenuhinya.¹

Selain diatur dalam KUHPerdata, *Borgtocht* juga diatur dan dijelaskan secara cukup jelas di dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) dengan istilah lain yaitu, *Kafâlah*. Di dalam kedua bahan hukum tersebut mencakup semua hal-hal yang berkaitan dengan penanggungan atau penjaminan. Meskipun ada beberapa perbedaan dan persamaan di dalam pengaturannya, namun secara umum banyak juga kesamaan-kesamaan mengenai aturan keduanya di dalam kedua bahan hukum tersebut. Yang pada intinya penanggungan juga berfungsi sebagai kemaslahatan bersama dan sebagai salah satu bentuk tolong menolong antar sesama manusia.

Dalam sistem hukum Indonesia berlaku pula Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata) yang merupakan peninggalan pemerintah Hindia-Belanda yang dahulu disebut “Burgerlijk Wetboek” (BW). Dalam praktiknya ketentuan KUHPerdata ini juga dipergunakan dalam berbagai transaksi syariah seperti dalam perbankan syariah di Indonesia. Penggunaan bahan hukum ini dapat dimaklumi karena pada masa-masa sebelumnya transaksi-transaksi perbankan dan keuangan lainnya menggunakan KUHPerdata sebagai rujukan di samping belum diterapkannya Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) dalam transaksi dimaksud.

Penanggungan utang dalam pandangan hukum Islam salah satunya ialah dengan *Kafâlah*. Dengan menanggung utang seseorang yang disebut *kâfil*

¹ Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, (Cet. 35; Jakarta : PT Pradnya Paramita, 2004), h. 462

(penjamin) dan orang yang ditanggung utang tersebut yaitu *makfûl 'anhu*, sedangkan orang yang memberi utang disebut *makfûl lahu*. Adapun objek *Kafâlah* itu sendiri salah satunya adalah uang, harta atau benda dan pekerjaan. Oleh karena itu pada suatu masyarakat tertentu jika akan melakukan penanggungan kepada seseorang haruslah sesuai dengan ketentuan dan objek yang telah dijelaskan diatas.

Mengenai Penanggungan atau *Kafâlah* di dalam kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) diatur dalam 26 pasal dan terdapat pada bab XII tentang *Kafâlah*, yaitu mulai pasal 335 sampai pasal 361.² Sedangkan Penanggungan atau *Borgtocht* di dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata) terdapat dalam 30 pasal yaitu, pada bab XVII dimulai dari pasal 1820 sampai pasal 1850.³ Akan tetapi sayangnya pada KUHPerdata disusun dalam tata bahasa Belanda yang diterjemahkan dalam bahasa Indonesia, jadi sedikit agak sulit dipahami oleh masyarakat Indonesia pada umumnya. Karena memang KUHPerdata tersebut merupakan hukum warisan Belanda.

Penanggungan di dalam KUHPerdata lebih menekankan pada pembahasan penanggungan secara umum-umum saja, artinya KUHPerdata ini merupakan peraturan atau undang-undang peninggalan Belanda dahulu, dan tidak memandang ras atau agama dalam pembahasannya. Seiring dengan perkembangan zaman, muncullah yang namanya Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah atau biasa dikenal dengan sebutan KHES. Di dalam KHES tersebut

² PPHIMM. *Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah*, h. 101

³ Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, h. 468

juga mengatur pasal-pasal mengenai penanggungan. Penanggungan atau *Kafâlah* di dalam KHES tersebut sudah mengalami perkembangan atau terdapat aturan-aturan tambahan yang di dalam KUHPerdato belum dibahasnya. *Kafâlah* di dalam KHES ini juga sedikit banyak mengandung beberapa perbedaan dan persamaan dalam pengaturan *Kafâlah* atau penanggungan dengan yang ada di dalam KUHPerdato.

Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) bukan termasuk undang-undang, akan tetapi merupakan sebuah hukum terapan materil yang dikeluarkan oleh Mahkamah Agung (MA). KUHPerdato dan KHES secara undang-undang memang tidak setara, akan tetapi mempunyai kedudukan dan fungsi yang sama dihadapan hukum. Peraturan MA (PERMA) itu juga sudah dilegalkan oleh undang-undang. Peraturan-peraturan Penanggungan di dalam KUHPerdato dan KHES juga berbeda. Pengaplikasian penanggungan dalam keseharian dewasa ini lebih tertuju terhadap penanggungan dalam konsep perbankan syariah, yang berdasarkan dengan fatwa-fatwa dan merujuk kepada KHES. Sedangkan ketentuan yang ada di dalam KUHPerdato khususnya dalam penanggungan jarang diaplikasikan di dalam keseharian, karena sulitnya apabila terjadi wanprestasi di dalam penanggungan tersebut. Oleh karena itu masyarakat banyak menggunakan konsep penanggungan atau jaminan dalam perbankan. Maka hal itu peneliti sangat menarik untuk mengkaji lebih dalam. Bagaimana peneliti bisa mengetahui dan mengkaji peraturan-peraturan tentang konsep Penanggungan, *Borgtocht* dan *Kafâlah* yang ada di dalam KUHPerdato dan KHES? Yaitu dengan cara membaca,

menelaah, serta membandingkan beberapa pasal-pasal yang peneliti gunakan untuk sumber bahan hukum dalam penelitian ini. Setelah itu nanti dapat diketahui bagaimana perbandingan-perbandingannya, dan tentunya perbedaan serta persamaan penanggungan di dalam KUHPerduta dan KHES.

Dari rangkaian penjelasan-penjelasan yang sudah peneliti paparkan di atas, maka peneliti tertarik untuk meneliti kajian konsep penanggungan yang seperti ini. KHES bukan termasuk dalam undang-undang, akan tetapi sudah banyak dipakai oleh orang-orang Indonesia yang mayoritas beragama Islam sebagai pedoman untuk transaksi-transaksi atau bermuamalah antar sesama manusia. Terutama banyak pengaplikasian *Kafâlah* dalam konsep perbankan syariah yang banyak dilakukan di dalam perbankan syariah.

Dengan permasalahan di atas peneliti bermaksud untuk meneliti lebih dalam tentang konsep penanggungan dan untuk menambah kajian keilmuan, maka peneliti disini mengangkat penelitian ini dengan judul : "Perbandingan Antara Konsep *Borgtocht* Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Dan *Kafâlah* Dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah".

B. Rumusan Masalah

Dari uraian di atas, maka permasalahan penelitian ini adalah sebagai berikut :

1. Bagaimana konsep *Borgtocht* dalam KUHPerduta dan *Kafâlah* dalam KHES?
2. Bagaimana perbandingan antara *Borgtocht* dalam KUHPerduta dan *Kafâlah* dalam KHES?

C. Tujuan Penelitian

Adapun tujuan penelitian yang dilakukan peneliti adalah sebagai berikut :

1. Untuk mengetahui konsep *Borgtocht* dalam KUHPerdara dan *Kafâlah* dalam KHES.
2. Untuk mengetahui perbandingan antara *Borgtocht* dalam KUHPerdara dan *Kafâlah* dalam KHES.

D. Manfaat Penelitian

Manfaat penelitian yang peneliti kaji ini diharapkan dapat memberikan manfaat antara lain sebagai berikut :

1. Manfaat Teoritis

Hasil dari penelitian ini diharapkan dapat memberikan sumbangsih terhadap wawasan keilmuan bagi mahasiswa hukum bisnis syariah khususnya, dan bagi mahasiswa pada umumnya secara teoritis berupa sumbangan bagi pengembangan ilmu pengetahuan Hukum perdata dan Hukum Ekonomi Islam.

2. Manfaat Praktis

Hasil penelitian ini diharapkan bagi peneliti dapat mengetahui lebih jelas dan juga dapat dijadikan bahan masukan (*input*) dalam rangka sumbangan pemikiran (*kontribusi*) mengenai konsep *Borgtocht* dalam KHUPerdara dan *Kafâlah* dalam KHES.

E. Definisi Operasional

Agar tidak ada kesalah pahaman dalam memahami maksud skripsi ini, maka ada beberapa kata yang perlu diberi penjelasan sebagai berikut :

Borgtocht atau penanggungan hutang secara definisi sebagai mana di jelaskan didalam pasal 1820 KUHPerdato adalah penanggungan adalah suatu perjanjian dengan mana seseorang pihak ketiga, guna kepentingan si berpiutang mengikatkan diri untuk memenuhi perikatannya si berutang, manakala orang ini sendiri tidak memenuhinya.⁴

Kafâlah adalah, "Menggabungkan dua tanggungan dalam permintaan dan hutang".⁵ Definisi lain adalah, "Jaminan yang diberikan oleh penanggung (*kâfil*) kepada pihak ketiga yaitu pihak yang memberikan hutang/*kreditor* (*makfûl lahu*) untuk memenuhi kewajiban pihak kedua yaitu pihak yang berhutang/*debitor* atau yang ditanggung (*makfûl 'anhu*)".

F. Metode Penelitian

Dalam penelitian skripsi ini, metode penelitian yang digunakan adalah penelitian hukum normatif atau penelitian kepustakaan, yang dapat diuraikan adalah sebagai berikut :

1. Jenis Penelitian

Jenis penelitian yang digunakan oleh peneliti secara umum adalah menggunakan penelitian normatif bukan empiris, jenis penelitian dimaksudkan untuk menjelaskan jenis atau macam penelitian yang dipergunakan dalam penelitian ini. Jenis penelitian dapat mengambil banyak nama tergantung refrensi yang digunakan. Meskipun begitu, jenis penelitian

⁴Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, h. 462

⁵ Sohari Sahrani dan Ru'fah Abdullah, *Fikih Muamalah*, (Bogor : Ghalia Indonesia, 2011), h. 246

induk yang umum digunakan adalah penelitian normatif atau penelitian empiris.⁶

Pada penelitian ini peneliti menggunakan penelitian yuridis normatif, karena penelitian ini bukan sebuah penelitian lapangan secara langsung yang menganalisis sebuah kasus atau fenomena tertentu. Akan tetapi penelitian ini adalah mengkaji bahan hukum, aturan-aturan, serta pasal-pasal yang ada di dalam KUHPerdata dan KHES.

2. Pendekatan Penelitian

Pendekatan penelitian disesuaikan dengan jeni penelitian, rumusan masalah, dan tujuan penelitian. Dalam penelitian normatif, pendekatan yang dapat digunakan antara lain adalah :

- a. Pendekatan Perundang-undangan (*statute approach*).
- b. Pendekatan Kasus (*case approach*).
- c. Pendekatan Historis (*historis approach*).
- d. Pendekatan Komparatif (*comparative approach*).
- e. Pendekatan Konseptual (*conceptual approach*).

Dari beberapa pendekatan-pendekatan tersebut, peneliti menggunakan tiga pendekatan. Yang pertama pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), yaitu pendekatan yang menelaah semua perundang-undangan dan regulasi yang berkaitan dengan isu hukum yang sedang peneliti teliti. Suatu penelitian normatif tentunya memang menggunakan pendekatan perundang-undangan, karena yang diteliti adalah berbagai aturan hukum yang menjadi

⁶ Tim Penyusun Pedoman Penelitian Karya Ilmiah Fakultas Syariah, *Pedoman Penelitian Karya Ilmiah*, (Malang : UIN Press, 2012), h. 20

focus sekaligus tema sentral suatu penelitian.⁷ Pendekatan yang kedua adalah pendekatan komparatif (*comparative approach*), yaitu menelaah hukum dengan membandingkan undang-undang suatu negara dengan undang-undang negara lain mengenai hal yang sama atau membandingkan hukum adat dan lainnya. Pendekatan komparatif ini juga mencakup perbandingan mazhab dan aliran agama. Kemudian yang terakhir yaitu menggunakan pendekatan konseptual (*conceptual approach*), yaitu pendekatan yang menelaah konsep yang beranjak dari pandangan-pandangan dan doktrin yang berkembang dalam ilmu hukum dan agama.⁸

3. Bahan Hukum

Dalam penelitian ini, peneliti menggunakan jenis penelitian pustaka, yaitu penelitian yang menjadikan bahan kepustakaan ini dijadikan sebagai bahan hukum atau sumber data primer.

Dalam penelitian ini (penelitian normatif), bahan hukum yang dapat digunakan adalah bahan hukum sekunder, yakni bahan hukum yang diperoleh dari informasi yang sudah tertulis dalam bentuk dokumen. Adapun bahan hukum yang ada di sini terbagi menjadi tiga, yaitu :⁹

Bahan hukum yang peneliti gunakan dalam penelitian ini adalah :

a. Bahan Hukum Primer

⁷ Johnny Ibrahim, *Teori & Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, (Malang : Bayumedia Publishing, 2007), h. 302

⁸ Tim Penyusun Pedoman Penelitian Karya Ilmiah Fakultas Syariah, *Pedoman Penelitian Karya Ilmiah*, h. 21

⁹ Tim Penyusun Pedoman Penelitian Karya Ilmiah Fakultas Syariah, *Pedoman Penelitian Karya Ilmiah*, h. 41

Bahan Hukum Primer, merupakan bahan hukum utama yang menjadi bahan hukum dalam penelitian ini. Dalam penelitian skripsi ini peneliti menggunakan bahan hukum primer, yaitu Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata) dan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES).

b. Bahan Hukum Sekunder

Bahan Hukum Sekunder, merupakan bahan hukum penunjang berupa studi kepustakaan yang bersumber dari buku-buku fikih muamalah, pengantar ilmu hukum, buku syarah hadis, serta buku-buku metodologi penelitian, selain bahan hukum sekunder juga menggunakan al-Qur'an dan hadis.

c. Bahan Hukum Tersier

Bahan Hukum Tersier, merupakan bahan hukum yang memberikan petunjuk atau penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder, dan peneliti gunakan dalam penelitian ini adalah kamus.¹⁰ Dalam hal ini peneliti menggunakan Kamus Besar bahasa Indonesia (KBBI).

4. Metode Pengumpulan Bahan Hukum

Dalam bagian ini dijelaskan urutan kerja, alat, dan cara pengumpulan bahan hukum primer maupun sekunder yang disesuaikan dengan pendekatan penelitian, karena masing-masing pendekatan memiliki prosedur dan teknik yang berbeda. Metode pengumpulan bahan hukum primer dalam penelitian

¹⁰ Johnny Ibrahim, *Teori & Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, h. 296

normatif antara lain dengan melakukan penentuan bahan hukum, inventarisasi bahan hukum yang relevan, dan pengkajian bahan hukum.¹¹

Pada penelitian ini bahan hukum dikumpulkan melalui studi kepustakaan dengan mengumpulkan, membaca, menelaah dan mencatat beberapa bahan hukum yang berkaitan dengan penelitian peneliti dari sumber bahan hukum primer dan sekunder kemudian bahan hukum diolah sesuai dengan teknik analisis bahan hukum.

5. Metode Pengolahan Bahan Hukum

Teknik pengolahan bahan hukum merupakan bagaimana caranya mengolah bahan hukum yang berhasil dikumpulkan untuk memungkinkan penelitian bersangkutan melakukan analisa yang sebaik-baiknya.¹² Dari bahan hukum tersebut dan sesuai yang dipergunakan, pengolahan bahan hukum dalam penelitian ini dilakukan melalui beberapa tahap yaitu : pemeriksaan bahan hukum, mengklarifikasi, menguji, menganalisis bahan-bahan hukum tersebut baik primer ataupun sekunder secara normatif dan yuridis formil dengan alasan-alasan peneliti untuk saling dibandingkan dalam rangka mendapatkan suatu kesimpulan.

G. Penelitian Terdahulu

Sebagai bahan pertimbangan dalam penelitian ini, akan dicantumkan beberapa hasil penelitian terdahulu oleh beberapa peneliti yang pernah peneliti baca, diantaranya :

¹¹ Tim Penyusun Pedoman Penelitian Karya Ilmiah Fakultas Syariah, *Pedoman Penelitian Karya Ilmiah*, h. 22

¹² Soerjono Soekanto, *Penelitian Hukum Normatif*, (Jakarta : Rajawali, 1986), h. 24

1. Haryati, nomor mahasiswa 21991143, Fakultas Syariah, Institut Islam Negeri Walisongo Semarang, dengan Judul “Studi Analisis Terhadap *Kafâlah* (Bank Garansi) Di Bank Syariah Mandiri Pekalongan”. Rumusan masalah peneliti adalah “Bagaimana praktek sistem *Kafâlah* di bank syariah mandiri pekalongan dan bagaimana perspektif hukum islam tentang sistem *Kafâlah* di bank syariah mandiri pekalongan”. Tujuan penelitian ”Untuk mengetahui praktek *Kafâlah* di bank syariah mandiri pekalongan dan untuk mengetahui perspektif hukum islam tentang sistem *Kafâlah* di bank syariah mandiri pekalongan”.¹³
2. Sri Wardhani Legowati, nomor mahasiswa B4B 003 151, Program Pascasarjana Universitas Diponegoro, dengan judul ”Efektifitas Jaminan Perseorangan (*Borgtocht*) Apabila Debitur Wanprestasi Pada Bank Jateng Cabang Pemuda Semarang”. Rumusan masalah peneliti adalah ”Bagaimana pelaksanaan jaminan perorangan (*Borgtocht*) sebagai jaminan bank dalam praktek pemberian kredit sebagai jaminan tambahan dan apakah jaminan perorangan (*Borgtocht*) dapat efektif melindungi kreditur apabila debiturnya wanprestasi”. Tujuan penelitian ”Untuk mengetahui tentang pelaksanaan jaminan perorangan (*Borgtocht*) sebagai jaminan dalam preaktek pemberian kredit dan untuk mengetahui tentang efektifitas pelindungan kreditur apabila debitur wanprestasi”.¹⁴

¹³ Haryati, “Studi Analisis Terhadap Kafalah (Bank Garansi) Di Bank Syariah Mandiri Pekalongan”, <http://library.walisongo.ac.id/digilib/>, diakses tanggal 16 Februari 2016.

