

BAB 2
ASPEK HUKUM PERBANKAN SYARIAH, PERIKATAN ISLAM
DAN ANALISA KASUS DANA PENSIUN X MELAWAN BANK
SYARIAH Y

2.1 Perbankan Syariah

2.1.1 Pengertian Bank Syariah

Krisis ekonomi dan moneter yang terjadi pada periode lalu, merupakan suatu pukulan yang sangat berat bagi sistem perekonomian Indonesia. Dalam periode tersebut, berbagai lembaga keuangan, termasuk perbankan, mengalami kesulitan keuangan. Namun dalam kondisi yang demikian, perbankan syariah masih dapat menunjukkan kinerja yang relatif lebih baik dibandingkan dengan lembaga perbankan konvensional.¹⁶

Pengembangan sistem perbankan syariah di Indonesia dilakukan dalam kerangka *dual-banking system* atau sistem perbankan ganda dalam kerangka Arsitektur Perbankan Indonesia (API), untuk menghadirkan alternatif jasa perbankan yang semakin lengkap kepada masyarakat Indonesia. Secara bersama-sama, sistem perbankan syariah dan perbankan konvensional secara sinergis mendukung mobilisasi dana masyarakat secara lebih luas untuk meningkatkan kemampuan pembiayaan bagi sektor-sektor perekonomian nasional.

Karakteristik sistem perbankan syariah yang beroperasi berdasarkan prinsip bagi hasil memberikan alternatif sistem perbankan yang saling menguntungkan bagi masyarakat dan bank, serta menonjolkan aspek keadilan dalam bertransaksi, investasi yang beretika, mengedepankan nilai-nilai kebersamaan dan persaudaraan dalam berproduksi, dan menghindari kegiatan spekulatif dalam bertransaksi keuangan. Dengan menyediakan beragam produk serta layanan jasa perbankan yang beragam dengan skema keuangan yang lebih bervariasi, perbankan syariah menjadi alternatif sistem perbankan yang kredibel dan dapat dinikmati oleh seluruh golongan masyarakat Indonesia tanpa terkecuali. Berdasarkan prinsip bagi hasil, bank Islam akan berfungsi sebagai mitra, baik dengan penabung maupun dengan pengusaha yang meminjam dana.

¹⁶ Burhanuddin Susanto, *Hukum Perbankan Syariah di Indonesia*, Cetakan Pertama, (Yogyakarta: UII Press, 2008), hlm. 64

Pengembangan perbankan syariah diarahkan untuk memberikan kemaslahatan terbesar bagi masyarakat dan berkontribusi secara optimal bagi perekonomian nasional. Oleh karena itu, maka arah pengembangan perbankan syariah nasional selalu mengacu kepada rencana-rencana strategis lainnya, seperti Arsitektur Perbankan Indonesia (API), Arsitektur Sistem Keuangan Indonesia (ASKI), serta Rencana Pembangunan Jangka Menengah Nasional (RPJMN) dan Rencana Pembangunan Jangka Panjang Nasional (RPJPN). Dengan demikian upaya pengembangan perbankan syariah merupakan bagian dan kegiatan yang mendukung pencapaian rencana strategis dalam skala yang lebih besar pada tingkat nasional.¹⁷

Dalam pasal 3 dan 4 Undang – undang Perbankan yang diubah menyebutkan fungsi dan tujuan Perbankan Indonesia, yaitu:

1. Fungsi utama perbankan Indonesia adalah sebagai penghimpun dan penyalur dana masyarakat.
2. Perbankan Indonesia bertujuan menunjang pelaksanaan pembangunan nasional dalam rangka meningkatkan pemerataan, pertumbuhan ekonomi dan stabilitas nasional ke arah peningkatan kesejahteraan rakyat banyak.

Perbankan merupakan lembaga yang melaksanakan tiga fungsi utama yaitu menerima simpanan, meminjamkan uang dan memberikan jasa pengiriman uang. Di dalam sejarah perekonomian umat Islam, pembiayaan yang dilakukan dengan akad yang sesuai syariah telah menjadi bagian dari tradisi umat Islam sejak zaman Rasulullah SAW. Bentuk akad seperti menerima titipan, meminjamkan uang dan pembiayaan usaha, serta melakukan berbagai akad terkait dengan jasa keuangan sudah merupakan bagian dari kehidupan muamalat saat itu. Dengan demikian, fungsi utama perbankan modern seperti menerima deposit, memberikan kredit dan melakukan jasa transfer keuangan, dan lain – lain merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari kehidupan umat Islam.¹⁸

¹⁷ <http://www.bi.go.id/web/id/Perbankan/Perbankan+Syariah/>, *Sekilas Perbankan Syariah di Indonesia*, diunduh 16 April 2010

¹⁸ Adiwarmanto A. Karim, *Bank Islam: Analisa Fikih dan Keuangan*, (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2004), hlm. 18

Bank Syariah lahir karena dilarangnya riba dalam Islam. Kelahiran lembaga keuangan yang bebas bunga, terutama di negara – negara Muslim telah memberikan dimensi baru dalam bidang ekonomi. Secara umum bank Syariah merupakan suatu lembaga keuangan yang berfungsi sebagai organisasi perantara antara yang kelebihan dana dan yang kekurangan dana yang dalam menjalankan aktivitasnya harus sesuai dengan prinsip – prinsip Islam.¹⁹ Prinsip umum hukum Islam, berdasarkan sejumlah surat atau ayat dalam Al-Qur'an menyatakan bahwa perbuatan memperkaya diri sendiri dengan cara yang tidak benar atau menerima keuntungan tanpa memberikan nilai imbalan secara etika adalah dilarang.²⁰

Untuk menjamin kehalalan kegiatan usaha perbankan, maka dalam operasionalnya harus menggunakan prinsip – prinsip syariah. Dengan demikian lembaga perbankan yang kegiatan usahanya berdasarkan pada prinsip – prinsip syariah maka dapat dikatakan sebagai perbankan syariah.²¹

Berdasarkan Undang – undang nomor 21 tahun 2008, Bank Syariah adalah Bank yang menjalankan kegiatan usahanya berdasarkan Prinsip Syariah dan menurut jenisnya terdiri atas Bank Umum Syariah dan Bank Pembiayaan Rakyat Syariah . Hal yang mengatur tentang Bank Syariah sebelumnya telah diatur dalam Undang – undang Perbankan nomor 10 tahun 1998 yang diuraikan secara eksplisit dalam pasal 1 ayat 13. Yang dimaksud dengan prinsip Syariah adalah aturan perjanjian berdasarkan hukum Islam antara bank dan pihak lain untuk penyimpanan dana dan atau pembiayaan kegiatan usaha, atau kegiatan lainnya yang dinyatakan sesuai dengan syariah, antara lain pembiayaan berdasarkan prinsip bagi hasil (*mudharabah*), pembiayaan berdasarkan prinsip penyertaan modal (*musharakah*), prinsip jual beli barang dengan memperoleh keuntungan (*murabahah*), atau pembiayaan barang modal berdasarkan prinsip sewa murni tanpa pilihan (*ijarah*), atau dengan adanya pilihan pemindahan kepemilikan atas barang yang disewa dari pihak bank oleh pihak lain (*ijarah wa iqtina*).

¹⁹ Sudin Haron, *Islamic Banking, Rules and Regulation*, (Malaysia: Selangor Darul Ehsan, Pelanduk Publication, 1997), hlm.5.

²⁰ Mervyn K. Lewis, Latifa M. Algaoud, *Islamic Banking*, (USA: Chaltenham, Northenham, Zool), Hal. 34. Sebagaimana dikutip dalam Disertasi Hirsanuddin, *Kemitraan dalam Bisnis: Perspektif Hukum Islam*, Universitas Indonesia, Fakultas Hukum, Program Pascasarjana, 2005, hlm. 76

²¹ Burhanuddin Susanto, *Op. cit*, hlm. 17

Adapun tujuan pengembangan Perbankan Syariah di Indonesia adalah sebagai berikut:²²

1. Memenuhi kebutuhan jasa perbankan bagi masyarakat yang tidak dapat menerima konsep bunga.
2. Menyediakan alternatif investasi, pembiayaan dan jasa keuangan lainnya.
3. Mengurangi resiko sistemik dari kegagalan sistem keuangan di Indonesia.
4. Mendorong peran perbankan secara optimal dalam menggerakkan sektor riil dan membatasi spekulasi atau pembiayaan yang tidak produktif.

Dalam tradisi fiqh Islam, prinsip titipan atau simpanan dikenal dengan prinsip *al – wadi'ah*. *Al – wadi'ah* dapat diartikan sebagai titipan murni dari satu pihak ke pihak lain, baik individu maupun badan hukum, yang harus dijaga dan dikembalikan kapan saja si penitip menghendaki.²³ Rachmadi Usman dalam bukunya yang berjudul aspek – aspek Hukum Perbankan Islam di Indonesia memberikan penjelasan lebih rinci mengenai *al – wadi'ah*. *Al – wadi'ah* merupakan akad penitipan barang atau uang antara pihak yang mempunyai barang atau uang dengan pihak yang diberi kepercayaan dengan tujuan untuk menjaga keselamatan, keamanan, serta keutuhan barang atau uang tersebut.²⁴

Berdasarkan jenisnya, *al – wadi'ah* terdiri atas dua macam, yaitu:²⁵

1. *Al – wadi'ah yad amanah*, yakni akad penitipan barang atau uang dimana pihak penerima titipan tidak diperkenankan menggunakan barang atau uang yang dititipkan dan tidak bertanggungjawab atas kerusakan atau kehilangan barang titipan yang bukan diakibatkan perbuatan atau kelalaian penerima titipan.

²² Short Course Bank Syariah, *Regulasi Bank Indonesia Terhadap Pengembangan Bank Syariah di Indonesia*, Sharia Banking Training Center Yogyakarta, 18 Mei 2008, hlm. 2.

²³ Sayyid Sabiq, *Fiqhus Sunnah*, (Beirut: Darul Kitab al – Arabi, 1987), lihat juga Muhammad Syafi'I Antonio, *Bank Syariah: Dari Teori ke Praktik*, (Jakarta: Gema Insani, 2001), hlm. 85.

²⁴ Rachmadi Usman, *Aspek – aspek Hukum Perbankan Islam di Indonesia*, Cet. 1, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2002) hlm. 17

²⁵ *Ibid*

2. *Al – wadi'ah yad dhamanah*, yakni akad penitipan barang atau uang dimana pihak penerima titipan dengan atau izin pemilik barang atau uang dapat memanfaatkan barang atau uang titipan dan harus bertanggungjawab terhadap kehilangan atau kerusakan barang atau titipan. Semua manfaat dan keuntungan yang diperoleh dalam penggunaan barang atau uang tersebut menjadi hak penerima titipan.

Adapun yang menjadi fungsi dan peranan perbankan Syariah sama dengan fungsi dan peranan perbankan pada umumnya yaitu adalah sebagai penghimpun dan penyalur dana masyarakat. Yang membedakannya dengan bank konvensional, yakni bahwa mekanisme perbankan Syariah didasarkan pada prinsip mitra usaha dan bebas bunga.²⁶

2.1.2 Pengertian dan Pelarangan Riba

Sebagaimana disebutkan di awal, dasar adanya Perbankan Syariah adalah untuk menghindari riba karena di dalam Islam praktek riba di bidang apapun termasuk perekonomian adalah haram hukumnya. Hal ini sejalan dengan ketentuan dalam Al-qur'an surat Al – Baqarah ayat 275 yang menyebutkan bahwa “Allah menghalalkan perniagaan (*Al – Bai'*) dan mengharamkan *riba*”. Inilah dasar utama operasi bank syariah yang meninggalkan penggunaan sistem bunga dan menerapkan penggunaannya sebagai akad – akad perniagaan dalam produk – produk bank syariah.

Riba, sebagai kata, kelebihan atau tambahan. Sebagai istilah, kelebihan harta dalam suatu *mu'amalah* dengan tidak ada imbalan atau gantinya. Maksudnya, tambahan terhadap modal uang yang timbul akibat suatu transaksi utang – piutang yang harus diberikan pihak terhutang kepada pemilik hutang pada saat utang jatuh tempo. Hukum riba adalah haram.

Riba terbagi menjadi tiga:

1. Riba *fadh*l ialah kelebihan pada salah satu harta sejenis yang diperjualbelikan dengan ukuran syara' (timbangan atau takaran). Misalnya 1 liter beras dijual dengan 1 ¼ liter beras. Riba *fadh*l timbul akibat pertukaran barang sejenis yang tidak memenuhi kriteria secara

²⁶ Muhammad Parmudi, *Sejarah dan Doktrin Bank Islam*, (Yogyakarta: Kutub, 2005), hlm. 45

kualitas, kuantitas, dan penyerahan yang tidak dilakukan secara rutin. Pertukaran jenis ini mengandung ketidakjelasan (*gharar*) bagi kedua belah pihak terhadap barang yang dipertukarkan. Dalam lembaga keuangan perbankan, riba *fadh*l dapat ditemui pada transaksi jual beli valuta asing yang tidak dilakukan secara tunai.²⁷

2. Riba *Jahiliyah* ialah utang dibayar lebih dari pokoknya karena si peminjam tidak mampu membayar utangnya pada waktu yang ditetapkan.²⁸ Ketidakmampuan mengembalikan utang ini kemudian dimanfaatkan oleh kreditur untuk mengambil keuntungan. Dalam perbankan syariah cara seperti ini dilarang karena merupakan bagian dari riba.²⁹ Ketentuan ini mengacu pada hadist Nabi yang menyatakan bahwa:

“Tiap – tiap piutang yang mengambil manfaat, maka ia merupakan salah satu bagian dari bentuk riba” (HR. Baihaqi)

3. Riba *Nasi'ah* ialah kelebihan atas piutang yang diberikan orang yang berhutang kepada pemilik modal (uang) ketika waktu yang disepakati jatuh tempo. Bilamana hingga jatuh tempo kelebihan itu tak terbayarkan oleh yang berhutang, waktunya bisa diperpanjang dengan syarat ada penambahan jumlah yang diutang.³⁰ Dalam perbankan konvensional, riba nasiah dapat ditemui dalam pembayaran bunga kredit dan pembayaran bunga deposito, tabungan dan lain – lain. Bank sebagai kreditur yang memberikan pinjaman mensyaratkan pembayaran bunga yang tetap dan ditentukan dahulu di awal transaksi (*fixed and predetermined rate*), padahal nasabah yang menerima pinjaman dari bank belum tentu mendapatkan keuntungan, karena ada kemungkinan tidak menghasilkan apapun (*impas*) atau bahkan mengalami kerugian.³¹

Pengharaman terhadap praktik riba di kalangan umat Islam sudah cukup jelas dan telah disepakati bersama dikalangan para ulama. Tidak terdapat

²⁷ Adiwarmam A. Karim, *Op. cit*, hlm. 37

²⁸ Muhammmad Syafi'I Antonio, *Op. cit*, hlm. 41

²⁹ Burhanuddin Susanto, *Op.cit*, hlm. 29 – 30

³⁰ Majalah Kisah Islami, alKisah, *Istilah Ekonomi*, No. 06/23 Mar – 5 Apr, 2009, hlm. 42

³¹ Adiwarmam A. Karim, *Op. cit*, hlm. 37 – 38

perbedaan pendapat diantara mereka tentang haramnya riba, karena secara jelas telah di *nash* di dalam Al – qur’an tentang bagaimana riba tidak boleh dilakukan dalam interaksi sosial di masyarakat. Riba didalamnya terdapat unsur ketidakadilan yang akan ditimbulkannya, karena antara satu dengan yang lain akan saling mengeksploitasi dan berlaku dzalim.³²

Konsep pelarangan riba dalam Islam dapat dijelaskan dengan keunggulannya secara ekonomis dibandingkan dengan konsep ekonomi konvensional. Riba secara ekonomi lebih merupakan upaya untuk mengoptimalkan aliran investasi dengan cara memaksimalkan kemungkinan investasi melalui pelarangan adanya pemastian (bunga). Semakin tinggi tingkat suku bunga, semakin besar kemungkinan aliran investasi yang terbandung.

