

**STUDI KOMPARATIF TENTANG PENANGGUNGAN UTANG
PIUTANG MENURUT KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM
PERDATA (KUH PER) DAN KOMPILASI HUKUM EKONOMI
SYARIAH (KHES)**

SKRIPSI

OLEH

KHAIRUL IMAMUDDIN

NIM. 11722072



**PROGRAM STUDI HUKUM EKONOMI SYARIAH
(MUAMALAH)
FAKULTAS SYARIAH
INSTITUT AGAMA ISLAM NEGERI (IAIN)
PONTANAK**

**STUDI KOMPARATIF TENTANG PENANGGUNGAN UTANG
PIUTANG MENURUT KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM
PERDATA (KUH PER) DAN KOMPILASI HUKUM EKONOMI
SYARIAH (KHES)**

SKRIPSI

**Diajukan Kepada Fakultas Syariah Institute Agama Islam Negeri
Pontianak untuk Memperoleh Gelar Sarjana Hukum**

OLEH

KHAIRUL IMAMUDDIN
NIM. 11722072



**PROGRAM STUDI HUKUM EKONOMI SYARIAH
(MUAMALAH)
FAKULTAS SYARIAH
INSTITUT AGAMA ISLAM NEGERI (IAIN)
PONTIANAK
SURAT PERNYATAAN ORISINALITAS**

SURAT PERNYATAAN ORISINALITAS

Yang bertanda tangan dibawah ini:

Nama : Khairul Imamuddin

Nim : 11722072

Program Studi : Hukum Ekonomi Syariah (Muamalah)

Judul Skripsi : Studi Komparatif Tentang Penanggungan utang Piutang menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Per) dan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES)

Menyatakan dengan sesungguhnya bahwa skripsi ini merupakan hasil penelitian, pemikiran, dan pemaparan asli saya sendiri. Saya tidak mencantumkan sesuatu apapun tanpa pengakuan bahan-bahan yang telah dipublikasikan sebelumnya atau ditulis oleh orang lain secara resmi, atau sebagai bahan yang pernah diajukan untuk gelar atau ijazah pada IAIN Pontianak atau perguruan tinggi lainnya.

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenar-benarnya. Apabila dikemudian hari terdapat penyimpangan dan ketidakbenaran dalam pernyataan ini, maka saya bersedia menerima sanksi akademik sesuai dengan peraturan yang berlaku.

Pontianak, 6 November 2022

Penulis,



Khairul Imamuddin

SURAT KETERANGAN BEBAS PLAGIASI



**KEMENTERIAN AGAMA REPUBLIK INDONESIA
INSTITUTE AGAMA ISLAM NEGRI PONTIANAK
FAKULTAS SYARIAH**

JalanLetnanJendralSoepratonomor 19 telp./ Fax. (0561) 734170 Pontianak 78122
E-mail : humas@iainptk.ac.idWebsite : www.iainptk.ac.id

SURAT KETERANGAN BEBAS PLAGIASI

Nomor : B-70 /In. 15/FASYA/HM.02.2/1/2023

Yang bertanda tangan di bawah ini :

Nama : Arif Wibowo, M.H
NIDN : 2028058302
Jabatan : Kepala Unit Penjamin Mutu FASYA

Bertindak untuk atas nama Dekan Fakultas Syariah IAIN Pontianak menyatakan bahwa :

Nama : Khairul Imamuddin
NIM : 11722072
Fakultas/Prodi/Smst : Fakultas Syariah/HES/XI

Skripsi dengan judul “**Studi komparatif tentang penanggungan hutang-piutang menurut Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUH PER) dan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES)**” telah di periksa melalui aplikasi Turnitin dengan hasil **19%** sehingga dapat di nyatakan bebas dari **Plagiasi**, adapun hasil cek Plagiasi terlampir.

Demikian surat keterangan ini diberikan untuk dipergunakan sebagaimana mestinya.

Wassalamu'alaikum Wr. Wb.

Pontianak, 10 Januari 2023
An. Dekan
Kepala Unit Penjamin Mutu FASYA



Arif Wibowo, M.H
NIDN. 2028058302

Tembusan :
1. Dekan Fakultas Syariah
2. Arsip Fakultas Syariah



Sesuai dengan ketentuan perundang-undangan yang berlaku, surat ini ditanda tangani secara elektronik Tersertifikasi Balai Sertifikat Elektronik (BsE) sehingga tidak diperlukan tanda tangan manual dan stempel basah

MOTTO

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَابْتَغِ فِيمَا آتَاكَ 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, tetapi janganlah kamu lupakan bagianmu di dunia. Berbuat baiklah (kepada orang lain) sebagaimana Allah telah berbuat baik kepadamu dan janganlah kamu berbuat kerusakan di bumi. Sesungguhnya Allah tidak menyukai orang-orang yang berbuat kerusakan.”

(Al-Qashas:77)

PERSETUJUAN PEMBIMBING

KHAIRUL IMAMUDDIN
NIM. 11722072

**STUDI KOMPARATIF TENTANG PENANGGUNGAN UTANG PIUTANG
MENURUT KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM PERDATA (KUH PER)
DAN KOMPILASI HUKUM EKONOMI SYARIAH (KHES)**

Disetujui

Pembimbing Utama



Ardiansyah, S.S. M.Hum
NIP. 198609212014031002

Pembimbing Pendamping



H. Moch. Fadhil, S.H, M.H
NIP. 199111072018011005

Menyetujui
An. Dekan
Ketua Prodi Hukum Ekonomi Syariah (Muamalah)
Fakultas Syariah
Institut Agama Islam Negeri (IAIN) Pontianak



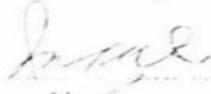
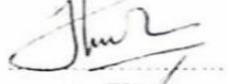
H. Moch. Fadhil, SH, MH
NIP. 19911107201801100

PENGESAHAN

PENGESAHAN
STUDI KOMPARATIF TENTANG PENANGGUNGAN UTANG PIUTANG
MENURUT KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM PERDATA (KUH PER)
DAN KOMPILASI HUKUM EKONOMI SYARIAH (KHES)

Khairul Imamuddin
11722072

Di pertahankan di depan Tim Penguji Skripsi Fakultas Syariah Institut Agama Islam Negeri (IAIN) Pontianak Pada Tanggal 20 Januari 2023.

| Tim penguji | Tanda Tangan | Tanggal |
|---|--|-----------------|
| 1. Rahmad, SHL, M.H (Ketua Penguji) |  | 31 Januari 2023 |
| 2. Nur Hakimah, M.H (Penguji Pendamping) |  | 31 Januari 2023 |
| 3. Ardiansyah M.Hum (Pembimbing Utama) |  | 31 Januari 2023 |
| 4. Moh. Fadhlil, M.H (Pembimbing Pendamping) |  | 31 Januari 2023 |

Pontianak, Januari 2023
Dekan
Fakultas Syariah
Institut Agama Islam Negeri (IAIN) Pontianak


Dr. Firdaus Achmad, M.Hum
NIP. 1970930199303100

ABSTRAK

Khairul Imamuddin, **Studi Komparatif tentang Penanggungan Hutang Piutang antara Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Per) dan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES)**, Fakultas Syariah, Program Studi Hukum Ekonomi Syariah (Muamalah), Institut Agama Islam Negeri (IAIN) Pontianak, 2022.

Tujuan Penelitian ini adalah untuk mengetahui : 1) Bagaimana konsep Penanggungan hutang menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, (2) Bagaimana konsep penanggungan hutang menurut Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah, (3) Bagaimana persamaan dan perbedaan konsep penanggungan hutang menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah.

Penelitian ini bersifat *Library Resesearch*. Metode penelitian yang digunakan yaitu yuridis normative dan analisis isi (*Content Analysis*). Pendekatan yang digunakan yakni pendekatan perundang-undangan dan pendekatan komparatif. Sumber data yang digunakan yakni sumber data primer dan sumber data sekunder. Sedangkan teknik pengumpulan data yang digunakan yakni studi dokumen.

Hasil penelitian ini menunjukkan bahwa 1). Konsep Borgtocht dalam KUH Perdata yaitu suatu persetujuan dengan mana seorang pihak ketiga demi kepentingan kreditur mengikatkan dirinya untuk memenuhi perikatan debitur, bila debitur itu tidak memenuhi perikatannya. 2). Konsep kafalah dalam KHES adalah jaminan atau garansi yang diberikan oleh penjamin kepada pihak ketiga/pemberi pinjaman untuk memenuhi kewajiban pihak kedua atau peminjam. 3). Persamaan dan perbedaan antara konsep Borgtocht dalam KUH Perdata dan Kafalah dalam KHES yakni persamaan yang pertama yakni pengertian istilah dari kedua tersebut yakni dengan berlatar belakang hutang piutang, persamaan yang kedua yakni sama-sama menuntut pembayaran setelah perjanjian itu selesai sebagai imbalan atau jasa, persamaan yang ketiga adalah sama-sama berkewajiban apabila penjamin meninggal dunia maka berpindah kepada ahli warisnya, dan persamaan yang terakhir adalah gugurnya atau bebasnya seorang penjamin apabila telah melunasi atau membayar lunas. Sedangkan perbedaannya adalah perbedaan yang pertama terletak pada dari kecakapan hukum, yang kedua yakni terletak objek jaminan, dan perbedaan yang terakhir ialah syarat dari seorang penjamin.

Kata Kunci: Penanggungan hutang, KUH Perdata, dan KHES.

ABSTRACT

Khairul Imamuddin, Comparative Study of Debt Guarantee Receivables between the Civil Code (KUH Per) and Compilation of Sharia Economic Law (KHES), Faculty of Sharia, Study Program Sharia Economic Law (Muamalah), Pontianak State Islamic Institute (IAIN), 2022.

The purpose of this research is to find out: 1) How is the concept Debt coverage according to the Civil Code, (2) How the concept of underwriting debt according to the Compilation of Sharia Economic Law, (3) What are the similarities and differences in the concept of debt guarantees according to the Bible Civil Law Law and Sharia Economic Law Compilation.

This research is a Library Research. The research method used namely normative juridical and content analysis (Content Analysis). Approach used namely the statutory approach and the comparative approach. data source which used namely primary data sources and secondary data sources. While technique data collection used is document study.

The results of this study indicate that 1). The concept of Borgtocht in the Criminal Code Civil, namely an agreement with which a third party for the sake of interest the creditor binds himself to fulfill the debtor's agreement, if the debtor does not fulfill the engagement. 2). The concept of kafalah in KHES is guarantee or warranty provided by the guarantor to a third party/lender to comply obligations of the second party or the borrower. 3). Similarities and differences between the concepts Borgtocht in the Civil Code and Kafalah in KHES are the same equations First, be sure of the meaning of the two terms, namely with a background accounts payable, the second equation is that they both demand payment after the agreement is completed as a reward or service, the third equation is that they are equally obliged if the guarantor dies then it moves to the expert his heirs, and the last equation is the death or release of a person guarantor if it has paid off or paid in full. While the difference is that the first difference lies in legal prowess, the second namely lies the collateral object, and the last difference is the requirements of a guarantor.

Keywords: Debt Coverage, Civil Code, KHES.

المخلص

خير الامام الدين, دراسة مقارنة حول تغطية الديون الذمم المدينة بين القانون المدني (KUH Per) تجميع القانون الاقتصادي الشرعي (KHES), كلية الشريعة, شعبة قانون الاقتصاد الاسلامي (المعاملة) بجامعة بونتيانك الاسلامية الحكومية 2022.

الغرض من هذا البحث هو معرفة: (1) ما هو المفهوم تغطية الديون حسب القانون المدني ، (2) كيف مفهوم الاككتاب في الدين وفق مجموعة أحكام الشريعة الاقتصادية ، [3]. ما هي أوجه الشبه والاختلاف في مفهوم ضمانات الدين حسب الكتاب المقدس القانون المدني وتجميع القانون الاقتصادي الشرعي.

هذا البحث هو بحث مكتبة. طريقة البحث المستخدمة وهي التحليل القانوني المعياري وتحليل المحتوى (تحليل المحتوى). النهج المستخدم وهي النهج القانوني والنهج المقارن. مصدر البيانات الذي تستخدم وهي مصادر البيانات الأولية ومصادر البيانات الثانوية. بينما تقنية جمع البيانات المستخدمة هو دراسة الوثيقة.

نتائج هذه الدراسة تشير إلى أن (1). مفهوم Borgtocht في القانون الجنائي المدني ، أي اتفاق مع طرف ثالث من أجل المصلحة يلتزم الدائن بتنفيذ اتفاق المدين إذا لم يفعل ذلك الوفاء بالمشاركة. (2). مفهوم الكفالة في KHES هو الضمان أو الضمان المقدمة من الضامن لطرف ثالث / مقرض للامتثال التزامات الطرف الثاني أو المقترض. (3). أوجه التشابه والاختلاف بين المفاهيم Borgtocht لأفي القانون المدني وكفالة في KHES هي نفس المعادلات أولاً ، تؤكد من معنى المصطلحين ، أي الخلفية حسابات الدفع ، المعادلة الثانية هي أن كلاهما يطالب بالدفع بعد ذلك تم الانتهاء من الاتفاقية كمكافأة أو خدمة ، المعادلة الثالثة هي أنهم ملزمون بالتساوي إذا مات الضامن ثم تنتقل إلى الخبيرورثته ، والمعادلة الأخيرة موت الإنسان أو إطلاق سراحه الضامن إذا كان قد سدد أو سدد بالكامل. بينما الاختلاف هو أن الاختلاف الأول يكمن في البراعة القانونية ، والثاني هو يكمن الغرض الجانبي ، والاختلاف الأخير هو متطلبات الضامن.

كلمات البحث : تغطية الديون, القانون المدني, وتجميع أحكام الأقتصاد الاسلامي.

KATA PENGANTAR

Puji Syukur senantiasa peneliti panjatkan kehadiran Allah Swt atas segala limpahan rahmat, taufik dan hidayahnya kepada peneliti, sehingga peneliti dapat menyelesaikan skripsi ini sebagai salah satu syarat kelulusan gelar strata satu (S1) Program studi Hukum Ekonomi Syariah (Muamalah) fakultas syariah yang berjudul “Studi Komparatif tentang Penanggungan Hutang piutang menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Per) dan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES)” dapat diselesaikan dengan baik. Tidak lupa shalawat dan salam selalu tercurahkan kepada Nabi Muhammad Saw yang telah membawa umatnya dari zaman kegelapan menuju zaman yang terang benderang seperti sekarang ini.

Dalam menyelesaikan skripsi ini, peneliti menyadari sepenuhnya bahwa terdapat banyak pihak yang turut serta membantu dalam penulisan skripsi. Penulisan skripsi ini, tidak terselesaikan dengan baik tanpa adanya bantuan, bimbingan, pengarahan, serta kontribusi keilmuan dari berbagai pihak. Untuk itu dengan segala kerendahan hati peneliti menyampaikan ucapan terima kasih yang tiada batas kepada:

1. Dr. Syarif, M.A, selaku rektor Institut Agama Islam Negeri (IAIN) Pontianak.
2. Dr. Muhammad Hasan, selaku Dekan Fakultas Syariah Institut Agama Islam Negeri (IAIN) Pontianak.
3. Fadhil S.H, M.H, selaku ketua Program Studi Hukum Ekonomi Syariah (Muamalah) Institut Agama Islam Negeri (IAIN) Pontianak.
4. Ardiansyah, M.Hum, selaku Pembimbing utama yang telah banyak meluangkan waktu dalam membimbing peneliti untuk penyelesaian skripsi ini.
5. Fadhil, S.H, M.H, selaku pembimbing pendamping yang telah banyak meluangkan waktu untuk penyelesain skripsi ini.
6. Bapak dan Ibu Dosen Fakultas Syariah khususnya Program Studi Hukum Ekonomi Syariah (Muamalah).

7. Untuk kedua Orang tuaku Abdurrokib dan Khairiah, S.Pd, serta saudara-saudaraku Dimas Kafanial kafi, Agus Rizkillah Wildaniy, dan Asy-Sifa Fajria Salsabila, atas doa, perhatian, kasih sayang, dan motivasi, serta pengorbanan tak terhingga yang selalu diberikan.
8. Untuk teman-temanku seperjuangan Program Studi Hukum studi Hukum Ekonomi Syariah (Muamalah) angkatan 2017.

Penulis menyadari bahwa skripsi ini masih jauh dari kesempurnaan, Oleh karena itu kritik saran yang bersifat membangun akan peneliti terima dengan tangan terbuka dan ucapan terima kasih. Namun demikian, peneliti berharap semoga skripsi ini dapat bermanfaat bagi pembaca pada umumnya dan peneliti pada khususnya. Aamiin.