¹⁴ Sri Wardhani Legowati, “Efektifitas Jaminan Perseorangan (*Borgtocht*) Apabila Debitur Wanprestasi Pada Bank Jateng Cabang Pemuda Semarang”, Tesis, Semarang : Universitas Diponegoro, 2005.

3. Windy Pratiwi, nomor mahasiswa 09220032, Fakultas Syariah, Jurusan Hukum Bisnis Syariah, Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang, dengan judul “Fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia Nomor 57/DSN-MUI/V/2007 Tentang *Letter of credit* Dengan Akad *Kafâlah bi al-Ujrah* Perspektif Mazhab Syafi’i Dan Mazhab Hanafi”. Rumusan masalah peneliti adalah “Bagaimana pandangan mazhab Syafi’i dan mazhab Hanafi terhadap pembiayaan *Letter of credit* dengan akad *Kafâlah bi al-ujrah* dan apakah perbedaan dan persamaan antara mazhab Syafi’i, Hanafi dan fatwa No. 57/DSN-MUI/V/2007”. Tujuan penelitian “Untuk mendeskripsikan pandangan hukum Islam mengenai penerapan akad *Kafâlah bi al-ujrah* pada jasa *Letter of credit* (L/C). Hukum Islam yang dimaksud yaitu dari perspektif mazhab Syafi’i dan mazhab Hanafi. Selain itu penelitian ini bertujuan untuk mengetahui perbedaan dan persamaan antara mazhab Syafi’i, Hanafi dan fatwa No. 57/DSN-MUI/V/2007 tentang *Letter of credit* dengan akad *Kafâlah bi al-ujrah*”.¹⁵

Dari beberapa penelitian terdahulu di atas peneliti sederhanakan untuk mempermudah pembacaan, penelitian terdahulu dapat dilihat pada table berikut :

¹⁵ Windy Pratiwi, “Fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia Nomor 57/DSN-MUI/V/2007 Tentang *Letter of credit* Dengan Akad *Kafâlah Bi Al-Ujrah* Perspektif Mazhab Syafi’i Dan Mazhab Hanafi”, Skripsi, Malang : Universitas Islam Negeri Maulana Ibrahim, 2013.

Tabel 1.1: Penelitian Terdahulu

No	Nama/Perguruan Tinggi/Tahun	Judul	Objek Formal (Persamaan)	Objek Materil (Perbedaan)
1	Haryati/Fakultas Syariah, Institut Islam Negeri Walisongo, Semarang/2004	Studi Analisis Terhadap <i>Kafâlah</i> (Bank Garansi) Di Bank Syariah Mandiri Pekalongan	Sama-sama membahas tentang objek Kafâlah	1. Analisis terhadap praktek sistem <i>Kafâlah</i> di Bank Syariah Mandiri Pekalongan 2. Penelitian Empiris
2	Sri Wardhani Legowati/Program Pascasarjana, Universitas Diponegoro, Semarang/2005	Efektifitas Jaminan Perseorangan (Borgtocht) Apabila Debitur Wanprestasi Pada Bank Jateng Cabang Pemuda Semarang	Sama-sama membahas tentang objek Jaminan Perseorangan (Borgtocht)	1. Jaminan Perorangan (<i>Borgtocht</i>)Apabila Debitur Wanprestasi pada Bank Jateng Cabang Pemuda 2. Penelitian Empiris
3	Windy Pratiwi/Fakultas Syariah, Jurusan Hukum Bisnis Syariah, Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang/2013	Fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia Nomor 57/DSN-MUI/V/2007 Tentang <i>Letter of credit</i> Dengan Akad <i>Kafâlah bi al-Ujrah</i> Perspektif Mazhab Syafi'i dan Mazhab Hanafi	1. Sama-sama membahas tentang objek Kafâlah 2. Sama-sama Penelitian Normatif	Persamaan dan perbedaan Mazhab Syafi'i, Hanafi dan Fatwa No. 57 DSN-MUI/V/2007 tentang <i>Letter of credit</i> dengan akad <i>Kafâlah bi al-Ujrah</i>

H. Sistematika Pembahasan

Supaya dalam penyusunan laporan penelitian nanti lebih sistematis dan terfokus pada satu pemikiran, maka peneliti menyajikan sistematika pembahasan sebagai gambaran umum penelitian laporan penelitiannya :

Bab Pertama: Pendahuluan, terdiri dari latar belakang masalah, rumusan masalah, tujuan penelitian, manfaat penelitian, definisi operasional, metode penelitian, penelitian terdahulu, dan sistematika pembahasan.

Bab Kedua: Tinjauan Pustaka, kerangka teori atau landasan teori yang didalamnya akan dijelaskan konsep perjanjian dalam KUHPerdara, dan *Kafâlah* dalam KHES serta mengkaji teori-teori yang berkaitan tentang *Borgtocht* dan *Kafâlah*.

Bab Ketiga: Hasil Penelitian dan Pembahasan, terdiri dari hasil penelitian dan perbandingan (analisis konsep *Borgtocht* dalam KUHPerdara dan *Kafâlah* dalam KHES) dan korelasi antara pandangan keduanya.

Bab Keempat: Penutup, terdiri dari kesimpulan (jawaban singkat atas rumusan masalah yang ditetapkan) dan saran.



BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. *Borgtocht*

1. Pengertian *Borgtocht*

Hukum jaminan merupakan himpunan ketentuan yang mengatur atau berkaitan dengan peminjaman dalam rangka utang piutang (pinjaman uang) yang terdapat dalam berbagai peraturan perundang-undangan yang berlaku saat ini.¹⁶

Definisi tentang jaminan mempunyai dua macam yaitu jaminan umum sebagaimana yang diatur dalam pasal 1131 KUHPerdato “Segala kebendaan si berutang baik yang bergerak maupun yang tak bergerak, baik yang sudah ada maupun yang baru akan ada di kemudian hari menjadi tanggungan untuk

¹⁶ M. Bahsan, *Hukum Jaminan dan Jaminan Kredit Perbankan Indonesia*, (Surabaya : 2005), h. 3

segala perikatan”.¹⁷ Sedangkan jaminan khusus yaitu, dapat berupa jaminan kebendaan dan jaminan perorangan (*Borgtocht*).

Pada jaminan kebendaan, si debitur/yang berhutang memberi jaminan benda kepada kreditur, sebagaimana jaminan atas hutang yang dipinjam debitur. Jadi apabila debitur tidak membayar hutangnya pada saat jatuh tempo maka pihak kreditur dapat menuntut eksekusi atas benda yang telah dijaminan oleh debitur tersebut untuk melunasi hutangnya. Sedangkan dalam jaminan perorangan atau *Borgtocht* ini jaminan yang diberikan oleh debitur bukan berupa benda melainkan berupa pernyataan oleh seorang pihak ketiga (penjamin/*guarantor*) yang tak mempunyai kepentingan apa-apa baik terhadap debitur maupun terhadap kreditur, bahwa debitur dapat dipercaya akan melaksanakan kewajiban yang diperjanjikan; dengan syarat bahwa apabila debitur tidak melaksanakan kewajibannya maka pihak ketiga itu bersedia untuk melaksanakan kewajiban debitur tersebut.¹⁸

Menurut KUHPerdota pasal 1820 BAB XVII bagian satu tentang sifat penganggungan berbunyi : Penanggungan adalah suatu perjanjian dengan mana seseorang pihak ketiga, guna kepentingan si berpiutang mengikatkan diri untuk memenuhi perikatannya si berutang, manakala orang ini sendiri tidak memenuhinya.¹⁹

Penanggungan Utang dalam bahasa Belanda disebut *Borgtocht* , dalam bahasa Inggris disebut *Guarantee*, yang diatur dalam pasal 1820 sampai dengan pasal 1850 KUHPerdota, tidak banyak dipakai dalam bisnis

¹⁷ Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, h. 291

¹⁸ M. Yahya Harahap, *Segi-Segi hukum Perjanjian*, (Bandung : Alumni, 1982), h. 315

¹⁹ Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, h. 462

perbankan, dan andainya pun dipakai, hanya sekedar sebagai jaminan tambahan. Hal itu disebabkan, oleh karena baik dalam personal, maupun *Corporate Guarantee*, Penanggung, *Borg* atau *Guarant*, tetap menguasai harta yang dijamin, seperti telah tidak terjadi apa-apa, dan ia tetap dapat secara leluasa menjual, mengoperkan dan membebankan hartanya itu dengan lembaga jaminan yang lain, dengan perkataan lain, justru oleh karena penanggung diperkenankan secara bebas melakukan hal-hal itu, maka kreditur tidak terjamin secara sempurna.²⁰

2. Sifat Penanggungan

Sebagai suatu perjanjian yang selalu dikaitkan dengan perjanjian pokok dan mengabdikan pada perjanjian pokok tersebut, maka dengan begitu perjanjian penanggungan adalah bersifat *Accessoir*/tambahan/pelengkap. Hal tersebut dijelaskan sebagaimana dalam pasal 1821 KUHPdata tentang syarat dari adanya perjanjian penanggungan, yakni :

“Tiada penanggungan jika tidak ada suatu perikatan pokok yang sah”.²¹

Sebagaimana dalam pasal 1821 KUHPdata disebutkan bahwa tiada perjanjian penanggungan kalau tidak ada perjanjian pokok yang sah. Ketentuan ini menunjukkan bahwa keberadaan perjanjian penanggungan adalah tergantung pada perjanjian pokok. Maka dapat disimpulkan bahwa perjanjian penanggungan ini bersifat *accessoir*.²²

²⁰M. Bahsan, *Hukum Jaminan dan Jaminan Kredit Perbankan Indonesia*, h.8

²¹ Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, h. 463

²² Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *Hukum Jaminan di Indonesia Pokok-Pokok Hukum Jaminan dan Jaminan Perorangan*, (Yogyakarta : Liberty, 1980), h. 81

Perjanjian penanggungan dapat timbul untuk menjamin perutusan yang timbul dari segala macam hubungan hukum yang lazimnya bersifat keperdataan, namun dapat pula untuk menjamin pemenuhan prestasi yang dapat dinilai dengan uang, yang lahir dari hubungan hukum publik.²³

Menurut J. Satrio, perjanjian penanggungan hampir mirip dengan perjanjian garansi. Dalam pasal 1316 KUHPdata diatur tentang perjanjian garansi, yang pada intinya merupakan suatu perjanjian, dimana pemberi garansi (*garant*) menjamin, bahwa seorang pihak ketiga akan berbuat sesuatu yang biasanya, tetapi tidak selalu dan tidak harus berupa tindakan “menutup suatu perjanjian-perjanjian tertentu”. Seorang pemberi garansi mengikatkan diri secara bersyarat, untuk memberikan ganti rugi, kalau pihak ketiga yang dijamin tidak melakukan perbuatan, untuk mana ia memberikan garansinya. Di sini terlihat, bahwa perjanjian penanggungan juga mengandung unsur menjamin pelaksanaan kewajiban perikatan tertentu dari seorang debitur, sehingga antara keduanya ada persamaan-persamaan sedemikian rupa.²⁴

Sedangkan menurut Sri Soedewi, perjanjian penanggungan banyak persamaannya dengan perutusan tanggung-menanggung. Dalam arti bahwa kewajiban dari si penanggungan adaah mirip dengan kewajiban debitur perutusan tanggung-menanggung, dimana debitur masing-masing harus bertanggung jawab untuk memenuhi seluruh prestasi. Sehingga masing-masing debitur dapat ditagih untuk seluruh prestasi seperti kewajiban dari penanggung. Mengenai perbedaan, perjanjian penanggungan bersifat *accessoir*

²³ R. Tjiptoadinugroho, *Perbankan Masalah Perkreditan (Penghayatan, Analisis dan Penuntutan)*, (Jakarta : Pradnya Paramita, 1971), h. 167

²⁴ J. Satrio, *Hukum Jaminan, Hak-Hak Pribadi*, (Bandung : Citra Aditya Bakti, 1996), h. 8

dan si penanggung mempunyai hak untuk membagi hutang. Sedangkan perputangan tanggung-menanggung bersifat berdiri sendiri dan debitur di sini tidak mempunyai hak untuk membagi hutang.²⁵

Sementara itu, menurut pasal 1820 KUHPerdara, penanggungan adalah suatu perjanjian dengan mana seorang pihak ketiga, guna kepentingan si berpiutang, mengikatkan diri untuk memenuhi perikatan si berutang manakala orang ini sendiri tidak memenuhinya.

Berdasarkan ketiga pengertian diatas terdapat beberapa perumusan yang tampak dan perlu mendapat perhatian adalah :²⁶

- a. Penanggungan merupakan suatu perjanjian;
- b. *Borg* adalah pihak ketiga;
- c. Penanggungan diberikan demi kepentingan kreditur;
- d. *Borg* mengikatkan diri untuk memenuhi perikatan debitur, kalau debitur wanprestasi;
- e. Ada perjanjian bersyarat.

3. Akibat-Akibat Penanggungan

- a. Akibat-Akibat Penanggungan Antara Kreditur dan Penanggungnya

Pada prinsipnya, penanggung hutang tidak wajib membayar hutang debitur pada kreditur, kecuali debitur lalai membayar hutangnya. Untuk membayar hutang debitur tersebut, maka barang kepunyaan debitur harus disita dan dijual terlebih dahulu untuk melunasi hutangnya.

²⁵ Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *Hukum Jaminan di Indonesia Pokok-Pokok Hukum Jaminan dan Jaminan Perorangan*, h. 84

²⁶ J. Satrio, *Hukum Jaminan, Hak-Hak Pribadi*, h. 12

Penanggungan tidak dapat menuntut supaya barang milik debitur lebih dahulu disita dan dijual untuk melunasi hutangnya, jika :

- 1) Dia (Penanggung Hutang) telah melepaskan hak istimewa untuk menuntut barang-barang debitur lebih dahulu disita dan dijual;
- 2) Dia telah mengikatkan dirinya bersama-sama dengan debitur utama secara tanggung-menanggung, dalam hal itu akibat-akibat perikatannya diatur menurut asas-asas yang ditetapkan untuk hutang-hutang tanggung-menanggung;
- 3) Debitur dapat mengajukan suatu eksepsi yang hanya mengenai dirinya sendiri secara pribadi;
- 4) Debitur dalam keadaan pailit; dan
- 5) Dalam hal penanggungan yang diperintahkan hakim.²⁷

b. Akibat-Akibat Penanggungan Antara Debitur dan Penanggung dan Antara Para Penanggung

Hubungan hukum antara penanggung dengan debitur utama adalah erat kaitannya dengan telah dilakukannya pembayaran debitur kepada kreditur untuk itu, pihak penanggung menuntut kepada debitur supaya membayar apa yang telah dilakukan oleh penanggung kepada kreditur. Di samping penanggung hutang juga berhak menuntut :

- 1) Pokok dan bunga
- 2) Penggantian biaya, kerugian dan bunga

²⁷ Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, h. 464

Di samping itu, penanggung juga dapat menuntut debitur untuk diberikan ganti rugi atau untuk dibebaskan dari suatu perikatannya bahkan sebelum ia membayar utangnya :

- 1) Bila ia digugat di muka hakim untuk membayar
- 2) Bila debitur berjanji untuk membebaskannya dari penanggungannya pada suatu waktu tertentu
- 3) Bila hutangnya sudah dapat ditagih karena lewatnya jangka waktu yang telah ditetapkan untuk pembayarannya
- 4) Setelah lewat waktu 10 tahun, jika perikatan pokok tidak mengandung suatu jangka waktu tertentu untuk pengakhirannya, kecuali bila perikatan pokok sedemikian sifatnya, sehingga tidak dapat diakhiri sebelum lewat waktu tertentu.