Dengan pelarangan riba, dinding yang membatasi aliran investasi tidak ada sehingga alirannya lancar tanpa halangan. Hal ini terlihat jelas pada saat Indonesia dilanda krisis keuangan dan perbankan pada tahun 1997 – 1998. Pada saat itu, suku bunga perbankan melambung sangat tinggi mencapai 60 %. Dengan suku bunga setinggi itu bisa dikatakan hampir tidak ada orang yang berani meminjamkan ke bank untuk investasi.³³

Inti dari riba dalam pinjaman (*riba dayn*) adalah tambahan atas pokok, baik sedikit maupun banyak. Dalam bahasa Indonesia riba diartikan sebagai bunga (baik sedikit maupun banyak). Dalam bahasa Inggris riba dapat diartikan *interest* (bunga yang sedikit) atau *usury* (bunga yang banyak). Sebagian besar ulama berpendapat *usury* maupun *interest* termasuk riba. Lebih jauh lagi, lembaga – lembaga Islam internasional maupun nasional telah memutuskan sejak tahun 1965 bahwa bunga bank atau sejenisnya adalah sama dengan riba dan haram secara syariah.

Riba bukan hanya merupakan persoalan masyarakat Islam, tetapi berbagai kalangan diluar Islam pun memandang serius persoalan ini. Karenanya, kajian terhadap masalah riba dapat dirunut mundur hingga lebih dari dua ribu tahun silam. Masalah riba telah menjadi bahan bahasan kalangan Yahudi, Yunani, demikian

³² Nadrattuzaman Hosen, Hasan Ali, Bakhrul Muchtasib, *Menjawab Keraguan Umat Islam Terhadap Bank Syariah*, Cet. 1, (Jakarta: Pusat Komunikasi Syariah, 2007), hlm. 3

³³ Ascarya, *Akad dan Produk Bank Syariah*, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2006), hlm. 17 – 18

juga Romawi. Kalangan Kristen dari masa ke masa juga mempunyai pandangan tersendiri mengenai riba. Pemberlakuan riba dalam kehidupan ekonomi dan perbankan haram hukumnya, dikarenakan selain bertentangan dengan prinsip – prinsip keadilan, juga pemberlakuan riba menyalahi ajaran agama samawi. Dengan melakukan pelanggaran terhadap agama Allah SWT tentu akan berakibat pada timbulnya kemudharatan, tentu disamping adanya sanksi neraka bagi para pelakunya.

Riba tidak hanya dilarang dalam Islam, tetapi juga dilarang dalam ajaran Yahudi (Eksodus 22:25), Deuteronomy 23:19, Leviticus 35:7 dan Lukas 6:35) dalam kitab Leviticus (Imamat) pasal 25 ayat 36 – 37 menyatakan:

“Janganlah engkau mengambil bunga uang atau riba darinya, melainkan engkau harus takut akan Allah – mu, supaya saudaramu bisa hidup diantaramu. Janganlah engkau member uangmu kepadanya dengan meminta bunga, juga makananmu janganlah kau berikan dengan meminta riba.”

Dalam ajaran Kristen (Lukas 6:34 – 35, pandangan pendeta awal/abad I – XII, pandangan sarjana Kristen/ abad XII – XV, pandangan reformis Kristen/abad XVI – 1836) sebagai ayat yang mengancam praktik pengambilan bunga. Dalam ayat tersebut disebutkan bahwa:

“Dan, jikalau kamu meminjamkan sesuatu kepada orang karena kamu berharap akan menerima sesuatu darinya, apakah jasmu? Orang – orang berdosapun meminjamkan kepada orang berdosa supaya mereka menerima kembali sama banyak. Tetapi kamu, kasihilah musuhmu dan berbuatlah baik kepada mereka dan pinjamkan dengan tidak mengharapkan balasan, maka upahmu akan besar dan kamu akan menjadi anak – anak Tuhan Yang Maha Tinggi sebab Ia baik terhadap orang – orang yang tidak tahu berterimakasih dan terhadap orang – orang jahat.”

Demikian pula dalam ajaran Yunani seperti yang disampaikan oleh Plato (427 – 347 SM) dan Aristoteles (384 – 322 SM).³⁴ Plato mengancam sistem bunga berdasarkan dua alasan. Pertama, bunga menyebabkan perpecahan dan perasaan tidak puas dalam masyarakat. Kedua, bunga merupakan alat golongan kaya untuk mengeksploitasi golongan miskin. Adapun Aristoteles dalam menyatakan keberatannya mengemukakan bahwa fungsi uang adalah sebagai alat tukar atau *medium of exchange*. Ditegaskan bahwa uang bukan alat untuk menghasilkan

³⁴ *Ibid*, hlm. 14

tambahan melalui bunga. Ia juga menyebut bunga sebagai uang yang berasal dari uang yang keberadaannya dari sesuatu yang belum tentu pasti terjadi. Dengan demikian, pengambilan bunga secara tetap merupakan sesuatu yang tidak adil.³⁵

Umat Islam dilarang mengambil riba apapun jenisnya. Larangan supaya umat Islam tidak melibatkan diri dengan riba bersumber dari berbagai surat dalam Al – Qur’an dan hadist Rasulullah SAW. Berikut penjelasan mengenai larangan riba dalam Al – Qur’an:³⁶

1. Larangan riba dalam Al – Qur’an

Larangan riba yang terdapat dalam Al – Qur’an tidak diturunkan sekaligus melainkan diturunkan dalam empat tahap:

Tahap pertama, menolak anggapan bahwa pinjaman riba yang pada zahirnya seolah – olah menolong mereka yang memerlukan sebagai suatu perbuatan mendekati atau *taqarrub* kepada Allah SWT. Dasar dari tahapan pertama ini adalah surat ar – Rum ayat 39, dimana disebutkan bahwa:

“Dan, sesuatu riba (tambahan) yang kamu berikan agar dia menambah pada harta manusia, maka riba itu tidak menambah pada sisi Allah. Dan, apa yang kamu berikan berupa zakat yang kamu maksudkan untuk mencapai keridhaan Allah, maka (yang berbuat demikian) itulah orang – orang yang melipatgandakan (pahalanya)”.

Tahap kedua, riba digambarkan sebagai sesuatu yang buruk. Allah SWT mengancam akan memberi balasan yang keras kepada orang Yahudi yang memakan riba. Hal tersebut ditegaskan dalam surat an – Nisa ayat 160 – 161, yang berbunyi:

“Maka, disebabkan kezaliman orang – orang Yahudi, kami haramkan atas mereka (memakan makanan) yang baik – baik (yang dahulunya) dihalalkan bagi mereka, dan karena mereka banyak menghalangi (manusia) dari jalan Allah, dan disebabkan mereka memakan riba, padahal sesungguhnya mereka telah dilarang darinya, dan karena mereka memakan harta orang dengan jalan batil. Kami telah menyediakan untuk orang – orang kafir diantara mereka itu siksa yang pedih.”

³⁵ Muhammad Syafi’I Antonio, *Op.cit*, hlm. 43

³⁶ *Ibid*, hlm. 48

Tahap ketiga, riba diharamkan dengan dikaitkan kepada suatu tambahan yang berlipat ganda. Para ahli tafsir berpendapat bahwa pengambilan bunga dengan tingkat yang cukup tinggi merupakan fenomena yang banyak dipraktikkan pada masa tersebut. Allah berfirman dalam surat Ali Imran ayat 130:

“Hai orang – orang yang beriman, janganlah kamu memakan riba dengan berlipat ganda dan bertakwalah kamu kepada Allah supaya kamu mendapat keberuntungan.”

Secara umum, ayat diatas harus dipahami bahwa kriteria berlipat ganda bukanlah merupakan syarat dari terjadinya riba (jikalau bunga berlipat ganda maka riba, tetapi jikalau kecil bukan riba), tetapi ini merupakan sifat umum dari praktik pembungaan uang pada saat itu. Tahap terakhir, Allah SWT dengan jelas dan tegas mengharamkan apapun jenis tambahan yang diambil dari pinjaman. Hal ini dengan tegas disebutkan dalam ayat terakhir yang diturunkan menyangkut riba yaitu surat Al – Baqarah ayat 278 – 289:

“Hai orang – orang yang beriman, bertakwalah kepada Allah dan tinggalkan sisa riba (yang belum dipungut) jika kamu orang – orang yang beriman. Maka, jika kamu tidak mengerjakan (meninggalkan sisa riba) maka ketahuilah bahwa Allah dan Rasul – Nya akan memerangimu. Dan, jika kamu bertobat (dari pengambilan riba) maka bagimu pokok hartamu, kamu tidak menganiaya dan tidak pula dianiaya.”

2. Larangan riba dalam Hadist

Pelarangan riba dalam Islam tidak hanya merujuk pada Al – Qur’an saja, melainkan juga Al – Hadist. Hal ini sebagaimana posisi umum hadist yang berfungsi untuk menjelaskan lebih lanjut aturan yang telah digariskan melalui Al – Qur’an, pelarangan riba dalam hadist lebih terinci. Dalam amanat terakhirnya apada tanggal 9 Dzulhijjah tahun 10 Hijriah, Rasulullah SAW masih menekankan sikap Islam yang melarang riba

“Ingatlah bahwa kamu akan menghadap Tuhanmu dan Dia pasti akan menghitung amalmu. Allah telah melarang kamu mengambil riba. Oleh karena itu, utang akibat riba harus dihapuskan. Modal

(uang pokok) kamu adalah hak kamu. Kamu tidak akan menderita ataupun mengalami ketidakadilan.”

Didalam Hadist Riwayat Muslim, disebutkan pula bahwa:

“Rasulullah SAW melaknat orang yang memakan riba, orang yang memberi makan riba, penulisan dan saksi riba. Kemudian mereka bersabda: meraka semua adalah sama.”

Kecenderungan masyarakat menggunakan sistem bunga bertujuan untuk mengoptimalkan kepentingan pribadi, sehingga kurang memperhatikan dampak sosial ekonomi yang ditimbulkannya. Berbeda dengan system bagi hasil (*profit sharing*), yang berorientasi pada kemitraan untuk mencapai kemaslahatan bersama.

Islam mendorong praktik bagi hasil serta mengharamkan riba. Keduanya sama – sama memberi keuntungan bagi pemilik dana, namun keduanya mempunyai perbedaan yang sangat nyata Berikut ini adalah perbedaan antara riba (bunga) dengan bagi hasil.³⁷

Riba (Bunga)	Bagi Hasil
Penentuan bunga dibuat pada saat permulaan akad dengan asumsi harus selalu mendapat keuntungan	Penentuan besarnya rasio atau nisbah bagi hasil dibuat pada saat permulaan akad dengan memperhatikan kemungkinan terjadinya untung rugi (<i>loss and profit sharing</i>)
Besarnya prosentase keuntungan ditentukan sepihak berdasarkan pada jumlah uang (modal) yang dipinjamkan dikali dengan tingkat suku bunga yang berlaku	Besarnya nisbah bagi hasil ditentukan berdasarkan pada jumlah keuntungan atau hasil usaha yang diperoleh sesuai dengan kesepakatan.
Penarikan bunga dilakukan tanpa memperhatikan apakah usaha yang dijalankan apakah usaha yang dijalankan oleh pihak nasabah	Pembagian hasil dilakukan berdasarkan keuntungan dari usaha yang dijalankan. Namun bila terjadi kerugian, akan ditanggung bersama oleh kedua belah

³⁷ Burhanuddin Susanto, *Op. cit*, hlm. 30 – 31 lihat juga Muhammad Sayfi’I Antonio, *Op. cit*, hlm. 60 – 61

untung atau rugi	pihak
Pemberian bunga kepada nasabah bersifat tetap (<i>fixed and predetermined rate</i>), meskipun tingkat keuntungan bank mengalami peningkatan	Bagi hasil dengan nasabah meningkat sesuai dengan peningkatan jumlah keuntungan yang diperoleh pihak bank
Riba (bunga) bertentangan dengan prinsip syariah	Bagi hasil sesuai dengan prinsip syariah

Dalam bukunya yang berjudul *Bank Syariah dari Teori ke Praktik*, Muhammad Syafi'I Antonio menyampaikan dua dampak negatif dari adanya praktek riba:³⁸

1. Dampak Ekonomi

Di antara dampak ekonomi riba adalah dampak inflatoir yang diakibatkan oleh bunga sebagai biaya uang. Hal tersebut disebabkan karena salah satu elemen dari penentuan harga adalah suku bunga. Semakin tinggi suku bunga, semakin tinggi juga harga yang akan ditetapkan pada suatu barang.