Pontianak, 23 Oktober 2022

Peneliti

Khairul Imamuddin

DAFTAR ISI

HALAMAN SAMPUL

SURAT PERNYATAAN ORISINALITAS

SURAT KETERANGAN BEBAS PLAGIASI

PERSETUJUAN PEMBIMBING

PENGESAHAN

| | |
|---|-----------|
| ABSTRAK..... | i |
| KATA PENGANTAR | iv |
| BAB I PENDAHULUAN | 1 |
| A. Latar Belakang | 1 |
| B. Rumusan Masalah | 5 |
| C. Tujuan Penelitian | 6 |
| D. Manfaat Penelitian | 6 |
| BAB II TINJAUAN UMUM PENELITIAN | 7 |
| A. Penelitian Terdahulu | 7 |
| B. Kajian Teori | 12 |
| 1. Penanggungutan utang dalam KUH Perdata | 12 |
| a. Pengertian Penanggungutan utang | 12 |
| b. Sejarah berlakunya Penanggungutan utang | 15 |
| c. Sifat Penanggungutan | 16 |
| d. Hak istimewa Penanggungutan utang | 17 |
| e. Jenis-Jenis Jaminan utang | 19 |
| f. Hapusnya Perjanjian Penanggungutan utang | 24 |
| 2. Kafalah Dalam Fikih Muamalah | 25 |
| a. Pengertian Kafalah | 25 |
| b. Dasar Hukum Kafalah | 26 |
| c. Rukun dan Syarat Kafalah | 28 |
| d. Macam-macam akad Kafalah..... | 30 |
| e. Pelaksanaan Kafalah..... | 32 |
| f. Hukum tentang Kafalah..... | 34 |
| 3. Perbandingan Hukum | 34 |

| | | |
|-----------------------|--|-----------|
| a. | Pengertian Perbandingan Hukum | 34 |
| b. | Pentingnya Perbandingan Hukum Dalam kajian Hukum | 35 |
| c. | Sejarah KUH Perdata | 37 |
| d. | Sejarah KHES | 38 |
| BAB III | METODE PENELITIAN | 40 |
| A. | Jenis Penelitian | 40 |
| B. | Lokasi dan Waktu penelitian | 41 |
| C. | Sumber Data | 42 |
| D. | Teknik Pengumpulan Data | 43 |
| E. | Teknik Analisis Data | 43 |
| F. | Teknik Pemeriksaan Keabsahan Data | 44 |
| BAB IV | PAPARAN DAN ANALISIS DATA | 46 |
| A. | Konsep Penanggungan Hutang Dalam KUH Perdata | 46 |
| B. | Konsep Penanggungan Hutang Dalam KHES | 57 |
| C. | Persamaan Penanggungan hutang dalam KUH Perdata dan KHES | 59 |
| D. | Perbedaan Penanggungan hutang dalam KUH Perdata dan KHES | 72 |
| BAB V | PENUTUP | 76 |
| A. | Kesimpulan | 76 |
| B. | Saran | 77 |
| DAFTAR PUSTAKA | | 79 |

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Pada zaman sekarang ini, teknologi dan ilmu pengetahuan alam telah banyak berkembang, sehingga setiap orang berlomba-lomba untuk ikut perkembangan zaman tersebut baik itu dalam hal teknologi maupun pada ilmu pengetahuan. Perkembangan tersebut memiliki nilai positif dan negatif. Bagi kalangan menengah ke atas, perkembangan tersebut bermanfaat bagi kepentingan kehidupan manusia. Sementara itu, bagi kalangan menengah ke bawah, perkembangan tersebut menjadi beban kehidupan karena berdampak pada beban finansial yang membengkak akibat hasrat pemenuhan kebutuhan teknologi tersebut (Krismawati, 2013).

Semakin pesat perkembangan zaman di atas, semakin menuntut beban finansial kepada masyarakat, terutama makin banyak masyarakat berutang dan dibebani angsuran setiap bulan demi memenuhi tuntutan tersebut. Salah satu cara yang digunakan oleh masyarakat menengah ke bawah adalah dengan menggunakan pihak ketiga untuk menjamin membayar utang kepada orang atau badan hukum yang memberikan hutang kepada masyarakat. Untuk menghindari adanya kerugian bagi pihak ketiga, maka pihak ketiga meminta jaminan kepada orang atau badan hukum tersebut.

Dalam KUH Perdata dan KHES sama-sama ada yang mengatur masalah penanggungan utang. Dalam KUHPerdata sendiri penanggungan utang disebut dengan *Borgtocht*, sedangkan dalam KHES itu sendiri penanggungan hutang disebut dengan *Kafalah*.

Di dalam hukum perdata diketahui adanya aturan tentang penanggungan atau jaminan, yaitu, suatu aturan dimana termasuk di dalamnya masalah yang ditanggung berupa utang piutang. Untuk memahami pengertian penanggungan maka dapat diketahui di dalam KUHPerdata pasal 1820 sebagai berikut:

“Penanggungan adalah suatu persetujuan dengan mana seorang pihak ketiga, guna kepentingan si berpiutang, mengikatkan diri untuk memenuhi perikatannya si berhutang manakala orang ini sendiri tidak memenuhinya“ (*KUH Perdata*).

Sebagaimana dijelaskan di dalam pasal di atas maka dapat diketahui bahwa penanggungan itu dapat terjadi karena adanya suatu perjanjian yang dibuat sebelumnya oleh debitur dan kreditur. Maka hal ini dapat memungkinkan adanya suatu timbal balik atau timbul dari salah satu pihak yang saling mengikatkan diri jika terdapat ketidakseimbangan dari prestasi untuk melengkapi perjanjian pertanggungan itu maka sangat perlu adanya ketentuan dan kewajiban penanggung atau pihak ketiga pada suatu hal yang akan terjadi (Soeprapto, 1984, p. :94)

Dengan demikian maka masalah utang piutang, penanggung yang menanggung pembayaran utang orang lain, dan penanggung yang bertanggung

jawab dalam pelunasan utang dari debitur kepada kreditur, sesuai dengan perjanjian yang telah mereka sepakati.

Sebagai contoh sederhana dari penanggungan pihak ketiga adalah ada kesepakatan perjanjian utang piutang yang dilakukan antara pihak kreditur dengan debitur dimana pihak kreditur memberikan pinjaman dana sebesar Rp.1 miliar kepada pihak debitur dengan tingkat bunga pinjaman 2% perbulan dan akan diangsur selama 10 bulan. Dalam perjanjian tersebut dilibatkan pihak penanggung atau penjamin (*borgtocht*) untuk menjamin kepastian pembayaran kewajiban angsuran pokok beserta bunga perbulannya. Keberadaan pihak ketiga sebagai penanggung diperlukan untuk mengantisipasi jika pihak debitur ada kemungkinan tidak membayar angsuran berikut Bunga sesuai tanggal pembayarannya. Disini pihak ketiga akan menjadi pihak yang membantu pembayaran angsuran agar bisa berjalan lancar dan tepat waktu atau menyelesaikan perkara yang dihadapi debitur seperti kesulitan dana untuk membayar angsuran yang jatuh tempo dan menyelesaikan setiap tunggakan angsuran yang dihadapi (Irmadevita.com, 2022)

Mengenai penanggungan atau *kafalah* dalam Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 tahun 2008 tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) yang diatur dalam Pasal 335 sampai pasal 361. Sedangkan penanggungan atau *borgtocht* di dalam KUHPerdara terdapat dalam 30 pasal yaitu, pada bab XVII di mulai dari pasal 1820 sampai pasal 1850. Meskipun KHES bukan bagian dari peraturan perundang-undangan, akan tetapi KHES mengikat para hakim di

lingkungan peradilan agama (Atikah, 2017, p. :156). Sementara itu, penanggungan dalam KUHPerdota mengikat para hakim di lingkungan peradilan umum. Oleh karena itu, peneliti tertarik untuk melakukan kajian perbandingan hukum mengenai norma-norma yang berkaitan dengan penanggungan pada dua bidang hukum yang berbeda.

Penelitian perbandingan hukum yang peneliti gagas dalam penelitian ini membandingkan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dengan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 tahun 2008 Tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah. Pada fokus penelitiannya ialah tentang penanggungan utang yang di dalam hukum perdata disebut *Borgtocht* dan dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah disebut dengan *Kafalah*.

Alasan pemilihan perbandingan hukum pada undang-undang tersebut dilatar belakangi beberapa pertimbangan. Pertama, sistem ekonomi syariah yang berkembang pesat di Indonesia, kedua, penanggungan utang merupakan salah satu yang terpenting dalam kegiatan bisnis karena dalam penanggungan utang tersebut terdapat nilai-nilai kemanusiaan seperti tolong menolong.

Dari beberapa pertimbangan di atas, studi komparasi antara Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dan peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2008 Tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah relevan untuk diteliti dan dianalisis karena penanggungan hutang yang termaktub dalam kedua regulasi hukum tersebut telah diterapkan dan berkembang di masyarakat sehingga penelitian ini

dapat memberikan pemahaman baru secara komparatif, khususnya bagi para hakim di pengadilan.

Berangkat dari permasalahan utang piutang di atas, maka peneliti tertarik untuk mengkaji lebih mendalam mengenai penanggungan utang menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Perdata) dan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES).

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang yang telah dipaparkan diatas, maka yang menjadi fokus kajian pada penelitian ini adalah mengenai Perbandingan antara Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) dan Kitab Undang-undang Hukum Perdata tentang Penanggungan dalam utang Piutang.

Untuk mempermudah peneliti dalam menyusun, maka fokus permasalahan yang akan di gali dan di kaji dibagi menjadi tiga sub masalah, yakni sebagai berikut:

1. Bagaimana konsep penanggungan utang menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata
2. Bagaimana konsep penanggungan utang menurut Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah
3. Bagaimana persamaan dan perbedaan antara Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah tentang penanggungan utang-piutang.

C. Tujuan Penelitian

Tujuan dari penelitian ini meliputi:

1. Untuk mengetahui bagaimana konsep penanggungan utang menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata)
2. Untuk mengetahui bagaimana Konsep penanggungan utang menurut Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES)
3. Untuk mengetahui persamaan dan perbedaan antara Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPer) dan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES)

D. Manfaat Penelitian

Hasil dari penelitian ini diharapkan bermanfaat untuk :

1. Secara teoritis, hasil penelitian ini diharapkan dapat berguna dan bermanfaat sebagai bahan yang memuat teori-teori serta perbandingan hukum dalam muamalah.
2. Secara praktis, penulis berharap penelitian ini dapat berguna bagi masyarakat pada umumnya, dan juga pada pihak yang sedang melakukan perjajian utang piutang agar penelitian ini dapat menjadi bahan rujukan dan pertimbangan.

BAB II

TINJAUAN UMUM PENELITIAN

A. Penelitian Terdahulu

Pembahasan dan penelitian terkait penanggungan utang piutang (*Borgtoch*) dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUHPer) dan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) telah banyak dibahas dan dimuat di berbagai riset, artikel dan penelitian-penelitian lainnya. Akan tetapi terdapat perbedaan antara penelitian terdahulu dengan penelitian yang sedang peneliti lakukan. Adapun penelitian terdahulu dapat dilihat dalam tabel berikut:

| No | Nama | Jurusan | Judul Skripsi |
|----|---------------|-----------------------|---|
| 1 | Khairuddin | Hukum Ekonomi Syariah | Studi komparasi antara Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPer) dan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) tentang Peralihan Risiko dalam Jual Beli |
| 2 | Siti Masruroh | Hukum Ekonomi Syariah | Analisis Hukum Islam terhadap konsep kafalah dalam Program Semanggi di Lembaga Manajemen Infaq Surabaya |

| | | | |
|---|---------------|-----------------------|--|
| 3 | Muhammad Alwi | Hukum Ekonomi Syariah | Tinjauan Hukum Islam terhadap penanggungan utang (Borgtocht) dengan jaminannya menurut Hukum Perdata |
| 4 | M. Ulil Azmi | Hukum Ekonomi Syariah | Studi Komparasi Subjek Hukum dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2008 tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah |

1. Di dalam skripsi yang ditulis oleh Khairuddin Mahasiswa Jurusan Hukum Ekonomi Syariah (Muamalah) Fakultas Syariah Institut Agama Islam Negeri (IAIN) Pontianak dengan Judul “*Studi Komparasi antara Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Per) dan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) tentang Peralihan Risiko dalam Jual Beli*”. (Khairuddin, 2019)

Penelitian ini berfokus pada studi komparasi antara norma pada Pasal 1460, Pasal 1461, dan Pasal 1462 KUHPerd dengan Pasal 43 ayat (1) dan ayat (2) KHES terkait peralihan resiko dalam jual beli.

Dalam penelitian ini terdapat persamaan persamaan dari segi sumber hukum yang digunakan yakni sama-sama membahas tentang studi komparasi antara Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Per) dan Kompilasi

Hukum Ekonomi Syariah (KHES). Sedangkan perbedaannya adalah dari segi Objek yang dilakukan, dimana dalam penelitian ini membahas masalah peralihan risiko dalam jual beli. Sedangkan obyek dari penelitian yang sedang dilakukan ini adalah tentang penanggungan utang piutang.

2. Skripsi yang ditulis oleh Siti Masruroh Mahasiswa Jurusan Hukum Ekonomi Syariah Fakultas Syariah dan Hukum Universitas Islam Negeri Sunan Ampel Surabaya dengan Judul “*Analisis Hukum Islam terhadap konsep Kafalah dalam program semanggi di lembaga Manajemen Infaq Surabaya*”. (Masruroh, 2019).

Penelitian ini berfokus pada konsep kafalah yang dilaksanakan di Taman Pendidikan Al-Qur’an dengan fokus pada penanggungan kesejahteraan para pengajar. Persamaan antara skripsi ini dengan skripsi yang sedang dilakukan ini ialah sama-sama membahas tentang konsep kafalah, sedangkan perbedaannya adalah dalam skripsi ini lebih berfokus kepada konsep kafalah di tinjau menurut Hukum Islam yang ada di lembaga Manajemen Infaq Surabaya, sedangkan penelitian yang sedang peneli lakukan adalah membahas tentang komparasi kafalah menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata) dan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES).

3. Didalam skripsi yang di tulis oleh Muhammad Alwi Mahasiswa Jurusan Hukum Ekonomi Syariah Institut Agama Islam Negeri (IAIN) Sunan Ampel Surabaya dengan judul “*Tinjauan Hukum Islam terhadap penanggungan*

hutang (Bortocht) dengan jaminannya menurut Hukum perdata. Hasil penelitian ini menunjukkan bahwa Dalam hukum perdata mengenai penanggungan dan jaminannya telah merupakan ketentuan aturan hukum dimana penanggung hanyalah mengikatkan dirinya dalam hal yang lebih ringan dari si tertanggung tidak berprestasi (pasal 1822, 1820 BW) karena itu penanggung ini disebut dengan perjanjian *accessoir*. Sedangkan Menurut hukum islam aturan yang sedang berlaku dalam hukum perdata tidak sepenuhnya menjamin adanya keadilan hukum bagi masyarakat, yaitu karena adanya tendensi ekonomis dalam suatu penanggungan yang berbeda dengan hukum Islam, dimana seorang penanggung hanya bertindak atas kehendaknya untuk menolong dan membantu para pencari keadilan (Alwi, 2020)

Persamaan antara penelitian ini dengan penelitian yang sedang peneliti lakukan adalah sama-sama membahas tentang penanggung utang beserta jaminannya di tinjau menurut hukum perdata. Sedangkan perbedaannya ialah dalam skripsi ini hanya berfokus kepada penanggungan utang menurut hukum perdata, sedangkan dalam penelitian yang sedang peneliti lakukan membahas masalah komparasi penanggungan utang menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Per) dan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES).

4. Dalam Skripsi yang di tulis oleh Muhammad Ulil Azmi, mahasiswa Jurusan Hukum Ekonomi Syariah (Muamalah) Fakultas Syariah Institut Agama Islam

Negeri (IAIN) Pontianak, dengan Judul: “*Studi Komparasi Subjek Hukum Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2008 Tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah*”.

Hasil penelitian ini menunjukkan bahwa Subjek hukum yang terdapat dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2008 Tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah terdapat persamaan dan perbedaan dalam menetapkan subjek hukum bagi orang yang dianggap cakap hukum. Dimana persamaannya adalah sama-sama bisa diwakilkan atau diwalikan oleh orang-orang yang cakap hukum untuk mewakilkan kehendak atau kepentingan orang yang belum cakap atau tidak cakap hukum. Sedangkan perbedaannya adalah dalam menetapkan umur orang yang di anggap cakap hukum yakni dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata orang yang cakap hukum ketika sudah berusia 21 tahun, sedangkan menurut Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2008 Tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah adalah ketika sudah berusia 18 tahun (Azmi, 2022).

Dalam skripsi tersebut terdapat persamaan dan perbedaan dengan skripsi yang akan peneliti lakukan, dimana dalam skripsi ini persamaannya terletak dari sumber hukum yang dipergunakan yakni Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2008 Tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah. Sedangkan perbedaannya

terletak dari Objek yang akan diteliti dimana dalam skripsi ini hanya berfokus pada Subjek hukum, sedangkan dalam skripsi yang akan peneliti lakukan ini adalah tentang penanggungan utang.

B. Kajian Teori

1. Penanggungan hutang dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata
 - a. Pengertian Penanggungan utang

Dalam hukum perdata terdapat istilah jaminan. Berdasarkan kebendaannya jaminan dapat dibedakan menjadi dua yaitu Jaminan perorangan dan Jaminan kebendaan. Dalam Penelitian ini peneliti hanya akan berfokus kepada jaminan perorangan atau sering juga disebut dengan istilah penanggungan utang (*Borgtocht*).