Hubungan antara penanggung dengan debitur disajikan berikut ini jika berbagai orang telah mengikatkan dirinya sebagai penanggung untuk seorang debitur dan untuk hutang yang sama, maka penanggung yang melunasi hutangnya berhak untuk menuntut kepada penanggung yang lainnya, masing-masing untuk bagiannya.²⁸

4. Hak-Hak Penanggungan

Dalam melaksanakan kewajiban oleh undang-undang, penanggung diberikan hak-hak tertentu yang sifatnya memberikan perlindungan bagi penanggung (menurut ketentuan undang-undang) diantaranya²⁹ :

²⁸ Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, h. 467

²⁹ Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *Hukum Jaminan di Indonesia Pokok-Pokok Hukum Jaminan dan Jaminan Perorangan*, h. 92

a. Hak untuk menuntut terlebih dahulu (*voorrecht van uitwinning*)

Penanggung memiliki hak istimewa (yakni untuk meminta pemenuhan benda-benda si berhutang supaya lebih dahulu disita dan dijual) yang membawa akibat hukum bagi penanggung untuk tidak diwajibkan melunasi kewajiban debitur kepada kreditur sebelum ternyata bahwa harta kekayaan debitur yang cidera janji tersebut telah disita dan dijual.

b. Hak untuk membagi hutang (*voorrecht van schuldplitsing*)

Jika dalam perjanjian penanggungan terdapat beberapa orang yang mengikatkan diri sebagai penanggung untuk suatu hutang dan untuk seorang debitur yang sama, maka masing-masing penanggung terikat untuk seluruh hutang, yang secara rinci menjelaskan apabila para penanggung digugat untuk pemenuhan hutangnya dapat menuntut kepada kreditur untuk lebih dahulu membagi-bagi piutangnya untuk bagian dari para penanggung.

c. Hak untuk mengajukan tangkisan gugat

Penanggung berwenang untuk mengajukan tangkisan-tangkisan sebagaimana yang digunakan oleh debitur kepada kreditur, kecuali hal yang menyangkut pribadi dari debitur itu sendiri. Hak ini lahir akibat dari perjanjian penanggungan dan sifat *accessoir* dari perjanjian penanggungan tersebut, misalkan persoalan kesesatan, jika perjanjian dibuat dengan syarat atau dengan ketentuan waktu.

d. Hak untuk diberhentikan dari penanggungan (karena terhalang melakukan subrogasi akibat perbuatan atau kesalahan kreditur)

Hak ini timbul sebagai akibat dari ketentuan bahwa penanggung yang telah membayar, karena hukum akan menggantikan semua hak-hak kreditur terhadap debitur . namun apabila hak tersebut tidak dapat terlaksana karena kesalahan kreditur, maka penanggung harus diberhentikan sebagai penanggung dan perjanjian tersebut menjadi gugur.

e. Hak regres dan subrogasi dari penanggung

Kedua hak tersebut akan muncul bersamaan setelah pembayaran oleh penanggung kepada kreditur tanpa harus dilakukan penyerahan apapun terlebih dahulu. Hak regres adalah hak untuk menuntut kembali pembayaran yang telah dibayarkan oleh penanggung tersebut dari si debitur, baik dengan pengetahuan atau tanpa sepengetahuan debitur. Hak tersebut tetap ada sekalipun tidak tercantum secara khusus dalam akta penanggungan ataupun surat-surat tanda bukti yang lain.

5. Hapusnya Penanggungan

Terhapusnya penanggungan dalam utang piutang dijelaskan dalam pasal 1845 KUHPerdara bahwa perikatan yang diterbitkan dari penanggungan hapus karena sebab-sebab yang sama, sebagaimana yang menyebabkan berakhirnya perikatan-perikatan lainnya.³⁰ Dengan ketentuan pasal tersebut berlaku juga pasal 1381 KUHPerdara tentang hapusnya perikatan diantaranya³¹ :

³⁰ Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, h. 468

³¹ Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, h. 349

- a. Pembayaran;
- b. Penawaran pembayaran tunai, diikuti dengan penyimpanan atau penitipan;
- c. Pembaharuan utang;
- d. Perjumpaan utang atau kompensasi;
- e. Percampuran utang;
- f. Pembebasan utang;
- g. Musnahnya barang yang terutang;
- h. Kebatalan atau pembatalan;
- i. Berlakunya syarat pembatalan, yang diatur dalam bab I buku KUHPerdata;
- j. Lewatnya waktu, yang diatur dalam bab tersendiri.

B. *Kafâlah*

1. Pengertian *Kafâlah*

Kafâlah secara bahasa artinya menggabungkan, jaminan, beban dan tanggungan.

Sedangkan menurut istilah, *Kafâlah* merupakan jaminan yang diberikan oleh penanggung (*kâfil*) kepada pihak ketiga untuk memenuhi kewajiban pihak kedua atau yang ditanggung.³² Dalam pengertian lain, *Kafâlah* juga berarti mengalihkan tanggung jawab seseorang yang dijamin dengan berpegang pada tanggung jawab orang lain sebagai penjamin.

³² Muhammad Syafi'i Antonio, *Bank Syariah : Dari Teori ke Praktek* , (Cet. 14; Jakarta : Gema Insani, 2009), h. 123

Kata *Kafâlah* juga terdapat didalam al-Qur'an yang berarti pemeliharaan sebagaimana firman Allah SWT :

فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا

*“Maka Dia (Allah) menerimanya dengan penerimaan yang baik, membesarkannya dengan pertumbuhan yang baik dan menyerahkan pemeliharannya kepada Zakaria.”*³³

Lafadh/kata *al-Kafâlah* merupakan masdar (kata awal) yang fi'il madhinya ialah *kafala* (كَفَلَ) dan fi'il mudlâri'nya *yakfulu* (يَكْفُلُ) yang secara umum berarti beban (كَفْلٌ) yakni *hamala* (حَمْلٌ).

Adapun pengertian *al-Kafâlah* secara umum menurut istilah ahli hukum Islam, ialah :

ضَمُّ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ فِي حَقِّ الْمُطَالَبَةِ

Artinya : *“Penggabungan tanggungan yang satu kepada yang lain tentang hak yang saling menuntut.”*³⁴

Para ulama memberikan definisi *Kafâlah* dengan redaksi yang berbeda antara satu dengan yang lainnya, diantaranya :

1. Menurut Mazhab Hanafi bahwa *Kafâlah* memiliki dua pengertian, yang pertama arti *Kafâlah* ialah :

ضَمُّ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ فِي الْمُطَالَبَةِ بِنَفْسٍ أَوْ دَيْنٍ عَيْنٍ

³³ Kemenag RI, *Al-Qur'an dan Terjemah Dilengkapi Tajwid Warna*, h. 54

³⁴ Sohari Sahrani dan Ru'fah Abdullah, *Fikih Muamalah*, h. 246

Artinya : “Menggabungkan dzimah kepada dzimah yang lain dalam penagihan dengan jiwa, utang atau zat benda.”

Yang kedua, arti *Kafâlah* ialah :

ضَمُّ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ فِي أَصْلِ الدَّيْنِ

Artinya : “Menggabungkan dzimah kepada dzimah yang lain dalam pokok (asal) utang.”

2. Menurut Mazhab Maliki bahwa *Kafâlah* ialah :

أَنْ يَشْغُلَ صَاحِبُ الْحَقِّ ذِمَّةَ الضَّامِنِ مَعَ ذِمِّهِ الْمَضْمُونِ سَوَاءً كَانَ شُغْلُ الذِّمَّةِ مُتَوَفَّقًا عَلَى شَيْءٍ أَوْ لَمْ يَكُنْ مُتَوَفَّقًا

Artinya : “Orang yang mempunyai hak mengerjakan tanggungan pemberi beban serta bebannya sendiri yang disatukan, baik menanggung pekerjaan yang sesuai (sama) maupun pekerjaan yang berbeda.”

3. Menurut Mazhab Hanbali bahwa yang dimaksud dengan *Kafâlah* adalah :

التَّزَامٌ وَجَبَ عَلَى الْغَيْرِ مَعَ بَقَائِهِ عَلَى الْمَضْمُونِ أَوْ التَّزَامُ إِخْضَارُ مَنْ عَلَيْهِ حَقٌّ مَالِيٍّ لِصَاحِبِ الْحَقِّ

Artinya : “Iltizam sesuatu yang diwajibkan kepada orang lain serta kekekalan benda tersebut yang dibebankan atau iltizam orang yang mempunyai hak menghadirkan dua harta (pemilikinya) kepada orang yang mempunyai hak.”

4. Menurut Mazhab Syafi'i bahwa yang dimaksud dengan *Kafâlah* ialah :

عَقْدٌ يَقْتَضِي الْإِزَامَ حَقًّا ثَابِتًا فِي ذِمَّةِ الْغَيْرِ أَوْ إِحْضَارَ عَيْنٍ مَّضْمُونَةٍ أَوْ إِحْضَارَ بَدَنٍ

مَنْ يَسْتَحِقُّ حُضْرَهُ

Artinya : “*akad yang menetapkan iltizam yang tetap pada tanggungan (beban) yang lain atau menghadirkan zat benda yang dibebankan atau menghadirkan badan oleh orang yang berhak menghadirkannya.*”

Berdasarkan pengertian-pengertian di atas, dapat ditarik pengertian atau definisi yang lebih operasional bahwa yang dimaksud dengan *Kafâlah* atau dhaman ialah menggabungkan dua beban (tanggungan) dalam permintaan dan utang.³⁵

Menurut definisi lain adalah jaminan yang diberikan oleh penanggung (*kâfil*) kepada pihak ketiga untuk memenuhi kewajiban pihak kedua atau yang ditanggung (*makfûl 'anhu/ashîl*). Merujuk kamus istilah fikih, *Kafâlah* juga dapat diartikan menanggung atau penanggung terhadap sesuatu, yaitu akad yang mengandung perjanjian dari seseorang yang mana di dalamnya ada hak yang harus dipenuhi terhadap orang lain, dan berserikat bersama orang lain itu dalam hal tanggung jawab terhadap hak tersebut dalam menghadapi penagih (utang).³⁶

Pada asalnya, *Kafâlah* adalah padanan dari *dlâman*, yang berarti penjaminan sebagaimana tersebut di atas. Namun dalam perkembangannya, situasi telah mengubah pengertian ini. *Kafâlah* identik dengan *kafâlah al-*

³⁵ Hendi Suhendi, *Fiqh Muamalah*, (Cet. I; Jakarta : Raja Grafindo Persada, 2002), h. 187-188

³⁶ M. Abdul Madjib, et. al., *Kamus Istilah Fikih*, (Jakarta : Pustaka Firdaus, 1994), h. 148

wajh (*personal guarantee*, jaminan diri), sedangkan *dlâman* identik dengan jaminan yang berbentuk harta secara mutlak.³⁷

Dari beberapa definisi di atas, dapat disimpulkan bahwa *Kafâlah* adalah jaminan dari penjamin (pihak ketiga), baik berupa jaminan diri maupun harta kepada pihak kedua sehubungan dengan adanya hak dan kewajiban pihak kedua tersebut kepada pihak lain (pihak pertama). Konsep ini sedikit berbeda dengan konsep *rahn* yang juga bermakna barang jaminan, namun barang jaminan tersebut dari orang yang berhutang. Ulama mazhab Fikih membolehkan kedua jenis *Kafâlah* tersebut, baik diri maupun barang.

Di dalam perundang-undangan Mesir misalnya, *Kafâlah* diartikan sebagai menggabungkan tanggung jawab orang yang berutang dan orang yang menjamin. Misalnya, ada seseorang akan mengajukan kredit kepada bank, kemudian ada orang kedua bertindak dan turut menjamin hutang seseorang tersebut. Ini berarti bahwa hutang tersebut menjadi tanggung jawab orang pertama dan juga orang kedua.³⁸

Semakna dengan itu, KUHPerdota pasal 1820 menyebutkan, bahwa penanggungan adalah “suatu persetujuan dengan mana seorang pihak ketiga, guna kepentingan si berpiutang, mengikatkan diri untuk memenuhi perikatannya si berutang mana kala orang ini sendiri tidak memenuhinya.”³⁹

Sedangkan dalam al-Qur'an ayat yang menjelaskan tentang jaminan adalah sebagai berikut:

³⁷ Adiwarman A. Karim, *Ekonomi Islam : Suatu Kajian Kontemporer*, (Jakarta : Gema Insani, 2001), h. 106

³⁸ Adiwarman A. Karim, *Ekonomi Islam : Suatu Kajian Kontemporer*, h. 107

³⁹ R. Subekti, *Hukum Perjanjian*, (Jakarta : PT. Internusa, 1991), h. 14

Dalam surat Yusuf ayat 72 Allah SWT berfirman:

قَالُوا نَفَقْدُ صُوعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ

"Mereka menjawab, "Kami kehilangan piala raja, dan siapa yang dapat mengembalikannya akan memperoleh (bahan makanan seberat) beban unta, dan aku jamin itu".⁴⁰

Dalam ayat di atas telah dijelaskan bahwa seseorang menjamin bahwa apabila ada seseorang yang dapat mengembalikan piala raja yang hilang maka ia akan mendapat bahan makanan sebanyak berat beban unta.

Sedangkan dalam hadis Nabi juga disebutkan sebagaimana tercantum di dalam shahih bukhari sebagai berikut :

حَدَّثَنَا أَبُو عَاصِمٍ عَنْ يَزِيدَ بْنِ أَبِي عُبَيْدٍ عَنْ سَلَمَةَ بْنِ الْأَكْوَعِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَتَى بِجَنَازَةٍ ، لِيُصَلِّيَ عَلَيْهَا ، فَقَالَ : هَلْ عَلَيْهِ مِنْ دَيْنٍ؟ قَالُوا لَا . فَصَلَّى عَلَيْهِ ، ثُمَّ أَتَى بِجَنَازَةٍ أُخْرَى ، فَقَالَ : هَلْ عَلَيْهِ مِنْ دَيْنٍ؟ قَالُوا نَعَمْ . قَالَ : صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ. قَالَ أَبُو قَتَادَةَ عَلَى دَيْنِهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ . فَصَلَّى عَلَيْهِ.

(رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ)⁴¹

Artinya : “Abu Ashim telah menceritakan kepada kami dari Yazid bin ‘Ubaid, dari Salamah bin Al-Akwa’ r.a : Sesungguhnya didatangkan kepada Nabi SAW satu jenazah untuk beliau shalati, maka beliau bertanya : ‘Apakah dia memiliki utang?’ Mereka menjawab : ‘Tidak’, lalu beliau menshalatinya. Kemudian didatangkan satu jenazah yang lain dan beliau bertanya : ‘Apakah dia memiliki utang?’ Mereka menjawab ‘ya’, beliau

⁴⁰ Kemenag RI, *Al-Qur'an dan Terjemah Dilengkapi Tajwid Warna*, (Jakarta : Dharma art, Edisi Madina, 2010), h. 244

⁴¹ Ibnu Hajar al-‘Asqalâniy, *Fathul al-Bâriy bi syarh Shahîh al-Bukhâriy*, (Beirut : Dâr al-Fikr, 2007), h. 240-241

bersabda : “Shalatilah sahabat kalian”. Abu Qatadah berkata : ‘Utangnya menjadi tanggunganku, wahai Rasulullah’, maka beliau menshalatinya.”

Adapun contoh skema *Kafâlah* sebagai berikut :

Gambar 2.1

Skema *Kafâlah*⁴²



2. Rukun dan Syarat *Kafâlah*

Menurut Mazhab hanafi, rukun *Kafâlah* itu hanya satu, yaitu ijab dan qabul.⁴³ Sedangkan menurut ulama yang lainnya, rukun dan syarat *Kafâlah* adalah sebagai berikut :⁴⁴

- a. *DLâmin* (الضَّامِنُ), *kâfil* atau *za'im*, yaitu orang yang menjamin dimana ia disyaratkan sudah baligh, berakal, tidak dicegah membelanjakan hartanya (*mahjur*) dan dilakukan dengan kehendaknya sendiri.
- b. *Madmûnlah* (الْمَضْمُونُ لَهُ), yaitu orang yang berpiutang, syaratnya ialah bahwa yang berpiutang diketahui oleh orang yang menjamin, sebab

⁴² Peneliti intisarikan dari buku Sohari Sahrani dan Ru'fah Abdullah, *Fikih Muamalah*

⁴³ Sohari Sahrani dan Ru'fah Abdullah, *Fikih Muamalah*, h. 247

⁴⁴ Hendi Suhendi, *Fiqh Muamalah*, h. 191

watak manusia berbeda-beda dalam menghadapi orang yang berhutang, ada yang keras, dan ada yang lunak. Penetapan syarat ini terutama sekali dimaksudkan untuk menghindari kekecewaan dibelakang hari bagi penjamin, bila orang yang dijamin membuat ulah dan salah.