Dampak lainnya adalah bahwa utang, dengan rendahnya tingkat penerimaan pemijam dan tingginya biaya bunga, akan menjadikan pemijam tidak pernah keluar dari ketergantungan, terlebih lagi bila bunga atas utang tersebut dibungakan.

2. Sosial Kemasyarakatan

Riba merupakan pendapatan yang didapat secara tidak adil. Para pengambil riba menggunakan uangnya untuk memerintahkan orang lain agar berusaha mengembalikan, misalnya duapuluh lima persen lebih tinggi dari jumlah yang dipinjamkannya. Persoalannya, siapa yang bisa menjamin bahwa usaha yang dijalankan oleh orang itu nantinya mendapatkan keuntungan lebih dari duapuluh lima persen? Semua orang, apalagi yang beragama, tahu bahwa siapapun tidak bisa

³⁸ Muhammad Syafi'I Antonio, *Op.cit*, hlm. 67

memastikan apa yang terjadi besok atau lusa. Siapapun tahu bahwa berusaha memiliki dua kemungkinan: berhasil atau gagal. Dengan menetapkan riba, orang sudah memastikan bahwa usaha yang dikelola pasti untung.

Sekalipun penjelasan, surat – surat dan hadist tentang riba sudah sangat jelas dan *sharih* mengenai status hukum keharaman riba, namun, masih saja ada beberapa cendekiawan yang mencoba untuk memberikan pembenaran atas pengambilan bunga uang. Diantaranya karena alasan:³⁹

1. Darurat.

Dalam keadaan darurat, bunga halal hukumnya. Pengertian darurat seperti yang dinyatakan oleh *syara'* (Allah dan Rasulnya) bukan pengertian sehari – hari terhadap istilah ini. Berikut pandangan dan dasar hukum tentang darurat.

- a. Imam Suyuti dalam bukunya *al – Asybah wan – Nadzair* menegaskan bahwa darurat adalah keadaan *emergency* dimana jika seseorang tidak segera melakukan sesuatu tindakan dengan cepat akan membawa ke jurang kehancuran atau kematian.⁴⁰
- b. Dalam literatur klasik, keadaan *emergency* ini sering dicontohkan dengan seseorang yang tersesat di hutan dan tidak ada makanan lain kecuali daging babi yang diharamkan. Dalam keadaan darurat demikian Allah menghalalkan daging babi dengan dua batasan. Penjelasan tersebut terdapat dalam surat Al – Baqarah ayat 173:

“Barang siapa dalam keadaan terpaksa (memakannya), sedang dia (1) tidak menginginkan dan (2) tidak (pula) melampaui batas, maka tidak ada dosa baginya. Sesungguhnya Allah Maha Pengampun lagi Maha Penyayang.”

Sesuai dengan ayat diatas, para ulama merumuskan kaidah “Darurat itu harus dibagi sesuai kadarnya.” Artinya, darurat itu ada masa berlakunya serta ada batasan ukuran dan kadarnya.

2. Berlipat ganda.

³⁹ Muhammad Syafi’I Antonio, *Op. cit*, hlm. 54 - 59

⁴⁰ Jalaluddin Abdurrahman as – Suyuti, *al – Asybah wan – Nadzhair fi Qawaid wa Furu’ Fiqh asy – syafiiyah*, (Beirut: Darul – Kutub al – Amaliyah, 1983), Hal. 85. Lihat juga Muhammad Syafi’I Antonio, *Op. cit*, hlm. 55

Hanya bunga yang berlipat ganda saja yang dilarang, sedangkan suku bunga yang wajar dan tidak mendzalimi diperkenankan. Pendapat yang mengungkapkan bahwa bunga mempunyai kategori riba bila sudah berlipat ganda dan sudah memberatkan, sementara bila kecil dan wajar – wajar saja dibenarkan. Pendapat ini berasal dari pemahaman keliru dari Al – Qur’an surat Ali –Imran ayat 130:

“Hai orang – orang yang beriman, janganlah kalian memakan riba dengan berlipat ganda dan bertakwalah kalian kepada Allah supaya kalian mendapat kebaruntungan”

Surat Ali – Imran ayat 130 diatas, hanya melarang riba yang berlipat ganda. Namun bila dipahami ayat tersebut secara cermat dan komprehensif dalam kaitannya dengan ayat – ayat riba lainnya, serta pemahaman terhadap fase – fase pelarangan riba secara menyeluruh akan sampai pada kesimpulan bahwa riba dalam segala bentuk dan jenisnya mutlak diharamkan oleh Pencipta manusia dan seluruh Nabi dan Rasul – Nya yang telah diutus menyampaikan kebenaran kepada umat manusia. Oleh karena itu, kriteria berlipat ganda dimaksud harus dipahami sebagai hal atau sifat dari riba dan sama sekali bukan merupakan syarat. Syarat berarti kalau terjadi pelipatgandaan maka disebut riba, jikalau kecil tidak disebut riba.⁴¹

3. Bank, sebagai lembaga tidak masuk dalam kategori *mukallaf*.

Sebagian ulama ada yang berpendapat bahwa ketika ayat Al – Qur’an tentang riba turun dan disampaikan kepada Nabi Muhammad SAW di Jazirah Arab belum ada bank atau lembaga keuangan, yang ada hanyalah individu – individu.⁴² Oleh karena itu, Bank Central Asia (BCA), Bank Danamon, Bank Lippo atau bank – bank lainnya tidak terkena hukum *taklif* karena pada saat Nabi Muhammad SAW hidup belum ada bank – bank tersebut.

⁴¹ Zainuddin Ali, *Hukum Perbankan Syariah*, Cet. 1, (Jakarta: Sinar Grafika, 2008), hlm. 108

⁴² Ibrahim Husein, *Kajian Tentang Bunga Bank Menurut Hukum Islam*, disampaikan pada saat workshop on Bank and Banking Interest, disponsori oleh Majelis Ulama Indonesia, Safari Garden Hotel, Cisarua, Bogor, 19 – 22 Agustus 1990, sebagaimana dikutip dalam Muhammad Syafi’I Antonio, *Op. cit*, hlm. 58

Pendapat diatas mempunyai kelemahan baik dari sisi historis maupun teknis. Hal itu diungkapkan sebagai berikut:

- a. Tidaklah benar bahwa pada zaman Rasulullah tidak ada “badan hukum” sama sekali. Sejarah Romawi, Persia dan Yunani menunjukkan ribuan lembaga keuangan yang mendapat pengesahan dari pihak penguasa. Dengan kata lain, perseroan mereka telah masuk ke lembaran negara.
- b. Dalam tradisi hukum, perseroan atau badan hukum sering disebut sebagai *juridical personality* atau *syakhsiyah hukmiah*. *Juridical personality* ini secara hukum adalah sah dan dapat mewakili individu – individu secara keseluruhan.

Apabila dilihat dari sisi mudharat dan manfaat, perusahaan dapat melakukan mudharat jauh lebih besar dari pelaku perseorangan. Kemampuan seorang pengedar narkoba dibandingkan dengan sebuah lembaga mafia dalam memproduksi mengekspor dan mendistribusikan obat – obatan terlarang tidaklah sama, lembaga mafia jauh lebih besar dan berbahaya. Alangkah naifnya jika kita menyatakan bahwa apapun yang dilakukan lembaga mafia tidak dapat terkena hukum *taklif* karena bukan insan *mukallaf*. Memang ia bukan insan *mukallaf*, tetapi melakukan *fi'il mukallaf* yang jauh lebih besar dan berbahaya. Demikian juga dengan lembaga keuangan, apa bedanya antara seorang rentenir dan lembaga rente, kedua – duanya lintah darat yang mencekik rakyat kecil. Bedanya, rentenir dalam skala kecamatan atau kabupaten, sedangkan lembaga rente meliputi provinsi, negara bahkan mendunia.

2.1.3 Perbedaan Bank Syariah dengan Bank Konvensional

Banyak manfaat yang dapat diperoleh dari pembentukan dan pendirian perbankan syariah. Berikut ini adalah beberapa manfaat yang dapat diberikan bank syariah dalam menciptakan kemaslahatan ekonomi:⁴³

1. Mengarahkan kegiatan ekonomi umat sebagai bentuk ibadah muamalah yang dijalankan berdasarkan prinsip syariah. Karena dengan prinsip

⁴³ Burhanuddin Susanto, *Op. cit*, hlm. 31 – 32

syariah diharapkan apa yang menjadi tujuan terpenuhinya kebutuhan jasmani dan rohani sebagai fitrah manusia dapat terpenuhi melalui kegiatan ekonomi dan perbankan syariah;

2. Keberadaan perbankan syariah dapat meningkatkan partisipasi masyarakat luas dalam proses pembangunan perekonomian nasional. Karena dalam kegiatan usaha perbankan syariah memiliki produk hukum yang menyediakan berbagai akad penghimpunan dana dan pembiayaan *equity financing* berdasarkan prinsip bagi hasil (*syarikah*) dan atau *mark up based* melalui jual beli (*bai'*). Bahkan dalam rangka memudahkan transaksi keuangan, perbankan syariah juga menyediakan berbagai macam akad untuk memberikan pelayanan jasa perbankan yang dibutuhkan masyarakat;
3. Melalui penerapan produk hukum perbankan syariah, diharapkan akan memacu pertumbuhan ekonomi disektor riil. Kerena sistem pembiayaan dan jual beli terkait langsung dengan kegiatan ekonomi nyata, sehingga melalui perbankan Syariah diharapkan akan mendukung perkembangan industri yang dapat menghasilkan barang kebutuhan masyarakat;
4. Pengalaman prinsip syariah dalam kegiatan usaha perbankan dapat mencegah terjadinya *cost push inflation*. Karena sistem bunga (riba) yang selama ini menjadi sebab ketidakstabilan ekonomi dan moneter yang diterapkan dalam operasional perbankan konvensional, telah dinyatakan haram secara tegas dalam hukum perbankan syariah.

Adapun ciri – ciri bank Islam adalah:⁴⁴

1. Keuntungan dan beban biaya yang disepakati tidak kaku dan ditentukan berdasarkan kelayakan tanggungan resiko dan korban masing – masing;
2. Beban biaya tersebut hanya dikenakan sampai batas waktu kontrak. Sisa hutang selepas kontrak dilakukan kontrak baru;
3. Penggunaan persentase untuk perhitungan keuntungan dana biaya administrasi selalu dihindarkan karena persentase mengandung potensi melipatgandakan.

⁴⁴ M. Amin Aziz, *Mengembangkan Bank Islam di Indonesia*, Buku 1, (Jakarta: Bangkit, 1992), hlm. 5 – 6

4. Pada bank Islam tidak dikenal keuntungan pasti (*fixed return*), ditentukan kepastian sesudah mendapat untung, bukan sebelumnya;
5. Uang dari jenis yang sama tidak bisa diperjualbelikan atau disewakan atau dianggap barang dagangan. Oleh karena itu, bank Islam pada dasarnya tidak memberikan pinjaman berupa uang tunai, tetapi berupa pembiayaan atau talangan dana untuk pengadaan barang dan jasa.

Dalam bank syariah, bisnis dan usaha yang dilaksanakan tidak terlepas dari saringan syariah. Karena itu, bank syariah tidak akan mungkin membiayai usaha yang terkandung didalamnya hal – hal yang diharamkan. Berikut ini perbandingan antara perbankan syariah dengan perbankan konvensional

No.	BANK ISLAM	BANK KONVENSIONAL
1.	Melakukan investasi – investasi yang halal saja.	Investasi yang halal dan haram
2.	Berdasarkan prinsip bagi hasil, jual – beli atau sewa	Memakai perangkat bunga
3.	<i>Profit dan falah oriented</i>	<i>Profit oriented</i>
4.	Hubungan dengan nasabah dalam bentuk kemitraan	Hubungan dengan nasabah dalam bentuk hubungan debitur – kreditur
5.	Penghimpunan dan penyaluran dana harus sesuai dengan fatwa Dewan Pengawas Syariah	Tidak terdapat dewan sejenis.

2.1.4 Mudharabah Muqayyadah Sebagai Produk dan Jasa Perbankan Syariah

Didalam sejarah perekonomian umat Islam, pembiayaan yang dilakukan dengan akad yang sesuai syariah telah menjadi bagian dari tradisi umat Islam sejak zaman Rasulullah SAW. Bentuk akad seperti menerima titipan, meminjamkan uang dan pembiayaan usaha serta melakukan berbagai akad terkait dengan jasa keuangan sudah merupakan bagian dari kehidupan muamalah saat itu. Dengan demikian, fungsi utama perbankan modern seperti menerima deposit,

memberikan kredit dan memberikan jasa transfer keuangan dan lain – lain merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari kehidupan umat Islam.⁴⁵

Perbankan Syariah dalam melakukan kegiatan pembiayaan dengan mitra bisnisnya menggunakan prinsip bagi hasil (*profit and loss sharing*). Dengan menggunakan prinsip bagi hasil (*profit and loss sharing*) akan terjadi kerjasama dan kebersamaan dalam menanggung resiko usaha dan berbagai hasil usaha antara pemilik dana (*Shahibul Maal*) dengan pihak pengelola usaha (*mudharib*).⁴⁶

Prinsip bagi hasil dalam perbankan syariah dapat dilakukan dalam empat akad utama, yaitu *al – musyarakah*, *al mudharabah*, *al – muzara'ah*, dan *al – musaqah*. Namun, *Mudharabah* dan *Musyarakah* adalah dua model *profit sharing* (bagi hasil) yang lebih disukai oleh hukum Islam, dan diantara kedua model ini maka *Mudharabah* adalah metode *profit loss sharing* yang paling umum digunakan paling tidak dari segi peningkatan dana. Sedangkan *al muzara'ah* dan *al musaqah* dipergunakan khusus untuk *plantation financing* atau pembiayaan pertanian oleh beberapa bank Islam.⁴⁷

Inti dari pembiayaan bisnis dengan prinsip bagi hasil (*profit and loss sharing*) terletak pada kerja sama yang baik antara *Shahibul Maal* dengan *mudharib* yang dalam sistem ekonomi Islam dikenal dengan “*Musyarakah*” (Kemitraan Aktif) dan “*Mudharabah*” (Kemitraan Pasif).⁴⁸