Maria Handayani dalam tesisnya memberikan pengertian Jaminan perorangan atau *Borgtocht* merupakan suatu pernyataan tertulis bahwa apabila debitur sampai waktu dan jumlah tertentu tidak dapat melunasi utangnya kepada kreditur, maka pihak penjamin yang akan membayar atau orang yang akan memberikan jaminan perorangan tersebut harus membayarnya (Handayani, 2007, p. :56)

Sedangkan Subekti memberikan pengertian jaminan perorangan adalah suatu perjanjian antara seorang berpiutang (kreditur) dengan seorang ketiga, yang menjamin dipenuhinya kewajiban si berhutang

(debitur). Ia bahkan dapat diadakan di luar (tanpa) si berhutang tersebut (Subekti, 1996, p. :17)

Dari beberapa definisi tersebut maka dapat disimpulkan bahwa jaminan perorangan atau *Borgtocht* adalah perjanjian yang dibuat antara orang yang memberikan utang atau kreditur dengan orang yang mempunyai hutang atau debitur, ketika pihak debitur ini atau orang yang mempunyai hutang tidak mampu membayar utang maka pihak ketiga inilah sebagai penjamin (*Borg*) untuk membayar utang pihak kedua atau si debitur.

Di dalam KUHPdata terdapat istilah penanggungan utang yang diatur dalam pasal 1820, dimana bunyi pasal tersebut adalah sebagai berikut: “Penanggungan adalah suatu persetujuan dengan mana seorang pihak ketiga, guna kepentingan si berpiutang, mengikatkan diri untuk memenuhi perikatannya si berutang manakala orang ini sendiri tidak memenuhinya”.

Apabila diperhatikan dalam pasal 1820 diatas, maka dalam hal ini terdapat tiga pihak yang berkaitan dengan perjanjian penanggungan utang dimana tiga pihak yang saling berkait tersebut adalah pihak kreditur, debitur, dan pihak ketiga. Kreditur disini berkedudukan sebagai orang yang memberikan utang, sedangkan debitur adalah orang yang dapat pinjaman atau orang yang mempunyai utang kepada pihak kreditur. Pihak

ketiga adalah orang yang akan menjamin untuk membayar utang debitur kepada kreditur.

Sebab dalam hal ini sebenarnya terdapat seorang pihak ketiga yang bersedia memberikan jaminan terhadap debitur kepada kreditur, bahwa debitur itu dapat dipercaya akan melaksanakan kewajiban-kewajiban yang telah diperjanjikan dengan kreditur, sebaliknya kalau debitur tidak dapat melaksanakan kewajiban itu, maka pihak ketiga itulah selaku penjamin akan melaksanakan kewajiban tersebut (Soeprapto, 1984, p. :94).

Dengan demikian dalam masalah utang piutang, maka penanggung yang menanggung pembayaran utang orang lain, dan penanggung yang bertanggung jawab dalam pelunasan dari debitur kepada kreditur, sesuai dengan perjanjian yang telah mereka sepakati.

Ketika debitur yang tidak mampu membayar utangnya, yang kemudian terdapat pihak ketiga yang menyatakan kehendaknya untuk menanggung utang debitur, maka sejak perjanjian itu dibuat beban tanggung jawab pembayaran utang, berada dipihak ketiga baik sebagiannya maupun keseluruhannya menurut ketentuan Undang-Undang. Hal ini dijelaskan dalam pasal 1382 KUH Perdata sebagai berikut: “tiap-tiap perikatan dapat dipenuhi oleh siapa saja yang berkepentingan, seperti seorang yang turut berutang atau seorang penanggung utang”.

Dalam pasal 1382 KUH Perdata tersebut memberikan ketentuan bahwa seorang yang bertindak sebagai *Borg* (Penjamin) dan orang yang ikut atau terlibat dalam hutang, sedangkan pihak ketiga tidak ada pada hutang itu walaupun ia harus melakukan pembayaran hutang debitur karena adanya suatu perjanjian.

Hukum Perdata memberikan ketentuan tentang pengalihan tanggung jawab dalam pembayaran hutang, yaitu bahwa seorang penanggung tidak boleh mengikatkan dirinya untuk lebih berat dari perikatannya. Sebagaimana diterangkan dalam pasal 1822 KUH Perdata “seorang penanggung tidak dapat mengikat diri untuk lebih, maupun dengan syarat-syarat yang lebih berat, daripada perikatannya si berutang.

Dengan demikian menurut Hukum perdata penanggungan utang tidak bisa menanggung sepenuhnya dari utang debitur kepada kreditur, melainkan hanya sebagian saja dari hutang debitur atau dengan syarat-syarat yang ringan dari perikatan debitur terhadap kreditur, maka jika syarat-syarat tersebut dibuat lebih berat dari perikatan debitur, maka penanggungan tidak lah dianggap batal dan hanya akan berlaku dalam perikatan-perikatan pokoknya.

b. Sejarah berlakunya penanggungan utang

Sejarah berlakunya penanggungan utang atau *Borgtocht* tidak bisa dilepaskan dengan sejarah perkembangan hukum jaminan, karena dalam

hukum jaminan terdapat istilah jaminan perorangan (*Personal Guarantee*), jaminan perorangan biasa disebut dengan penanggung hutang yang dalam istilah hukum perdata disebut dengan *Borgtocht*

Perkembangan hukum jaminan di Indonesia dimulai sejak masa pemerintahan belanda, dan zaman kemerdekaan sampai dengan era reformasi saat ini. Sedangkan pada era reformasi, telah dikeluarkan Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 Tentang Jaminan Fidusia. Walaupun sejak zaman kemerdekaan sampai era reformasi saat ini pemerintahan banyak menetapkan undang-undang yang berkaitan dengan jaminan, tapi sistem hukum yang tercantum dalam buku II KUH Perdata, seperti yang berkaitan dengan gadai, dan hipotik, terutama yang berkaitan dengan pembebanan atas dan hipotik laut (Salim, 2007, p. :20).

Dengan memaparkan perkembangan analisis atas hukum, serta melibatkannya dalam kebijakan dan praktik hukum di Indonesia, maka menjadi lebih terbuka kemungkinan perubahan paradigma serta lebih banyak alternatif pemikiran yang dapat dikembangkan dalam pengkajian hukum di Indonesia khususnya terkait masalah hukum jaminan yang mengarah ke hukum jaminan yang modern. Artinya bahwa yang mampu mengakomodir kepentingan-kepentingan berbagai pihak yang tentunya sesuai dengan tujuan hukum yang berkeadilan serta sesuai dengan kebutuhan pasar.

c. Sifat penanggungan

Sebagai suatu perjanjian yang selalu dikaitkan dengan perjanjian pokok dan mengabdikan pada perjanjian pokok tersebut, maka dengan begitu perjanjian penanggungan merupakan bersifat *Accessoir* atau tambahan dan juga pelengkap. Hal tersebut dijelaskan sebagaimana dalam pasal 1821 KUH Perdata tentang syarat dari adanya perjanjian penanggungan, yaitu: “tidak ada penanggungan jika tidak ada suatu perikatan pokok yang sah”. Didalam ketentuan pasal tersebut terkandung asas hukum: tanpa perikatan pokok, tidak ada penanggungan.

Setiap kali ada perjanjian jaminan, pasti ada perjanjian yang mendahuluinya, yaitu perjanjian utang piutang yang disebut dengan perjanjian pokok. Tidak mungkin ada perjanjian jaminan tanpa ada perjanjian pokoknya. Sebab perjanjian jaminan tidak dapat berdiri sendiri, melainkan selalu mengikuti perjanjian pokoknya. Apabila perjanjian pokoknya selesai, maka perjanjian jaminannya juga selesai. Tidak mungkin ada orang yang bersedia menjamin suatu utangnya, kalau hutang tersebut tidak ada. Sifat perjanjian yang demikian disebut *accessoir* (Gunarti, 2008)

d. Hak istimewa penanggung utang

Dalam melaksanakan kewajibannya oleh Undang-Undang si penanggung diberikan hak-hak tertentu yang sifatnya memberikan perlindungan bagi si penanggung. Hak tersebut antara lain: (Sofwan, 1980).

1. Hak agar kreditur menuntut terlebih dahulu, sebagaimana yang terdapat dalam pasal 1831 KUH Perdata. Hak istimewa ini memungkinkan bahwa kekayaan penjamin hanya merupakan cadangan untuk menutup sisa hutang yang tidak ditutup dengan kekayaan debitur. Kewajiban penjamin hanya sebatas kekurangan yang tidak dapat dilunasi debitur. Dalam pasal 1831 KUH Perdata menentukan bahwa penjamin tidak diwajibkan membayar kepada kreditur, kecuali jika debitur lalai. Sedangkan benda-benda debitur ini harus terlebih dahulu disita dan dijual untuk melunasi utangnya. Namun, dalam hal ini penjamin tidak dapat menggunakan hak istimewanya bila ia telah melepaskan hak istimewanya tersebut.
2. Hak untuk meminta pemecahan utang, sebagaimana yang diatur dalam pasal 1837 KUH Perdata. Hak istimewa ini hanya penting apabila terdapat lebih dari satu orang penjamin. Apabila terdapat lebih dari satu penjamin, maka lazimnya para penjamin diminta untuk melepaskan hak istimewanya tersebut sehingga dalam hal ini diberlakukan ketentuan pasal 1836 KUH Perdata yang mengatur

bahwa masing-masing penjamin terikat untuk seluruh utang yang mereka jamin.

3. Hak untuk dibebaskan dari penjaminan bilamana kerana salahnya kreditur, si penjamin tidak dapat menggantikan hak-haknya baik hak hipotik/hak tanggungan dan hak-hak istimewa yang dimiliki kreditur (pasal 1848 dan 1849 KUH Perdata).

e. Jenis-jenis jaminan utang.

Jaminan yang terdapat dalam utang piutang dapat dibedakan menjadi 2 yakni jaminan umum dan jaminan khusus.

1. Jaminan umum

Yang pertama adalah jaminan yang dikenal sebagai jaminan umum, yang diatur dalam pasal 1131 KUH Perdata yang menyatakan sebagai berikut: “segala barang-barang bergerak dan tak bergerak milik debitur, baik yang sudah ada maupun yang akan ada, menjadi jaminan untuk perikatan-perikatan perorangan debitur itu”.

Sesuai dengan bunyi pasal diatas, jika debitur lalai atau tidak dapat memenuhi perikatannya maka kreditur dapat meminta pelunasannya dari barang--barang milik debitur.

Jaminan umum dapat terjadi secara otomatis, artinya bahwa tanpa diperjanjikan terlebih dahulu di awal antara kreditur dan debitur. Namun, nantinya jika debitur lalai dan tidak dapat membayar utangnya maka upaya yang harus dilakukan oleh kreditur adalah dengan mengajukan gugatan ke pengadilan negeri dan meminta atas harta debitur terlebih dahulu dan setelah itu melakukan eksekusi (Offices, 2021).

2. Jaminan khusus

Pada jaminan umum serba tidak jelas apa yang dijaminakan sehingga kreditur merasa kurang aman terhadap piutangnya. Berbeda dengan jaminan khusus, dengan objek jaminan yang jelas, perjanjiannya jelas, dan semata-mata untuk kepentingan pelunasan utang apabila debitur tidak memenuhi janjinya. Bentuk Jaminan khusus ditentukan secara terbatas dan tegas pada pasal 1133 KUH Perdata yang menyatakan bahwa “hak untuk didahulukan diantara para kreditur bersumber pada hak istimewa, pada gadai dan pada hipotek”. yang diatur dalam KUH Perdata ini dari segi objeknya dapat berupa barang maupun orang. Untuk jaminan berupa barang, debitur menyediakan barang-barang tertentu yang kemudian dibuat perjanjian jaminannya. Apabila debitur wanprestasi, barang jaminan dijual untuk pembayaran hutangnya. Sedangkan jaminan orang yang dimaksudkan

adalah ada orang yang menanggung hutang orang lain, dengan cara apabila debitur wanprestasi maka barang-barang si penjamin utang bersedia dijual untuk melunasi hutang debitur tersebut (Winarsari, 2020, p. :16)

Secara umum jaminan khusus terbagi menjadi dua jenis, yakni Jaminan kebendaan dan Jaminan Perorangan (Saliman, 2005). Berikut penjelasannya masing-masing.

a. Jaminan kebendaan

Jaminan kebendaan adalah jaminan yang memberikan kepada kreditur atas suatu kebendaan milik debitur hak untuk memanfaatkan benda tersebut jika debitur melakukan wanprestasi. Dalam jaminan kebendaan ini, benda milik debitur yang dapat dijamin dapat berupa benda bergerak maupun benda tak bergerak (Satrio, 2002, p. :10).

Dalam Hukum Indonesia, Jaminan kebendaan dibagi menjadi 4 jenis, yaitu Gadai, Hak Tanggungan, Jaminan Fidusia, dan Hipotek.

1. Gadai

Gadai diatur dalam pasal 1150-1161 KUH Perdata.

Dalam pasal 1150 KUH Perdata dijelaskan sebagai berikut:

“Gadai adalah suatu hak yang diperoleh kreditur atas suatu barang bergerak, yang diserahkan kepadanya oleh

kreditur, atau oleh kuasanya, sebagai jaminan atas utangnya, dan yang memberi wewenang kepada kreditur untuk mengambil pelunasan piutangnya dari barang itu dengan mendahului kreditur-kreditur lain; dengan pengecualian biaya penjualan sebagai pelaksanaan putusan atas tuntutan mengenai pemilikan atau penguasaan, dan biaya penyelamatan barang itu, yang dikeluarkan setelah barang itu sebagai gadai dan yang harus didahulukan”.

Berdasarkan ketentuan dalam pasal 1150 KUH Perdata diatas barang-barang yang dapat dijamin dengan gadai adalah kebendaan yang bergerak, baik yang berwujud maupun tidak berwujud.

2. Hak Tanggungan

Pengaturan hak tanggungan terdapat dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah beserta benda-benda yang berkaitan dengan tanah (UU Hak Tanggungan).

Dalam pasal 1 angka 1 Undang-Undang Hak tanggungan diartikan sebagai hak jaminan yang dibebankan pada hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, berikut atau tidak berikut benda-benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu, untuk pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan yang

diutamakan kepada kreditur tertentu terhadap kreditur-kreditur lain.

3. Jaminan Fidusia

Jaminan fidusia diatur dalam Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia. Berdasarkan pasal 1 angka 2 Undang-Undang Jaminan Fidusia, jaminan fidusia adalah hak jaminan atas benda bergerak baik yang berwujud maupun yang tidak berwujud dan benda tidak bergerak khususnya bangunan yang tidak dapat dibebani hak tanggungan sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan yang tetap berada dalam penguasaan pemberi fidusia, sebagai agunan bagi pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada penerima fidusia terhadap kreditur lainnya.

Apabila dilihat dari pengertiannya, objek jaminan fidusia bisa merupakan objek yang sama untuk gadai, namun yang membedakan adalah dalam jaminan fidusia, barang yang menjadi objek jaminan fidusia tetap berada dalam penguasaan pemegang gadai (Kreditur).

4. Hipotek

Hipotek diatur dalam pasal 1162 sampai pasal 1232 KUH Perdata. Dalam pasal 1162 KUH Perdata mendefinisikan hipotek sebagai berikut:

“Hipotek adalah suatu hak kebendaan atas barang tak bergerak yang dijadikan jaminan dalam pelunasan suatu perikatan”.

Walaupun hipotek ini adalah lembaga jaminan kebendaan terhadap barang tidak bergerak, perlu menjadi catatan bahwa untuk tanah sudah berlaku Undang-Undang Agraria dan juga Undang-Undang Hak Tanggungan sebagaimana yang telah dijelaskan diatas. Dengan demikian untuk tanah penjaminannya tidak lagi dengan hipotek.

f. Hapusnya perjanjian penanggungan utang

Dalam Hukum Perdata suatu penanggungan bisa berakhir atau hapus dengan sebab yang biasa berlaku dalam suatu hubungan hukum sebagaimana yang menyebabkan berakhirnya perikatan dalam pasal 1845 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Per) yang menyatakan sebagai berikut: “perikatan yang diterbitkan dari penanggungan hapus kerana sebab-sebab yang sama, sebagaimana yang menyebabkan berakhirnya perikatan-perikatan lainnya.

Kemudian selanjutnya di dalam pasal 1381 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Per) memberikan perincian tentang cara-cara

berakhirnya perikatan-perikatan tersebut. Dimana perikatan itu dapat terhapus karena beberapa sebab sebagai berikut:

1. pembayaran
2. penawaran pembayaran tunai, diikuti dengan penyimpanan atau penitipan
3. pembaharuan hutang
4. perjumpaan utang atau kompensasi
5. percampuran utang
6. pembebasan utang
7. musnahnya barang yang terutang
8. kebatalan atau pembatalan
9. berlakunya syarat pembatalan yang diatur dalam Bab I buku KUH Perdata
10. lewatnya waktu

jika salah satu macam dari hal-hal yang menghapuskan perikatan itu terjadi pada si penanggung, maka berarti hapuslah perikatan yang dibuatnya.

2. Kafalah dalam Fikih Muamalah

a. Pengertian *Kafalah*

Di dalam KHES penanggungan disebut dengan kata *Kafalah*.

Secara etimologis *kafalah*, *dhaman*, atinya sama yaitu jaminan.

Secara terminologis *kafalah/dhaman* adalah menjamin tanggungan orang

yang dijamin dalam melaksanakan hak yang wajib baik seketika maupun akan datang. Dalam pengertian lain *kafalah* adalah mengalihkan tanggung jawab seseorang yang dijamin dengan berpegang pada tanggung jawab orang lain sebagai penjamin (Mardani, 2019 , p. :305).