- c. Orang yang berhutang (المُضْمُونُ عَنْهُ), orang yang berhutang tidak disyaratkan baginya kerelaannya terhadap penjamin karena pada prinsipnya hutang itu harus lunas, baik orang yang berhutang rela atau tidak, namun lebih baik dia rela.
- d. Objek jaminan hutang (المُضْمُونُ), berupa uang, barang atau orang. Objek jaminan hutang disyaratkan bahwa keadaanya diketahui dan telah ditetapkan. Oleh sebab itu tidak sah *dlamaan* (jaminan) jika objek jaminan hutang tidak diketahui dan belum ditetapkan, karena ada kemungkinan hal ini ada *gharar* (penipuan)
- e. *Sighat* (الصِّغَةُ), yaitu pernyataan yang diucapkan penjamin. Dengan disyaratkan keadaan *sighat* mengandung makna jaminan, tidak digantungkan pada sesuatu.⁴⁵

3. Macam-Macam *Kafâlah*

Secara umum (garis besar), *Kafâlah* terbagi menjadi dalam dua macam bagian, yaitu *Kafâlah* dengan jiwa (الكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ) dan *Kafâlah* dengan harta (الكَفَالَةُ بِأَمْوَالِ).⁴⁶

⁴⁵ M. Ali Hasan, *Berbagai Macam Transaksi dalam Islam (Fiqh Muamalah)*, (Jakarta : Raja Grafindo Persada, 2003), h. 262

⁴⁶ Sohari Sahrani dan Ru'fah Abdullah, *Fikih Muamalah*, h. 248

a. *Kafâlah* dengan jiwa

Dikenal pula dengan jaminan muka, yaitu adanya kemestian pada pihak *kafil* untuk menghadirkan orang yang ia tanggung kepada yang ia janjikan tanggungan (*makfûl lahu*), dan akad *Kafâlah* ini sah dengan cara mengucapkan “Aku sebagai *kafil* si Fulan” dengan (menghadirkan) badannya atau wajahnya. Atau Aku menjadi penjamin atau Aku menjadi penanggung, dan yang seumpamanya. Hal ini boleh, jika persoalannya adalah menyangkut hak manusia. Orang yang dijamin atau ditanggung harus mengetahui persoalan, karena *Kafâlah* menyangkut badan, bukan harta.

Fuqaha yang membolehkan tanggungan beralasan dengan keumuman sabda Nabi SAW, “Penanggung itu menanggung kerugian”. Mereka juga berpegang bahwa tanggungan itu terdapat kebaikan, dan diriwayatkan pula dari masa pertama.⁴⁷

Adapun seandainya *Kafâlah* menyangkut hak Allah, maka tidak sah. Apakah itu dalam kaitan hak Allah seperti *had khamr*, atau hak manusia seperti *had* menuduh berzina. Demikianlah menurut pendapat kebanyakan ulama dengan berdasarkan kepada kepada hadits Umar bin Sya’aib dari bapaknya, dari Nabi SAW, beliau bersabda :

لَا كَفَالَةَ فِي حَدِّ (رَوَاهُ الْبَيْهَقِيُّ بِإِسْنَادٍ ضَعِيفٍ وَقَالَ أَنَّهُ مُنْكَرٌ)

Artinya : “Tidak ada *Kafâlah* dalam masalah *had*” (Riwayat al Baihaqi dengan *isnad dhaif*, dan ia mengatakan hadits ini mungkar).

⁴⁷ Ibnu Rusyd, *Bidayatul Mujtahid*, Jilid IV, (Cet. I; Jakarta : Pustaka Amani, 1995), h. 416

Menurut sahabat-sahabat As-Syafi'i, *Kafâlah* dinyatakan sah dengan menghadirkan orang yang berkewajiban (terkena kewajiban) menyangkut hak manusia, seperti *qishâs* dan *qadzî* (menuduh berzina). Karena hal ini adalah hak lazim. Adapun bila ia menyangkut hak Allah, maka untuk hal itu tidak sah dengan *Kafâlah*.

Tetapi Ibnu Hazm tidak menyetujui pendapat ini, ia mengatakan : Menjamin dengan menghadirkan badan (yang dikenal dengan *dlamân bil wajh*) pada pokoknya tidak boleh, baik menyangkut persoalan harta maupun had, dan bahkan untuk apa saja. Karena syarat apapun yang tidak terdapat dalam kitabullah adalah batil.

Namun demikian, *kafâlah bil wajh* ini dibenarkan oleh sejumlah ulama, mereka beragumentasi bahwa Rasulullah SAW pernah menjamin urusan tuduhan. Jika seseorang menjamin akan menghadirkan seseorang, maka orang tersebut wajib menghidrkannya, bila ia tidak dapat menghidrkannya, sedangkan penjamin masih hidup atau penjamin itu sendiri berhalangan hadir, menurut Mazhab Maliki dan penduduk Madinah penjamin wajib membayar hutang orang yang ditanggungnya, dalam hal ini Rasulullah SAW bersabda :

الرَّعِيْمُ غَارِمٌ (رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ)

Artinya : “Penjamin adalah berkewajiban membayar” (Riwayat Abu Daud).

Sedangkan menurut Mazhab Hanafi bahwa perjanjian (*kâfil* atau *dlâmin*) harus ditahan sampai ia dapat menghadirkan orang tersebut

atau sampai penjamin mengetahui bahwa *ashîl* telah meninggal dunia, dalam keadaan demikian penjamin tidak berkewajiban membayar dengan harta, kecuali bila ketika menjamin mensyaratkan demikian (akan membayarnya).⁴⁸

Jika ia mensyaratkan tanggungan muka (badan) tanpa harta, sedang ia pun menjelaskan syarat tersebut, maka Imam Malik berpendapat bahwa harta tersebut tidak menjadi wajib atasnya. Oleh karena itu seingat saya, tidak ada perselisihan dalam masalah ini. Karena apabila demikian (yakni apabila harta itu menjadi wajib atasnya), maka ia juga telah dibebani perbuatan yang bertentangan dengan apa yang disyaratkannya itu. Demikianlah hukum-hukum yang berkenaan dengan tanggungan muka (*dhamânul wajh*).⁴⁹

b. *Kafâlah* Harta

Kewajiban yang mesti ditunaikan oleh dhamin atau kafil dengan pembayaran (pemenuhan) berupa harta. *Kafâlah* ada tiga macam, yaitu :

- 1) *Kafâlah bi dayn*, yaitu kewajiban membayar hutang yang menjadi beban orang lain. Dalam hadits Salamah bin Aqwa diriwayatkan bahwa Nabi SAW, tidak mau menshalatkan mayat yang mempunyai kewajiban membayar hutang, kemudian Qatadah r.a berkata :

صَلِّ عَلَيْهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَ عَلَيَّ دَيْنُهُ فَصَلَّ عَلَيْهِ

⁴⁸ Hendi Suhendi, *Fiqh Muamalah*, h. 193

⁴⁹ Ibnu Rusyd, *Bidayatul Mujtahid*, h. 418

Artinya :”*Shalatkanlah dia dan saya akan membayar hutangnya, Rasulullah kemudian menshalatkannya.*”

Dalam *Kafâlah* hutang disyaratkan sebagai berikut :

- a) Hendaknya nilai barang tersebut tetap pada waktu terjadinya transaksi jaminan, seperti hutang qiradh, upah dan mahar, seperti seseorang berkata : juallah benda itu kepada A dan aku berkewajiban menjamin pembayarannya dengan harga sekian, maka harga penjualan benda tersebut adalah jelas, hal ini disyaratkan menurut Mazhab Syafi’i. Sementara Abu Hanifah, Malik dan Abu Yusuf berpendapat boleh menjamin sesuatu yang nilainya belum ditentukan.
 - b) Hendaklah barang yang dijamin diketahui. Menurut Mazhab Syafi’i dan Ibnu Hazm, bahwa seseorang tidak sah menjamin barang yang tidak diketahui, sebab perbuatan tersebut adalah termasuk *gharar* (penipuan), sementara Abu Hanifa, Malik dan Ahmad berpendapat bahwa seseorang boleh menjamin sesuatu yang tidak diketahui.
- 2) *Kafâlah* dengan materi atau dengan menyerahkan benda, yaitu kewajiban menyerahkan benda-benda tertentu yang ada di tangan orang lain, seperti mengembalikan barang yang *dighasab* dan menyerahkan barang jualan kepada pembeli, disyaratkan materi tersebut yang dijamin untuk *ashîl* (orang yang berhutang) seperti

dalam kasus *ghasab*. Namun bila bukan berbentuk jaminan *Kafâlah* batal.

- 3) *Kafâlah* dengan aib, maksudnya bahwa barang yang didapati berupa harta penjual dan mendapat bahaya (cacat), karena waktu yang terlalu lama atau karena hal-hal lainnya. Maka ia (pembawa barang) sebagai jaminan untuk hak membeli pada penjual seperti jika terbukti barang yang dijual adalah milik orang lain atau barang tersebut adalah barang gadai.⁵⁰

Mengenai tanggungan harta, fuqaha telah berpendapat bahwa apabila orang yang ditanggung itu meninggal atau bepergian, maka penanggung harus mengganti kerugian. Kemudian mereka berselisih pendapat apabila penanggung dan orang yang ditanggung itu sama-sama ada di tempat dan sama-sama kaya.

Imam Malik mengatakan dalam satu pendapatnya bahwa kreditur tidak boleh menagmbil penanggung jika orang yang ditanggung itu masih ada. Ia juga mempunyai pendapat lain seperti yang dikemukakan oleh jumhur ulama.

Abu Tsaur berpendapat bahwa *hamâlah* dan *Kafâlah* adalah sama karena barangsiapa menanggung orang lain pada harta, maka harta tersebut menjadi wajib atasnya, sedang orang yang ditanggung menjadi bebas karenanya, dan tidak boleh satu macam harta itu ditanggung oleh

⁵⁰ Hendi Suhendi, *Fiqh Muamalah*, h. 194

dua orang. Pendapat seperti ini juga dikemukakan oleh Ibnu Abi Laila dan Ibnu Syubramah.

Tentang pendapatnya yang mengatakan bahwa penuntut yakni kreditur boleh menuntut penanggung, harta orang yang ditanggung itu bepergian atau tidak, kaya atau miskin, ia beralasan dengan hadis Qubaishah bin al Makhariqi ra., ia berkata : “Aku membawa suatu tanggungan, maka aku mendatangi Nabi SAW, kemudian aku Tanya kepada beliau mengenai tanggungan, beliau bersabda, “kami akan mengeluarkan tanggungan tersebut atas namamu dari unta sedekah ya Qubaishah, sesungguhnya perkara ini halal kecuali pada tiga hal.” Kemudian beliau menyebutkan tentang seorang laki-laki yang membawa suatu tanggungan dari laki-laki lain hingga ia melunasinya.

Segi pengambilan dalil hadis ini ialah bahwa Nabi SAW membolehkan penuntutan terhadap orang yang menanggung tanpa mempertimbangkan kondisi orang yang ditanggung.⁵¹

Apabila hutang belum terjadi tidak pula dapat dijamin. Umpamanya seseorang berkata, berilah pinjaman kepada si Fulan, kalau ia tidak membayar saya yang akan menjamin. Hal ini tidak sah, karena hutang belum terjadi ketika ia melafalkan kesukaannya menjadi penjamin itu.⁵²

⁵¹ Ibnu Rusyd, *Bidayatul Mujtahid*, h. 419

⁵² Siradjuddin Abbas, *Kitab Fikih Ringkas*, (Cet. V; Jakarta : Pustaka Tarbiyah, 2004), h. 102

4. Pelaksanaan *Kafâlah*

Pelaksanaan *Kafâlah* dapat dibedakan dalam lima bentuk⁵³ :

a. *Kafâlah bin nafs*

Merupakan akad memberikan jaminan atas diri (*personal guarantee*) sebagai contoh dalam praktek perbankan untuk *Kafâlah bin nafs* adalah seorang nasabah yang mendapat pembiayaan dengan jaminan nama baik dan ketokohan seseorang atau pemuka masyarakat. Walaupun bank secara fisik tidak memegang barang apapun tetapi bank berharap tokoh tersebut dapat mengusahakan pembayaran ketika nasabah yang dibiayai mengalami kesulitan.

b. *Kafâlah bil mâl*

Merupakan jaminan pembayaran barang atau perlunasan hutang.

c. *Kafâlah bit taslim*

Jenis *Kafâlah* ini bisa dilakukan untuk menjamin pengembalian barang yang disewa, pada waktu sewa menyewa berakhir. Jenis pemberian jaminan ini dapat dilaksanakan oleh bank untuk kepentingan nasabahnya dalam bentuk kerjasama dengan perusahaan penyewaan (*leasing company*). Jaminan pembayaran bagi bank dapat berupa deposito/tabungan dan bank dapat membebankan uang jasa/*fee* kepada nasabah.

⁵³ Muhammad Syafi'i Antonio, *Bank Syariah : Dari Teori ke Praktek* , h. 123

d. *Kafâlah al munjazah*

Kafâlah al munjazah adalah jaminan yang tidak dibatasi oleh jangka dan untuk kepentingan/tujuan tertentu. Salah satu bentuk *Kafâlah al munjazah* adalah pemberian jaminan dalam bentuk *performance bonds* (jaminan prestasi), suatu hal yang lazim dikalangan perbankan dan hal ini sesuai dengan bentuk akad ini.

e. *Kafâlah al mu'allaqah*

Kafâlah al mu'allaqah adalah jaminan sesuatu dengan dikaitkan pada sesuatu, seperti seseorang berkata “Jika kamu menghutangkan pada anakku, maka aku akan membayarnya” atau “Jika kamu ditagih pada si Fulan, maka aku akan membayarnya.”⁵⁴

Pada prinsipnya *Kafâlah* hanya bisa diberikan untuk kepentingan pihak lain (pihak ketiga) atas dasar adanya suatu kontrak atau perjanjian yang telah disepakati, baik untuk mengerjakan suatu proyek tertentu atau keterkaitan dengan kewajiban pembayaran sesuai dengan batas waktu yang telah diperjanjikan.⁵⁵

⁵⁴ Hendi Suhendi, *Fiqh Muamalah*, h. 195

⁵⁵ Tim Pengembangan Perbankan Syariah Institut Bankir Indonesia, *Konsep, Produk dan Implementasi Operasional Bank Syariah*, (Jakarta : Djambatan, 2001), h. 240

BAB III
***BORGTOCHT* MENURUT KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM
PERDATA DAN *KAFÂLAH* MENURUT HUKUM EKONOMI SYARIAH**

A. Konsep *Borgtocht* Dalam KUHPerdata dan *Kafâlah* Dalam KHES

1. Konsep *Borgtocht* Dalam KUHPerdata

Konsep *Borgtocht* dijelaskan di dalam KUHPerdata yang termuat dalam buku ketiga tentang perikatan yang di dalamnya mengatur tentang jaminan perorangan. KUHPerdata adalah kitab yang mengatur tentang hukum keperdataan antar sesama manusia. Sedangkan Hukum perdata merupakan himpunan dari kaidah-kaidah hukum yang pada azasnya mengatur kepentingan-kepentingan perseorangan dan sebagian dari kepentingan masyarakat.⁵⁶ Hukum perdata dibagi dalam hukum perdata materiil dan

⁵⁶ Achmad Sanusi, *Pengantar Ilmu Hukum dan Pengantar Tata Hukum Indonesia*, (Bnadung : Tarsito, 1977), h. 115

hukum perdata formil.⁵⁷ Sumber pokok hukum perdata (*Burgerlijkrecht*) ialah Kitab Undang-Undang Hukum Sipil (*Burgerlijk Wetboek*), disingkat KUHS (B.W.). KUHS sebagian besar adalah hukum perdata Perancis, yaitu *Code Napoleon* tahun 1811-1838 akibat pendudukan Perancis di Belanda, berlaku di Negeri Belanda sebagai Kitab Undang-Undang Hukum Sipil yang resmi. Sebagian dari *Code Napoleon* ini adalah *Code Civil*, yang dalam penyusunannya mengambil karangan para pengarang bangsa Perancis tentang Hukum Romawi (*Corpus Juris Civilis*), yang pada zaman dahulu dianggap sebagai hukum yang paling sempurna. Juga unsur-unsur hukum kanonik (hukum agama Katholik) dan hukum kebiasaan setempat mempengaruhinya.⁵⁸

KUHPerdata tersebut memuat tentang prinsip-prinsip penyesuaian, sehingga pada hakikatnya sama dengan hukum perdata Barat. Demikian juga kitab tersebut bisa dikatakan sebagai Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Barat. KUHPerdata empat buku, yaitu :⁵⁹

1. Buku I, tentang Orang (ada 17 bab), yang memuat Hukum Perorangan dan Hukum Kekeluargaan.
2. Buku II, tentang Kebendaan (memuat 21 bab), yang banyak kaitannya dengan masalah muamalah dan fikih mawaris.
3. Buku III, tentang Perikatan (memuat 18 bab), yang berisi Hukum Harta Kekayaan yang berkenaan dengan hak-hak dan kewajiban yang berlaku

⁵⁷ L.J. van Avelde, *Pengantar Ilmu Hukum*, terj. Oetarid Sadino, (Jakarta : Pradya Paramita, 1977), h. 232

⁵⁸ CS.T, Kansil, *Pengantar ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia*, (Jakarta : Balai Pustaka, 1986), h. 209.; Soediman Kartohadiprodjo, *Pengantar tata Hukum di Indonesia*, (Bandung : Ghalia Indonesia, 1988), h. 66

⁵⁹ Sohari Sahrani dan Ru'fah Abdullah, *Fikih Muamalah*, h. 11

bagi orang-orang atau pihak-pihak tertentu (berkaitan dengan masalah muamalah).