Kontrak *Mudharabah* (*profit and loss sharing*) telah dipraktekkan pada zaman Nabi Muhammad SAW. Pada saat itu Nabi Muhammad SAW mengeluarkan kebijakan untuk memberikan kesempatan yang lebih besar kepada kaum Muslimin dalam melakukan aktifitas produktif dan ketenagakerjaan. Nabi Muhammad SAW mendesak golongan Anshor dan Muhajirin, sejak awal kedatangan mereka di Madinah untuk melakukan perjanjian *mudharabah* (kerjasama dua pihak, yang satu menyerahkan modal dan yang lainnya mengatur bidang usahanya), *Muzara'ah* (pembagian hasil panen) dan *Musaqat* (salah satu

⁴⁵ Adiwarmanto A Karim, *Op.cit*, hlm. 18

⁴⁶ Karnaen A. Perwataatmadja, *Membumikan Islam di Indonesia*, (Depok: Usaha Kami, 1996), hlm. 4

⁴⁷ Muhammad Syafi'I Antonio, *Op.cit*, hlm. 90

⁴⁸ Afzarul Rahman, *Economic Doctrine of Islam*, diterjemahkan oleh Nastagin, (Yogyakarta: Dana Wakaf, 1996), hlm. 365.

pihak menyediakan kebun dan pihak lainnya mengatur irigasi dan juga tenaga kerja.⁴⁹

Konsep bagi hasil yang digambarkan dalam buku Fiqh pada umumnya diasumsikan bahwa para pihak yang bekerja sama bermaksud untuk memulai atau mendirikan suatu usaha patungan (*joint venture*) ketika semua mitra turut berpartisipasi sejak awal beroperasi dan tetap menjadi mitra usaha sampai usaha berakhir pada waktu semua aset dilikuidasi. Jarang sekali ditemukan konsep usaha yang terus berjalan (*running business*) ketika mitra usaha bisa datang dan pergi setiap saat tanpa mempengaruhi jalannya usaha. Hal ini disebabkan buku – buku Fiqh Islam ditulis pada waktu usaha tidak sebesar dan serumit usaha zaman sekarang, sehingga konsep “*running business*” tidak mendapat perhatian.

Namun demikian, itu tidak berarti bahwa konsep bagi hasil tidak dapat diterapkan untuk pembiayaan suatu usaha yang sedang berjalan. Konsep bagi hasil berlandaskan pada beberapa prinsip dasar. Selama prinsip – prinsip dasar ini dipenuhi, detail dari aplikasinya akan bervariasi dari waktu ke waktu. Ciri utama pola bagi hasil adalah bahwa keuntungan dan kerugian ditanggung bersama baik oleh pemilik dana maupun pengusaha.⁵⁰ Beberapa prinsip dasar konsep bagi hasil yang dikemukakan oleh Usmani, adalah sebagai berikut:⁵¹

1. Bagi hasil tidak berarti meminjamkan uang, tetapi merupakan partisipasi dalam usaha. Dalam hal *musyarakah*, keikutsertaan asset dalam usaha hanya sebatas proporsi pembiayaan masing – masing pihak.
2. Investor atau pemilik dana harus ikut menanggung resiko kerugian usaha sebatas proporsi pembiayaannya.
3. Para mitra usaha bebas menentukan, dengan persetujuan bersama, rasio keuntungan untuk masing – masing pihak, yang dapat berbeda dari rasio pembiayaan yang disertakan.
4. Kerugian yang ditanggung oleh masing – masing pihak harus sama dengan proporsi investasi mereka.

⁴⁹ Kadin Sadr, *The Islamic Approach to Islamic Problem*, (Teheran Sahid: Bahesthi University, 1989), hlm. 21

⁵⁰ Ascarya, *Op. cit*, hlm. 48 – 49

⁵¹ M. Taqi Usmani, *An Introduction to Islamic Finance*, (Idaratul Ma’arif Karachi, 1999)

Al – musyarakah adalah akad kerja sama antara dua pihak atau lebih untuk suatu usaha tertentu dimana masing – masing pihak memberikan kontribusi dana (*amal/expertise*) dengan kesepakatan bahwa keuntungan dan resiko akan ditanggung bersama sesuai dengan kesepakatan.⁵²

Mudharabah disyariatkan berdasarkan *Ijma'* (kesepakatan) para sahabat dan berdasarkan kesepakatan para Imam yang menyatakan kebolehnya. Hal ini didasarkan dalil yang mengungkapkan bahwa tolong – menolong dalam kebaikan dan saling mencegah dalam hal kemungkaran, namun tetap berprinsip pada ketentuan hukum perdata Islam yang diungkapkan sebagai berikut:⁵³

1. Harus dilakukan antara sesama muslim yang sudah dianggap sah untuk melakukan jual – beli. Orang kafir dengan orang Muslim boleh melakukan *mudharabah* dengan catatan modal harus dari orang kafir dan kerjanya dari orang Muslim, karena seorang Muslim tidak dikhawatirkan akan mencari harta yang haram.
2. Modal.
 - a) Modal harus dinyatakan dengan jelas jumlahnya, seandainya modal berbentuk barang – barang, maka barang tersebut harus dihargakan dengan harga semasa dalam uang yang beredar (atau sejenisnya).
 - b) Modal harus dalam bentuk tunai dan bukan piutang.
 - c) Modal harus diserahkan kepada *mudharib*, untuk memungkinkannya melakukan usaha.⁵⁴
3. Bagian pengelola (keuntungan pengelola) harus ditetapkan. Apabila tidak ditetapkan, pengelola berhak atas upah kerjanya dan pemilik harta berhak atas seluruh keuntungan, jika kedua belah pihak sepakat berpendapat bahwa keuntungan dibagi antara mereka, maka pembagian dilakukan dengan dibagi dua.
4. Jika berselisih dari hal bagian yang disyaratkan, apakah 25 %-nya atau 50 % - nya, maka yang harus diterima adalah pendapat pemilik modal asal disertai dengan sumpah. Sebab, diharamkan merugikan sesama

⁵² Muhammad Syafi'I Antonio, *Op.cit*, Hal. 90

⁵³ Zainuddin Ali, *Hukum Perdata Islam di Indonesia*, Cet. 1, (Jakarta: Sinar Grafika), hlm. 155 – 156

⁵⁴ Rachmadi Usman, *Op.cit*, hlm. 25

muslim, pengelola tidak bisa kerjasama bagi hasil dengan pihak lain bila akan membahayakan harta pemilik modal, kecuali jika mendapatkan izinnnya.

5. Keuntungan tidak dibagikan selama perjanjian masih tetap ada, terkecuali kalau kedua belah pihak setuju dan sepakat melakukan pembagian.
 - a) Pembagian keuntungan harus dinyatakan dalam persentase dari keuntungan yang mungkin dihasilkan nanti.
 - b) Kesepakatan rasio persentase harus dicapai melalui negosiasi dan dituangkan dalam kontrak.
 - c) Pembagian keuntungan baru dapat dilakukan setelah *mudharib* mengembalikan seluruh (atau sebagian) modal kepada *shahibul maal* atau *rab almal*.⁵⁵
6. Apabila hubungan kerjasama telah terputus, namun masih ada harta yang masih menjadi hak orang lain, baik berupa barang atau sisa utang pada seseorang, maka pihak pemilik uang memohon agar barang tersebut diuangkan atau menjual barang sisa atau membayar sisa utang pada orang lain dengan uang kontan atau meminta agar utang dikembalikan maka pekerja harus melakukannya.
7. Laporan dan pengakuan pihak pengelola mengenai kerusakan dan kerugian barang dapat diterima bila dia membawa bukti – bukti dan mau bersumpah, bila tidak demikian maka laporannya tidak bisa diterima.

Mudharabah Muqayyadah merupakan jasa yang diberikan dengan cara mempertemukan pihak pemilik dana (*shahibul maal*) yang ingin menginvestasikan dananya dengan pihak pengelola (*mudharib*) yang mempunyai suatu proyek/usaha yang layak, setelah dilakukan analisa – analisa bisnis yang lazim terlebih dahulu. Pihak yang menjadi penghubung (*arranger*) dari kedua belah pihak tadi akan mendapatkan upah atas jasanya sebagai *arranger*, dan dapat pula diminta melakukan pengadministrasian atas pembayaran bagi hasil maupun

⁵⁵ Muhammad, *Sistem dan Prosedur Operasional Bank Islam*, (Yogyakarta: Universitas Islam Indonesia Press, 2000), hlm. 17

pengembalian dana *shahibul maal* berdasarkan akad atau kontrak *mudharabah muqayyadah* yang telah disepakati.

Didalam aplikasi perbankan prinsip – prinsip *mudharabah muqayyadah* ini dapat diterapkan dalam bentuk *special investment*, dimana bank akan menyalurkan dana nasabah tertentu untuk diinvestasikan kedalam proyek yang telah dipelajari dan dianalisa oleh pihak bank, layak dan *profitable* sehingga pihak bank merekomendasikan kepada nasabah pemilik dana untuk investasi ke proyek tersebut. Bank hanya memberikan beberapa alternatif sesuai hasil evaluasi dan analisa bank, sedangkan keputusan untuk investasi tetap ada pada nasabah pemilik dana, sehingga dalam hal ini pihak bank tidak menanggung resiko sama sekali. Apabila terjadi kesepakatan antara pemilik dana dan pemilik proyek, maka tugas bank sudah selesai dan bank akan mendapatkan upah (*arranger fee*).⁵⁶

Mudharabah sebagai kata, saling memukul. Sebagai istilah, pemilik modal menyerahkan modalnya kepada pekerja (pedagang) untuk dipergadangkan, sedangkan keuntungan dagang itu dibagi menurut kesepakatan bersama. Istilah ini berkembang di Irak, sedangkan di Hijaz istilah dengan maksud yang sama disebut *qiradh*. Bilamana dalam perniagaan si pekerja tidak ada keuntungan, modal si pemilik dikembalikan utuh. Jika rugi, kerugian ditanggung oleh pemodal.⁵⁷ *Mudharabah* adalah kontrak (perjanjian) antara pemilik modal (*rab al mal*) dengan penggunaan dana (*mudharib*) untuk digunakan dalam aktivitas yang produktif dimana keuntungan dibagi dua antara pemodal dan pengguna modal. Kerugian jika ada ditanggung oleh pemilik modal, jika kerugian itu terjadi dalam keadaan normal, pemodal (*rab al mal*) tidak boleh intervensi kepada pengguna dana (*mudharib*) dalam menjalankan usaha.⁵⁸ Namun, apabila kerugian disebabkan oleh kecurangan atau kelalaian pihak pengelola, maka mereka harus mempertanggungjawabkan atas kerugian tersebut.⁵⁹

Akad *mudharabah* biasanya ditetapkan pada produk – produk perbankan berupa pembiayaan dan pendanaan. Namun dari segi penghimpunan dana, akad

⁵⁶ Tim Pengembangan Perbankan Syariah Institut Bankir Indonesia, *Konsep, Produk dan Implementasi Operasional Bank Syariah*, (Jakarta: Djambatan, 2003), hlm. 229

⁵⁷ Majalah Kisah Islami alKisah, *Op. cit*, hlm. 41

⁵⁸ M. Fahim Khan, *Essays in Islamic Economics*, (United Kingdom: The Islamic Foundation, 1995), hlm. 80

⁵⁹ Burhanuddin Susanto, *Op.cit*, hlm. 265

mudharabah dapat diterapkan pada produk – produk perbankan berupa giro *mudharabah* dan deposito *mudharabah*. Ditinjau dari fungsinya, secara umum, *Mudharabah* terbagi menjadi dua jenis, yaitu:⁶⁰

1. *Mudharabah mutlak (Mudharabah Mutlaqah)*

Dalam *mudharabah mutlaqah*, pihak pengusaha (*mudharib*) diberi kuasa penuh untuk menjalankan proyek tersebut tanpa dibatasi dalam urusan yang berkaitan dengan proyek itu, dan tidak terikat waktu, tempat jenis perusahaan maupun pelanggan. Dengan demikian *mudharib* diberi kewenangan penuh untuk mengelola dana dari *shahibul maal*

2. *Mudharabah Muqayyadah.*

Dalam *mudharabah* jenis ini, pengusaha (*mudharib*) dibatasi kegiatannya untuk menjalankan *mudharabah* hanya dalam bidang, cara, jangka waktu dan tempat tertentu saja. Oleh karena itu, dalam menjalankan usaha *mudharabah* – nya, pengusaha terikat dengan syarat – syarat dan batasan – batasan tersebut.

Mudharabah biasanya diterapkan pada produk – produk pembiayaan dan pendanaan. Pada sisi penghimpunan dana, *mudharabah* diterapkan pada:

1. Tabungan berjangka, yaitu tabungan yang dimaksudkan untuk tujuan khusus, seperti tabungan haji, tabungan kurban, deposito biasa, dan sebagainya.
2. Deposito spesial (*special investment*), dimana dana yang dititipkan nasabah khusus untuk bisnis tertentu, misalnya *murabahah* atau *ijarah* saja.

Adapun dari sisi pembiayaan, *mudharabah* diterapkan untuk:

1. Pembiayaan modal kerja, seperti modal kerja perdagangan dan jasa.
2. Investasi khusus, disebut juga *mudharabah muqayyadah*, dimana sumber dana khusus dengan penyaluran khusus dengan syarat – syarat yang telah ditetapkan oleh *shahibul maal*.

Manfaat dari *mudharabah* yang dapat diperoleh oleh pihak bank maupun nasabah antara lain:

⁶⁰ Muhammad Syafi'I Antonio, *Op. cit*, hlm. 97 – 98

1. Bank akan menikmati peningkatan bagi hasil pada saat keuntungan usaha nasabah meningkat.
2. Bank tidak berkewajiban membayar bagi hasil kepada nasabah pendanaan secara tetap, tetapi disesuaikan dengan pendapatan/hasil usaha bank sehingga bank tidak akan pernah mengalami *negative spread*.
3. Pengembalian pokok pembiayaan disesuaikan dengan *cash flow*/ arus kas usaha nasabah sehingga tidak memberatkan nasabah.
4. Bank akan lebih selektif dan hati – hati (*prudent*) mencari usaha yang benar – benar halal, aman, dan menguntungkan karena keuntungan yang konkret dan benar – benar terjadi itulah yang akan dibagikan.
5. Prinsip bagi hasil dalam *mudharabah/musyarakah* ini berbeda dengan prinsip bunga tetap dimana bank akan menagih penerima pembiayaan (nasabah) satu jumlah bunga tetap berapapun keuntungan yang dihasilkan nasabah, sekalipun merugi dan terjadi krisis ekonomi.