Menurut syariah, *kafalah* adalah suatu tindak penggabungan tanggungan orang yang menanggung dengan tanggungan penanggung utama terkait tuntutan yang berhubungan dengan jiwa, hutang, barang, atau pekerjaan. Kafalah terlaksana dengan adanya penanggung, penanggung utama, pihak yang ditanggung haknya, dan tanggungan. Penanggung atau di sebut kafil adalah orang yang berkomitmen untuk melaksanakan tanggungan. Syarat untuk menjadi kafil adalah harus baligh, berakal sehat, memiliki kewenangan secara leluasa dalam menggunakan hartanya dan ridha terhadap tindak penanggungnya. Penanggung utama adalah orang yang berutang, yaitu pihak yang bertanggung (Sabiq, 2009 , p. :386)

b. Dasar Hukum Kafalah

Didalam Al-Qur'an bahwa kata kafalah disebutkan dalam dua bentuk, bentuk yang pertama dengan menggunakan kata *كفلها* melalui kisah nabi Zakaria mengasuh siti Maryam.

فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنْبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا كُلَّمَا دَخَلَ عَلَيْهَا زَكَرِيَّا الْمِحْرَابَ وَجَدَ عِنْدَهَا رِزْقًا قَالَ يَا مَرْيَمُ أَنَّى لَكِ هَذَا قَالَتْ هُوَ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يَرْزُقُ مَنْ يَشَاءُ بِغَيْرِ حِسَابٍ

Artinya:

Dia (Allah) menerimanya (Maryam) dengan penerimaan yang baik, membesarkannya dengan pertumbuhan yang baik, dan menyerahkan pemeliharannya kepada Zakaria. Setiap kali Zakaria masuk menemui di mihrabnya, dia mendapati makanan di sisinya. Dia berkata, “Wahai Maryam, dari mana ini engkau peroleh?” Dia (Maryam) menjawab, “Itu dari Allah.” Sesungguhnya Allah memberi rezeki kepada siapa yang Dia kehendaki tanpa perhitungan (QS. Ali-Imran:37) (Kemenag RI, 2010).

(كفلها) diatas bermakna mengurus segala maslahatnya dan memelihara serta mengayomi (Asra, 2020). Ayat selanjutnya tentang Al-kafalah yang terdapat dalam cerita Nabi Yusuf, Allah berfirman

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

“penyeru-penyeru itu berkata: “kami kehilangan piala raja, dan siapa yang dapat mengembalikannya akan memperoleh bahan makanan (seberat) beban unta, dan aku menjamin terhadapnya”.

Makna *كفيل* diatas berarti penjamin. Artinya di dalam akad *kafalah*, seseorang yang menjadi penjamin berhak bertanggung jawab terhadap orang yang di jaminnya.

Sedangkan di dalam Hadits Rasulullah SAW banyak menyebutkan mekanisme Al-Kafalah dalam beberapa sabdanya. Beliau juga telah mencontohkan mekanisme kafalah tersebut dengan para sahabatnya (Asra, 2020). Sebagai contoh sabda beliau dalam hadits-hadits berikut:

عَنْ سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "أَنَا وَكَافِلُ الْيَتِيمِ فِي الْجَنَّةِ هَكَذَا, وَأَشَارَ بِالسَّبَابَةِ وَالْوَسْطَى وَفَرَجَ بَيْنَهُمَا شَيْئًا.

“Dari Sahl bin Sa’ad r.a berkata: Rasulullah SAW bersabda: ,Saya dan orang yang memelihara anak yatim itu dalam surga seperti ini. Beliau

mengisyaratkan dengan jari telunjuk dan jari tengahnya serta merenggangkan keduanya”. (HR. Bukhari)

كَافِلُ الْيَتِيمِ لَهُ أَوْ لِغَيْرِهِ أَنَا وَهُوَ كَهَاتَيْنِ فِي الْجَنَّةِ وَأَشَارَ مَالِكٌ
بِالسَّبَابَةِ
وَالْأُوسْطَى

“Orang yang menanggung (mengasuh) anak yatim miliknya atau milik orang lain, aku dan dia seperti dua jari ini di surga. Malik (perwi hadits) mengisyaratkan jari telunjuk dan jari tengah”. (HR. Muslim)

Kedua hadits diatas sama-sama menggunakan kata **كفيل** yang artinya penjamin. Dimaksudkan dalam ayat tersebut, penjamin anak yatim adalah penjamin segala urusan anak yatim, dan pengasuhnya, pemegang hartanya serta pengelolanya hingga anak yatim tersebut dewasa (mampu mengurus keperluannya sendiri).

Maka seseorang yang menjadi kafil atau penjamin bagi orang lain, dia harus mengurus segala sesuatu yang berkaitan dengan perkara yang dijaminnya hingga yang dijamin dapat melanjutkan urusannya sendiri (Asra, 2020 , p. :78).

c. Rukun dan Syarat Kafalah

Menurut madzhab Hanafi, rukun kafalah itu hanya ada satu, yaitu Ijab dan Qabul, menurut Abu Yusuf hanya perlu ijab dari penjamin. Dan dengan itu sahlah akad *Kafalah* tersebut. Meski tanpa persetujuan dari pihak yang berpiutang (Hasan, 2003, p. 262).

Adapun dalam fatwa DSN MUI No.11/DSN-MUI/IV/2000. Rukun *Kafalah* ialah pihak penjamin, pihak orang yang berhutang, pihak orang yang berpiutang, Obek jaminan hutang, dan Sighat ijab Qabul.

Menurut KHES Pasal 335 rukun akad *Kafalah* terdiri atas *Kafil* (penjamin), *makful 'anhu* (orang atau pihak yang dijamin), *makful lahu* (seseorang atau pihak yang berpiutang), *makful bihi* (objek kafalah) dan, akad.

Sedangkan syarat dari kafalah itu sendiri dapat diperinci sebagai berikut: (Akbar, 2014 , p. :61)

Kafil (Penjamin) disyaratkan sudah baligh, berakal, merdeka dalam mengelola harta bendanya/ tidak dicegah membelanjakan hartanya dan dilakukan dengan kehendaknya sendiri serta pihak penjamin harus mengetahui objek yang dijaminnya. Selain itu, menurut kalangan Hanafiyah, pihak penjamin harus ada di majelis akad agar mengetahui siapa dan apa yang dijaminnya.

Makful 'anhu (orang atau pihak yang dijamin) disyaratkan mempunyai kemampuan untuk menyerahkan objek yang dijamin dan pihak yang dijamin harus diketahui oleh pihak penjamin. Menurut kalangan Syafi'iyah, pihak yang ditanggung tidak harus cakap hukum, bahkan menanggung orang yang telah meninggalpun diperbolehkan.

Makful lahu (seseorang atau pihak yang berpiutang) syaratnya yang berpiutang diketahui oleh orang yang menjamin, harus cakap hukum dan harus ada pada saat akad. Selain itu, pihak yang berpiutang harus berakal, tidak harus baligh tetapi seandainya anak kecil, ia harus mumayyiz.

Makful bih (objek kafalah) merupakan tanggungan peminjam baik berupa uang/ benda/ pekerjaan, dapat dilaksanakan oleh penjamin, merupakan piutang yang mengikat, jelas nilai dan spesifikasinya, serta tidak diharamkan.

Akad/Sighat disyaratkan keadaan sighat mengandung makna menjamin, tidak digantungkan kepada sesuatu dan tidak berarti sementara.

d. Macam-Macam Akad Kafalah

1. Kafalah Jiwa

Kafalah Jiwa atau juga dikenal dengan kafalah wajah adalah komitmen penanggung untuk menghadirkan sosok pihak bertanggung kepada orang-orang yang ditanggung haknya. Kafalah ini dapat dinyatakan dengan pernyataan "Aku menanggung fulan, badannya atau wajahnya, atau dhamin atau za'im" atau semacamnya. Ini dibolehkan jika pihak yang ditanggung kehadirannya menanggung hak orang lain. Tidak disyaratkan harus mengetahui kadar yang ditanggung oleh pihak bertanggung, karena penanggung hanya menanggung badan bukan harta (Sabiq, 2009, p. 389).

2. Kafalah Harta

Kafalah atau penanggungan terhadap harta adalah kafalah yang mengharuskan penanggung untuk menunaikan tanggungan yang berkaitan dengan harta (Asra, 2020). *Kafalah* harta terdiri dari tiga macam yaitu:

- a. Kafalah utang. Yang dimaksud dengan kafalah utang adalah komitmen untuk melunasi hutang yang berada dalam tanggungan orang lain.

Syarat-syarat utang yang ditanggung:

- 1) Hutang itu harus sudah berlaku pada saat penanggungan, seperti hutang pinjaman, harga penjualan, upah dan mahar. Jika utang itu belum berlaku, maka penanggungannya tidak sah, sebab penanggungan sesuatu yang tidak wajib tidak sah. Sebagaimana jika penanggung mengatakan “juallah kepada fulan, dan aku menanggung harganya, atau beri dia pinjaman dan aku yang menanggung pengambilannya”.
- 2) Hutang harus diketahui tidak sah penanggungan terhadap sesuatu yang tidak diketahui, karena ini merupakan kecurangan. Seandainya penanggung mengatakan “aku menanggung untukmu apa yang ada dalam tanggungan fulan” padahal

keduanya tidak mengetahui besarnya, maka penanggungan ini tidak sah.

- b. Kafalah terhadap barang atau kafalah penyerahan. Yaitu komitmen untuk menyerahkan barang tertentu yang ada di tangan orang lain. Seperti mengembalikan barang yang diambil secara zalim kepada orang yang mengambilnya, dan menyerahkan barang yang dibeli kepada pembelinya. Dalam kafalah ini disyaratkan dalam barang tersebut harus dijamin wujudnya kepada penanggung utama, sebagaimana terkait barang yang diambil secara zalim. Jika barang itu tidak dijamin, seperti pinjaman dan titipan, maka kafalahnya tidak sah.
- c. Kafalah terhadap sesuatu yang terkait dan muncul kemudian. Maksudnya kafalah terhadap sesuatu yang kemudian muncul pada harta yang dijual dan berkaitan dengannya (garansi), seperti bahaya yang disebabkan oleh sesuatu yang sudah ada pada transaksi jual beli. Maksudnya adalah penanggungan dan penjaminan terhadap hak pembeli dihadapan penjual jika ternyata yang dijual adalah barang milik orang selain penjual, atau barang yang digadaikan (Sabiq, 2009 , p. :391).

- e. Pelaksanaan kafalah

Pelaksanaan kafalah dapat dibedakan dalam lima bentuk: (Syafi'I, 2000, p. :123)

1. *Kafalah bin nafs*

Merupakan akad memberikan jaminan atas diri (*Personal Guarantee*) sebagai contoh dalam praktek perbankan untuk *kafalah 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.

2. *Kafalah bil mal*

Merupakan jaminan pembayaran barang atau pelunasan hutang.

3. *Kafalah bit taslim*

Jenis kafalah 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 kerja sama dengan perusahaan penyewaan (*Leasing company*). Jaminan pembayaran bagi bank dapat berupa deposito/tabungan bank dapat membebaskan uang jasa/fee kepada nasabah.

4. *Kafalah al munjazah*

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

5. *Kafalah al-mu'allaqah*

Kafalah al-mua'allaqah adalah jaminan sesuatu dengan dikaitkan pada sesuatu, seperti seseorang berkata "jika kamu menghutangkan kepada anakku, maka akan aku membayarnya" atau jika kamu ditagih pada si fulan, maka akan aku bayarnya" (Suhendi, 2002, p. :195).

f. Hukum tentang kafalah

Hukum kafalah (menanggung seseorang) adalah boleh jika orang yang ditanggung menyangkut hak manusia, misalnya menanggung orang yang menjalani pidana *qishas*. Penanggungan tersebut sebatas jaminan bahwa orang yang sedang menjalani pidana tidak akan melarikan diri (Sabiq, 2009 , p. :195).

Jika penjamin dalam suatu utang piutang membayar utang debitur atas perintah *Makful 'anhu*, maka penjamin dapat meminta uangnya kepada orang yang dijamin sebesar jumlah yang dia tanggung (Sabiq, 2009 , p. :182).

Berbeda dengan pandangan di atas, Ibn Hazm sebagaimana dikutip oleh Rini Fatma Kartika, berpendapat bahwa penjamin tidak dapat meminta kembali uangnya kepada orang yang dia jamin meskipun atas perintah *makful 'anhu* (Kartika, 2016 , p. :16).

3. Perbandingan Hukum

a. Pengertian Perbandingan Hukum

Mengomparasikan hukum bukan sekedar mencari perbedaan serta persamaannya antara beberapa ketentuan hukum saja, perbandingan hukum juga salah satu disiplin ilmu hukum yang mencari fungsi hukum serta pemecah masalah hukum di dalam praktek dan factor-faktor non umum yang mempengaruhi praktek hukum itu sendiri (Hartono, 1988).

Guteridge mengemukakan bahwa perbandingan hukum merupakan metode perbandingan yang dapat digunakan dalam semua cabang ilmu hukum, seperti hukum perdata dan hukum Islam, serta bidang-bidang hukum lainnya (Soeroso, 2014, pp. :5-6). Perbandingan hukum tidak hanya berfokus pada perbandingan antar sistem hukum di dunia, melainkan dapat juga digunakan membanding satu sistem hukum

yang di dalamnya terdapat berbagai macam tata hukum yang berbeda.

b. Pentingnya perbandingan hukum dalam kajian hukum

Dalam sebuah penelitian hukum, terdapat sebuah metode yang dinamakan perbandingan hukum. Mengapa begitu penting menggunakan metode perbandingan hukum dalam kajian hukum, penggunaan metode perbandingan hukum sangat penting karena memiliki kegunaan atau manfaat yang didapat ketika menggunakan metode perbandingan hukum. Berikut akan dijelaskan kegunaan atau manfaat perbandingan hukum yang dikemukakan oleh beberapa pakar:

1. Menurut Prof. Soerjono Soekanto (Soerjono Soekanto,1979:18)

“a). Memberikan pengetahuan perihal persamaan serta perbedaan diantara berbagai bidang hukum termasuk pengertian dasarnya; b). Pengetahuan tentang persamaan serta perbedaan tersebut akan memberikan kemudahan dalam melakukan unifikasi, kepastian hukum, serta kesadaran hukum; c). Pengetahuan tentang perbedaan akan memberikan pedoman yang lebih baik, bahwa dalam hal-hal tertentu keanekaragaman hukum merupakan kenyataan dan hal yang harus diterapkan; d). Perbandingan hukum dapat memberikan bahan tentang faktor-faktor hukum apakah yang perlu dikembangkan atau dihapuskan secara berangsur-angsur demi integritas masyarakat, terutama pada masyarakat majemuk seperti Indonesia; e). Perbandingan hukum mampu memberikan bahan untuk pengembangan hukum dan taat hukum pada bidang-bidang dimana kodifikasi dan unifikasi terlalu sulit untuk diwujudkan; f). Dengan pengembangan perbandingan hukum maka yang hendak

menjadi tujuan akhir bukan lagi menentukan persamaan dan perbedaan, melainkan justru pemecahan masalah-masalah hukum secara adil; g). Mengetahui motif-motif politis, ekonomis, sosial, dan psikologis yang menjadi latar belakang dari perundang-undangan, yurisprudensi, hukum kebiasaan, traktat dan doktrin yang berlaku disuatu Negara; h). Perbandingan hukum tidak terikat pada kekakuan dogma; i). Penting untuk melaksanakan pembaharuan hukum; j). Dalam bidang penelitian, penting untuk lebih memperdalam serta mengarahkan proses penelitian hukum; k). Dalam bidang pendidikan hukum, memperluas kemampuan untuk memahami system-sistem hukum yang ada dan penegakannya yang tepat dan adil”.

2. Menurut Sunaryati Hartono sebagaimana dikutip Romli Atmasasmitha perbandingan hukum berguna untuk mengkaji suatu norma-norma pada aspek historis, filosofis, dan yuridis, memberi pemahaman komprehensif terhadap tata hukum nasional sekaligus memberi gambaran kontekstual terhadap karakter dan budaya hukum negara-negara dan sistem hukum kaitannya dengan pembentukan atau pengembangan suatu ketentuan hukum (Romli atmassasmita,2000:20).

c. Sejarah KUH Perdata

Sejarah lahirnya KUHPerd tidak dapat dilepaskan dari sejarah panjang kolonialisme mulai dari Eropa sampai Hindia Belanda. Orisinalitas KUHPerd berasal dari Bangsa Romawi di bawah imperium

Yulius Caesar yang pada masa itu berkuasa di Eropa. Kekuasaan Romawi turut memberi pengaruh pada ketentuan hukum perdata di tanah Eropa, salah satunya *Pernacis* (Syahrani, 1992, p. :12).

Pada masa pemerintahan Louis XV di Perancis, terdapat upaya memperbarui kodifikasi hukum perdata yang kemudian menghasilkan kodifikasi bernama "*Code civil Des Francois*" pada 21 maret 1804 yang kemudian pada 1807 diundangkan kembali menjadi "*Code Napoleon*" (Projodikoro, 1983, p. :83). Kejayaan Perancis pada masa itu memberi pengaruh besar terhadap Belanda. Oleh karena itu, pembentukan KUHPerd Belanda sangat dipengaruhi oleh kejayaan Perancis dan Romawi.