4. Buku IV, tentang Pembuktian dan Daluarsa (memuat 7 bab), yang memuat perihal alat-alat pembuktian dan akibat-akibat lewat waktu terhadap hubungan-hubungan hukum.

Dalam pembagian di atas, peneliti meneliti tentang perikatan yang mana ada di dalam buku III yang di dalamnya menjelaskan tentang hukum harta kekayaan yang berkenaan dengan hak-hak dan kewajiban yang berlaku bagi pihak-pihak tertentu. Dalam buku III tersebut terdapat istilah penanggungan utang (*borgtocht*) yang di jelaskan di dalam pasal 1820 hingga pasal 1850 KUHPerdato.

Sebagaimana yang tertuang dalam KUHPerdato pasal 1820 BAB XVII bagian satu tentang sifat penanggungan berbunyi : Penanggungan adalah suatu perjanjian dengan mana seseorang pihak ketiga, guna kepentingan si berpiutang mengikatkan diri untuk memenuhi perikatannya si berutang, manakala orang ini sendiri tidak memenuhinya.⁶⁰

Penanggungan Utang dalam bahasa Belanda disebut *Borgtocht* , dalam bahasa Inggris disebut *Guarantee*, yang diatur dalam pasal 1820 sampai dengan pasal 1850 KUHPerdato, tidak banyak dipakai dalam bisnis perbankan, dan andainya pun dipakai, hanya sekedar sebagai jaminan tambahan. Hal itu disebabkan, oleh karena baik dalam personal, maupun *Corporate Guarantee*, Penanggung, *Borg* atau *Guarant*, tetap menguasai

⁶⁰ Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, h. 462

harta yang dijaminkan, seperti telah tidak terjadi apa-apa, dan ia tetap dapat secara leluasa menjual, mengoperkan dan membebankan hartanya itu dengan lembaga jaminan yang lain, dengan perkataan lain, justru oleh karena penanggung diperkenankan secara bebas melakukan hal-hal itu, maka kreditur tidak terjamin secara sempurna.⁶¹

Dilanjutkan dalam pasal selanjutnya yakni pasal 1821 yang berbunyi : *“Tiada perjanjian penanggungan kalau tidak ada perikatan pokok yang sah namun dapatlah seseorang mengajukan diri sebagai penanggung untuk suatu perikatan, biarpun perikatan itu dapat dibatalkan dengan suatu tangkisan yang mengenai dirinya pribadi si berutang, misalnya dalam halnya kebelumdewasaan.”*⁶²

Penjelasan dari pasal di atas bahwa tidak sah suatu penanggungan apabila tidak ada perikatan pokok yang sah. Akan tetapi seseorang dapat mengajukan diri sebagai penanggung didalam suatu perikatan, walaupun perikatan tersebut dapat dibatalkan dengan sebuah tolakan yang mana hanya mengenai dirinya sendiri yang berutang misalnya yaitu dalam hal ketidakdewasaan.

Sedangkan pasal-pasal KUHPdata yang membahas persoalan hak-hak penanggung adalah sebagai berikut :

1. Hak untuk menuntut penjualan benda milik debitur lebih dahulu sesuai dengan pasal 1831 bahwa si penanggung tidak diharuskan untuk membayar terlebih dahulu kepada si berpiutang, apabila si berutang lalai, sedangkan harta benda si berutang ini harus terlebih dahulu disita dan dijual untuk melunasi utang-utangnya tersebut.

⁶¹M. Bahsan, *Hukum Jaminan dan Jaminan Kredit Perbankan Indonesia*, h. 8

⁶² Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, h. 463

2. Hak untuk membagi-bagi utang sebagaimana pasal 1836 jika ada beberapa orang yang telah mengikatkan dirinya sebagai penanggung untuk seseorang berutang yang sama maka setiap orang masing-masing tersebut terikat untuk seluruh utang itu.
3. Hak untuk diberhentikan dari penanggung karena terhalang melakukan subrogasi akibat perbuatan atau kesalahan kreditur dalam pasal 1848 bahwa si penanggung dibebaskan apabila karena dia salahnya si berpiutang, maka tidak dapat menggantikan hak-haknya, hipotiknya dan hak keistimewaannya dari si berpiutang itu.
4. Hak untuk mengajukan tangkisan.

Demikian pula jika si penanggung telah membayar hutang orang yang ditanggung, maka ia juga memiliki dua hak sesuai dalam pasal KUHperdata, yakni pada pasal 1839 yang berbunyi : Si penanggung yang telah membayar dapat menuntut kembali dari si berutang utama, baik penanggungan itu telah diadakan dengan maupun tanpa pengetahuan si berutang utama. Selanjutnya dalam pasal 1840 berbunyi : si penanggung yang telah membayar, menggantikan demi hukum segala hak si berpiutang terhadap si berutang.⁶³

Dalam persoalan terhapusnya penanggungan utang dijelaskan dalam pasal 1845 KUHPerdata bahwa terhapusnya suatu penanggungan hutang karena sebab-sebab yang sama yaitu sesuai dengan berakhirnya perikatan-perikatan lainnya.⁶⁴

⁶³ Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, h. 466

⁶⁴ Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, h. 468

Kemudian dalam Pasal 1843 dijelaskan bahwa si penanggung dapat menuntut si berpiutang untuk diberikan ganti rugi atau dibebaskan dari perikatan bahkan sebelum membayar hutangnya :

1. Apabila ia digugat di muka hakim untuk membayar hutang si berutang
2. Dihapuskan
3. Apabila si berutang telah berjanji untuk membebaskannya dari penanggungannya di dalam suatu waktu tertentu
4. Apabila hutangnya telah melampaui jangka waktu yang telah ditetapkan untuk pembayarannya
5. Setelah lewatnya waktu sepuluh tahun jika perikatan pokok tidak mengandung batas waktu tertentu untuk membayar hutangnya, kecuali apabila perikatan pokok tersebut, tidak dapat diakhiri sampai sebelum lewatnya batasan waktu tertentu, seperti suatu perwalian.⁶⁵

Pada Pasal 1848 si penanggung di bebaskan apabila karena salahnya si berpiutang, tidak lagi dapat menggantikan hak-haknya, hipotiknya dan hak istimewanya dari berpiutang itu dengan begitu maka akan terhapus penanggungan utangnya karena akibat salahnya si berpiutang.

Dalam praktek penanggungan tersebut sangat jarang dilakukan, hal ini karena sulitnya pelaksanaan maupun eksekusinya terhadap seseorang

⁶⁵ Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, h. 467

yang berutang yang telah melakukan wanprestasi. Sebagaimana praktek pemberian kredit yang lebih mengutamakan pada pemberian jaminan kebendaan dari pada jaminan perorangan. Akan tetapi jaminan perorangan ini juga dapat dijadikan sebagai jaminan tambahan terhadap debitur sebagai keraguan kreditur terhadap debitur meskipun jaminan yang ada telah mencukupi atau sebaliknya karakter debitur baik akan tetapi jaminannya masih kurang, sehingga dengan adanya jaminan perorangan sebagai jaminan tambahan akan menjamin keamanan pihak bank (kreditur).

2. Konsep *Kafâlah* Dalam KHES

Konsep *Kafâlah* di dalam KHES terdapat di buku II tentang akad. Asal muasal adanya Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) merupakan kebutuhan yang sangat mendesak bagi ketersediaan sumber hukum terapan peradilan agama di bidang ekonomi syariah pasca lahirnya Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006. Di samping itu, kehadiran KHES adalah sebuah kebutuhan yang sangat mendesak di tengah-tengah menggeliatnya sistem ekonomi Islam atau syariah dengan menjamurnya perbankan syariah di segenap pelosok tanah air.

Terbitnya peraturan MA RI No. 2/2008 tentang KHES dimulai dengan kajian dan diskusi yang cukup lama dan bertahun-tahun. Namun diskusi dan kajian para pakar itu direalisasikan secara formal dengan diadakannya seminar tentang Kompilasi *Nas* dan *Hujjah Shar'iyah* Bidang Ekonomi Syariah yang diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional

(BPHN) Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia bekerja sama dengan Fakultas Syariah dan Hukum Universitas Islam Negeri Syarif Hidayatullah Jakarta.

Penyelenggaraan seminar tersebut tentang Kompilasi *Nas* dan *Hujjah Shar'iyah* Bidang Ekonomi Syariah, adalah untuk : 1) menghimpun *Nas* dan *Hujjah Shar'iyah* bidang ekonomi syariah secara komprehensif-integral; 2) mendokumentasikan pemikiran Hukum Islam (*fiqh ijtihâdi*) para pakar hukum Islam yang diramu dengan bingkai keindonesiaan; 3) memformulasikan masukan (*feed back*) bagi penyempurnaan hukum ekonomi syariah; 4) memberikan bahan kajian awal bagi upaya transformasi hukum Islam bidang ekonomi syariah ke dalam hukum nasional. Seminar ini diikuti oleh kalangan akademisi dan praktisi di bidang hukum dan ekonomi khususnya ekonomi syariah, antara lain dari berbagai universitas/ perguruan tinggi negeri dan swasta serta wakil dari instansi pemerintah terkait.⁶⁶

Adapun hasil dari seminar itu, ditindaklanjuti dengan keluarnya Surat Keputusan (SK) Mahkamah Agung Republik Indonesia nomor KMA/097/SK/X/2006 tanggal 20 Oktober 2006 tentang tim penyusunan KHES. Setelah itu tim melakukan beberapa perubahan dengan membentuk sub-sub tim untuk melakukan diskusi, kajian pustaka dan studi banding ke beberapa negara. Sehingga hasil kerja tim konsultan selama empat bulan telah menghasilkan draft KHES yang telah didiskusikan bersama oleh pakar Hukum Islam dan pakar Ekonomi Syariah bersama tim konsultan dan tim

⁶⁶ Abbas Arfan, 99 *Kaidah Fiqh Muamalah Kulliyah Tipologi dan Penerapannya Dalam Ekonomi Islam & Perbankan Syariah*, (Malang : Fakultas Syariah UIN Malang, 2013), h.124

penyusunan KHES. Kemudian draft tersebut disempurnakan oleh tim penyusunan dan tim konsultan.

Subtansi materi Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) dirangkum dari berbagai bahan referensi, baik dari beberapa kitab fikih terutama fikih muamalah, fatwa-fatwa Dewan Syariah Nasional (DSN) dan hasil studi banding pada berbagai negara yang menerapkan ekonomi syariah. Secara sistematis Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) terbagi dalam 4 buku, yaitu :⁶⁷

1. Tentang Subjek Hukum dan Amwal, terdiri dari 3 bab (pasal 1-19)
2. Tentang Akad terdiri dari 29 bab (pasal 20-667)
3. Tentang Zakat dan Hibah yang terdiri dari 4 bab (pasal 668-727)
4. Tentang Akuntansi Syariah yang terdiri atas 7 bab (pasal 728-790)

Hasil yang lahir dari KHES tersebut adalah berupa 790 pasal yang terbagi menjadi 4 buku atau bagian, di antara 4 buku tersebut buku kedua yang membahas tentang akad di dalamnya berisi tentang jaminan yang kemudian disebut dengan *Kafâlah*. *Kafâlah* di dalam KHES dijelaskan dengan beberapa pasal, yaitu dari pasal 335 sampai pasal 361 KHES.

Jaminan yang ada di dalam KHES ini sendiri adalah jaminan yang diambil dari berbagai kitab klasik yang telah disesuaikan dengan kultur masyarakat Indonesia. Adapun pengertian dari *Kafâlah* itu sendiri tidak disebutkan di dalam pasal-pasal tersebut, namun dalam pasalnya langsung

⁶⁷ PPHIMM. *Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah*, (Jakarta : Kencana, 2009), h. xxvi

dijelaskan akan rukun dan syaratnya, sesuai dengan pasal 335 ayat (1) menyebutkan bahwa :

1. Rukun dan Syarat *Kafâlah*⁶⁸

Rukun dan syarat *Kafâlah* adalah sebagai berikut:

a. Pihak Penjamin (*Kâfil*), syaratnya :

- 1) Baligh (dewasa) dan berakal sehat
- 2) Berhak penuh untuk melakukan tindakan hukum dalam urusan hartanya dan rela (ridha) dengan tanggungan *Kafâlah* tersebut.
- 3) Dibolehkan lebih dari satu orang

b. Pihak yang dijamin (*Makfûl 'anhu*), syaratnya :

- 1) Sanggup menyerahkan tanggungannya (piutang) kepada penjamin.
- 2) Dikenal oleh penjamin.
- 3) Berakal sehat
- 4) Memiliki kecakapan hukum

c. Pihak orang yang berpiutang (*Makfûl Lahu*), syaratnya :

- 1) Diketahui identitasnya.
- 2) Berakal sehat.

d. Obyek Penjaminan (*Makfûl Bihi*), syaratnya :

- 1) Merupakan tanggungan pihak/orang yang berutang, baik berupa uang, benda, maupun pekerjaan.
- 2) Bisa dilaksanakan oleh penjamin.

⁶⁸ PPHIMM. *Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah*, h. 95

- 3) Harus merupakan piutang mengikat (*lazim*), yang tidak mungkin hapus kecuali setelah dibayar atau dibebaskan
- 4) Harus jelas nilai jumlah dan spesifikasinya
- 5) Tidak bertentangan dengan syariah (diharamkan).

dan ayat 2 (akad yang dimaksud dalam ayat 1 harus dinyatakan para pihak baik lisan maupun tulisan dan isyarat).

Adapun syarat lainnya yang sesuai dengan persyaratan dan rukun *Kafâlah* sebagaimana yang tertuang dalam pasal 339 KHES bahwa jaminan akan berlaku jika telah sesuai dengan syarat dan batas waktu yang telah disepakati bersama dan jaminan tersebut akan gugur apabila sampai terjadi penolakan dari pihak peminjam.

Sedangkan dalam pasal 342 menjelaskan macam-macam dari *Kafâlah* yang berbunyi : *Kafâlah* dapat dilakukan dengan cara *muthlaqah* (tidak dengan syarat) dan *muqayyadah* (dengan syarat).⁶⁹

Sebagaimana pasal diatas bahwa *Kafâlah* dibagi menjadi dua bagian yaitu, *Kafâlah* dapat dilakukan tanpa menggunakan syarat apapun (*muthlaqah*) dan begitu juga sebaliknya *Kafâlah* dapat dilakukan dengan syarat-syarat tertentu (*muqayyadah*).

Kemudian dipasal lain juga dijelaskan yakni pasal 347 yang berbunyi : akad *Kafâlah* terdiri dari *Kafâlah* atas diri dan *Kafâlah* atas harta. Dalam pasal 348 (ayat 1) menjelaskan bahwa : pihak pemberi pinjaman memiliki hak memilih untuk menuntut kepada penjamin atau pihak peminjam. Selanjutnya

⁶⁹ PPHIMM. *Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah*, h. 97

dalam pasal 351 (ayat 1) apabila penjamin meninggal dunia maka ahli warisnya berkewajiban untuk menggantikan atau menunjuk penggantinya.⁷⁰

Pada pasal 347 diatas dijelaskan Kafâlah terdiri dari *Kafâlah* atas diri dan *Kafâlah* atas harta maksud dari pernyataan pasal tersebut bahwa *Kafâlah* dapat dilakukan dengan diri sendiri atau dengan jiwa (*kafâlah bin-Nafs*) dan *Kafâlah* dapat dilakukan dengan harta benda (*Kafâlah bil-Mâl*).

Sedangkan dalam pasal 348 ayat 1 seorang yang berpiutang mempunyai hak yang leluasa dalam memilih kepada siapa ia akan menuntut, antara si penjamin atau kepada si pihak peminjam.

Begitu juga dengan pasal 351 ayat 1 bahwa apabila penjamin meninggal dunia maka kewajiban penjamin tidak terputus, melainkan harus di gantikan oleh ahli waris dari penjamin tersebut.