Resiko yang terdapat dalam *mudharabah*, terutama pada penerapannya dalam pembiayaan relatif tinggi, diantaranya:

1. *Side streaming*, nasabah menggunakan dana itu bukan seperti yang disebutkan dalam kontrak;
2. Lalai dan kesalahan yang disengaja;
3. Penyembunyian keuntungan oleh nasabah bila nasabahnya tidak jujur

2.1.5 Perikatan Islam dan Perikatan Perdata

Setiap produk atau jasa yang ditawarkan oleh perbankan syariah kepada nasabah harus melakukan perikatan, oleh karenanya perikatan dalam setiap produk atau jasa perbankan syariah merupakan dasar dalam melakukan perbuatan hukum. Dalam bank syariah, akad yang dilakukan memiliki konsekuensi duniawi dan ukhrawi karena akad yang dilakukan berdasarkan hukum Islam. Seringkali nasabah berani melanggar kesepakatan/perjanjian yang telah dilakukan bila hukum itu hanya berdasarkan hukum positif belaka, tapi tidak demikian bila

perjanjian tersebut memiliki pertanggungjawaban hingga *yaumul qiyamah* nanti.⁶¹ Dalam karya tulis ini, penulis akan membahas perikatan baik secara hukum Islam maupun hukum perdata, karena dasar pembentukan bank syariah adalah hukum Islam dan hukum perdata selaku hukum yang mengatur secara umum di Indonesia.

Dalam kaitannya dengan hukum perikatan Islam, Fathurahman Djamil mengemukakan enam asas yang terdapat dalam hukum Islam, yaitu:⁶²

1. Asas Kebebasan (*Al – Hurriyah*)

Islam memberikan kebebasan kepada para pihak untuk melakukan suatu perikatan. Bentuk dan perikatan tersebut ditentukan oleh para pihak. Apabila telah disepakati bentuk dan isinya, maka perikatan itu mengikat para pihak yang menyepakatinya dan harus dilaksanakan segala hak dan kewajibannya. Namun kebebasan ini tidaklah absolut. Sepanjang tidak bertentangan dengan syariat Islam, maka perikatan tersebut boleh dilaksanakan. Adapun dasar hukumnya adalah surat Al – Maidah ayat 1, yang berbunyi: “Hai orang – orang yang beriman, penuhilah akad – akad itu”.

Kebebasan berkontrak dalam system hukum Islam dilaksanakan antara duajalur. Pertama, perbuatan kontrak sebagaimana difirmankan Allah SWT melalui kebiasaan Nabi Muhammad SAW. Kedua, prinsip larangan terhadap riba dan *uncertainty (gharar)*.⁶³

Didalam Kitab Undang – undang Hukum Perdata, asas kebebasan untuk melakukan perikatan (*freedom of contract*) mendapatkan dasar eksistensinya dalam rumusan pasal 1320 angka 4. Dengan kebebasan berkontrak ini, para pihak yang membuat dan mengadakan perjanjian diperbolehkan untuk menyusun dan membuat kesepakatan atau perjanjian yang melahirkan kewajiban apa saja, selama dan sepanjang prestasi yang

⁶¹ Afzarul Rahman, *Economic Doctrines of Islam*, Lahore, Islamic Publication, 1990. Lihat juga Muhammad Syafi’I Antonio, *Op.cit*, hlm. 29

⁶² Faturahman Djamil, *Hukum Perjanjian Syariah*”, dalam *Kompilasi Hukum Perikatan* oleh Mariam Darus Badruzaman, Cet 1, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hlm. 249 – 251

⁶³ Abd El Wahab Ahmed El Hassan, *Freedom of Contract, The Doctrine of Frustration, and Sanctity of Contract in Sudan Law and Islamic Law*, Vol 1 Part 1, (Arab Law Quarterly. 1995), hlm. 54. Sebagaimana dikutip oleh Ridwan Khairandy, *Itikad Baik dalam Kebebasan Berkontrak*, Cet.2, (Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2004), hlm. 54

wajib dilakukan tersebut bukanlah sesuatu yang terlarang. Ketentuan Pasal 1337 Kitab Undang – undang Hukum Perdata menyatakan bahwa:

“Suatu sebab adalah terlarang, apabila dilarang oleh undang – undang atau apabila berlawanan dengan kesusilaan baik atau ketertiban umum.”

Ketentuan tersebut memberikan gambaran kepada kita semua, bahwa pada dasarnya semua perjanjian dapat dibuat dan diselenggarakan oleh setiap orang. Hanya perjanjian yang mengandung prestasi atau kewajiban pada salah satu pihak yang melanggar undang – undang kesusilaan dan ketertiban umum saja yang dilarang.⁶⁴

Kebebasan berkontrak dan asas *pacta sunt servanda*⁶⁵ dalam kenyataannya dapat menimbulkan ketidakadilan. Kebebasan berkontrak didasarkan pada asumsi bahwa para pihak dalam kontrak memiliki posisi tawar (*bargaining position*) yang seimbang, tetapi dalam kenyataannya para pihak tidak selalu memiliki posisi tawar yang seimbang. Akibatnya, pihak yang memiliki posisi tawar yang lebih kuat cenderung menguasai pihak yang memiliki posisi tawar yang lebih lemah. Namun kemudian pada abad duapuluh paradigma kebebasan berkontrak bergeser kearah paradigma kepatutan.⁶⁶

Kebebasan berkontrak dalam hukum kontrak memiliki makna kebebasan berkontrak yang positif dan negatif. Kebebasan berkontrak yang positif adalah bahwa para pihak memiliki kebebasan untuk membuat kontrak yang mengikat yang mencerminkan kehendak bebas para pihak. Dengan prinsip tersebut, maka pembentukan suatu kontrak dan pemilihan isi kontrak adalah hasil kehendak bebas para pihak. Kebebasan kontrak

⁶⁴ Kartini Muljadi dan Gunawan Widjaja, *Perikatan yang Lahir dari Perjanjian*, (Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2003), hlm. 46

⁶⁵ Ridwan Khairandy dalam bukunya berjudul *Itikad Baik dalam Kebebasan Berkontrak* memberikan definisi Kebebasan Berkontrak adalah kebebasan para pihak yang terlibat dalam suatu kontrak untuk mengadakan atau tidak mengadakan perjanjian, kebebasan untuk menentukan dengan siapa mengadakan perjanjian, kebebasan untuk menentukan isi perjanjian dan kebebasan untuk menentukan bentuk perjanjian. Sedangkan *Pacta sunt servanda* adalah apa yang disepakati oleh para pihak dalam kontrak memiliki kekuatan mengikat bagi para pihak sebagaimana layaknya undang - undang

⁶⁶. Ridwan Khairandy, *Op. cit*, hlm. 1 – 2

negatif bermakna bahwa para pihak bebas dari suatu kewajiban sepanjang kontrak yang mengikat itu tidak mengaturnya.⁶⁷

2. Asas Persamaan atau Kesetaraan (*Al – Musawah*)

Suatu perbuatan muamalah salah satu jalan untuk memenuhi kebutuhan hidup manusia. Antara sesama manusia masing – masing memiliki kelebihan dan kekurangan. Untuk itu, antara manusia satu dengan yang lain hendaknya saling melengkapi atas kekurangan yang lain dari kelebihan yang dimilikinya. Oleh karena itu, setiap manusia memiliki kesempatan yang sama untuk melakukan suatu perikatan. Dalam melakukan perikatan ini, para pihak menentukan hak dan kewajiban masing – masing didasarkan pada asas persamaan dan kesetaraan ini. Tidak boleh ada suatu kezaliman yang dilakukan dalam perikatan tersebut.

3. Asas Keadilan (*Al – ‘Adalah*)

Adil adalah merupakan salah satu sifat Allah SWT yang sering kali disebutkan dalam Al – Qur’an. Bersikap adil sering kali Allah SWT tekankan kepada manusia dalam melakukan perbuatan, karena adil menjadikan manusia lebih dekat kepada takwa. Sebagaimana disebutkan dalam Al – Qur’an ayat 29 “Katakanlah: “Tuhanku menyuruh supaya berlaku adil.”

4. Asas Kerelaan (*Al – Ridha*)

Segala transaksi yang dilakukan harus atas dasar suka sama suka atau kerelaan antara masing – masing pihak, tidak boleh ada tekanan, paksaan, penipuan dan *mis – statement*. Jika hal ini tidak terpenuhi, maka transaksi tersebut dilakukan dengan cara yang batil. Disamping itu pula, jika hal tersebut terjadi, dapat membatalkan perbuatan tersebut. Unsur sukarela ini menunjukkan keikhlasan dan itikad baik dari para pihak. Asas kerelaan ini sesuai dengan Surat An – Nisa ayat 29, yang berbunyi:

“Hai orang – orang yang beriman, janganlah kamu saling memakan harta sesamamu dengan jalan batil, kecuali dengan jalan perniagaan yang berlaku dengan suka sama suka diantara kamu”.

⁶⁷ *Ibid*, hlm. 42

Hal ini sejalan dengan pasal 1321 Kitab Undang – undang Hukum Perdata yang berbunyi:

“Tiada suatu perjanjian pun mempunyai kekuatan jika diberikan karena kekhilafan atau diperoleh dengan paksaan atau penipuan”.

5. Asas Kejujuran dan Kebenaran (*Ash – Shidq*)

Kejujuran merupakan hal yang harus dilakukan oleh manusia dalam segala bidang kehidupan, termasuk dalam pelaksanaan muamalat. Jika kejujuran ini tidak diterapkan dalam perikatan, maka akan merusak legalitas perikatan itu sendiri. Selain itu, jika terdapat ketidakjujuran dalam perikatan, akan menimbulkan perselisihan diantara para pihak.

Perbuatan muamalat dapat dikatakan benar apabila memiliki manfaat bagi para pihak yang melakukan perikatan dan juga bagi masyarakat dan lingkungannya. Sedangkan perbuatan muamalat yang mendatangkan *mudharat* adalah dilarang. Dalam surat Al – Ahzab ayat 70 disebutkan bahwa: “Hai orang – orang yang beriman, bertakwalah kamu kepada Allah, dan katakanlah perkataan yang benar.”

Hal ini sejalan pula dengan pasal 1321 Kitab Undang – undang Hukum Perdata sebagaimana telah disebutkan diatas. Sehingga jika dalam suatu perjanjian terdapat unsur penipuan, maka perjanjian tersebut dapat dibatalkan.

6. Asas Tertulis (*Al – Kitabah*)

Hukum *syara*’ mensyaratkan lebih sekedar kata sepakat terhadap suatu akad (kontrak) tertentu, yakni dengan mensyaratkan juga salah satu dari hal – hal sebagai berikut:⁶⁸

- a. Kontrak tertentu tidak cukup dengan ijab kabul semata, tetapi harus dalam bentuk tertulis, yang sering disebut dengan istilah “kontrak formal”. Sebagaimana yang difirmankan Allah SWT dalam Al – Qur’an surat Al – Baqarah ayat 282, yang artinya sebagai berikut:

“Hai orang – orang yang beriman, apabila kamu bermuamalah tidak secara tunai untuk waktu yang ditentukan, maka kamu menuliskannya.”

⁶⁸ Munir Fuady, *Hukum Kontrak (Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*, Buku kedua, Cet.1, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2003), hlm. 31 – 32

- b. *Al – Uqud al – Ainiyah*, yang merupakan kontrak riil, yakni akad baru ada setelah adanya suatu *levering* (serah terima). Kedalam kelompok akad seperti ini, termasuk akad – akad sebagai berikut:
- b.1. Hibah
 - b.2. Pinjam meminjam (*'ariah*)
 - b.3. Penitipan barang (*Al – Wadi'ah*)
 - b.4. *Qirad*, yakni suatu persekutuan modal (*mudharabah*)
 - b.5. *Rahn* (Jaminan hutang)

Dengan demikian, Allah SWT menganjurkan kepada manusia hendaknya suatu perikatan dilakukan secara tertulis, dihadiri oleh saksi – saksi, dan diberikan tanggungjawab individu yang melakukan perikatan dan yang menjadi saksi. Selain itu, dianjurkan pula bahwa apabila suatu perikatan dilaksanakan tidak secara tunai, maka dapat dipegang suatu benda sebagai jaminannya. Adanya tulisan, saksi, dan/atau benda jaminan ini menjadi alat bukti atas terjadinya perikatan tersebut.

Untuk memberikan kepastian hukum bagi para pihak, sebaiknya suatu akad atau perjanjian dibuat secara tertulis, hal ini yang akan dijadikan sebagai bukti otentik bagi para pihak yang mengadakan perjanjian tersebut. Pada umumnya perjanjian dalam bentuk tertulis disebut juga dengan kontrak.

Berdasarkan Black's Law Dictionary, perjanjian memiliki pengertian yang luas dari pada kontrak, karena kontrak biasanya dibuat dalam bentuk tertulis diantara dua atau lebih orang yang melahirkan kewajiban untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu hal yang khusus.

Dari keenam asas tersebut, Gemala Dewi dalam bukunya yang berjudul Hukum Perikatan Islam di Indonesia menambahkan suatu asas utama yang mendasari setiap perbuatan manusia, termasuk perbuatan muamalat, yaitu asas *ilahiah* atau asas *tauhid*. Setiap tingkah laku dan perbuatan manusia tidak akan luput dari ketentuan Allah SWT. Seperti disebutkan dalam Surat Al – Hadid ayat 4, bahwa: “Dia bersama kamu dimana saja kamu berada. Dan Allah Maha melihat apa yang kamu kerjakan.”