KUHPerd Belanda diberlakukan di Hindia Belanda melalui asas konkordansi (Tutik, 2008, p. :19). Pemberlakuan KUHPerd juga erat kaitannya dengan politik hukum kolonial dalam membagi masyarakat ke dalam tiga golongan, yakni golongan Eropa, golongan Timur Asing, dan golongan Pribumi (Hariyanto, 2009 , p. :145). Pasca Indonesia merdeka, pemberlakuan KUHPerd didasarkan pada Pasal II aturan peralihan UUD 1945 yang menjembatani kekosongan hukum pada masa transisi (Tutik, 2008, p. :19).

d. Sejarah KHES

Disusunnya KHES ini bermula dengan lahirnya Undang-Undang Nomor 3 tahun 2006 tentang perubahan atas Undang-Undang Nomor 7

Tahun 1989 tentang Peradilan Agama. Perubahan ini memperluas ruang lingkup kewenangan Peradilan Agama dalam menangani sengketa, khususnya sengketa Hukum Ekonomi Syariah.

Semula Peradilan Agama hanya berwenang menyelesaikan sengketa-sengketa di bidang hukum keluarga Islam. Namun kini sudah berwenang menangani dan menyelesaikan sengketa dalam bidang ekonomi syariah.

Mahkamah Agung Republik Indonesia memutuskan kebijakan-kebijakan untuk realisasi perubahan kewenangan Peradilan Agama, salah satunya menyusun ketentuan formil dan materil sebagai pedoman dan ketentuan yang mengikat bagi para hakim di lingkungan Peradilan Agama dalam memeriksa, mengadili, dan memutuskan perkara di bidang ekonomi syariah (Mardani, 2010 , p. :7).

Penyusunan draft KHES dilakukan oleh Tim Penyusun berdasarkan KMA/097/SK/X/2006 tertanggal 20 Oktober 2006 dengan ketua Tim Prof. Dr. H. Abdul Manan, S.H, S.IP, M.Hum. Kemudian dilakukan kajian dan pembahasan bersama dengan tim konsultan dan dengan Mahkamah Agung RI. Sampai dengan lahirnya Peraturan Mahkamah Agung RI (PERMA) Nomor 02 Tahun 2008 Tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah.

Hadirnya Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah ini KHES memberikan kontribusi terhadap perkembangan Hukum Islam dan Hukum Positif di Indonesia antara lain (Abdillah, 2020):

1) Menjadi Pedoman bagi hakim Pengadilan Agama

Kehadiran KHES dirasa sangat bermanfaat karena berkontribusi pada asas kepastian hukum, yakni memberikan suatu rujukan yang pasti bagi para hakim dalam memutuskan setiap perkara yang berkaitan dengan sengketa ekonomi syariah.

2) Merupakan produk ijtihad kolektif pemikir Islam di Indonesia

KHES merupakan produk asli pemikir para mujtahid ekonomi dan ekonomi syariah yang berkarakter keislaman dan keindonesiaan.

BAB III

METODE PENELITIAN

A. Jenis Penelitian

Metode penelitian yang akan digunakan dalam penelitian ini yaitu metode *yuridis normatif* karena mengacu kepada norma-norma hukum yang terdapat dalam peraturan-perundang-undangan. Penelitian ini juga mengacu pada penelitian pustaka dan penggunaan dokumen hukum saja (Soekanto, 1986, p. :66).

Analisis yang digunakan dalam penelitian ini adalah analisis isi (*Content Analysis*) yakni untuk memahami isi-isi perundang-undangan yang akan diteliti. Secara sederhana merupakan pendekatan yang digunakan untuk menganalisis isi dari suatu teks perundang-undangan atau teks suatu ketentuan hukum tertulis yang berlaku. (Muhadjir, 1996, p. :44).

Pendekatan penelitian yang peneliti gunakan ada dua yaitu pendekatan perundang-undangan dan dan pendekatan komparatif. Pendekatan perundang-undangan yaitu menelaah undang-undang dan regulasi yang terkait dengan masalah yang diangkat. Dan pendekatan komparatif yang dimaksud adalah pendekatan yang dilakukan dengan membandingkan peraturan hukum yang terkait dengan penelitian ini untuk memperoleh persamaan dan perbedaan peraturan hukum yang akan diteliti.

Adapun peraturan Perundang-undangan yang digunakan dalam

penelitian ini yang selanjutnya untuk dianalisis yaitu Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Per) dan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2008 tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES).

Adapun dalam penelitian ini peneliti akan menganalisis penanggungan dalam hutang piutang yang diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Per) dan peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2008 tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) untuk melihat Persamaan dan Perbedaannya serta mencari jawaban yang kongkret atas problematika hukum yang akan di bandingkan.

Penelitian ini bersifat deskriptif normatif, menggambarkan materi muatan yang terdapat di dalam norma-norma terkait. Selanjutnya dilakukan analisa secara mendalam dengan menggunakan analisis isi (*content analysis*) pada pasal- pasal yang mendeskripsikan Penanggungan hutang piutang dalam penelitian ini. Dengan demikian mempermudah peneliti untuk melakukan analisis dan memberikan kesimpulan.

B. Lokasi dan Waktu Penelitian

Lokasi Penelitian ini dilakukan di perpustakaan, yakni Perpustakaan Institut Agama Islam Negeri (IAIN) Pontianak dan Perpustakaan Daerah Provinsi Kalimantan Barat. Sedangkan waktu penelitian ini dilakukan pada bulan Agustus sampai bulan Oktober 2022.

C. Sumber Data

Mengingat penelitian ini merupakan penelitian yuridis normatif, maka data yang digunakan hanya data sekunder (Muhammad, 2004, p. :121).

Data sekunder ini terdiri dari bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan bahan hukum tersier. Namun dalam penelitian ini peneliti hanya menggunakan dua sumber data yakni bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder.

1. Bahan Hukum Primer

Bahan hukum primer merupakan bahan pustaka hukum yang menjadi rujukan utama dalam penelitian pustaka, khususnya merujuk pada dokumen-dokumen resmi (Mamudji, 2001, p. :29). Adapun bahan hukum primer yang dipergunakan dalam penelitian ini ialah Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Perd) dan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES).

2. Bahan Hukum Sekunder

Bahan hukum sekunder merupakan bahan pustaka yang dihasilkan dari publikasi tentang hukum meliputi buku-buku teks, kamus-kamus hukum, jurnal-jurnal hukum, dan komentar-komentar atas putusan pengadilan (Marzuki, 2006 , p. :141). Adapun bahan hukum sekunder yang dipergunakan dalam penelitian ini adalah Buku-buku bacaan, dan Jurnal-

jurnal hukum.

D. Teknik Pengumpulan Data

Adapun teknik pengumpulan data yang digunakan dalam penelitian ini adalah studi dokumen dengan mempelajari bahan-bahan hukum berupa peraturan perundang-undangan, ketentuan-ketentuan hukum tertulis lainnya dan berbagai referensi yang berkaitan dengan penelitian ini (Ronny Hanitijio Soemitro, 1997: 98).

E. Teknik Analisis Data

Peneliti menggunakan analisis isi yang berusaha melihat konsistensi makna dalam sebuah teks. Metode Analisis Isi menuntut beberapa persyaratan yakni objektif, sistematis, dan dapat digeneralisasikan.

Langkah-langkah dalam meneliti dengan metode Analisis Isi sebagai berikut (Prastomo, 2016).

- a. Menentukan unit analisis seperti jumlah teks yang akan ditetapkan sebagai kode
- b. Menentukan sampling
- c. Menentukan variabel dan menyusun katagori pengkodean
- d. Menarik kesimpulan.

Demikian analisis data yang peneliti lakukan, sehingga tujuan penelitian ini memperoleh gambaran yang jelas demi tercapainya tujuan dari penelitian ini, yaitu untuk melihat dari dua regulasi hukum yang diteliti yaitu, Kitab

Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Per) dan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2008 Tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah. dalam dua regulasi hukum tersebut peneliti akan mencari substansi yang paling mendekati masalah Penanggungan hutang piutang yang terkandung di dalam Hukum Islam khususnya yang terdapat di dalam pasal- pasal yang terkait.

F. Teknik Pemeriksaan Keabsahan Data

Setiap penelitian tentunya harus melalui proses pemeriksaan dalam keabsahan data yang diperoleh. Hal ini diperlukan agar data dapat dipertanggungjawabkan kebenarannya dan dapat dibuktikan keabsahannya. Keabsahan data sangatlah penting oleh karena itu peneliti dengan kehati-hatian menampilkan data yang benar berdasarkan sumber yang ditemui. Keabsahan penelitian ini dibuktikan dengan cara melakukan beberapa hal demi tercapainya kredibilitas. Beberapa hal yang dilakukan peneliti agar menjamin kredibilitas terpenuhi diantaranya :

1. Ketekunan Pengamatan

Ketekunan pengamatan adalah teknik pemeriksaan keabsahan data berdasarkan “seberapa tinggi derajat ketekunan peneliti didalam melakukan kegiatan pengamatan”. Ketekunan pengamatan bermaksud menemukan ciri-ciri dari unsur-unsur dari situasi yang sangat relevan dengan persoalan atau isu yang sedang dicari dan kemudian memusatkan diri pada hal-hal tersebut secara rinci (Meleong L. J.,

2001)

Dalam hal ini ketekunan pengamatan yang dilakukan oleh peneliti adalah dengan cara membaca berbagai referensi buku maupun jurnal-jurnal yang berkaitan dengan Penanggungan hutang menurut KUH Perdata dan KHES.

2. Triangulasi

Triangulasi adalah teknik pemeriksaan keabsahan data yang membandingkan data-data yang diperoleh melalui ragam teknik. Terdapat empat macam triangulasi yaitu triangulasi sumber, metode, penyidik, dan teori (Meleong, 2001).

Dalam penelitian ini peneliti menggunakan triangulasi teori dengan membandingkan konsep dan teori penanggungan hutang secara normatif yang terdapat didalam KUH Perdata dan KHES.

BAB IV

PAPARAN DAN ANALISIS DATA

A. KONSEP PENANGGUNGAN HUTANG MENURUT KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM PERDATA

Sebagaimana yang tertuang didalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Per) pasal 1820 BAB XVII bagian satu tentang sifat penanggungan yang berbunyi sebagai berikut:

“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”.

Dari pasal tersebut maka dapat diketahui bahwa dalam penanggungan hutang terdapat tiga pihak, pihak pertama adalah kreditur atau orang yang memberikan utang, sedangkan pihak kedua adalah si berutang atau yang sering disebut dengan debitur, dan pihak ketiga adalah orang atau badan hukum yang menjamin akan membayar utang kreditur kepada debitur.

Penanggungan utang ini terjadi karena adanya suatu perjanjian terlebih dahulu yang dibuat sebelumnya oleh pihak debitur dan kreditur untuk menjamin akan membayar utang kreditur, jika dikemudian hari kreditur ini lalai atau tidak mampu untuk membayar utang kepada debitur. Maka dalam hal ini pihak ketiga sangat diperlukan untuk mengantisipasi tidak dapat dipenuhi suatu prestasi yang dibuat sebelumnya oleh debitur dan kreditur.

Dijelaskan dalam pasal selanjutnya yakni didalam pasal 1821 yang

berbunyi:

“Tiada penanggungan bila tiada perikatan pokok yang sah menurut Undang-Undang. Akan tetapi orang dapat melakukan penanggungan dalam suatu perikatan, walaupun perikatan itu dapat dibatalkan dengan sanggahan mengenai diri pribadi debitur misalnya dalam hal belum cukup umur”.

Dapat diartikan dalam pasal tersebut bahwa tidak sah suatu penanggungan apabila tidak ada perikatan pokok yang sah. Artinya bahwa perjanjian penanggungan hutang ini bersifat *Accessoir*.

Selanjutnya yakni pasal 1822 yang berbunyi: “Seorang penanggung tidak dapat mengikatkan diri dalam perjanjian atau dengan syarat-syarat yang lebih berat dari perikatan yang dibuat oleh debitur. Penanggungan dapat diadakan hanya untuk sebagian utang atau dengan mengurangi syarat-syarat yang semestinya. Bila penanggungan diadakan atas jumlah yang melebihi utang atau dengan syarat-syarat yang lebih berat maka perikatan itu tidak sama sekali batal, melainkan sah, tetapi hanya untuk apa yang telah ditentukan dalam perikatan pokok”.

Dari pasal tersebut dapat dipahami bahwa seorang penanggung atau dalam hal ini adalah pihak ketiga tidak bisa menanggung utang yang lebih besar dari pihak kedua, melainkan hutang yang ditanggung ini hanya sebagian nya saja atau utang yang ditanggung ini dalam artian tidak melebihi setengah atas utang pihak kedua. Namun, jika pihak ketiga ini menanggung utang melebihi atas apa yang telah dijelaskan dalam pasal 1822 ini, maka perjanjiannya tetap sah, akan tetapi hanya untuk apa yang telah ditentukan dalam suatu perikatan.

Pasal selanjutnya adalah dalam pasal 1823 yang berbunyi: “Orang dapat mengangkat diri sebagai penanggung tanpa diminta oleh orang yang mengikatkan diri untuk suatu utang, bahkan juga dapat tanpa tahu orang itu. Orang dapat pula menjadi penanggung, bukan hanya untuk debitur utama melainkan juga untuk seorang penanggung debitur utama itu”.

Dari pasal tersebut dapat dipahami bahwa subyek penanggung tidak

dipersyaratkan harus atas permintaan orang yang ditanggung, melainkan bahkan boleh untuk orang yang menanggung si berutang utama.

Pasal selanjutnya adalah pasal 1824 yang berbunyi: “penanggung tidak hanya dapat diduga-duga, melainkan harus dinyatakan secara tegas, penanggungan itu tidak dapat diperluas hingga melebihi ketentuan-ketentuan yang menjadi syarat-syarat sewaktu mengadakannya”.

Dari pasal tersebut dapat dipahami bahwa penanggung jaminan harus diatur atau dinyatakan secara tegas pada saat perjanjian dibuat, tidak diperbolehkan memperluas penanggungan melebihi ketentuan pokok di dalam perjanjian yang dibuat.

Pasal selanjutnya adalah pasal 1825: “Penanggungan yang tak terbatas untuk suatu perikatan pokok, meliputi segala akibatnya utangnya, bahkan juga biaya-biaya gugatan yang diajukan terhadap debitur utama dan segala biaya yang dikeluarkan setelah penanggung utang di peringatkan tentang itu”.

Dari pasal tersebut maka dapat dipahami bahwa Jika penanggungan tidak terbatas untuk suatu perikatan pokok maka penanggungan akan meliputi berbagai akibat dan biaya-biaya yang lahir akibat dari perikatan tersebut. Hal ini juga bahkan sampai pada biaya-biaya penyelesaian perkaranya.

Pasal selanjutnya adalah pasal 1826: “Perikatan-perikatan penanggung beralih kepada para ahli warisnya”. Dari pasal ini dapat dipahami bahwa jika penanggung meninggal dunia maka perikatan-perikatan yang dibuat oleh para penanggung akan berpindah kepada ahli warisnya.

Pasal selanjutnya adalah pasal 1827 yang berbunyi:
“debitur diwajibkan menyediakan seorang penanggung harus mengajukan seseorang yang cakap untuk mengikatkan diri dalam perjanjian, maupun untuk memenuhi perjanjiannya dan bertempat tinggal di Indonesia”.

Dari pasal tersebut memberikan penjelasan bahwa seseorang atau badan hukum yang ingin menjadi penanggung utang maka disyaratkan harus cakap, cukup mampu untuk memenuhi perikatannya, dan harus bertempat tinggal di wilayah Indonesia.

Pasal selanjutnya adalah pasal 1829 yang berbunyi: “Bila penanggung yang telah diterima kreditur secara sukarela atau berdasarkan keputusan hakim kemudian ternyata menjadi tidak mampu, maka haruslah diangkat penanggung baru. Ketentuan ini dapat dikecualikan bila penanggung itu diadakan menurut persetujuan, dengan mana kreditur meminta diadakan penanggung”.

Dari pasal tersebut maka dapat dipahami bahwa apabila dikemudian hari setelah pihak pertama dan pihak kedua telah mendapatkan seorang penanggung secara sukarela atau dengan putusan hakim, lalu pihak ketiga ini atau pihak penanggung hutang ternyata tidak mampu untuk menanggung utang, maka diharuskan untuk mencari penanggung baru untuk menggantikan penanggung yang tidak mampu tersebut.

Pasal selanjutnya ini menjelaskan tentang Akibat-akibat penanggungan antara si berutang dan si penanggung. Dimana akibat-akibat tersebut dapat diperinci sebagai berikut:

Pada pasal 1831 menyatakan bahwa “Penanggung tidak wajib membayar kepada kreditur kecuali debitur lalai membayar utangnya, dalam hal itu pun barang kepunyaan debitur harus disita dan dijual terlebih dahulu untuk melunasi utangnya”.

Dari pasal ini dapat dipahami bahwa penanggung tidak diwajibkan membayar hutang debitur kepada kreditur, kecuali dengan catatan bahwa debitur tersebut lalai atau wanprestasi. Namun dalam hal ini barang kepunyaan

debitur harus disita dan dijual terlebih dahulu . Oleh karena itu, penyitaan dan penjualan asset diutamakan dan setelahnya baru penanggung berkewajiban membayarkan utang debitur.