Dan terakhir pasal yang menjelaskan kewajiban penjamin dalam pasal 361 (ayat 1) yang berbunyi : Penjamin wajib bertanggung jawab untuk membayar utang peminjam apabila peminjam tidak melunasi utangnya. (Ayat 2) : Penjamin wajib mengganti kerugian untuk barang yang hilang atau rusak karena kelalain.⁷¹

Dalam pasal yang tertera diatas bahwa penjamin harus bertanggung jawab dalam pembayaran atas utang peminjam yang mana apabila si peminjam tidak dapat melunasi utangnya, sehingga penjamin yang berkewajiban atas pelunasan utang tersebut. Sdangkan pada pasal berikutnya

⁷⁰ PPHIMM. *Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah*, h. 98-99

⁷¹ PPHIMM. *Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah*, h. 101

kewajiban penjamin lainnya adalah dengan mengganti kerugian atas barang yang hilang ataupun rusak akibat kelalaian dari penjamin itu sendiri.

Adapun pembebasan dari akad *Kafâlah* terjadi apabila jika dilihat dari segi penjamin terhadap peminjam atau pihak yang dijamin yaitu :

1. Tanggung jawab seorang penjamin akan terbebaskan apabila peminjam atau pihak yang dijamin telah meninggal dunia.
2. Penjamin akan terbebas dari tanggung jawabnya apabila pihak yang dijamin telah membebaskannya dari tanggungjawab tersebut.
3. Penjamin yang telah dibebaskan dari tanggung jawabnya tidak mengakibatkan terhapusnya utang peminjam, oleh karena itu utang peminjam akan tetap ada sampai ia melunasi kepada pihak pemberi pinjaman
4. Apabila peminjam telah membayar lunas utangnya kepada pihak pemberi jaminan maka secara otomatis penjamin akan terbebaskan dari tanggungjawabnya.

Sedangkan pembebasan dari akad *Kafâlah* terjadi apabila jika dilihat dari segi penjamin terhadap pihak pemberi pinjaman yaitu :

1. Seorang penjamin akan bebas dari tanggung jawabnya dalam akad tersebut apabila ia telah menyerahkan barang jaminan yang telah ditentukan kepada pihak pemberi pinjaman.
2. Apabila penjamin tidak dapat memenuhi tanggung jawabnya maka penjamin dapat menghadirkan peminjam atau pihak yang dijamin

di hadapan pihak pemberi pinjaman sesuai dengan kesepakatan dan ketentuan yang telah disepakati.

Kafâlah yang diatur dalam konsep syariah bisa dikatakan sama persis dengan konsep pemberian jaminan (*borg*) yang diatur menurut hukum positif.⁷²

Adapun *Kafâlah* secara umum (garis besar) dibagi menjadi dua bagian, yaitu *Kafâlah* dengan jiwa dan *Kafâlah* dengan harta. *Kafâlah* dengan jiwa yang juga lebih dikenal dengan *kafâlah bi al-wajh*, yaitu adanya kemestian (keharusan) bagi pihak penjamin (*kâfil*) untuk menghadirkan orang yang ia tanggung kepada pihak yang memberi pinjaman (*makfûl lahu*).⁷³

Penanggungan (jaminan) yang menyangkut masalah orang atau manusia hukumnya boleh. Orang yang ditanggung harus mengetahui permasalahannya, karena *Kafâlah* menyangkut badan bukan harta akan tetapi penanggungan tentang hak Allah SWT seperti, *had khamar* (minuman keras) dan *had* menuduh zina tidak sah atau tidak boleh karena sebagaimana Nabi SAW bersabda :

لَا كَفَالَةَ فِي حَدِّ (رَوَاهُ الْبَيْهَقِيُّ)

Artinya : “Tidak ada *Kafâlah* dalam *had*.” (Riwayat al-Baihaqi)⁷⁴

⁷² Irma Devita Purnamasari dan Suswinarno, *Panduan lengkap Hukum Praktis Populer Kiat-Kiat Cerdas, Mudah & Bijak Memahami Masalah Akad Syariah*, (Bandung : Kaifa, 2011), h. 136

⁷³ Sohari Sahrani dan Ru'fah Abdullah, *Fikih Muamalah*, h. 248

⁷⁴ Sohari Sahrani dan Ru'fah Abdullah, *Fikih Muamalah*, h. 247

Selain alasan tersebut, menggururkan dan menolak *had* adalah perkara *syubhat*. Oleh karena itu, tidak ada kekuatan jaminan yang dapat dipegang atau dijadikan landasan dalam jaminan tersebut dan tidaklah mungkin *had* dapat dilakukan kecuali oleh orang yang bersangkutan.

Menurut sahabat-sahabat as-Syafi'i, bahwa *Kafâlah* dinyatakan sah dengan menghadirkan orang yang terkena kewajiban menyangkut hak manusia, seperti *qishâs* dan *qadzaf*. Kedua hal tersebut menurut Syafi'iyah termasuk hak yang lazim akan tetapi, bila menyangkut *had* yang telah ditentukan oleh Allah SWT sebagaimana *had khamar* (minuman keras) dan *had* menuduh berzina maka, hal itu tidak sah dengan *Kafâlah*.⁷⁵

Hanya saja dalam pendapat tersebut Ibnu Hazm tidak sepaham dengan pendapat tersebut karena menurut pendapat beliau bahwa menjamin dengan menghadirkan badan pada pokoknya tidak boleh, baik menyangkut masalah harta ataupun masalah *had*, jika tidak terdapat di dalam kitabullah adalah batil. Bila seseorang menjamin akan menghadirkan seseorang, maka orang tersebut wajib menghadirkannya. Bila ia tidak menghadirkannya, sedangkan penjamin masih hidup atau penjamin itu sendiri berhalangan hadir, maka menurut mazhab Maliki penjamin mesti membayar hutang orang yang ditanggungnya.

Sedangkan menurut mazhab Hanafi, bahwa penjamin harus ditahan sampai ia dapat menghadirkan orang tersebut atau sampai

⁷⁵ Sohari Sahrani dan Ru'fah Abdullah, *Fikih Muamalah*, h. 248

penjamin mengetahui bahwa *ashîl* telah meninggal dunia. Dalam keadaan demikian penjamin tidak berkewajiban membayar dengan harta, kecuali penjamin mensyaratkan hal lain.⁷⁶

Menurut mazhab Syafi'i, bila *ashîl* telah meninggal dunia, maka *kâfil* tidak wajib membayar kewajibannya karena ia tidak menjamin harta, tetapi menjamin orangnya dan *kâfil* dinyatakan bebas tanggung jawab.

Adapun *Kafâlah* yang kedua adalah *Kafâlah* harta, yaitu kewajiban yang mesti ditunaikan oleh penjamin dengan pembayaran berupa harta. *Kafâlah* harta dibagi menjadi tiga macam :⁷⁷

1. *Kafâlah bi al-dayn*

Jaminan dengan hutang yang dalam pengaplikasiannya adalah dengan kewajiban membayar hutang seseorang yang menjadi beban orang lain

2. *Kafâlah* dengan penyerahan benda

Jaminan dengan berkewajiban menyerahkan benda-benda tertentu yang ada di tangan orang lain, seperti mengembalikan barang yang *dighasab* dan menyerahkan barang jualan kepada pembeli dengan syarat materi yang dijamin *ashîl* sama seperti dalam kasus *ghasab* akan tetapi bila tidak berbentuk jaminan maka batal.

⁷⁶ Hendi Suhendi, *Fiqh Muamalah*, h. 193

⁷⁷ Sohari Sahrani dan Ru'fah Abdullah, *Fikih Muamalah*, h. 249

3. *Kafâlah* dengan ‘aib

Jaminan apabila terdapat cacat barang karena waktu yang terlalu lama atau karena hal-hal lainnya, seperti jaminan penjual kepada pembelinya. Maka ia (pembawa barang) sebagai jaminan untuk hak pembeli kepada penjual apabila terbukti barang yang dijual itu milik orang lain atau barang tersebut barang gadai.

Dalam *Kafâlah* yang dijelaskan di dalam Fikih Klasik mazhab Syafi’i batasan jaminan dalam jaminan orang atau jiwa dan jaminan harta atau benda memiliki batasan-batasan yang berbeda. Jika di dalam jaminan jiwa, batasan jaminan tersebut adalah “*had*” karena sebagaimana yang dijelaskan dalam konsep jaminan orang dan harta bahwa “tidak adanya *Kafâlah* atau jaminan dalam *had*” yang mana maksud dari arti hadis tersebut jelas batasan jaminan jiwa hanya menyangkut sesama manusia tidak kepada *had* Allah SWT. Jadi batasan jaminan jiwa hanya menyangkut sesama manusia seperti *qishâs* dan *qadzaf*, bukan *had khamar* (minuman keras) atau *had* menuduh berzina karena hal tersebut adalah hak Allah SWT yang tidak sah apabila dijadikan sebagai jaminan atau *Kafâlah*.

Sedangkan jika batasan jaminan harta atau benda tidak dijelaskan secara gamblang akan tetapi jika dicermati dan pahami lebih lanjut maka dapat diketahui maksud dari tujuan sebenarnya. Salah satunya ialah jaminan benda haruslah halal, bukan yang diharamkan menurut syariat. Dari pernyataan di atas dapat disimpulkan bahwa jaminan akan batal atau

tidak sah apabila barang yang dijadikan jaminan adalah barang haram. Oleh karena itu tidak semua barang yang dapat dijadikan jaminan harus terlebih dahulu mengetahui halal dan haramnya suatu benda atau barang. Dengan mengetahui hal tersebut, maka akan menjadi batasan barang yang akan dijadikan jaminan, yaitu hendaklah jaminan itu tidak diharamkan oleh syariat Islam.

Batasan jaminan harta atau benda juga harus terlebih dahulu diketahui nilai barangnya tetap pada waktu terjadinya transaksi jaminan, seperti seseorang berkata, “juallah benda itu kepada si fulan dan aku berkewajiban menjamin pembayarannya dengan harga sekian”, maka harga penjualan tersebut jelas hal ini disyaratkan menurut mazhab Syafi’i. Sementara Abu Hanifah, Malik dan Abu Yusuf berpendapat, dibolehkan menjaminkan sesuatu yang nilainya belum ditentukan. Begitu pula barang yang dijamin tidak diketahui jika menurut mazhab Syafi’i dan Ibnu Hazm, bahwa tidak sah menjamin barang yang tidak diketahui, karena perbuatan tersebut adalah termasuk dari *gharar* karena ada unsur penipuan di dalamnya, sedangkan Abu Hanifah, Malik dan Ahmad berpendapat boleh menjamin sesuatu yang tidak diketahui.⁷⁸

Dari pandangan para Imam di atas bahwa dari syarat dalam jaminan harta atau benda dapat menjadi batasan jaminan harta atau benda karena karena batasan jaminan benda tersebut dapat dilihat dari jelasnya jenis benda, nilai dan jumlah yang lebih spesifik dalam jaminan harta atau

⁷⁸ Sohari Sahrani dan Ru’fah Abdullah, *Fikih Muamalah*, h. 249

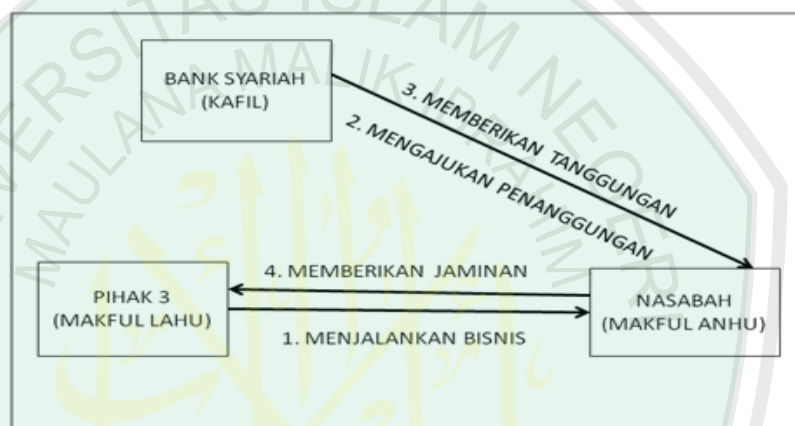
benda tersebut. Apabila tidak diketahui dengan jelas jenis benda, nilai ataupun jumlah barang tersebut maka akan menimbulkan perbuatan yang mengandung unsur *gharar* (penipuan). Oleh sebab itu dengan mengetahui lebih jelas jenis benda, nilai dan jumlahnya maka batasan jaminan harta atau benda tersebut haruslah sesuai atau sepadan dengan barang jaminannya.

Dalam perbankan syariah dalam mengikuti alur perkembangan zaman maka perbankan syariah juga memiliki produk-produk yang berbasis syariah. Salah satu produk perbankan syariah yang saat ini sedang berkembang adalah produk dengan akad *Kafâlah*. Produk *Kafâlah* diberikan oleh bank syariah dalam bentuk pemberian jaminan bank dengan terlebih dahulu diawali dengan pembukaan fasilitas yang ditentukan oleh bank atas dasar hasil analisa dan evaluasi dari nasabah yang akan diberikan fasilitas tersebut. Fasilitas yang dapat diberikan sehubungan dengan penerapan prinsip *Kafâlah* tersebut adalah fasilitas bank garansi dan fasilitas *letter of credit*. Fungsi *Kafâlah* adalah pemberian jaminan oleh bank bagi pihak-pihak yang terkait untuk menjalankan bisnis mereka secara lebih aman dan terjamin, sehingga adanya kepastian dalam berusaha atau bertransaksi, karena dengan jaminan ini bank berarti akan mengambil alih resiko atau kewajiban nasabah, apabila nasabah wanprestasi atau lalai dalam memenuhi kewajibannya.

Pihak bank sebagai lembaga yang memberikan jaminan ini, juga akan memperoleh manfaat berupa peningkatan pendapatan atas upah yang mereka terima sebagai imbalan atas jasa yang diberikan, sehingga akan memberikan kontribusi terhadap perolehan pendapatan mereka.⁷⁹

Gambar 3.1

Skema *Kafâlah* Bank Syariah⁸⁰



Dalam pengaplikasian *Kafâlah* di perbankan syariah akad-akad *Kafâlah* dapat dikelompokkan sebagai berikut :

1. Bank Garansi⁸¹

Bank Garansi adalah surat jaminan yang diterbitkan oleh bank untuk menjamin pihak ketiga atas permintaan nasabah sehubungan dengan transaksi ataupun kontrak yang telah mereka sepakati sebelumnya. Pemberian jaminan ini pada umumnya disyaratkan oleh pihak ketiga terhadap mitra kerjanya, yang bertujuan untuk

⁷⁹ Imron AL Hushein, <http://alhushein.blogspot.co.id/2012/01/kafalah-dan-aplikasinya-di-lembaga.html>, diakses tanggal 12 April 2016.

⁸⁰ Sandi Fathawati S, <http://economicvalueoftime.blogspot.co.id/2013/03/pengertian-skema-dan-contoh-kafalah.html>, diakses tanggal 12 April 2016.

⁸¹ Tim Pengembangan Perbankan Syariah Institut Bankir Indonesia, *Konsep, Produk dan Implementasi Operasional Bank Syariah*, h. 242

mendapatkan kepastian dilaksanakannya isi kontrak sesuai dengan yang telah disepakati. Apabila terjadi cidera janji oleh mitra kerjanya, berdasarkan surat jaminan bank (garansi bank), maka pihak ketiga tadi dapat mengajukan klaim kepada bank penerbit garansi tersebut, apabila semua syarat-syarat untuk pengajuan klaim telah terpenuhi. Bank garansi berfungsi sebagai *covering risk* jika salah satu pihak lalai atau cidera janji dalam memenuhi kewajibannya di mana pihak bank mengambil alih resiko tersebut.

2. *Letter of credit*⁸²

Pada umumnya instrumen *letter of credit* yang diterbitkan oleh bank akan membantu memperlancar transaksi perdagangan (ekspor impor) antar negara karena *letter of credit* berperan sebagai jembatan penghubung, pengambil alihan resiko bagi masing-masing pihak terkait sehingga mereka merasa lebih aman untuk melakukan transaksi.

Apabila pihak eksportir melakukan pengiriman barang-barang mereka kepada importir terlebih dahulu sebelum importir melakukan pembayaran atas harga barang yang dikirim tersebut, akan timbul kekhawatiran dari pihak eksportir kalau importir tidak melaksanakan pembayaran sedangkan barang-barang sudah terlanjur dikirim ke negara importir, sehingga eksportir akan menanggung resiko kemungkinan tidak diterimanya pembayaran. Sebaliknya apabila

⁸² Tim Pengembangan Perbankan Syariah Institut Bankir Indonesia, *Konsep, Produk dan Implementasi Operasional Bank Syariah*, h. 247

importir melakukan pembayaran atau pengiriman yang terlebih dahulu kepada eksportir sebelum barang dikirim oleh eksportir, justru importir yang merasa khawatir dan mempunyai resiko tertipu apabila pihak eksportir tidak mengirimkan barang-barang sesuai dengan pesanan, sedangkan pembayaran telah dilakukan terlebih dahulu.