Kegiatan muamalat, termasuk perbuatan perikatan, tidak akan pernah lepas dari nilai – nilai ketauhidan. Dengan demikian, manusia memiliki tanggungjawab akan hal ini. Tanggungjawab kepada masyarakat, tanggung jawab kepada pihak kedua, tanggung jawab kepada diri sendiri, dan tanggungjawab kepada Allah SWT. Akibatnya, manusia tidak akan berbuat sekehendak hatinya, karena segala perbuatannya akan mendapat balasan dari Allah SWT.⁶⁹

Akad atau transaksi yang digunakan bank syariah dalam operasinya terutama diturunkan dari kegiatan mencari keuntungan (*tijarah*) dan sebagian dari kegiatan tolong menolong (*tabarru'*). Turunan dari *tijarah* adalah perniagaan (al – bai') yang berbentuk kontrak pertukaran dan kontrak bagi hasil dengan segala variasinya.⁷⁰ Akad adalah pertalian antara ijab dan kabul yang dibenarkan oleh *syara'* yang menimbulkan akibat hukum terhadap objeknya. Terdapat dua istilah dalam Al – Qur'an yang berhubungan dengan perjanjian, yaitu *al – 'aqdu* (akad) dan *al – 'ahdu* (Janji). Menurut Fathurrahman Djamil, istilah *al – 'aqdu* ini dapat disamakan dengan istilah *verbentenis* dalam Kitab Undang – undang Hukum Perdata, sedangkan istilah *al – 'ahdu* dapat disamakan dengan istilah perjanjian atau *overeenkomst*, yaitu suatu pernyataan dari seseorang untuk mengerjakan atau tidak mengerjakan sesuatu yang tidak berkaitan dengan orang lain.⁷¹

Abdoerraoef mengemukakan terjadinya suatu perikatan (*al – aqdu*) melalui tiga tahap, yaitu sebagai berikut:⁷²

1. *Al 'ahdu* (Perjanjian), yaitu pernyataan dari seseorang untuk melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu dan tidak ada sangkut pautnya dengan kemauan orang lain. Janji ini mengikat orang yang

⁶⁹ Gemala Dewi, *Hukum Perikatan Islam di Indonesia*, Hal. 30 – 31, Lihat Muhammad Syakir Sula, *Asuransi Syariah (Life and General): Konsep dan Sistem Operasional*, Cet. 1, Jakarta: Gema Insani Press, 2004, hlm. 723 – 727, AM. Hasan Ali, *Asuransi dalam Perspektif Hukum Islam: Suatu Tinjauan Analisis Historis, Teoritis, dan Praktis*, Cet. 1, Jakarta: Prenada Media, 2004), Hal. 125 – 126, dan Yeni Salma Barlinti, *Prinsip – prinsip Hukum Perdagangan Berdasarkan Ketentuan World Trade Organization dalam Perspektif Hukum Islam*, Tesis Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2001, hlm. 78 – 79.

⁷⁰ Ascarya, *Akad dan Produk Bank Syariah*, (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2007), hlm. 37

⁷¹ Fathurrahman Djamil, *op.Cit*, hlm. 247 – 248

⁷² Abdoerraoef, *Al – Qur'an dan Ilmu Hukum: A Comparative Study*, (Jakarta, Bulan Bintang, 1970), hlm. 122 – 123. Sebagaimana dikutip oleh Gemala Dewi, et, al, *Hukum Perikatan Islam di Indonesia*, *Op.cit*, hlm. 46

menyatakannya untuk melaksanakan janjinya tersebut, seperti yang difirmankan oleh Allah SWT dalam Surat Ali Imran ayat 76

2. Persetujuan, yaitu pernyataan setuju dari pihak kedua untuk melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu sebagai reaksi terhadap janji yang dinyatakan oleh pihak pertama. Persetujuan tersebut harus sesuai dengan janji pihak pertama.
3. Apabila dua buah janji dilaksanakan maksudnya oleh para pihak, maka terjadilah apa yang dinamakan *aqdu* oleh Al – Qur'an yang terdapat dalam Surat Al – Maidah ayat 1. Maka, yang mengikat masing – masing pihak sesudah pelaksanaan perjanjian itu bukan lagi perjanjian atau *ahdu* itu, tetapi *'aqdu*.

Perbedaan yang terjadi dalam proses perikatan antara hukum Islam dengan Kitab Undang – undang Hukum Perdata adalah pada tahap perjanjiannya. Pada hukum perikatan Islam, janji pihak pertama terpisah dari janji pihak kedua (merupakan dua tahap), baru kemudian lahir perikatan. Sedangkan pada Kitab Undang – undang Hukum Perdata, perjanjian antara pihak pertama dengan pihak kedua adalah satu tahap yang kemudian menimbulkan perikatan diantara mereka.

Akad adalah suatu perikatan antara ijab dan kabul dengan cara yang dibenarkan *syara'* yang menetapkan adanya akibat – akibat hukum pada objeknya. Ijab adalah pernyataan pihak pertama mengenai isi perikatan yang diinginkan, sedangkan kabul adalah pernyataan pihak kedua untuk menerimanya.⁷³ Sedangkan dalam pasal 20 angka 1 Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) dirumuskan bahwa akad adalah kesepakatan dalam suatu perjanjian antara dua pihak atau lebih untuk melakukan atau tidak melakukan perbuatan hukum tertentu.

Dari definisi akad sebagaimana disebutkan diatas, dapat diperoleh tiga unsur yang terkandung dalam akad, yaitu sebagai berikut:⁷⁴

1. Pertalian ijab dan Kabul

⁷³ Ahmad Azhar Basyir, *Asas – asas Hukum Muamalat: Hukum Perdata Islam*, (Yogyakarta: Universitas Islam Indonesia Press, 2000), hlm. 65

⁷⁴ Ghufron A. Mas'adi, *Fiqh Muamalah Kontekstual*, Cet. 1, (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2002), hlm. 76 – 77

Ijab adalah pernyataan kehendak oleh satu pihak (*mujiib*) untuk melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu. Kabul adalah pernyataan menerima atau menyetujui kehendak *mujiid* tersebut oleh pihak lainnya (*qabil*). Ijab dan kabul ini harus ada dalam melaksanakan suatu perikatan. Bentuk dari ijab dan kabul ini beraneka ragam dan diuraikan pada bagian rukun akad.

Dalam hukum perdata dikenal dengan pernyataan penawaran dan pernyataan menerima (*offer and acceptance*). Penawaran adalah suatu janji atau komitmen untuk melakukan atau tidak melakukan suatu perbuatan tertentu dimasa depan. Tiga unsur yang dibutuhkan dalam penawaran agar berjalan efektif.⁷⁵

1. Harus ada niat yang serius dari pihak yang menawarkan;
2. Syarat – syarat dalam penawaran harus sesuatu yang mungkin atau pasti, sehingga para pihak dan pengadilan dapat menetapkan syarat – syarat dalam perikatan;
3. Penawaran harus dinyatakan kepada pihak penerima (*offeree*).

Penerimaan adalah tindakan sukarela (terdiri dari perkataan atau perbuatan) oleh penerima yang menunjukkan kesepakatannya terhadap syarat – syarat dalam penawaran. Penerimaan tersebut harus disampaikan kepada pihak yang menawarkan (*offeror*).⁷⁶

Mengenai formalitas dari ijab kabul (*sighat akad*) untuk suatu akad, dalam hukum *syara'* dikenal 4 (empat) bentuk, yaitu.⁷⁷

- a. Lisan;
- b. Tulisan;
- c. Isyarat;
- d. Perbuatan.

Hukum *syara'* menempatkan ijab kabul pada posisi yang sangat tinggi, sehingga dapat dikatakan bahwa pada prinsipnya, hukum *syara'* memberlakukan asas konsensual terhadap suatu akad (kontrak), yang

⁷⁵ Roger LeRoy Miller dan Gaylord A. Jentz, *Business Law Today, The Essential*, Cet. 3, (St. Paul, Minneapolis: West Publishing Company, 1994), hlm. 165

⁷⁶ *Ibid*, hlm. 172

⁷⁷ Ahmad Azhar Basyir, *Op.cit*, hlm. 68

merupakan suatu asas yang menyatakan bahwa hak dan kewajiban sudah timbul jika sudah ada kata sepakat, sebagaimana yang juga ditentukan dalam pasal 1320 Kitab Undang – undang Hukum Perdata. Bahkan, hukum *syara'* tidak pernah mensyaratkan *levering* benda objek jual beli sebagai syarat sahnya kontrak.

2. Dibenarkan oleh *Syara'*

Akad yang dilakukan tidak boleh bertentangan dengan syariah atau hal – hal yang diatur oleh Allah SWT dalam Al- Qur'an dan Nabi Muhammad SAW dalam Hadist. Pelaksanaan akad, tujuan akad, maupun objek akad tidak boleh bertentangan dengan syariah. Jika bertentangan, akan mengakibatkan akad itu tidak sah. Sebagai contoh, suatu perikatan yang mengandung riba atau objek perikatan yang tidak halal (seperti minuman keras), mengakibatkan tidak sahnya suatu perikatan menurut hukum Islam.

3. Mempunyai akibat hukum terhadap objeknya.

Akad merupakan salah satu dari tindakan hukum (*tasharruf*). Adanya akad menimbulkan akibat hukum terhadap objek hukum yang diperjanjikan oleh para pihak dan juga memberikan konsekuensi hak dan kewajiban yang mengikat para pihak.

Dalam membuat suatu perikatan, hal penting yang harus ada dan mendasari bentuk suatu perikatan atau kontrak adalah itikad baik. Dalam hukum kontrak, itikad baik memiliki tiga fungsi, yaitu:

1. Penafsiran kontrak harus didasarkan pada itikad baik.

Suatu kontrak terdiri dari serangkaian kata, oleh karena itu untuk menetapkan isi kontrak perlu dilakukan penafsiran, sehingga diketahui dengan jelas maksud para pihak dalam kontrak. Asas itikad baik memegang peranan penting dalam penafsiran kontrak, jika kontrak harus ditafsirkan sesuai dengan itikad baik, maka setiap isi kontrak harus ditafsirkan secara *fair* atau patut.

Dalam pasal 1343 Kitab Undang – undang Hukum Perdata menentukan bahwa:

“Jika kata – kata suatu perjanjian dapat diberikan berbagai macam penafsiran, harus dipilihnya menyelidiki maksud kedua belah

pihak yang membuat perjanjian itu daripada memegang teguh arti kata – kata menurut huruf.”

Dengan demikian, kontrak harus diberikan penafsiran yang paling sesuai dengan kehendak atau maksud para pihak.

2. Fungsi menambah

Dengan fungsi yang kedua ini, itikad baik dapat menambah isi suatu perjanjian tertentu dan juga dapat menambah kata – kata ketentuan undang – undang mengenai perjanjian itu. Fungsi yang demikian ini dapat diterapkan apabila ada hak dan kewajiban yang timbul diantara para pihak tidak secara tegas dinyatakan dalam kontrak.

3. Fungsi yang membatasi dan meniadakan

Suatu perjanjian tertentu atau suatu syarat tertentu dalam kontrak atau ketentuan undang – undang mengenai kontrak itu dapat dikesampingkan, jika sejak dibuatnya kontrak itu keadaan telah berubah sehingga pelaksanaan kontrak itu menimbulkan ketidakadilan. Dalam keadaan yang demikian itu, kewajiban kontraktual dapat dibatasi, bahkan ditiadakan seluruhnya atas itikad baik.⁷⁸

Dalam melaksanakan suatu perikatan, terdapat rukun dan syarat⁷⁹ yang harus dipenuhi:

1. Subjek Perikatan (*Al – ‘Aqidain*)

Al – ‘aqidain adalah para pihak yang melakukan akad. Sebagai pelaku dari suatu tindakan hukum tertentu, yang dalam hal ini tindakan hukum akad (perikatan), dari sudut hukum adalah sebagai subjek hukum. Subjek hukum sebagai pelaku perbuatan hukum sering kali

⁷⁸ P.L. Wery, *Perkembangan Hukum tentang Itikad Baik di Nderland*, (Jakarta: Percetakan Negara, 1990), hlm. 11. Sebagaimana dikutip dalam Ridwan Khairandy, *Op.cit*, hlm. 231

⁷⁹ Rukun adalah suatu unsur yang merupakan bagian tak terpisahkan dari suatu perbuatan atau lembaga yang menentukan sah atau tidaknya perbuatan tersebut dan ada atau tidak adanya sesuatu itu. Secara singkat rukun adalah sesuatu yang harus dipenuhi untuk sahnya suatu pekerjaan. Syarat adalah sesuatu yang tergantung padanya keberadaan hukum *syar’I* dan ia berada diluar hukum itu sendiri, yang ketiadaannya menyebabkan hukum pun tidak ada. Sedangkan syarat secara singkat didefinisikan sebagai ketentuan, peraturan atau petunjuk yang harus diindahkan dan dilakukan. Rukun dan syarat menentukan sah atau tidaknya suatu transaksi.

diartikan sebagai pihak pengemban hak dan kewajiban.⁸⁰ Subjek dalam perikatan dapat dibagi menjadi dua, yaitu orang dan badan hukum yang masing – masing memiliki hak dan kewajiban. Adanya kecakapan untuk bertindak dalam hukum merupakan syarat subjektif kedua terbentuknya perjanjian yang sah diantara para pihak.⁸¹ Hal tersebut sebagaimana dinyatakan dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) pasal 1 angka 2 yang menyebutkan bahwa subjek hukum adalah orang perorangan, persekutuan atau badan usaha yang berbadan hukum atau tidak berbadan hukum yang memiliki kecakapan hukum untuk mendukung hak dan kewajiban.

a. Manusia

Manusia sebagai subjek hukum perikatan adalah pihak yang sudah dapat dibebani hukum yang disebut dengan *mukallaf*. *Mukallaf* adalah orang yang telah mampu bertindak secara hukum, baik yang berhubungan dengan Tuhan maupun dalam kehidupan sosial, yang dalam hal ini adalah orang – orang yang telah dapat mempertanggungjawabkan perbuatannya dihadapan Allah SWT baik yang berkaitan dengan perintah maupun larangan – Nya.