Namun demikian pihak penanggung atau pihak penjamin tidak bisa menuntut supaya barang-barang debitur disita atau dijual kalau pihak pihak debitur dapat memenuhi beberapa syarat yang harus dipenuhi oleh pihak debitur. Syarat yang dimaksud sebagaimana dijelaskan dalam pasal 1832 yakni sebagai berikut:

“Penanggung tidak dapat menuntut supaya barang milik debitur lebih dulu disita dan dijual untuk melunasi utangnya:

- a. Bila ia telah melepaskan hak istimewanya untuk menuntut barang-barang debitur lebih dulu disita dan dijual;
- b. Bila ia telah mengikatkan dirinya bersama-sama dengan debitur terutama secara tanggung menanggung, dalam hal itu, akibat-akibat perikatannya diatur menurut asas-asas yang ditetapkan untuk utang-utang tanggung menanggung;
- c. Jika debitur dapat mengajukan suatu tangkisan yang hanya mengenai diri sendiri secara pribadi;
- d. Jika debitur berada keadaan pailit;
- e. Dalam hal penanggungan yang diperintahkan oleh hakim”.

sedangkan pada pasal selanjutnya dijelaskan dalam pasal 1833 yakni sebagai berikut: “Kreditur tidak wajib menyita dan menjual lebih dahulu barang

kepunyaan debitur, kecuali bila pada waktu pertama kalinya dituntut dimuka hakim, penanggung mengajukan permohonan untuk itu”.

Artinya bahwa dalam pasal tersebut pihak kreditur tidak bisa semena-mena untuk menyita atau menjual barang-barang milik debitur seperti halnya hak istimewa seorang penanggung sebagaimana dijelaskan diatas bahwa pihak penanggung bisa menyita dan menjual barang-barang milik debitur. Kecuali pada saat pertama kali dimuka hakim atau di pengadilan yang berwenang pihak penanggung mengajukan permohonan tentang hal ini.

Hak istimewa tersebut sebagaimana dijelaskan diatas, maka dapat dipertegas lagi didalam pasal selanjutnya yakni pasal 1834 sebagai berikut:

“Penanggung yang menuntut agar barang kepunyaan debitur disita dan dijual lebih dahulu wajib menunjukkan barang kepunyaan debitur itu kepada kreditur dan membayar lebih dahulu biaya-biaya untuk penyitaan dan penjualan tersebut. Penanggung tidak boleh menunjuk barang yang sedang dalam sengketa di hadapan pengadilan, atau barang yang sudah dijadikan tanggungan hipotek untuk utang yang bersangkutan dan sudah tidak lagi berada di tangan debitur itu, ataupun barang yang berada di luar Wilayah Indonesia”.

Pasal selanjutnya yakni pasal 1835 yakni sebagai berikut: “Bila penanggung sesuai dengan pasal yang lalu telah menunjuk barang-barang debitur dan telah membayar biaya yang diperlukan untuk penyitaan dan penjualan, maka kreditur bertanggung jawab terhadap penanggung atas ketidakmampuan debitur yang terjadi kemudian dengan tiadanya tuntutan-tuntutan, sampai sejumlah harga barang-barang yang ditunjuk itu”.

Pasal 1835 ini mempertegas atas pernyataan pasal 1834 dimana dalam pasal ini dijelaskan setelah pihak penanggung telah menetapkan asset debitur dan telah membayarkan biaya yang keluar terhadap penyitaan asset tersebut, maka selanjutnya tanggung jawab selanjutnya berada di tangan kreditur.

Pada pasal selanjutnya yakni pasal 1836-1838 menjelaskan tentang hak

untuk meminta pemecahan hutang. Artinya dalam pasal tersebut terdapat dua orang penanggung utang/penjamin utang. Dimana dijelaskan dalam pasal 1836 berbunyi sebagai berikut:

“Jika beberapa orang telah mengikatkan diri sebagai penanggung untuk seorang debitur yang sama dan untuk utang yang sama, maka masing-masing penanggung terikat untuk seluruh utang itu”.

Dalam pasal tersebut dapat diketahui bahwa terdapat dua orang penanggung/penjamin untuk seorang debitur dan menanggung utang yang sama. Ketentuan dapat dijelaskan dalam pasal selanjutnya yakni pasal 1837:

“Akan tetapi masing-masing dari mereka, bila tidak melepaskan hak istimewa untuk meminta pemisahan utangnya, pada waktu pertama kali digugat di muka Hakim, dapat menuntut supaya kreditur lebih dulu membagi piutangnya, dan mengurangnya sebatas bagian masing-masing penanggung utang yang terikat secara sah. Jika pada waktu salah satu penanggung menuntut pemisahan utangnya, seorang atau beberapa teman penanggung tak mampu, maka penanggung tersebut wajib membayar utang mereka yang tak mampu itu menurut imbangan bagiannya, tetapi ia tidak wajib bertanggung jawab jika ketidakmampuan mereka terjadi setelah pemisahan utangnya”.

Hak untuk meminta pemecahan hutang sebagaimana yang diatur dalam pasal 1837 ini bahwa hak ini melekat apabila terdapat lebih dari satu penjamin. Artinya, apabila penjamin lebih dari satu, maka para penjamin mempunyai hak untuk meminta kepada kreditur pemecahan utang. Piutang kreditur dibagi atau dipecah diantara para penjamin, sehingga masing-masing penjamin hanya menjamin sebagian dari utang debitur.

Pada pasal selanjutnya yakni pasal 1838 berbunyi sebagai berikut: “ Jika kreditur sendiri secara sukarela telah membagi-bagi tuntutannya, maka ia tidak boleh menarik kembali pemisahan hutang itu, biarpun beberapa di antara para penanggung berada dalam keadaan tidak mampu sebelum ia membagi-bagi

hutang itu”.

Sebagaimana dijelaskan diatas pada pasal 1836 dan pasal 1837, maka dilanjutkan pada pasal ini bahwa jika kreditur sudah ikhlas untuk membagi-bagi utangnya, maka kreditur tidak dapat menarik kembali atas pemisahan hutang itu. Artinya bahwa kreditur ini sudah terikat untuk pemisahan utang tersebut dan tidak bisa ditarik kembali.

Pada pasal selanjutnya yakni menjelaskan tentang Akibat-Akibat Penanggung Antara Debitur dan Penanggung dan antara Para Penanggung sendiri. Dimana pada pasal 1839 dijelaskan sebagai berikut:

“Penanggung yang telah membayar dapat menuntut apa yang telah dibayarnya itu dari Debitur utama, tanpa memperhatikan apakah penanggungan itu diadakan dengan atau tanpa setahu debitur utama itu. Penuntutan kembali ini dapat dilakukan baik mengenai uang pokok maupun mengenai bunga serta biaya-biaya. Mengenai biaya-biaya tersebut, penanggung hanya dapat menuntutnya kembali sekedar dalam waktu yang dianggap patut ia telah menyampaikan pemberitahuan kepada debitur utama tentang tuntutan-tuntutan yang ditujukan kepadanya. Penanggung juga berhak menuntut penggantian biaya, kerugian dan bunga bila alasan untuk itu memang ada”.

dari pasal 1839 ini dapat diketahui bahwa jika penanggung yang telah membayar, maka penanggung tersebut dapat menuntut kembali dari orang yang berutang utama, walaupun penanggungan itu tidak diberi tahu dahulu kepada orang yang berutang utama tersebut. Dilanjutkan pada pasal selanjutnya yakni pasal 1840 yang berbunyi sebagai berikut:

“Penanggung yang telah membayar lunas utangnya, demi hukum, menggantikan kreditur dengan segala haknya terhadap debitur semula”. Artinya bahwa jika penanggung itu sudah memenuhi kewajibannya yakni telah

membayar lunas utangnya, maka penanggung tersebut menggantikan posisi kreditur dengan segala haknya terhadap debitur semula. Dilanjutkan pula penjelasan ini pada selanjutnya yakni pasal 1841 yang berbunyi sebagai berikut:

“Bila beberapa orang bersama-sama memikul satu utang utama dan masing-masing terikat untuk seluruh utang utama tersebut, maka orang yang mengajukan diri sebagai penanggung untuk mereka semuanya, dapat menuntut kembali semua yang telah dibayarnya dari masing-masing debitur tersebut”.

Dari pasal 1841 ini maka dapat diketahui jika terdapat dua orang debitur atau dua orang yang mempunyai utang, maka orang badan hukum yang mengajukan diri sebagai penanggung untuk dua orang debitur tersebut, maka penanggung ini dapat menuntut kembali semua yang telah dibayarnya dari masing-masing debitur tersebut. Dilanjutkan pada pasal selanjutnya yakni pasal 1842 yang berbunyi sebagai berikut:

“Penanggung yang telah membayar utangnya sekali, tidak dapat menuntutnya kembali dari debitur utama yang telah membayar untuk kedua kalinya bila ia tidak memberitahukan pembayaran yang telah dilakukan itu kepadanya, hal ini tidak mengurangi haknya untuk menuntutnya kembali dari kreditur. Jika penanggung telah membayar tanpa digugat untuk itu sedangkan ia tidak memberitahukan kepada debitur utama, maka ia tidak dapat menuntutnya kembali dari debitur utama ini bila pada waktu dilakukannya pembayaran itu debitur mempunyai alasan-alasan untuk menuntut pembatalan utangnya, hal ini tidak mengurangi tuntutan penanggung terhadap kreditur” .

Kemudian dalam pasal 1843 dijelaskan bahwa penanggung dapat menuntut di debitur untuk diberikan ganti rugi atau dibebaskan dari perikatan bahkan sebelum ia membayar hutangnya yakni dapat diperinci sebagai berikut:

“a). Apabila ia digugat dimuka hakim untuk membayar utang si berutang; b). Dihapuskan; c). Apabila si berutang telah berjanji untuk

membebankannya dari penanggungannya di dalam suatu waktu tertentu; d). Apabila hutangnya telah melampaui jangka waktu yang telah ditetapkan untuk pembayarannya; e). Setelah lewat waktu sepuluh tahun, jika perikatan pokok tidak mengandung suatu jangka waktu tertentu untuk pengakhirannya kecuali bila perikatan pokok sedemikian sifatnya, hingga tidak dapat diakhiri sebelum lewat suatu waktu tertentu, seperti suatu perwalian”.

selanjutnya dijelaskan pada pasal 1844 yakni sebagai berikut: “Jika berbagai orang telah mengikatkan diri sebagai penanggung untuk seorang debitur dan untuk utang yang sama, maka penanggung yang telah melunasi utangnya dalam hal yang ditentukan nomor 10 pasal yang lalu, begitu pula bila debitur dinyatakan pailit, berhak menuntutnya kembali dari penanggung-penanggung lainnya, masing-masing untuk bagiannya”.

Pasal selanjutnya membahas tentang Hapusnya penanggungan utang, dimana hapusnya pertanggungan utang ini terdapat dalam pasal 1845-1850.

Dijelaskan dalam pasal 1845 yang berbunyi sebagai berikut:

“perikatan yang timbul karena penanggungan hapus karena sebab-sebab yang sama dengan yang menyebabkan berakhirnya perikatan-perikatan lainnya”.

Dalam pasal tersebut dipahami bahwa hapusnya penanggungan utang karena beberapa sebab, dimana beberapa sebab yang dimaksud adalah sama dengan hapusnya perikatan lainnya. Dilanjutkan pada pasal selanjutnya yakni pada pada pasal 1846 yang berbunyi sebagai berikut:

“Percampuran utang yang terjadi diantara debitur utama dan penanggung utang, bila yang satu menjadi ahli waris dari yang lain, sekali-kali tidak menggugurkan tuntutan hukum kreditur terhadap orang yang mengajukan diri sebagai penanggung dari penanggung itu”

Dari pasal tersebut dapat dipahami bahwa Penanggungan hutang dapat juga terhapus jika terdapat percampuran antara pribadi orang yang berutang dengan orang yang menanggung utang tersebut. Dilanjutkan pada pasal

selanjutnya yakni pasal 1847 yang berbunyi sebagai berikut:

“Terhadap kreditur itu, penanggung utang dapat menggunakan segala tangkisan yang dapat dipakai oleh debitur utama dan mengenai utang yang ditanggungnya sendiri. Akan tetapi ia tidak boleh mengajukan tangkisan yang semata-mata mengenai pribadi debitur itu”.

Pada pasal selanjutnya dijelaskan pada pasal 1848 yang berbunyi sebagai berikut:

“Penanggung dibebaskan dari kewajibannya bila atas kesalahan kreditur ia tidak dapat lagi memperoleh hak hipotek dan hak istimewa kreditur itu sebagai gantinya”.

Dari pasal tersebut dapat dipahami bahwa penanggung dapat dibebaskan apabila karena kesalahan kreditur sehingga tidak dapat memperoleh hak-haknya dari berpiutang. Selanjutnya dijelaskan pada pasal 1849 yang berbunyi sebagai berikut:

“Bila kreditur secara sukarela menerima suatu barang tak bergerak atau barang lain sebagai pembayaran utang pokok, maka penanggung dibebaskan dari tanggungannya sekalipun barang itu kemudian harus diserahkan oleh kreditur kepada orang lain berdasarkan putusan hakim untuk kepentingan pembayaran utang tersebut”.

Pada pasal ini dapat diketahui bahwa penanggungan utang dapat terhapus jika pihak si berpiutang menerima suatu benda dengan sukarela, benda yang dimaksud adalah benda bergerak maupun yang lain sebagai pembayaran utang pokoknya. Selanjutnya dijelaskan juga pada pasal 1850 yang berbunyi sebagai berikut:

“Suatu penundaan pembayaran sederhana yang diizinkan kreditur kepada debitur tidak membebaskan penanggung dari tanggungannya, tetapi dalam hal demikian, penanggung dapat memaksa debitur untuk membayar utangnya atau membebaskan penanggung dari tanggungannya itu”.

Penanggungan hutang selanjutnya dapat terhapus jika terdapat suatu penundaan pembayaran kepada pihak si berutang tidak membebaskan si penanggung, tapi si penanggung dapat menuntut si berpiutang memaksa membayar atau untuk membebaskan si penanggung dari penanggungannya.

penanggungan dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata sangat jarang dilakukan, hal ini sangat sulitnya pelaksanaan maupun eksekusinya terhadap seseorang yang berutang yang telah melakukan wanprestasi.

B. KONSEP PENANGGUNGAN UTANG MENURUT KOMPILASI HUKUM EKONOMI SYARIAH

Penanggungan utang yang terdapat di dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah disebut dengan Kafalah. Kafalah ini terdapat di dalam Buku ke II Bab XII yang di dalamnya berisi masalah Jaminan. Yang mana kemudian Jaminan tersebut di dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah di sebut dengan *Kafalah*. *Kafalah* diatur didalam pasal 335 sampai dengan pasal 361.

Jaminan yang ada di Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) ini sendiri adalah Jaminan yang diambil dari berbagai Kitab Fikih klasik yang sudah disesuaikan dengan kultur masyarakat Indonesia. Sedangkan pengertian dari *Kafalah* itu sendiri tidak dijelaskan di dalam pasal-pasal tersebut, namun didalam pasal tersebut langsung menjelaskan akan Rukun dan Syarat dari *Kafalah* itu sendiri. Dimana didalam pasal 335 ayat 1 menjelaskan bahwa Rukun kafalah terdiri dari: “a). *Kafil* atau penjamin, b). *Makful ‘anhu* atau pihak

dijamin, c). *Makful Lahu* atau pihak yang berpiutang, d). *Makful Bih* atau Objek *Kafalah*, e). dan Akad”.

Sebagaimana pasal 335 ayat 1 menyebutkan tentang Rukun *Kafalah*, maka Rukun dan Syarat *Kafalah* dapat diperinci sebagai berikut:

- a. *Kafil* atau pihak penjamin, syaratnya : “1). Baligh (Dewasa) dan berakal sehat; 2). Keridhaan atau kerelaan dengan tanggungan *Kafalah* tersebut; dan c). Dibolehkan lebih dari satu orang”.
- b. *Makful ánhu* atau Pihak yang dijamin, Syaratnya: “1). Sanggup menyerahkan tanggungannya kepada penjamin; 2). Dikenal oleh penjamin; c). Berakal sehat; dan d). Memiliki kecakapan hukum”.
- c. *Makful Lahu* atau pihak yang berpiutang, Syaratnya identitasnya diketahui dan berakal sehat.
- d. *Makful Bih* atau Objek Penjaminan

“1). Merupakan tanggungan pihak atau orang yang berutang, baik berupa uang, benda, maupun pekerjaan; 2). Bisa dilaksanakan oleh penjamin; 3). Harus merupakan piutang mengikat yang tidak mungkin hapus kecuali setelah dibayar atau dibebaskan; 4). Harus jelas nilai jumlah dan spesifikasinya; dan 5). Tidak bertentangan dengan syariah”.

Namun terdapat syarat lainnya sebagai lanjutan dari penjelasan dari Rukun dan syarat *kafalah* di atas bahwa sebagaimana dilanjutkan dalam pasal selanjutnya yakni 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. Dan dilanjutkan pada pasal selanjutnya yakni pasal 340 menjelaskan bahwa Kafal atau pihak penjamin diperbolehkan lebih dari satu orang.

dan dipasal selanjutnya yakni pasal 341 menjelaskan bahwa barang yang sedang digadaikan atau berada di luar tanggung jawab *kafil* atau pihak penjamin tidak dapat dijadikan *Makful Bih* atau Objek penjaminan. Artinya dapat di simpulkan bahwa barang yang ingin dijadikan objek penjaminan tersebut harus barang milik sendiri dan barang tersebut tidak sedang diperjual belikan maupun digadai kepada orang lain.