Untuk menjembatani permasalahan tersebut diperlukan suatu instrumen yang dikeluarkan oleh institusi yang independen dan dapat diterima oleh masing-masing pihak terkait agar mereka dapat menjalankan transaksi secara aman tanpa keraguan. Instrumen tersebut adalah *letter of credit*, merupakan dokumen bank yang intinya berupa janji atau komitmen bank kepada pihak penjual (eksportir) melalui bank mereka untuk melakukan pembayaran, pembelian atau akseptasi dokumen-dokumen yang mereka kirim, dengan syarat apabila semua klausula-klausula yang disyaratkan dalam dokumen tadi telah dipenuhi oleh penjual (eksportir).

Dalam hal ini bank sebagai penerbit *letter of credit* akan menerbitkan *letter of credit* atas dasar permohonan dari pembeli (importir) melalui sales contract yang telah mereka sepakati (antara eksportir dan importir) sehingga pihak bank dalam hal ini bukan dalam posisi mewakili importir, tetapi memberikan jaminan terhadap kelangsungan bisnis importir, karena dengan adanya *letter of credit* ini pihak eskportir akan merasa aman untuk mengirimkan barang-barangnya terlebih dahulu sedangkan pembayaran dari importir akan

diterima nanti setelah dokumen-dokumen yang diterima mereka, diperiksa dan sesuai dengan yang disepakati. Pembayaran baru akan dilakukan apabila semua dokumen-dokumen yang dipersyaratkan dalam *letter of credit* tersebut dipenuhi oleh eksportir.

3. Kartu Kredit

Bank menjamin nasabah (pemegang kartu) untuk belanja tanpa uang cash kepada pihak ketiga (merchant, supermarket, hypermarket). Dengan penjaminan yang diberikan oleh bank tersebut, maka bank selaku *kâfil* dapat dikenakan ujarah (*fee*) kepada nasabah.

Dewasa ini, pengaplikasian *Kafâlah* jarang terjadi di dalam suatu perjanjian seperti *Kafâlah* pada zaman dahulu sebagaimana banyak dijelaskan di dalam kitab-kitab fikih klasik. Pada zaman sekarang *Kafâlah* banyak terjadi di perbankan yang lebih bertujuan untuk melindungi para nasabah dalam melakukan transaksi atau dalam keberlangsungan bisnis para nasabah tersebut.

Adapun konsep *Kafâlah* di dalam KHES mempunyai kesamaan antara konsep *Kafâlah* yang ada di dalam perbankan syariah. Konsep *Kafâlah* di dalam KHES yaitu sebagaimana pasal 20 ayat 12 buku II tentang akad bahwa *Kafâlah* adalah jaminan atau garansi yang diberikan oleh penjamin kepada pihak ketiga/pemberi pinjaman untuk memenuhi kewajiban pihak kedua/peminjam.⁸³ Sedangkan konsep *Kafâlah* di dalam produk perbankan syariah dapat dijelaskan secara lebih jelas sebagai berikut :

⁸³ PPHIMM. *Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah*, h. 16

- a. Bank Garansi adalah surat jaminan yang diterbitkan oleh bank untuk menjamin pihak ketiga atas permintaan nasabah sehubungan dengan transaksi ataupun kontrak yang telah mereka sepakati sebelumnya. Konsep ini memiliki makna yang sama dengan konsep *Kafâlah* dalam KHES, yaitu jaminan atau garansi yang diberikan oleh penjamin kepada pihak ketiga/pemberi pinjaman untuk memenuhi kewajiban pihak kedua/peminjam. Dalam konsep tersebut bahwa bank menjamin pihak ketiga sebagaimana kontrak atau transaksi yang dilakukan oleh pihak kedua yaitu nasabah. Hanya saja di dalam Bank Garansi lebih melindungi para nasabahnya sehingga bank menjadi *covering risk* jika salah satu pihak lalai atau cidera janji dalam memenuhi kewajibannya.
- b. *Letter of Credit*, merupakan dokumen bank yang intinya berupa janji atau komitmen bank kepada pihak penjual (eksportir) melalui bank mereka untuk melakukan pembayaran, pembelian atau akseptasi dokumen-dokumen yang mereka kirim, dengan syarat apabila semua klausula-klausula yang disyaratkan dalam dokumen tadi telah dipenuhi oleh penjual (eksportir). Konsep tersebut juga merupakan konsep yang sama dengan *Kafâlah* di dalam KHES dalam menjamin para pihak yang bersangkutan, hanya saja jika di dalam *letter of credit* lebih terjadi terhadap jual beli barang antar luar negeri sehingga untuk menjamin hal tersebut maka bank

mengeluarkan dokumen bank agar transaksi antara penjual dan pembeli menjadi nyaman dan aman.

- c. Kartu Kredit adalah Bank menjamin nasabah (pemegang kartu) untuk belanja tanpa uang cash kepada pihak ketiga (merchant, supermarket, hypermarket). Dengan penjaminan yang diberikan oleh bank tersebut. Senada dengan Bank Garansi bahwa kartu kredit juga merupakan suatu konsep yang sama dengan *Kafâlah* di dalam KHES dalam menjamin pihak ketiga dalam memenuhi kewajiban pihak kedua yaitu nasabah.

Dari kesimpulan di atas bahwa konsep antara *Kafâlah* di dalam KHES dengan konsep *Kafâlah* yang diterapkan di dalam perbankan syariah memiliki suatu kesamaan konsep. Akan tetapi *Kafâlah* didalam perbankan syariah lebih elastis dan dinamis dalam perkembangan zaman yang mana setiap bank lebih menuntut untuk dapat melindungi nasabah dalam permasalahan kehidupan yang akan datang.

B. Perbandingan Konsep *Borgtocht* Dalam KUHPdata dan *Kafâlah* Dalam KHES

Jaminan itu merupakan suatu tindakan bermuamalah yang mempunyai arti dan peristiwa yang sekilas tampaknya begitu sepele, meskipun begitu apabila syarat dan faktor-faktor dalam pelaksanaanya tidak dilakukan dengan cara-cara yang benar maka tidak akan sah atau bisa juga dikatakan dengan batal. Jaminan yang dirumuskan dalam pasal-pasal KHES tidak lepas dari kitab-kitab fiqh dan justru memang sumbernya berasal dari al-Qur'an, hadits

dan kitab-kitab fiqih. Jaminan di dalam KUHPerdara juga dibahas cukup panjang dan sedikit sulit dipahami bahasanya karena KUHPerdara memang hukum warisan Belanda jadi dari segi keahasaannya agak sedikit sulit untuk dipahami. Namun jaminan yang ada di dalam KUHPerdara dan KHES secara keseluruhan mempunyai banyak persamaan. Selain itu, jaminan di dalam KUHPerdara dan KHES juga terdapat beberapa pertentangan atau perbedaan pengaturannya. Namun selain dari hal itu antara keduanya memiliki banyak kesamaan serta mempunyai tujuan yang sama diantaranya yaitu untuk tujuan kemaslahatan bersama antar manusia, saling tolong menolong dan sebagainya.

Jaminan yang di rumuskan di dalam KHES tidak lepas dari kitab-kitab fikih, baik kitab fikih klasik maupun kitab fikih kontemporer seperti saat ini. Di samping itu sudah menjadi kodrat, bahwa hukum yang dirumuskan dalam peraturan perundang-undangan, termasuk dalam hal ini KUHPerdara dan KHES tidak menampung permasalahan hukum yang timbul dalam kehidupan sehari-hari yang senantiasa berubah dengan adanya permasalahan-permasalahan yang baru. Sehingga permasalahan hukum yang ada di dalam KUHPerdara dan KHES hanya bersifat stagnan. Apalagi jaminan yang diatur dalam KUHPerdara dan KHES hanya terdiri dari beberapa pasal, yang tidak menutup kemungkinan permasalahan hukum di bidang jaminan belum diatur yang memerlukan penafsiran hukum dalam penerapannya.

Hampir setiap hukum yang diatur dalam perundang-undangan tidak dapat menampung permasalahan hukum yang semakin lama semakin

berkembang di dalam masyarakat. Jadi, wajar saja jika hukum dikatakan berjalan tertatih-tatih di belakang perkembangan zaman yang sudah semakin maju seperti sekarang ini. Karena hukum tidak dapat mengantisipasi perkembangan yang terjadi dalam kehidupan manusia. Suatu kodrat bahwa kehidupan dan perilaku pergaulan manusia itu terus mengalami perubahan yang cukup pesat. Para ahli ilmu sosial juga mengatakan bahwa sesungguhnya tidak ada masyarakat yang statis, tidak bergerak, melainkan perilaku pergaulan masyarakat atau manusia yang terus menerus mengalami perubahan. Hanya saja gerak perubahan dari masyarakat yang lain ada yang cepat, tetapi ada pula yang lambat. Hal ini sudah merupakan ciri dari kehidupan manusia.

Adapun skripsi ini meneliti tentang perbandingan jaminan atau penanggungan yang ada di dalam KUHPPerdata dan KHES dimaksudkan untuk memberikan gambaran tentang peraturan ataupun ketentuan-ketentuan yang terdapat di dalam KUHPPerdata dan KHES. Pada dasarnya suatu akad perjanjian adalah bersifat timbal balik. Seseorang yang memenuhi prestasi dalam suatu perjanjian disebabkan dia akan menerima kontra prestasi dari pihak lain (pihak kedua). Akan tetapi jika pihak kedua tidak dapat memenuhi prestasi tersebut diperbolehkan atas pihak kedua untuk mengajukan penjamin atau penanggung (pihak ketiga) dalam memenuhi prestasi sebagai mana yang ada di dalam perjanjian tersebut.

Penanggungan atau *Kafalah* yang ada di dalam KUHPPerdata tidak disyaratkan dengan harus mengetahui identitas penjamin atau penanggung,

sedangkan di dalam KHES diharuskan mengetahui identitas penjaminnya. Akan tetapi diantara keduanya jika dipelajari lebih dalam terdapat beberapa tambahan. Jika di dalam KUHPdata penjamin walaupun tidak diketahui identitasnya akan tetapi masih memiliki hubungan dengan peminjam dibolehkan, sebagaimana atasan dengan bawahan atau direktur dengan karyawannya. Sedangkan di dalam KHES peminjam haruslah dikenal oleh penjamin dan begitu pula dengan pihak pemberi pinjaman. Dalam skripsi ini membandingkan ketentuan-ketentuan jaminan atau *Kafâlah* yang ada di dalam KUHPdata dan KHES, yaitu dalam pasal-pasal penanggungan mulai dari pasal 1820 bagian kesatu tentang sifat penanggungan sampai pasal 1850 bagian keempat tentang hapusnya penanggungan utang, sedangkan dalam KHES terdapat pada pasal-pasal *Kafâlah* yaitu mulai pasal 335 bagian pertama rukun dan syarat *Kafâlah* sampai pasal 355 bagian keempat pembebasan dari akad *Kafâlah*.

Dikatakan bahwa jaminan, penanggungan atau *Kafâlah* adalah suatu perjanjian antara kreditor (pihak pertama) dengan debitur (kreditor) yang mana pihak debitur tidak dapat memenuhi prestasinya sehingga ia dapat mengajukan penanggung (pihak ketiga) untuk memenuhi prestasi di dalam perjanjian tersebut. Sehingga telah terjadi penggabungan pembayaran antara debitur dan penanggung dalam prestasi perjanjian dengan kreditor sampai telah lunas atau terbayar seluruh prestasi yang telah dibuat oleh keduanya. Penanggungan atau *Kafâlah* adalah menggabungkan, sebagaimana dalam mazhab Maliki jaminan atau *Kafâlah* adalah Orang yang mempunyai hak

mengerjakan tanggungan pemberi beban serta bebannya sendiri yang disatukan, baik menanggung pekerjaan yang sesuai (sama) maupun pekerjaan yang berbeda, sedangkan menurut mazhab Hanafi menggabungkan perjanjian (jaminan) kepada perjanjian yang lain penagihan benda atau harta, utang dan jiwa. Menurut mazhab Hanafi jaminan atau *Kafâlah* mengandung dua pengertian, yaitu yang pertama hanya menyangkut masalah utang piutang saja sedangkan yang kedua mencakup lebih luas yaitu, menggabungkan perjanjian (jaminan) kepada perjanjian lain yang meliputi utang piutang, jiwa dan juga harta atau benda. Menurut mazhab Syafi'i selaras dengan mazhab Hanafi hanya saja yang lebih ditekankan ialah kesungguhan atau komitmen penjamin dalam menanggung beban baik berupa benda atau dengan menghadirkan badan (jiwa). *Kafâlah* diatur di dalam KHES dimuat dalam bab XII (pasal 335-361). Ketentuan *Kafâlah* yang diatur di dalamnya menyangkut rukun dan syarat *Kafâlah*, *Kafâlah* atas diri dan harta, pembebasan dari akad *Kafâlah* dan ketentuan-ketentuan lainnya. Meskipun ketentuan *Kafâlah* telah diatur di dalam KHES yang sejatinya merupakan transformasi dari ketentuan syariah dan fikih, namun karena jarang sekali terjadi permasalahan (sengketa) yang sampai diselesaikan di Pengadilan Agama, maka dengan sendirinya belum ada permasalahan hukum yang timbul di luar yang ditentukan KHES ini. Berbanding terbalik jika dilihat dari pembahasan dalam kitab-kitab fikih yang begitu banyak terjadi permasalahan (sengketa) sehingga banyak terjadi perselisihan pendapat antara para imam mazhab dalam permasalahan tersebut.

Perbedaan yang sangat mendasar adalah bahwa di dalam melakukan *Kafâlah* atau penanggungan ini hendaknya para pihak harus memiliki kecakapan hukum. Oleh karena itu tidak sah atau batal apabila Kafâlah atau penanggungan ini dilakukan oleh orang yang belum cakap hukum. Orang yang cakap hukum jika ditinjau dari KHES maupun KUHPerdato memiliki perbedaan yang seharusnya ini tidak terjadi, seharusnya batasan umur dalam hal kecakapan hukum hendaklah diselaraskan dengan Undang-Undang atau dengan budaya di Indonesia sehingga tidak terjadi perbedaan antara keduanya. Jika di dalam KUHPerdato pasal 1330 bahwa orang yang tak cakap dalam membuat perjanjian adalah : ⁸⁴

1. Orang-orang yang belum dewasa
2. Orang yang masih dalam pemeliharaan atau masih membutuhkan seseorang untuk merawat dirinya
3. Perempuan yang telah ditentukan di dalam Undang-undang yang telah dilarang dalam melakukan perjanjian-perjanjian tertentu.

Dalam penjelasan pasal di atas bahwa salah satu orang yang dilarang membuat suatu perjanjian atau melakukan tindakan hukum adalah orang yang belum dewasa. Batasan umur orang yang telah dewasa di dalam KUHPerdato adalah 21 tahun genap, sebagaimana yang tertuang dalam pasal 330 ayat 1 bahwa istilah “belum dewasa” yang dipakai di dalam perundang-undangan adalah orang yang belum mencapai umur genap 21 tahun.⁸⁵ Sedangkan syarat dalam melakukan *Kafâlah* di dalam KHES adalah harus memiliki kecakapan

⁸⁴ Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, h. 341

⁸⁵ Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, h. 91

hukum. Kecakapan hukum menurut KHES bab II tentang subyek hukum pasal 2 ayat (1) bahwa orang dapat melakukan perbuatan hukum adalah orang yang telah mencapai umur 18 atau pernah menikah.⁸⁶

Perbedaan dalam kecakapan dalam melakukan perbuatan hukum adalah hal yang mendasar dalam melakukan perbuatan hukum, jika antara keduanya telah berbeda dalam KHES minimal umur 18 tahun, sedangkan dalam KUHPdata genap umur 21 tahun. Ketentuan ini merupakan perbedaan yang seharusnya dikaji agar selaras dalam penentuan umur bagi orang yang ingin melakukan perbuatan hukum, karena dalam bermuamalah sebaiknya usia baligh bagi laki-laki dan perempuan disamakan agar menjadi kesetaraan di dalam muka hukum.

Penanggungan dalam KUHPdata sebagaimana pasal 1820 yang berbunyi : “Penanggungan adalah suatu perjanjian dengan mana seseorang pihak ketiga, guna kepentingan si berpiutang mengikatkan diri untuk memenuhi perikatannya si berutang, manakala orang ini sendiri tidak memenuhinya”.⁸⁷ Dalam pasal di atas mempunyai kesamaan dengan *Kafâlah* pasal 20 ayat 12 yang berbunyi : “*Kafâlah* adalah jaminan atau garansi yang diberikan oleh penjamin kepada pihak ketiga/pemberi pinjaman untuk memenuhi kewajiban pihak kedua/peminjam”.⁸⁸ Pengertian definisi keduanya memiliki makna yang sama akan tetapi objek keduanya berbeda. Jika di dalam KUHPdata penjaminan lebih condong pada aspek utang piutang,

⁸⁶ PPHIMM. *Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah*, h. 5

⁸⁷ Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, h. 462

⁸⁸ PPHIMM. *Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah*, h. 16

sedangkan penjaminan di dalam KHES lebih luas yaitu, berupa utang piutang dan kewajiban lainnya berupa pekerjaan atau perjanjian lainnya.