Manusia pada umumnya dianggap memiliki dan membawa hak sejak dilahirkan, dan akan berakhir ketika ia meninggal dunia. Namun yang menjadi persoalan adalah kapanakah seseorang itu mempunyai kecakapan untuk melakukan tindakan hukum (*ahliyatul ada*'), sebab di dalam hukum Islam tidak semua orang dapat melaksanakan sendiri hak dan kewajibannya, yaitu diistilahkan dengan "*Mahjur 'alaih*". Hal ini sesuai dengan ayat (5) dari surat An-Nisa' sebagai berikut:

“Dan janganlah kamu serahkan kepada orang-orang yang belum sempurna akalnya, harta (mereka yang dalam kekuasaanmu) yang dijadikan Allah sebagai pokok kehidupannya”

Dengan demikian dari ketentuan hukum ayat di atas dapat disimpulkan bahwa di dalam ketentuan hukum Islam terdapat

⁸⁰ Gemala Dewi, Wirnyaningsih, Yeni Salam Barlinti, *Op.cit*, hlm. 51

⁸¹ Kartini Muljadi dan Gunawan Widjaja, *Op. cit*, hlm. 127

golongan yang tidak cakap bertindak hukum, yaitu mereka yang distilahkan dengan “*as-Suf’ah*”. Dan menurut ahli hukum Islam, seperti Muhammad Ali as-Shabuni dalam bukunya Tafsir Ayatul Ahkam dan Muhammad Ali as-Sayis dalam bukunya Tafsir Ayatul Ahkam, sebagaimana dikutip Hasbalah Thaib dalam bukunya Hukum Benda Menurut Islam mengatakan bahwa yang dimaksud dengan *as-Syuf’ah* atau *as-Sufaha* adalah :

a.1. Anak di bawah umur

Adapun yang menjadi dasar tidak cakupnya seorang anak di bawah umur untuk bertindak hukum adalah ayat (6) surat An-Nisa sebagai berikut:

“Dan ujilah anak yaitm itu sampai mereka cukup umur untuk kawin, kemudian jika menurut pendapatmu mereka telah cerdas (memelihara hartanya), maka serahkan kepada mereka hartanya”.

Dalam hal ini, kemudian Imam Syafi’i memberikan batasan terhadap seseorang yang dikatakan belum dewasa, yaitu anak (baik laki-laki maupun perempuan) yang belum mencapai umur 15 tahun dan bagi anak laki-laki belum mengalami mimpi bersetubuh sehingga keluar maninya serta bagi anak perempuan yang haid.

a.2. Orang yang tidak sehat akal

Orang yang tidak sehat akalnya dianggap tidak cakap melakukan tindakan hukum, walaupun untuk kepentingan dirinya sendiri. Dengan demikian semua urusannya diserahkan kepada walinya.

a.3. Orang yang boros

Menurut pendapat Imam Syafi’i sebagaimana dikutip Ibnu Rusy, bahwa seorang yang boros dianggap tidak cakap untuk melakukan tindakan hukum. Namun ketetapan tentang keadaannya tersebut haruslah ditentukan berdasarkan keputusan hakim yang menanganinya. Hal ini diqiyaskan

kepada mereka yang tidak memiliki akal yang sehat, karena dapat merugikan orang lain, terutama pihak keluarganya.

Dengan demikian, dari ketiga kelompok orang yang tidak cakap melakukan tindakan hukum tersebut, untuk segala urusannya dapat diserahkan di bawah perwalian yang bersangkutan, dan hal ini dapat dipaksakan. Sedangkan untuk syarat seseorang menjadi wali, Sayid Sabiq memberikan ketentuan bahwa orang tersebut dalam keadaan merdeka (tidak di bawah perwalian), berakal sehat, dewasa, beragama Islam dan khusus untuk akad perkawinan haruslah laki-laki.

Pada kehidupan seseorang, ada tahapan untuk dapat melihat apakah seseorang telah dapat dibebani hukum. Dalam hukum Islam, kapasitas hukum seseorang dapat dilihat dari tahapan – tahapan kehidupannya (*the stages of legal capacity*). Menurut Abdurrahman Raden Aji Haqqi, para ahli ushul fiqh telah membagi kapasitas hukum seseorang kedalam empat tahap subjek hukum (*the stages of legal capacity*):⁸²

1) Marhalah al – Janin (*Embryonic Stage*)

Tahap ini dimulai sejak masa janin sudah berada dalam kandungan hingga lahir dalam keadaan hidup. Sebagai subjek huku, janin dapat memperoleh hak, namun tidak mengemban kewajiban hukum.

2) Marhalah al – Saba (*Childhood Stage*)

Tahap ini dimulai sejak manusia lahir hingga ia berusia tujuh tahun. Hak dan kewajiban yang menyangkut harta miliknya dilaksanakan melalui walinya.

3) Marhalah al – Tamyiz (*Discernment Stage*)

Tahapan ini dimulai sejak seseorang berusia tujuh tahun hingga masa pubertas. Pada tahap ini seseorang telah bisa membedakan yang baik dan buruk. Seseorang yang mencapai

⁸² Abdurrahman Raden Aji Haqqi, *The Philosophy of Islamic Law on Transactions*, (Kuala Lumpur, Univision Press, 1999), hlm. 94 – 96, Sebagaimana dikutip dalam Gemala Dewi, *Op.cit*, hlm 52

tahap ini memperoleh separuh kapasitasnya sebagai subjek hukum. Oleh karena itu, segala aktivitas transaksi penerimaan hak yang dilakukan anak ini adalah sah

4) Marhalah al – Bulugh (*Stage of Puberty*)

Pada tahap ini seseorang telah mencapai *aqil – baligh* dan dalam keadaan normal ia dianggap telah menjadi *mukallaf*.

5) Daur al – Rushd (*Stage of Prudence*)

Pada tahap ini kapasitas seseorang telah sempurna sebagai subjek hukum, dikarenakan telah mampu bersikap tindak demi keamanan dalam mengelola dan mengontrol harta dan usaha/bisnisnya dengan bijaksana.

Dari segi kecakapan untuk melakukan akad, manusia dapat dibagi atas tiga bentuk:⁸³

- 1) Manusia yang tidak dapat melakukan akad apapun, seperti manusia yang cacat jiwa, cacat mental dan anak kecil yang belum *mumayyiz*.
- 2) Manusia yang dapat melakukan akad tertentu, seperti anak yang sudah *mumayyiz*, tetapi belum mencapai *baligh*.
- 3) Manusia yang dapat melakukan seluruh akad, yaitu untuk yang telah memenuhi syarat- syarat *mukallaf*.

Sedangkan syarat – syarat yang harus dipenuhi sebagai *mukallaf* adalah sebagai berikut:⁸⁴

- 1) *Baligh*. Ukuran *baligh* seseorang adalah telah bermimpi bagi laki – laki dan telah haid bagi perempuan. Baligh juga dapat diukur dari usia seseorang, seperti yang tercantum dalam Hadist dari Ibnu Umar yaitu 15 Tahun. Terhadap orang yang sudah *baligh* sudah dapat dibebani hukum *taklif* atau sudah dapat bertindak hukum karena menurut Imam Muhammad Abu Zahrah, ia sudah berakal dan memiliki kecakapan bertindak hukum secara sempurna.

⁸³ Ahmad Azhar Basyir, *Op.cit*, hlm. 32

⁸⁴ Gemala Dewi, *Op. cit*, hlm. 55 – 56

- 2) Berakal sehat. Seseorang yang melakukan perikatan harus memiliki akal yang sehat. Dengan akal sehat, ia akan memahami segala perbuatan hukum yang dilakukan dan akibat hukum terhadap dirinya maupun orang lain. Seseorang yang gila, sedang marah, sedang sakit atau sedang tidur tidak dapat menjadi subjek hukum yang sempurna. Nabi Muhammad SAW bersabda: “Diangkatkan pembebanan hukum dari tiga jenis orang: orang tidur sampai ia bangun, anak kecil sampai ia *baligh* dan orang gila sampai ia sembuh.

Dalam kaitannya dengan *al – ‘aqidain* terdapat tiga hal yang harus diperhatikan, yaitu:⁸⁵

- 1) *Ahliyah* (kecakapan), yaitu kecakapan seseorang untuk memiliki hak dan kewajiban atasnya dan kecakapan melakukan *tasharruf*.
- 2) *Wilayah* (kewenangan), yaitu kekuasaan hukum yang pemilikinya dapat ber – *tasharruf* dan melakukan akad dan menunaikan segala akibat hukum yang ditimbulkan. Syarat seorang untuk mendapatkan *wilayah* akad adalah orang yang cakap ber – *tasharruf* secara sempurna. Sedangkan orang yang kecakapan berindakinya tidak sempurna tidak memiliki *wilayah*, baik untuk dirinya sendiri maupun untuk orang lain untuk melakukan *tasharruf*.
- 3) *Wakalah* (perwakilan), yaitu pengalihan kewenangan perihal harta dan perbuatan tertentu dari seseorang kepada orang lain untuk mengambil tindakan tertentu dalam hidupnya. Dalam *wakalah* ini, *wakil* dan *muwakil* (yang diwakili) harus memiliki kecakapan ber – *tasharruf* yang sempurna dan dilaksanakan dalam bentuk akad berupa ijab dan kabul. Biasanya, wakil memiliki hak untuk mendapatkan upah.

Kategori kecakapan dalam pasal 2 ayat 1 KHES dijelaskan bahwa orang dipandang cakap apabila telah berumur sekurang-

⁸⁵ Gufron Mas’adi, *Op. cit*, hlm. 82 – 86

kurangnya 18 tahun atau pernah menikah. Dalam hal seorang anak belum mencapai umur 18 tahun dapat mengajukan permohonan pengakuan cakap melakukan perbuatan hukum kepada Pengadilan. Jika terbukti dalam persidangan pemohon tidak memenuhi kriteria orang yang cakap hukum, maka menurut pasal 4 perlu mendapat perwalian. Di samping mereka yang masih di bawah umur, pasal dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) juga menentukan perwalian kepada orang dewasa yang dianggap tidak cakap. Hal ini mirip dengan ketentuan BW terhadap orang yang berada di bawah pengampuan (*curatele*). Hanya saja dalam KHES tidak dikemukakan dalam hal apa saja orang dapat ditempatkan di bawah pengampuan. Pasal 6 KHES menentukan kewenangan pengadilan dalam kaitan dengan perwalian. Ayat 1, pengadilan berwenang menetapkan perwalian bagi orang yang dipandang tidak cakap melakukan perbuatan hukum. Ayat 2, pengadilan berwenang menetapkan orang untuk bertindak sebagai wali sebagaimana dimaksud pada ayat 1. kemudian pada pasal 7 disebutkan bahwa pengadilan dapat menetapkan orang yang berutang berada dalam perwalian berdasarkan permohonan orang yang berpiutang. Kata-kata pengadilan dalam ketentuan di atas harus dibaca Pengadilan Agama/Mahkamah Syariah. KHES menggunakan istilah *muwalla* untuk menyebut orang yang tidak cakap melakukan perbuatan hukum dan ditetapkan dalam perwalian. Lebih lanjut pasal 9 menjelaskan bahwa *muwalla* dapat melakukan perbuatan hukum yang menguntungkan dirinya, meskipun tidak mendapatkan izin wali; tidak dapat melakukan suatu perbuatan hukum yang merugikan dirinya, meskipun atas izin wali; keabsahan perbuatan hukum *muwalla* atas hak kebendaannya yang belum jelas akan menguntungkan atau merugikan dirinya bergantung pada izin wali; apabila terjadi perselisihan antara *muwalla* dengan wali, *muwalla* dapat mengajukan permohonan ke pengadilan untuk ditetapkan

bahwa yang bersangkutan memiliki kecakapan melakukan perbuatan hukum.

Dalam Kitab Undang – undang Hukum Perdata, mempunyai atau menyandang hak dan kewajiban tidak selalu berarti mampu atau cakap melaksanakan sendiri hak dan kewajibannya itu. Sekalipun setiap orang pada umumnya mempunyai kewenangan hukum, tetapi ada golongan orang yang dianggap tidak cakap melaksanakan beberapa hak dan kewajiban. Mereka yang tidak cakap ini dibagi menjadi tiga golongan, yaitu mereka yang belum cukup umur, mereka yang diletakkan dibawah pengampuan atau pengawasan dan istri yang tunduk pada Kitab Undang – undang Hukum Perdata.⁸⁶

Mereka yang dianggap tidak cakap tersebut diatas dianggap tidak cakap menjalankan sendiri hak dan kewajibannya, meskipun dimiliki atau disandangnya. Selama dalam keadaan tidak cakap itu mereka diwakili oleh wakil yang ditentukan oleh undang – undang atau ditunjuk oleh Hakim, yang selanjutnya akan mengurus kepentingan yang diwakilinya.⁸⁷

Hal – hal yang berhubungan dengan kecakapan dan kewenangan bertindak dalam rangka perbuatan untuk kepentingan diri pribadi orang – perorangan ini diatur dalam pasal 1329 sampai dengan pasal 1331 Kitab Undang – undang Hukum Perdata. Pasal 1329 menyatakan bahwa:

“Setiap orang adalah cakap untuk membuat perikatan – perikatan, jika ia oleh undang – undang tidak dinyatakan tidak cakap”.

Pasal 1330 Kitab Undang – undang Hukum Perdata memberikan limitasi orang – orang mana saja yang dianggap tidak cakap untuk bertindak dalam hukum untuk membuat suatu perjanjian adalah:

⁸⁶ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum: Suatu Pengantar*, Cet. 2, (Yogyakarta: Liberty, 1999) hlm. 69

⁸⁷ *Ibid*, hlm. 70

- 1) Orang – orang yang belum dewasa;
- 2) Mereka yang ditaruh dibawah pengampuan;
- 3) Orang – orang perempuan, dalam hal – hal yang ditetapkan oleh undang – undang, dan pada umumnya semua orang kepada siapa undang – undang telah melarang membuat perjanjian – perjanjian tertentu.

Dalam hal ini, sejalan dengan persamaan hak antara laki – laki dan perempuan, baik yang sudah menikah maupun yang belum menikah, maka ketentuan angka 3 dari pasal 1330 Kitab Undang – undang Hukum Perdata menjadi tidak berarti lagi.

b. **Badan Hukum**

Subjek hukum perikatan yang kedua adalah Badan Hukum. Pada saat sekarang ini badan hukum dianggap sebagai subyek hukum yang dapat menimbulkan adanya hak dan kewajiban. Adapun yang dimaksud dengan badan hukum adalah segala sesuatu yang berdasarkan tuntutan kebutuhan masyarakat yang demikian itu, oleh hukum diakui sebagai pendukung hak dan kewajiban. Akan tetapi yang terpenting dalam hal ini adalah bahwa badan hukum itu memiliki kekayaan yang sama sekali terpisah dengan kekayaan para anggotanya. Hal ini untuk dapat lebih memudahkan pemilahan jumlah kekayaan yang dimiliki oleh badan hukum itu sendiri.