Pasal selanjutnya menjelaskan tentang macam-macam *kafalah* yang terdiri dari *Kafalah Muthlaqah* dan *kafalah Muqayyadah*. Sebagaimana dijelaskan dalam pasal 342 yang berbunyi: Kafalah dapat dilakukan dengan cara *Muthlaqah* atau tidak dengan syarat dan dengan cara *Muqayyadah* atau dengan syarat.

Sebagaimana pasal 342 diatas bahwa *Kafalah* dapat dibagi menjadi dua bagian, yaitu *kafalah* dapat dilakukan dengan tidak menggunakan syarat apapun (*Muthlaqah*) dan begitu juga sebaliknya kafalah dapat dilakukan dengan syarat tertentu (*Muqayyadah*).

Dilanjutkan pada pasal selanjutnya yakni pasal 343 yang berbunyi sebagai berikut: Dalam akad *kafalah* yang tidak terikat persyaratan, *kafalah* dapat segera dituntut apabila utang itu harus segera dibayar oleh Debitur.

Sebagaimana pasal 343 diatas bahwa *kafalah* yang dilakukan dengan tanpa menggunakan syarat apapun (*Muthlaqah*) maka *kafalah* dapat segera dilakukan apabila utang itu segera dibayar oleh Debitur.

Dan dilanjutkan pada pasal 344 yang berbunyi sebagai berikut: “dalam akad *kafalah* yang terikat persyaratan, penjamin tidak dapat dituntut untuk membayar sampai syarat itu dipenuhi”. Artinya dalam pasal tersebut bahwa *kafalah* yang dilakukan dengan syarat tertentu (*Muqayyadah*) maka pihak penjamin utang tidak dapat dituntut untuk membayar utang jika pihak Debitur tidak memenuhi persyaratan yang dimaksud.

dan dilanjutkan pada pasal 345 yang berbunyi: “dalam hal *kafalah* dengan jangka waktu terbatas, maka tuntutan hanya dapat diajukan kepada penjamin selama jangka waktu *kafalah*. Dan dilanjutkan pada pasal selanjutnya yakni pasal 346 yang berbunyi sebagai berikut: “penjamin tidak dapat menarik diri dari *kafalah* setelah akad ditetapkan, kecuali dipersyaratkan lain.

Pasal selanjutnya menjelaskan tentang *kafalah* atas diri dan harta. Sebagaimana bunyi pasal 347 yaitu sebagai berikut: “Akad *kafalah* terdiri atas *kafalah* atas diri dan *kafalah* atas harta”. Maksud dari pasal 347 tersebut bahwa *kafalah* dapat dilakukan dengan diri sendiri atau disebut dengan *Kafalah bin-Nafs*. Dan *kafalah* dapat dilakukan dengan harta benda atau disebut dengan *Kafalah Bil Mal*.

Dilanjutkan pada pasal 348 ayat 1 yang berbunyi sebagai berikut: “Pihak

pemberi pinjaman memiliki hak memilih untuk menuntut pada penjamin atau kepada pihak peminjam. Dan pasal 348 ayat 2 berbunyi sebagai berikut: “Dalam pelaksanaan hak tersebut kepada salah satu pihak dari kedua pihak itu tidak berarti bahwa pihak pemberi pinjaman kehilangan hak terhadap yang lainnya”.

Berdasarkan pasal 348 diatas bahwa orang yang memberikan pinjaman mempunyai hak yang leluasa untuk memilih kepada siapapun untuk menuntut antara pihak penjamin atau kepada pihak peminjam.

Dilanjutkan pada pasal 349 yang berbunyi sebagai berikut: “Pihak-pihak yang mempunyai utang bersama berarti saling menjamin satu sama lain, dan salah satu pihak dari mereka bisa dituntut untuk membayar seluruh jumlah hutang”.

Dan dilanjutkan pada pasal 350 ayat 1 dan ayat 2 yang berbunyi sebagai berikut: “Apabila ada suatu syarat pada akad jaminan bahwa peminjam menjadi bebas dari tanggung jawabnya, maka akad itu berubah menjadi *Hawalah*/Pemindahan utang. Dan dilanjutkan pada ayat 2: Apabila peminjam melakukan *Hawalah*/Pemindahan hutang, maka debitur lain yang dipindahkan utangnya berhak menuntut pembayaran kepada salah satu pihak dari mereka yang diinginkannya”.

Dilanjutkan pada pasal selanjutnya yakni pasal 351 yang berbunyi sebagai berikut: (1) Apabila penjamin meninggal dunia, ahli warisnya berkewajiban

untuk menggantikannya atau menunjuk penggantinya, (2) Apabila ahli waris gagal dalam menghadirkan peminjam, maka harta peninggalan penjamin harus digunakan untuk membayar hutang yang dijaminnya. (3) Apabila pemberi pinjaman meninggal dunia, maka ahli warisnya dapat menuntut sejumlah uang jaminan kepada penjamin.

Berdasarkan pasal 351 diatas maka dapat diketahui bahwa jika penjamin meninggal dunia maka pihak penjamin tidak terputus untuk menjamin utang, melainkan diganti oleh ahli warisnya, namun jika ahli waris tersebut tidak mampu untuk menghadirkan peminjam yang baru, maka harta peninggalan peminjam harus digunakan untuk membayar utang yang dijaminnya. Namun begitu sebaliknya jika yang meninggal dunia adalah pihak yang memberikan pinjaman, maka ahli waris dari pemberi pinjaman tersebut dapat menuntut sejumlah uang jaminan kepada penjamin.

Dilanjutkan pada pasal selanjutnya yakni pasal 352 yang berbunyi sebagai berikut: “Apabila pihak pemberi pinjaman menanggukhan tuntutananya kepada peminjam maka ia dianggap telah pula menanggukhan tuntutananya kepada penjamin”. Dilanjutkan pada pasal 353 yang berbunyi sebagai berikut: (1) pihak pemberi pinjaman dapat memaksa peminjam untuk membayar utang dengan segera apabila diduga yang bersangkutan akan melarikan diri dari tanggung jawabnya. (2) Pengadilan dapat memaksa peminjam untuk mencari penjamin atas permohonan pihak pemberi pinjaman.

Pada pasal 353 diatas maka dapat diketahui bahwa jika dikhawatirkan pihak peminjam akan lari tanggung jawabnya maka orang yang memberikan pinjaman bisa segera menuntut untuk membayar utangnya tersebut. Dan pengadilan bisa meminta pihak peminjam untuk segera mencari pihak penjamin atau orang yang akan menjamin utangnya tersebut atas rekomendasi pihak pemberi pinjaman.

Dan dilanjutkan pada pasal selanjutnya yakni pasal 354 yang berbunyi sebagai berikut:

“(1) Apabila penjamin telah melunasi utang peminjam kepada pihak pemberi pinjaman, maka penjamin berhak menuntut kepada peminjam sehubungan dengan kafalahnya. (2) Apabila penjamin seperti dimaksud pada ayat (1) di atas hanya mampu melunasi sebagian hutang peminjam, maka ia hanya berhak menuntut sebesar hutang yang telah dibayarkannya”.

Berdasarkan pasal 354 di atas maka dapat diketahui bahwa jika pihak penjamin telah melunasi utang peminjam kepada orang yang memberikan pinjaman, maka pihak penjamin tersebut dapat menuntut kepada pihak peminjam. Dan begitu dengan ayat 2 diatas, jika penjamin hanya mampu melunasi sebagian dari utang peminjam, maka pihak penjamin hanya dapat menuntut sebesar utang yang telah dibayarkannya tersebut.

Pasal selanjutnya menjelaskan tentang pembebasan dari akad kafalah yang diatur dalam pasal 355 sampai dengan pasal 360. Pasal 355 yang berbunyi sebagai berikut: “Apabila penjamin telah menyerahkan barang jaminan kepada pihak pemberi pinjaman di tempat yang sah menurut hukum, maka penjamin

bebas dari tanggung jawab”. Dan dilanjutkan pasal selanjutnya yakni pasal 356 yang berbunyi sebagai berikut:

“Apabila penjamin telah menyerahkan peminjam kepada pihak pemberi pinjaman sesuai dengan ketentuan dalam akad atau sebelum waktu yang ditentukan, maka penjamin bebas dari tanggung jawab”.

Dan dilanjutkan pada pasal 357 yang berbunyi sebagai berikut: (1) Penjamin dibebaskan dari tanggung jawab apabila peminjam meninggal dunia. (2) Penjamin dibebaskan dari tanggung jawab apabila peminjam membebaskannya. (3) Pembebasan penjamin tidak mengakibatkan pembebasan hutang peminjam. (4) pembebasan utang bagi peminjam mengakibatkan pembebasan tanggung jawab bagi penjamin. Dan dilanjutkan pada pasal 358 yang berbunyi sebagai berikut: Penjamin dibebaskan dari tanggung jawab apabila pemberi pinjaman meninggal apabila peminjam adalah ahli waris tunggal dari pihak pemberi pinjaman.

Dan dilanjutkan pada pasal selanjutnya yakni pasal 359 yang berbunyi sebagai berikut: Apabila penjamin atau peminjam berdamai dengan pihak pemberi pinjaman mengenai sebagian dari hutang, keduanya dibebaskan dari akad jaminan apabila persyaratan pembebasan dimasukkan ke dalam akad *Shulh* mereka. Dan dilanjutkan pada pasal 360 yang berbunyi sebagai berikut: Apabila penjamin memindahkan tanggung jawabnya kepada pihak lain dengan persetujuan pihak pemberi pinjaman dan peminjam, maka penjamin dibebaskan dari tanggung jawab.

Pembebasan dari akad *kafalah* sebagaimana yang telah dipaparkan didalam pasal 355 sampai dengan pasal 360, maka dapat di simpulkan bahwa pembebasan dari akad kafalah terjadi apabila jika dilihat dari segi penjamin terhadap peminjam atau pihak yang dijamin yaitu sebagai berikut:

1. Tanggug 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 tanggung jawab tersebut.
3. Penjamin yang telah dibebaskan dari tanggung jawabnya tidak mengakibatkan terhapusnya hutang 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 tanggung jawabnya.

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

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.

Dan pasal yang terakhir menjelaskan tentang kewajiban yang diatur dalam pasal 361 yang berbunyi sebagai berikut: (1) Penjamin wajib bertanggung jawab untuk membayar hutang peminjam apabila peminjam tidak melunasi utangnya. (2) Penjamin wajib mengganti kerugian untuk barang yang hilang atau rusak karena kelalaiannya.

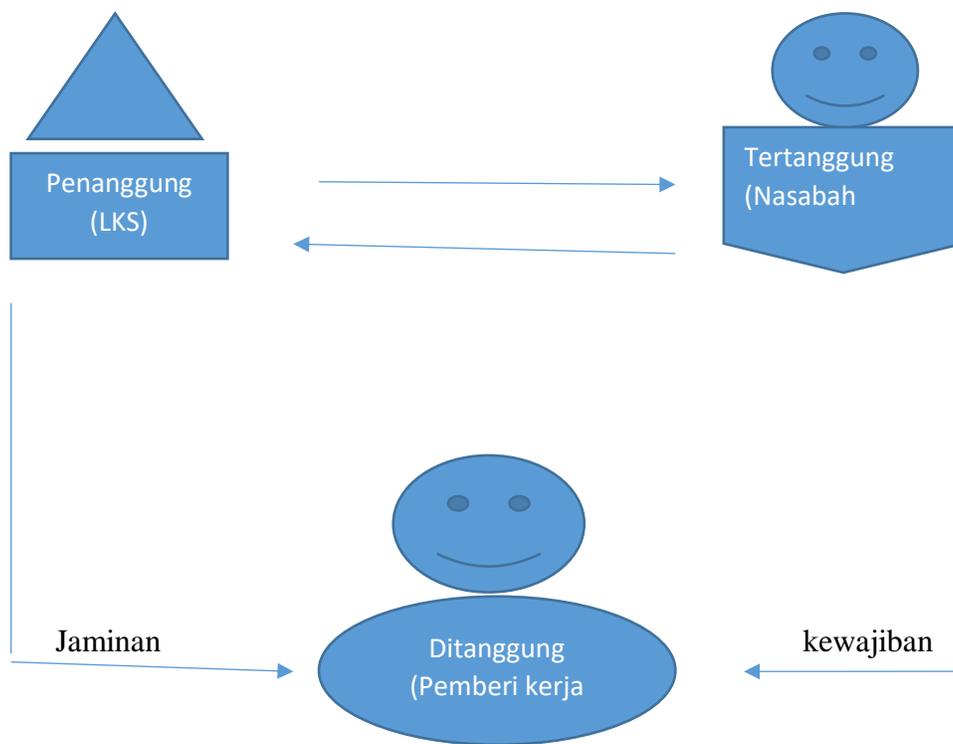
Dalam pasal 361 di atas maka dapat diketahui bahwa penjamin harus bertanggung jawab dalam pembayaran atas hutang peminjam yang mana apabila pihak si peminjam tidak dapat melunasi utangnya, sehingga penjamin yang berkewajiban atas pelunasan hutang tersebut. Sedangkan pada ayat keduanya kewajiban yang lainnya adalah dengan mengganti kerugian atas barang yang hilang ataupun rusak akibat kelalaian dari penjamin itu sendiri.

Kafalah diterapkan atau dipraktekkan di Lembaga Keuangan Syariah, khususnya Bank Syariah dimana Bank bertindak sebagai penjamin (*Kafil*) dan nasabah sebagai pihak yang dijamin (*Makful Álaih*). Dalam hal ini Bank mendapatkan *Fee* atas jaminan yang diberikan kepada nasabah. Dalam pandangan BMI (Bank Muamalat Indonesia), ada beberapa penerapan konsep *kafalah*, pertama *kafalah Bil-Nafs*, merupakan akad memberikan jaminan atas diri. Sebaagi contoh, seorang nasabah yang mendapat pembiayaan dengan

jaminan nama baik dan ketokohan seseorang atau pemuka masyarakat (Imam Mustofa,2015:193). Walaupun Bank secara fisik tidak memegang barang apapun, tetapi bank berharap tokoh tersebut dapat mengusahakan pembayaran ketika nasabah yang dibiayai mengalami kesulitan.

Kedua, *Kafalah Bi al-Taslim*, jenis *kafalah* ini bisa dilakukan untuk menjamin pengembalian barang yang disewa ada waktu masa sewa berakhir. Jenis pemberian jaminan ini dapat dilaksanakan bank untuk kepentingan nasabahnya dalam bentuk kerja sama perusahaan penyewaan (*Leasing Company*). Jaminan pembayaran bagi bank dapat berupa deposit/tabungan dan bank dapat membebankan uang jasa (*fee*) kepada nasabah itu. Ketiga, *Kafalah Al-Munjazah*, yaitu jaminan mutlak yang tidak dibatasi jangka waktu dan untuk jangka waktu dan untuk kepentingan dengan tujuan tertentu. Salah satu bentuk *kafalah* ini adalah jaminan dalam bentuk *performance bonds* (jaminan prestasi) (M. Nur yasin,2009:209).

Sebagai contoh, skema berikut dapat menjadi gambaran implementasi akad kafalah dalam lembaga keuangan Syariah (Ismail,2011:202



Keterangan:

1. Nasabah mengajukan permohonan penjamin kepada bank syariah atas suatu pekerjaan yang dilaksanakan, dan bank syariah memberikan penjamin/garansi kepada pemberi kerja atas pekerjaan nasabah.
2. Atas garansi yang diberikan oleh bank syariah, maka bank syariah meminta agunan kepada tertanggung/nasabah.

3. Nasabah wajib melaksanakan pekerjaan sesuai dengan kontrak antara nasabah dan pemberi kerja.
4. Bila nasabah tidak melaksanakan pekerjaan dengan kontrak, maka bank syariah akan menanggung kerugian.

Konsep antara Kafalah yang ada di dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) dengan konsep kafalah yang diterapkan di dalam perbankan syariah memiliki suatu kesamaan konsep. Akan tetapi kafalah yang ada di dalam 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.

C. PERSAMAAN PENANGGUNGAN UTANG DALAM KUH PERDATA DAN KHES

Penanggungan utang di dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Per) dijelaskan didalam pasal 1820 yang berbunyi sebagai berikut: “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”.

Sedangkan penanggungan hutang di dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) disebut dengan Kafalah. Pengertian dari kafalah ini dijelaskan dalam pasal 20 ayat 12 yang berbunyi sebagai berikut:

“kafalah adalah jaminan atau garansi yang diberikan oleh penjamin kepada pihak ketiga/pemberi pinjaman untuk memenuhi kewajiban pihak kedua/peminjam”. Dari kedua pengertian tersebut maka dapat diketahui persamaan konsep penanggungan hutang menurut KUH Perdata dan KHES adalah dari segi latar belakang yakni sama-sama membahas masalah utang piutang.