Objek jaminan antara keduanya, baik di dalam KHES maupun di dalam KUHPerdara memiliki perbedaan yang jelas bahwa di dalam KHES objek jaminan lebih luas, sebagaimana pasal 338 dijelaskan bahwa objek jaminan hendaklah berupa uang, benda, atau pekerjaan. Sehingga objek jaminan tersebut tidak tergantung dengan aspek utang piutang saja, akan tetapi mencakup lebih luas seperti jaminan terhadap pekerjaan atau profesi seseorang, dan juga jaminan terhadap suatu perjanjian seperti halnya memberikan hadiah atau imbalan kepada orang lain. Sedangkan objek jaminan atau penanggungan utang perorangan tidak ada pasal yang menjelaskan dengan jelas di dalam KUHPerdara hanya saja, kesimpulan dari peneliti hanya meliputi uang dan harta atau benda yang hanya terdapat di dalam pelaksanaan utang piutang. Karena sebagaimana yang tertuang di dalam KUHPerdara bahwa peneliti tidak menemukan objek yang jelas terhadap jaminan atau penanggungan utang perorangan begitupun dengan pasal-pasal dalam bab penanggungan orang yang menjelaskan objek secara mendetail atau lebih jelas.

Dalam menentukan objek jaminan baik berupa harta, benda ataupun pekerjaan di dalam KHES telah disebutkan dengan jelas bahwa harta ataupun benda harus jelas nilai, jumlah dan spesifikasinya seperti halnya menurut pendapat mazhab Syafi'i, sedangkan di dalam KUHPerdara tidak dijelaskan dengan jelas tentang syarat objek jaminan benda atau harta tersebut seperti

halnya di dalam KHES, akan tetapi selaras dengan mazhab Abu Hanifah, Malik dan Abu Yusuf dengan dibolehkannya menjamin sesuatu tanpa mengetahui nilai barang tersebut.

Dari uraian diatas dapat dipahami bahwa penanggungan atau jaminan memerlukan suatu konsep yang jelas dalam mengaturnya, sehingga tidak akan merugikan orang lain terlebih lagi kepada orang yang bersangkutan dalam suatu akad atau perjanjian yang mana tujuannya adalah tolong menolong demi kemaslahatan antar sesama manusia.

Dari penjelasan-penjelasan panjang yang sudah dipaparkan di atas, dapat diambil beberapa poin penting, sebagai berikut :

1. Syarat penjamin dalam penanggungan utang yaitu, jika di dalam KUHPerdara penjamin dapat menanggung si peminjam tanpa diketahui oleh si peminjam, sedangkan di dalam KHES penjamin harus diketahui identitas dan juga dikenal oleh pihak peminjam dan pihak pemberi pinjaman.
2. Batasan umur dalam penjaminan atau penanggungan, jika di dalam KUHPerdara bahwa batasan umur seseorang yang dapat melakukan suatu tindakan hukum adalah umur genap 21 tahun, sedangkan batasan umur di dalam KHES minimal berumur 18 tahun.
3. Objek jaminan dalam penjaminan atau penanggungan lebih luas jika ditinjau dari KHES yang di dalamnya meliputi uang, benda atau harta, dan pekerjaan, sedangkan jika di dalam KUHPerdara tidak ada

penjelasannya hanya saja meliputi uang dan benda atau harta yang berlatarbelakang masalah utang piutang.

Untuk mempermudah pemahaman, berikut adalah pertentangan atau perbedaan konsep *Borgtocht* atau *Kafâlah* yang ada di dalam KUHPerdara dan KHES :

Tabel 3.2: Pasal Dalam KUHPerdara

No.	Pasal	Bunyi Pasal
1.	1823	Seseorang dapat memajukan diri sebagai penanggung dengan tidak telah diminta untuk itu oleh orang untuk siapa mengikatkan dirinya, bahkan di luar pengetahuan orang itu.
2.	1827	Si berutang yang diwajibkan memberikan seorang penanggung, harus memajukan seorang yang mempunyai kecakapan untuk mengikatkan dirinya, yang cukup mampu untuk memenuhi perikatannya, dan yang berdiam di wilayah Indonesia.
3.	1825	Penanggung yang tak terbatas untuk suatu perikatan pokok, meliputi segala akibat utangnya.

Tabel 3.3: Pasal Dalam KHES

No.	Pasal	Bunyi Pasal
1.	337	1. Peminjam harus dikenal oleh penjamin dan sanggup menyerahkan jaminannya kepada penjamin. 2. Pihak pemberi pinjaman harus diketahui identitasnya.
2.	336	Para pihak yang melakukan akad <i>kafâlah</i> harus memiliki

		kecakapan hukum.
3.	338	Objek jaminan harus merupakan tanggungan peminjam baik berupa uang, benda, atau pekerjaan.

Setelah mengetahui pasal-pasal dari masing-masing undang-undang di atas, berikut perbedaan antara *Borgtocht* atau *Kafâlah* Dalam KUHPerdata dan KHES :

Tabel 3.4: Perbedaan *Borgtocht* atau *Kafâlah* Dalam KUHPerdata dan KHES

No.	Persoalan	KUHPerdata	Pasal	KHES	Pasal
1.	Syarat Penjamin	Tidak Diketahui	1823	Harus Diketahui	337
2.	Batasan Umur	21 Tahun	1827	18 Tahun	336
3.	Objek Jaminan	Uang, Benda atau Harta	1825	Uang, Pekerjaan, Benda atau Harta	338

Sementara titik temu (persamaan) konsep *Borgtocht* atau *Kafâlah* yang ada di dalam KUHPerdata dan KHES adalah sebagai berikut :

1. Penanggungan yang terdapat di dalam KHES dan KUHPerdata sama-sama memiliki latarbelakang yang sama yaitu aspek utang piutang.

2. Penanggung atau penjamin di dalam keduanya sama-sama berhak menuntut bayaran setelah perjanjian itu selesai sebagai imbalan atau bayaran.
3. Keduanya sama-sama berkewajiban apabila penjamin meninggal dunia maka berpindah kepada ahli warisnya.
4. Gugurnya atau bebasnya penjamin di dalam keduanya adalah apabila penjamin melunasi atau membayar utang orang yang berutang.

Agar mempermudah dalam pemahaman persamaan antara keduanya di dalam KUHPerdara dan KHES, berikut adalah persamaan *Borgtocht* atau *Kafâlah* dalam KUHPerdara dan KHES :

Tabel 3.5: Persamaan *Borgtocht* atau *Kafâlah* dalam KUHPerdara dan KHES

No.	Persamaan <i>Borgtocht</i> atau <i>Kafalah</i> dalam KUHPerdara dan KHES
1.	Penanggungan yang terdapat di dalam KHES dan KUHPerdara sama-sama memiliki latarbelakang yang sama yaitu aspek utang piutang.
2.	Penanggung atau penjamin di dalam keduanya sama-sama berhak menuntut bayaran setelah perjanjian itu selesai sebagai imbalan atau bayaran.
3.	Keduanya sama-sama berkewajiban apabila penjamin meninggal dunia maka berpindah kepada ahli warisnya.
4.	Gugurnya atau bebasnya penjamin di dalam keduanya adalah apabila penjamin melunasi atau membayar utang orang yang berutang.



BAB IV

PENUTUP

A. Kesimpulan

Berdasarkan uraian di depan maka dapat disimpulkan, yaitu :

1. Konsep *Borgtocht* dalam KUHPerdara dan *Kafâlah* dalam KHES
 - a. Konsep *Borgtocht* dalam KUHPerdara yaitu suatu perjanjian dengan mana seseorang pihak ketiga, demi kepentingan kreditur mengikatkan dirinya untuk memenuhi perikatan debitur, bila debitur itu tidak memenuhi perikatannya. Konsep ini juga merupakan perjanjian tambahan atau *accessoir* yang hanya menyangkut dalam utang piutang, sehingga jarang digunakan dalam perjanjian.

- b. Konsep *Kafâlah* dalam KHES adalah jaminan atau garansi yang diberikan oleh penjamin kepada pihak ketiga/pemberi pinjaman untuk memenuhi kewajiban pihak kedua/peminjam. Konsep ini mengandung unsur yang digunakan dalam perbankan syariah yang meliputi objek harta benda dalam utang piutang maupun pekerjaan dalam bertransaksi untuk melindungi para nasabahnya.
2. Perbandingan antara *Borgtocht* dalam KUHPerdara dan *Kafâlah* dalam KHES
- a. Konsep *Borgtocht* dalam KUHPerdara dan *Kafâlah* dalam KHES mempunyai pengertian yang sama, Selain hal tersebut antara keduanya memiliki suatu konsep yang sama dengan berlatar belakang masalah utang piutang yang notabennya adalah permasalahan uang sehingga baik syarat, rukun dan lain sebagainya cenderung memiliki banyak kesamaan. Sehingga dalam pembebasan antara kedua pandangan tersebut sama dalam gugurnya atau bebasnya penjamin dalam tanggung jawabnya, yakni ketika penjamin telah melunasi hutang sang berutang.
- b. Dalam konsep keduanya terdapat beberapa hal yang berbeda antara lain, yaitu tentang persyaratan dan objek antara keduanya. Adapun tentang persyaratan keduanya di dalam KHES persyaratan jaminan atau penanggungan lebih detail dibandingkan dengan penanggungan dalam KUHPerdara. Begitu pula dengan objek

antara keduanya KHES lebih kompleks dibandingkan dengan KUHPerdata.

B. Saran

1. Dalam menyikapi perbedaan persepsi tentang *Borgtocht* dalam KUHPerdata dan *Kafâlah* dalam KHES yang berkisar pada persoalan konsep antara keduanya, maka peneliti menyarankan kepada pihak-pihak yang berwenang dalam hal membuat dan mengesahkan peraturan-peraturan penanggungan di dalam perundang-undangan disarankan agar konsep penanggungan ini dapat disesuaikan dengan keyakinan banyak pihak yang akan melakukan penanggungan atau jaminan. Karena sesuai dengan perundang-undangan yang ada pada saat ini, masih ada kemungkinan untuk diupayakan terwujudnya ketentuan-ketentuan penanggungan atau jaminan yang lebih sempurna bagi masyarakat.
2. Untuk para kalangan anak muda khususnya sebagai mahasiswa untuk senantiasa pro aktif menggali sekaligus dapat memecahkan permasalahan-permasalahan fikih kontemporer agar dapat memperkaya pemikiran dengan tidak membatasi ilmunya. Serta lebih mengembangkan sikap toleran dan saling memahami sehingga sikap klaim diri sendiri atau kelompoknya yang paling benar dapat terhindarkan.
3. Diperlukan adanya forum kajian atau musyawarah yang dilakukan oleh kalangan-kalangan anak muda yang diikuti oleh para mahasiswa,

pelajar, maupun orang-orang umum agar kajian tentang penanggungan atau jaminan ini lebih komprehensif dan hasilnya diharapkan lebih mendekati bahkan sesuai dengan realita yang ada pada saat ini.



DAFTAR PUSTAKA

- Abbas, Siradjuddin. *Kitab Fikih Ringkas*, Jakarta : CV Pustaka Tarbiyah, 2004.
- Al-‘Asqalâniy, Ibnu Hajar. *Fathul al-Bâriy bi syarh Shahîh al-Bukhâriy*, Beirut : Dâr al-Fikr, 2007.
- Antonio, Muhammad Syafi’i. *Bank Syariah: Dari Teori ke Praktek. Cet.14.* Jakarta: Gema Insani, 2009.
- Arfan, Abbas. *99 Kaidah Fiqh Muamalah Kulliyah Tipologi dan Penerapannya Dalam Ekonomi Islam & Perbankan Syariah*, Malang : Fakultas Syariah UIN Malang, 2013.
- Aveloom, LJ.van. *Pengantar Ilmu Hukum*, terj. Oetarid Sadino, Jakarta : Pradya Paramita, 1977.
- Bahsan, M. *Hukum Jaminan dan Jaminan Kredit Perbankan Indonesia*, Surabaya, 2005.
- Fakultas Syari’ah UIN Maulana Malik Ibrahim Malang. *Pedoman Penelitian Karya Ilmiah* Malang:UIN Press, 2012.
- Harahap, Yahya M. *Segi-Segi Hukum Perjanjian*, Bandung: Alumni, 1982.
- Haryati, “*Studi Analisis Terhadap Kafalah (Bank Garansi) Di Bank Syariah Mandiri Pekalongan*”, Skripsi, Semarang : Institut Islam Negeri Wali Songo, 2004.
- Hasan, M.Ali. *Berbagai Macam Transaksi dalam Islam (Fiqh Muamalah)*, Jakarta : Raja Grafindo Persada, 2003.
- Ibrahim, Johnny. *Teori & Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Malang : Bayumedia Publishing, 2007.
- Imron AL Hushein, <http://alhushein.blogspot.co.id/2012/01/kafalah-dan-aplikasinya-di-lembaga.html>, diakses tanggal 12 April 2016.

- Kansil, CS.T. *Pengantar ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia*, Jakarta : Balai Pustaka, 1986.
- Karim, Adiwarmanto A. *Ekonomi Islam : Suatu Kajian Kontemporer*, Jakarta : Gema Insani, 2001.
- Kartohadiprodjo, Soediman. *Pengantar tata Hukum di Indonesia*, Bandung : Ghalia Indonesia, 1988.
- Kemenag RI. *Al-Qur'an dan Terjemah Dilengkapi Tajwid Warna*, Jakarta : Dharma art, Edisi Madina, 2010.
- Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Cet. 35. Jakarta: PT Pradnya Paramita, 2004
- Legowati, Sri Wardhani. "*Efektifitas Jaminan Perseorangan (Borgtocht) Apabila Debitur Wanprestasi Pada Bank Jateng Cabang Pemuda Semarang*", Tesis, Semarang : Universitas Diponegoro, 2005.
- Madjieb, M. Abdul. *Kamus Istilah Fikih*, Jakarta : Pustaka Firdaus, 1994.
- Pratiwi, Windy. "*Fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia Nomor 57/DSN-MUI/V/2007 Tentang Letter of credit Dengan Akad Kafâlah Bi Al-Ujrah Perspektif Mazhab Syafi'i Dan Mazhab Hanafi*", Skripsi, Malang : Universitas Islam Negeri Maulana Ibrahim, 2013.
- Purnamasari, Irma Devita. Suswinarno. *Panduan lengkap Hukum Praktis Populer Kiat-Kiat Cerdas, Mudah & Bijak Memahami Masalah Akad Syariah*, Bandung : Kaifa, 2011.
- Pusat Pengkajian Hukum Islam dan Masyarakat Madani (PPHIMM). *Kompilasi Hukum Ekonomi Syari'ah*, Jakarta : Kencana, 2009.
- Rusyd, Ibnu. *Bidayatul Mujtahid*, Jilid IV, Cet. I. Jakarta : Pustaka Amani. 1995.
- Sahrani, Sohari. Ru'fah Abdullah. *Fikih Muamalah*, Bogor : Ghalia Indonesia, 2011.

Sandi Fathawati, <http://economicvalueoftime.blogspot.co.id/2013/03/pengertian-skema-dan-contoh-kafalah.html>, diakses tanggal 12 April 2016.

Sanusi, Achmad. *Pengantar Ilmu Hukum dan Pengantar Tata Hukum Indonesia*, Bnadung : Tarsito, 1977.

Satrio, J. *Hukum Jaminan, Hak-Hak Pribadi*, Bandung : Citra Aditya Bakti. 1996.

Soekanto, Soerjono. *Penelitian Hukum Normatif*, Jakarta : Rajawali, 1986.

Sofwan, Sri Soedewi Masjchone. *Hukum Jaminan di Indonesia Pokok-Pokok Hukum Jaminan dan Jaminan Perorangan*, Yogyakarta : Liberty. 1980.

Subekti, R. *Hukum Perjanjian*, Jakarta : PT. Internusa, 1991.

Suhendi, Hendi. *Fiqh Muamalah*, Cet. I, Jakarta : PT Raja Grafindo Persada. 2002.

Tijptoadinugroho, R. *Perbankan Masalah Perkreditan (Penghayatan, Analisis dan Penuntutan)*, Jakarta : Pradnya Paramita, 1971.

Tim Pengembangan Perbankan Syariah Institut Bankir Indonesia. *Konsep, Produk dan Implementasi Operasional Bank Syariah*, Jakarta : Djambatan, 2001.