Persamaan selanjutnya ialah keduanya sama-sama berhak menuntut pembayaran setelah perjanjian itu selesai sebagai imbalan atau jasa. Sebagaimana yang diatur di dalam pasal 1839 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Per) yang berbunyi sebagai berikut: “Penanggung yang telah membayar dapat menuntut apa yang telah dibayarnya itu dari Debitur utama itu”. Penuntutan kembali ini dapat dilakukan baik mengenai uang pokok maupun mengenai bunga serta biaya-biaya. Mengenai biaya-biaya tersebut, penanggung hanya dapat menuntutnya kembali sekedar dalam waktu yang dianggap patut ia telah menyampaikan pemberitahuan kepada debitur utama tentang tuntutan-tuntutan yang ditujukan kepadanya. Penanggung juga berhak menuntut penggantian biaya, kerugian dan bunga bila alasan untuk itu memang ada”.

dan pasal 354 ayat 1 KHES yang berbunyi sebagai berikut: “Apabila penjamin telah melunasi utang peminjam kepada pihak pemberi pinjaman, maka penjamin berhak menuntut kepada peminjam sehubungan dengan

kafalahnya”.

Persamaan yang ketiga adalah keduanya sama-sama berkewajiban apabila penjamin meninggal dunia maka berpindah kepada ahli warisnya. Sebagaimana yang diatur di dalam pasal 1826 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Per) yang berbunyi sebagai berikut: “Perikatan-perikatan penanggung beralih kepada ahli warisnya”. Artinya bahwa perikatan-perikatan yang dibuat tidak terputus melainkan dilanjutkan oleh para ahli warisnya. dan pasal 351 ayat 1 Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) yang berbunyi sebagai berikut: “Apabila penjamin meninggal dunia, ahli warisnya berkewajiban untuk menggantikannya atau menunjuk penggantinya”.

Persamaan yang keempat adalah gugurnya atau bebasnya penjamin di dalam keduanya adalah apabila penjamin melunasi atau membayar utang orang yang berhutang. Sebagaimana yang diatur di dalam pasal 1840 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Per) yang berbunyi sebagai berikut: “Penanggung yang telah membayar lunas utangnya, demi hukum menggantikan kreditur dengan segala haknya terhadap debitur semula”. dan pasal 355 Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) yang berbunyi sebagai berikut: “Apabila penjamin telah menyerahkan barang jaminan kepada pihak pemberi pinjaman di tempat yang sah menurut hukum, maka penjamin bebas dari tanggung jawab”.

Untuk mempermudah mengetahui persamaan konsep penanggungan utang antara Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Per) dan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES), maka dapat diketahui dari tabel berikut

Tabel 4.1 persamaan konsep penanggungan hutang antara KUH Perdata dan KHES

| No | persamaan penanggungan hutang dalam KUH Perdata dan KHES |
|----|--|
| 1 | Norma pada dua ketentuan tersebut sama-sama berkaitan dengan utang piutang |
| 2 | Penanggung memiliki hak untuk menuntut pembayaran sebagai imbalan atas jasa |
| 3 | Sama-sama mengatur tentang jika penanggung meninggal dunia, maka beralih kepada ahli waris |
| 4 | Berakhirnya kedudukan penanggung apabila penanggung telah membayar seluruh kewajiban debitur |

D. PERBEDAAN PENANGGUNGAN UTANG DALAM KUH PERDATA DAN KHES

Perbedaan yang sangat mendasar dalam penanggungan hutang berkaitan dengan kecakapan hukum. Artinya bahwa orang yang tidak cakap hukum tidak bisa menjadi seorang penanggung utang. Jika ditinjau dari Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Per) dan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) orang yang cakap hukum terdapat perbedaan antara keduanya. Jika di dalam KUH Perdata pasal 1330 disebutkan bahwa orang yang tak cakap hukum adalah yang

belum dewasa, yang berada dalam pengampuan atau pemeliharaan dan perempuan yang telah ditentukan di dalam undang-undang.

Menurut KUHPerd, usia kedewasaan adalah 21 tahun atau yang belum menikah sebagaimana diatur dalam pasal 330 ayat 1. Sedangkan menurut KHES, yang cakap dalam artian telah dewasa adalah yang telah mencapai umur 18 tahun dan pernah menikah.

Perbedaan yang kedua adalah terletak dari objek jaminan. Dimana objek jaminan di dalam KHES lebih luas, sebagaimana yang di jelaskan dalam pasal 338 bahwa objek jaminan hendaklah berupa uang, benda, atau pekerjaan. Sebagaimana bunyi pasal 338 KHES yang menjelaskan tentang objek jaminan sebagai dapat berupa uang, benda, atau pekerjaan. Objek jaminan juga harus yang dapat dilaksanakan oleh penjamin yang jelas mengenai nilai, jumlah dan spesifikasi serta halal.

Sehingga peneliti dapat menyimpulkan yang terdapat dalam pasal 338 di atas yakni objek jaminan tersebut tidak bergantung pada 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 (jasa) kepada orang lain.

Sedangkan objek jaminan penanggungan hutang di dalam KUH Perdata tidak menjelaskan secara terperinci, hanya saja peneliti dapat menyimpulkan dari pasal 1825 bahwa objek jaminan penanggungan hutang dalam KUH Perdata

hanya meliputi uang (harta) dan benda yang terdapat di dalam pelaksanaan utang piutang saja. Sebagaimana bunyi pasal 1825 KUH Perdata di atas adalah sebagai berikut:

“Penanggungan yang tak terbatas untuk suatu perikatan pokok, meliputi segala akibat hutangnya, bahkan juga biaya-biaya gugatan yang diajukan terhadap debitur utama dan segala biaya yang dikeluarkan setelah penanggung utang di peringatkan tentang itu”

dari pasal tersebut peneliti dapat menyimpulkan bahwa objek jaminan yang terdapat di dalam KUH Perdata adalah hanya meliputi uang dan benda, sebagaimana yang jelaskan peneliti di atas.

Perbedaan yang ketiga adalah dari segi syarat seorang penjamin. Dimana syarat seorang penjamin di dalam KUH Perdata memberikan penjelasan di dalam pasal 1823 bahwa KUH Perdata tidak memberikan syarat apapun terhadap penjamin, bahkan setiap orang boleh untuk menjadi penjamin tanpa sepengetahuan pihak orang yang memberikan utang. Sebagaimana bunyi pasal 1823 KUH Perdata diatas yakni sebagai berikut:

“Orang dapat mengangkat diri sebagai penanggung tanpa diminta oleh orang yang mengikatkan diri untuk suatu hutang, bahkan juga dapat tanpa tahu orang itu. Orang dapat pula menjadi penanggung, bukan hanya untuk debitur utama melainkan juga untuk seorang penanggung debitur utama itu”.

Sedangkan di dalam KHES seorang penjamin harus diketahui identitasnya terlebih dahulu, sebagaimana yang dijelaskan dalam pasal 337 ayat 2 KHES adalah sebagai berikut: “*Makful lahu*/pihak pemberi pinjaman harus diketahui identitasnya”. Sehingga dari pasal tersebut dapat diketahui bahwa jika seorang penjamin atau dalam hal ini orang yang akan menjamin utang tidak diketahui

alamat aslinya atau identitas dari seorang penjamin tersebut, maka orang tersebut tidak bisa menjadi seorang penjamin utang.

Untuk mempermudah memahami perbedaan konsep penanggungan utang antara KUH Perdata dan KHES dapat dilihat dari tabel berikut:

Tabel 4.2 perbedaan konsep penanggungan hutang dalam KUH Perdata dan KHES

| No | Permasalahan | KUH Perdata | 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 |

BAB V

PENUTUP

A. Kesimpulan

Berdasarkan pembahasan dan uraian pada bab-bab sebelumnya diatas, maka peneliti dapat mengambil sebuah kesimpulan yakni sebagai berikut:

1. Konsep *Borgtocht* didalam KUH Perdata yaitu suatu perjanjian dengan mana seorang 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 dilakukan dalam setiap jenis perjanjian.
2. Konsep *kafalah* 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.
3. Persamaan antara *Borgtocht* dalam KUH Perdata dan *Kafalah* dalam KHES adalah dimana persamaan yang pertama ialah terletak pada pengertian dari kedua istilah tersebut yakni dengan berlatar belakang utang piutang, dan persamaan yang kedua adalah sama-sama menuntut pembayaran setelah

perjanjian itu selesai sebagai imbalan atau jasa, persamaan yang ketiga adalah keduanya sama-sama berkewajiban apabila penjamin meninggal dunia maka berpindah kepada ahli warisnya, dan persamaan yang terakhir adalah gugurnya atau bebasnya penjamin di dalam keduanya adalah apabila penjamin melunasi atau membayar utang orang yang berhutang.

4. Perbedaan konsep antara *Borgtocht* dalam KUH Perdata dan Kafalah dalam KHES ialah perbedaan yang pertama terletak dari kecakapan hukum dimana kecakapan menurut KUH Perdata pasal 1827 ialah belum genap berusia 21 tahun dan yang sebelumnya tidak pernah menikah, sedangkan kecakapan hukum menurut KHES pasal 336 adalah orang yang telah mencapai umur 18 tahun dan pernah menikah. Dan perbedaan yang kedua adalah terletak pada objek jaminan dimana objek jaminna menurut KUH Perdata hanya meliputi uang atau harta dan benda yang terdapat dalam utang piutang, sedangkan objek jaminan menurut KHES lebih luas. Dan perbedaan yang terakhir adalah syarat dari seorang penjamin dimana di dalam KUH Perdata tidak memberikan syarat apapun dari seorang penjamin sedangkan dalam KHES memberikan syarat yakni harus diketahui identitasnya terlebih dahulu.

B. Saran

1. Dalam menyikapi persepsi tentang *Borgtocht* dalam KUH Perdata dan kafalah dalam KHES yang berkisar pada persoalan konsep antara keduanya, maka peneliti menyarankan kepada pihak-pihak yang berwenang dalam

membuat dan mengesahkan peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan penanggungan disarankan agar konsep penanggungan ini dapat disesuaikan dengan keyakinan para pihak.

2. Untuk para kalangan anak muda khususnya sebagai mahasiswa untuk senantiasa lebih aktif menggali serta dapat memecahkan permasalahan-permasalahan fiqih kontemporer agar dapat memperkaya pemikiran serta pengetahuan khususnya yang berkaitan dengan penanggungan.
3. Diperlukan adanya forum kajian atau musyawarah dari semua kalangan baik kalangan anak muda, mahasiswa, pelajar serta orang umum agar kajian yang berhubungan dengan penanggungan atau jaminan ini lebih menyeluruh agar hasilnya dapat diharapkan sesuai dengan realita yang ada pada saat ini.

DAFTAR PUSTAKA

- Abdillah, K. 2020. Sejarah Kodifikasi Hukum Ekonomi Syariah di Indonesia . *Al-Huquq (Journal of Indonesian Islamic Economic Law)*.
- Akbar, A. A. 2014. *Prinsip-prinsip dasar Transaksi Syariah* . Jawa Timur : Yayasan PP. Darussalam.
- Alwi, M. 2020. Tinjauan Hukum Islam terhadap Penanggungan Hutang (Bortocht) dengan Jaminannya menurut Hukum Perdata. SKripsi. Surabaya, Institut Agama Islam Negeri (IAIN) Sunan Ampel Surabaya .
- Asikin, A. 2004. *Pengantar Metode Penelitian Hukum* . Jakarta : PT. Raja Grafindo Persada.
- Asra, M. 2020. Implementasi Aplikasi al-kafalah di Lembaga Keuangan Syariah di Indonesia . *Jurnal Ekonomi dan Hukum Islam* .
- Atikah, I. 2017. Eksistensi Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) Sebagai pedoman Hakim Dalam Menyelesaikan Perkara Ekonomi Syariah di Pengadilan Agama. *Muamalatuna, Jurnal Hukum Ekonomi Syariah*.
- Azmi, M. U. 2022. Studi Komparasi Subjek Hukum Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2008 Tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah. Skripsi. Pontianak. Institut Agama Islam Negeri (IAIN) Pontianak .
- Gunarti, R. 2008. Perjanjian Penanggungan (Borgtocht) Sebagai Salah satu Bentuk Pengikatan Jaminan Kredit Bank Pada kantor Pusat PT Bank Rakyat Indonesia (Persero) Tbk. Tesis. Semarang. Universitas Diponegoro.
- Handayani, M. 2007. Kajian Hukum Tentang Jaminan Perorangan Terhadap Pemberian Kredit di PT. Bank Danamon Indonesia Tbk Cabang Semarang. SKripsi. Semarang. Universitas Diponegoro Semarang.
- Hariyanto, E. 2009. Burgelijk Wetboek (Menelusuri Sejarah Hukum Pemberlakuannya di Indonesia. *Jurnal Al-Ihkam* .
- Hasan, M. A. (2003). *Berbagai Macam Transaksi Dalam Islam (Fiqih Muamalah)* . Jakarta : Raja Grafindo Persada .
- Irmadevita.com. (2022, Oktober). Retrieved from [http.Irmadevita.com](http://Irmadevita.com)

- Karim, A. A. 2001. *Ekonomi Islam (Suatu Kajian Kontemporer)*. Jakarta : Gema Insani.
- Kartika, R. F. 2016 . *Jaminan Dalam Pembiayaan Syariah (Kafalah dan Rahn) . Kordinat .*
- Khairuddin. 2019. Studi Komparasi Antara Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah tentang Peralihan Risiko Dalam Jual Beli. Skripsi. Pontianak, Institut Agama Islam Negeri (IAIN) Pontianak.
- Krismawati. 2013. Kajian Kafalah Pada Koperasi Jasa Keuangan Syariah As-Sakinah Di Kamal Bangkalan. *Jurnal Investasi*.
- Mamudji, S. 2001. *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tindakan singkat* . Jakarta : PT. Raja Grafindo .
- Mardani. 2010. Kedudukan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah di Indonesia . *Jurnal Islamic Economics & Finance (IEF) Universitas Trisakti* .
- Mardani. 2019. *Fiqh Ekonomi Syariah (Fiqh Muamalah)* . Jakarta : Kencana .
- Marzuki, P. M. 2006. *Penelitian Hukum* . Jakarta : Kencana .
- Masruroh, S. 2019. Analisis Hukum Islam terhadap konsep kafalah dalam program semanggi di lembaga manajemen Infaq Surabaya. Skripsi. Surabaya , Universitas Islama Negeri Surabaya .
- Meleong. 2001. *Metode Penelitian Kualitatif* . Jakarta : PT. Raja Grafindo Persada .
- Meleong, L. J. 2001. *Metodologi Penelitian Kualitatif* . Bandung : PT. Remaja Rosdakarya.
- Muhadjir, N. 1996. *Metodologi Penelitian Kualitatif* . Yogyakarta : Rake Sarasin.
- Muhammad, A. K. 2004. *Hukum dan Penelitian Hukum* . Bandung: PT. Citra Aditya Bakri .
- Offices, F. J. (2021, Agustus). *FJP Law.com* . Retrieved from FJP Law Offices- Jaminan-Jaminan Utang Dalam Hukum Indonesia : <http://Fjp-Law.com>
- Prastomo, A. 2016. *Memahami Metode-metode Penelitian* . Yogyakarta : Ar-Ruzz.
- Projodikoro, W. 1983. *Azas-Azas Hukum Perdata* . Bandung : Sumur Bandung.
- Sabiq, S. 2009. *Fiqh Sunnah 5* . Jakarta : Cakrawala Publishing .

- Salim. 2007. *Perkembangan Hukum Jaminan di Indonesia* . Jakarta : PT. Raja Grafindo Persada .
- Salim, H. 2004. *Perkembangan Hukum Jaminan di Indonesia*. Jakarta: Rajawali Press.
- Soekanto, S. 1986. *Penelitian Hukum Normatif* . Jakarta : Raja wali .
- Soekanto, S. 2014. *Pengantar Penelitian Hukum* . Jakarta : UI Press.
- Soeprapto, Hartono, Hadi. 1984. Pokok-Pokok Hukum Perikatan dan Hukum Jaminan. Yogyakarta: Liberty.
- Soeroso, R. 2014. *Perbandingan Hukum Perdata* . Jakarta : Sinar Grafika.
- Sofwan, S. S. 1980. *Hukum jaminan di Indonesia Pokok-pokok Hukum Jaminan dan jaminan perorangan* . Yogyakarta : Liberty .
- Subekti. 1996. *Jaminan-jaminan untuk pemberian kredit termasuk hak tanggungan menurut hukum indonesia*. Bandung : Citra Aditya Bakti .
- Suhendi, H. 2002. *Fiqh Muamalah* . Jakarta : PT. Raja Grafindo Persada .
- Susanti, D. O. 2015. *Penelitian Hukum (Legal Research)*. Jakarta : Sinar Grafika .
- Susilawati, K. A. (n.d.). Sejarah Kodifikasi Hukum Ekonomi Syariah di Indonesia.
- Syafi'I, M. 2000. *Sistem dan Prosedur Bank Syariah* . Yogyakarta : UII Press.
- Syahrani, R. 1992. *Seluk Beluk dan Asas-Asas Hukum Perdata*. Bandung : Penerbit Alumni.
- Tutik, T. T. 2008. *Hukum Perdata Dalam Sistem Hukum Nasional*. Jakarta : Prenada Media Group.
- Winarsari, P. A. 2020. *Hukum Jaminan di Indonesia (Perkembangan pendaftaran Jaminan secara Elektronik* . Surabaya : CV. Jakad Media Publishing .