Badan hukum ini adalah rekayasa manusia untuk membentuk suatu badan yang memiliki status, kedudukan, kewenangan yang sama seperti manusia. Oleh karena badan ini adalah hasil rekayasa manusia, maka badan ini disebut sebagai *artificial person*.⁸⁸

Badan hukum adalah badan yang dianggap dapat bertindak dalam hukum dan yang mempunyai hak – hak, kewajiban – kewajiban, dan perhubungan hukum terhadap orang lain atau

⁸⁸ Ridwan Khairandy, *Perseroan Terbatas: Doktrin, Peraturan Perundang – undangan, dan Yurisprudensi*, Edisi Revisi, (Yogyakarta: Kreasi Total Media, 2009), hlm. 4

badan lain. Badan hukum ini memiliki kekayaan yang terpisah dari perseorangan. Dengan demikian, meskipun pengurus badan hukum berganti – ganti, ia tetap memiliki kekayaan tersendiri.

Filosofi pendirian badan hukum adalah bahwa dengan kematian pendirinya, harta kekayaan badan hukum tersebut diharapkan masih dapat bermanfaat oleh orang lain. Oleh karena itu hukum menciptakan suatu kreasi “sesuatu” yang oleh hukum kemudian dianggap atau diakui sebagai subjek mandiri seperti halnya orang (*natural person*). Kemudian “sesuatu” itu oleh ilmu hukum disebut sebagai badan hukum (*legal person*). Agar badan hukum itu dapat bertindak seperti halnya orang alamiah, maka diperlukan organ sebagai alat bagi badan hukum itu untuk menjalin hubungan hukum dengan pihak ketiga.⁸⁹ Yang dapat menjadi badan hukum adalah dapat berupa negara, daerah otonom, perkumpulan orang – orang, perusahaan, atau yayasan.

Di dalam Islam, keberadaan badan hukum ini di dalam nash memang tidak di atur secara tegas, namun kita ketahui bahwa Syari’at Islam yang berkembang di dalam masyarakat (termasuk keberadaan badan hukum) adalah dimaksudkan untuk mewujudkan kemaslahatan bagi umat Islam.

Dalam Islam, badan hukum tidak diatur secara khusus. Namun, terlihat pada beberapa dalil menunjukkan adanya badan hukum dengan menggunakan istilah al-syirkah, seperti yang tercantum dalam QS. An –Nisa (12):12, QS. Shaad (38): 24.

Badan hukum berbeda dengan dengan manusia sebagai subjek hukum dalam hal-hal sebagai berikut:⁹⁰

- 1) Hak-hak badan hukum berbeda dengan hak-hak yang dimiliki manusia, seperti hak berkeluarga, hak pusaka dll.

⁸⁹ Nindyo Pramono, *Kekayaan Negara yang dipisahkan Menurut Undang – undang No. 19 Tahun 2003 tentang BUMN*, dalam Sri Rejeki Hartono, et, al, ed, *Permasalahan Seputar Hukum Bisnis: Persembahan kepada Sang Maha Guru*,(Yogyakarta, 2006), hlm. 142

⁹⁰ Teungku Muhammad Hasbi Ash Shiddieqy, *Memahami Syariat Islam*, Cet. 1, (Semarang: Pustaka Rizky Putra, 2000), hlm. 204 – 205

- 2) Badan hukum tidak hilang dengan meninggalnya pengurus badan hukum. Badan hukum akan hilang apabila syarat-syaratnya tidak terpenuhi lagi.
 - 3) Badan hukum diperlukan adanya pengakuan hukum.
 - 4) Ruang gerak badan hukum dalam bertindak hukum dibatasi oleh ketentuan-ketentuan hukum dan dibatasi dalam bidang-bidang tertentu.
 - 5) Tindakan hukum yang dapat dilakukan oleh badan hukum adalah tetap, tidak berkembang.
 - 6) Badan hukum tidak dapat dijatuhi hukuman pidana, tetapi hanya dapat dijatuhi hukuman perdata.
2. Objek Perikatan (*Mahallul 'Aqd*)

Mahallul 'Aqd adalah sesuatu yang dijadikan objek akad dan dikenakan padanya akibat hukum yang ditimbulkan. Bentuk objek akad dapat berupa benda berwujud, seperti mobil dan rumah, maupun benda tidak berwujud seperti manfaat. Pasal 24 KHES menyebutkan bahwa objek akad adalah *amwal* atau jasa yang dihalalkan dan dibutuhkan oleh masing-masing pihak. Pengertian *amwal* pada pasal 1 angka 9 adalah benda yang dapat dimiliki, dikuasai, diusahakan dan dialihkan, baik benda berwujud maupun abstrak, baik benda terdaftar maupun tidak terdaftar, benda bergerak atau tidak bergerak, dan hak yang mempunyai nilai ekonomis. Syarat – syarat yang harus dipenuhi dalam *mahallul 'aqd* adalah sebagai berikut:⁹¹

- a. Objek perikatan telah ada ketika akad dilangsungkan.
Suatu perikatan yang objeknya tidak ada adalah batal, alasannya bahwa sebab hukum dan akibat akad tidak mungkin bergantung pada sesuatu yang belum ada.
- b. Objek perikatan dibenarkan oleh syariah.
Pada dasarnya, benda-benda yang menjadi objek perikatan haruslah memiliki nilai dan mafaat bagi manusia. Selain itu jika objek perikatan itu dalam bentuk manfaat yang

⁹¹ Gufron Mas 'adi, *Op. cit.*, hlm. 86 – 89

bertentangan dengan ketentuan syariah, seperti pelacuran, pembunuhan, adalah tidak dapat dibenarkan pula, batal.

c. Objek aqad harus jelas dan dikenali.

Suatu benda yang menjadi objek perikatan harus memiliki kejelasan dan diketahui oleh *aqid*. Jika objek tersebut berupa benda, maka benda tersebut harus jelas bentuk, fungsi, dan keadaannya. Dan jika objek perikatan tersebut berupa jasa, harus jelas bahwa yang memiliki keahlian sejauh mana kemampuan, keterampilan, dan kepandaianya dalam bidang tersebut.

d. Objek dapat diserahkan.

Benda yang menjadi objek perikatan dapat diserahkan pada saat ijab kabul terjadi, atau pada waktu yang telah disepakati. Oleh karena itu seharusnya objek perikatan berada dalam kekuasaan pihak pertama agar mudah menyerahkannya kepada pihak kedua.

Sebagaimana sabda Rasulullah SAW, yang artinya: “Tidaklah boleh memperjualbelikan barang yang tidak/belum ada.”

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

Maudhu'ul 'aqd adalah tujuan dan hukum suatu aqad disyariatkan untuk tujuan tersebut. Menurut ulama Fiqh, tujuan akad dapat dilakukan apabila sesuai dengan ketentuan syariah tersebut, apabila tidak sesuai, maka hukumnya tidak sah.⁹²

Ahmad Azhar Basyir menentukan syarat – syarat yang harus dipenuhi agar suatu tujuan akad dipandang sah dan mempunyai akibat hukum, yaitu sebagai berikut:

- a. Tujuan akad tidak merupakan kewajiban yang telah ada atas pihak – pihak yang bersangkutan tanpa akad yang diadakan;
- b. Tujuan harus berlangsung adanya hingga berakhirnya pelaksanaan akad;
- c. Tujuan akad harus dibenarkan *syara'*.

⁹² Fathurrahman Djamil, *Op. cit*, hlm. 257 - 258

4. Ijab Kabul (*Sighat al – ‘Aqd*)

Sighat al – ‘Aqd adalah suatu ungkapan para pihak yang melakukan akad berupa ijab kabul. Ijab adalah suatu pernyataan janji atau penawaran dari pihak pertama untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu. Kabul adalah suatu pernyataan menerima dari pihak kedua atas penawaran yang dilakukan oleh pihak pertama. Para ulama Fiqh mensyaratkan tiga hal dalam melakukan ijab dan kabul agar memiliki akibat hukum, yaitu sebagai berikut:⁹³

- a. *Jala’ul ma’na*, yaitu tujuan yang terkandung dalam pernyataan itu jelas, sehingga dapat dipahami jenis akad yang dikehendaki;
- b. *Tawafuq*, yaitu adanya kesesuaian antara ijab dan kabul;
- c. *Jazmul iradataini*, yaitu antara ijab dan kabul menunjukkan kehendak para pihak secara pasti, tidak ragu dan tidak terpaksa.

Ijab dan kabul dapat dilakukan dengan empat cara berikut ini:⁹⁴

- a. Lisan, para pihak mengungkapkan kehendaknya dalam bentuk perkataan secara jelas. Dalam hal ini akan sangat jelas bentuk ijab dan kabul yang dilakukan oleh para pihak.
- b. Tulisan, adakalanya suatu perikatan dilakukan secara tertulis. Hal ini dapat dilakukan oleh para pihak yang tidak dapat bertemu langsung dalam melakukan perikatan, atau perikatan – perikatan yang sifatnya lebih sulit, seperti perikatan yang dilakukan badan hukum. Hal ini diperluakn karena alat bukti dan tanggungjawab terhadap orang – orang yang bergabung dalam satu badan hukum tersebut.
- c. Isyarat, suatu perikatan tidaklah hanya dilakukan oleh orang normal, orang cacat pun dapat melakukan suatu perikatan (akad). Apabila cacatnya adalah berupa tunawicara, maka dimungkinkan akad dilakukan dengan isyarat, asalkan para pihak yang melakukan perikatan tersebut memiliki pemahaman yang sama.

⁹³ *Ibid*, hlm. 253

⁹⁴ Ahmad Azhar Basyir, *Op. cit*, hlm. 68 - 71

Dengan demikian ijab kabul dalam bentuk isyarat hanya diakui jika salah satu atau kedua belah pihak tidak dapat melakukan *sighat akad* dalam bentuk lisan atau tertulis.

- d. Perbuatan, seiring dengan perkembangan kebutuhan masyarakat, kini perikatan dapat pula dilakukan dengan cara perbuatan saja, tanpa secara lisan, tertulis, ataupun isyarat. Hal ini dapat disebut dengan *ta'athi* atau *mu'athah* (saling memberi dan menerima).

2.2 Analisa Kasus

2.2.1 Pertanggungjawaban Pihak Bank

Dari berbagai macam produk syariah yang ditawarkan kepada masyarakat, penulis mencoba mengangkat kasus mengenai pembiayaan *mudharabah muqayyadah* yang terjadi antara Dana Pensiun X selaku *shahibul maal*, Bank Syariah Y selaku fasilitator dan PT. Z selaku *mudharib*. Analisa yang akan diberikan berupa pertanggungjawaban Bank Syariah Y dalam menyelesaikan kasus ini, pelaksanaan prinsip kehati – hatian berdasarkan hukum perbankan konvensional maupun perbankan syariah dan keabsahan akad dikaitkan dengan hukum perikatan Islam dan hukum perikatan perdata.

Kasus ini dimulai pada bulan Desember 2003, Bank Syariah Y mengajukan proposal penawaran kerja sama pembiayaan *Mudharabah Muqayyadah* kepada Dana Pensiun X. Dalam proposal tersebut dijelaskan bahwa pembiayaan akan digelontorkan untuk PT. Z sebagai biaya pengembangan usaha pembuatan karung.

Ketika itu, Dana Pensiun X berasumsi skema pembiayaan itu sama dengan penempatan deposito pada bank syariah. Karena itu Dana Pensiun X setuju untuk menempatkan dananya pada Bank Syariah Y. Dana yang ditempatkan Dana Pensiun X berasal dari iuran peserta dana pensiun karyawan X.

Kesepakatan itu kemudian dituangkan dalam akta pembiayaan *Mudharabah Muqayyadah* sebesar Rp 10 miliar pada 28 Januari 2004 antara Dana Pensiun X, PT. Z dan Bank Syariah Y. Perjanjian itu berlaku selama tiga tahun hingga 23 Januari 2008, dengan ketentuan bagi hasil Dana Pensiun X sebesar 13,5

persen per annum (tiap tahun). Sementara Bank Syariah Y mendapat *fee* sebesar satu persen per tahun terhitung sejak pembiayaan *Mudharabah Muqayyadah* masih berjalan (*outstanding*). Sebulan kemudian, Dana Pensiun X kembali mentransfer dana ke Bank Syariah Y sebesar Rp 5 miliar melalui surat No.115/DPX/KI/II/2004 tanggal 27 Februari 2004.

Namun, setelah enam bulan berselang, Dana Pensiun X tidak mendapatkan nisbah bagi hasil karena PT. Z dan Bank Syariah Y tidak membayarkan angsuran, baik kewajiban pokok maupun margin (selisih) bagi hasil.

Sejak awal proses pembiayaan, Dana Pensiun X menilai Bank Syariah Y tidak transparan. Hal itu antara lain tercermin dari pembiayaan yang dilakukan lebih dulu pada PT. Z sebesar Rp 6,5 miliar pada Oktober 2003, sebelum akad dibuat. Sementara, dalam akad pembiayaan No. 108 yang dibuat secara notariil disebutkan bahwa PT. Z tidak dalam keadaan berutang pada pihak lain. Hal tersebut menimbulkan *side streaming* yang dilakukan PT. Z. Yakni dengan menggunakan dana Dana Pensiun X untuk membayar cicilan hutang pada Bank Syariah Y.⁹⁵

Dari penjabaran posisi kasus diatas, dapat kita temukan 4 (empat) hal yang masuk kedalam permasalahan hukum, yaitu:

1. Wanprestasi yang dilakukan pihak bank dan *mudharib* terhadap *shahibul maal* dalam hal nisbah bagi hasil dan penyalahgunaan dana;
2. Tidak adanya pengikatan barang jaminan terhadap *mudharib*;
3. Tidak adanya transparansi dari pihak Bank Syariah Y mengenai keadaan *mudharib*.
4. Keabsahan dari penandatanganan akad *mudharabah muqayyadah*.

Perjanjian atau akad yang disepakati oleh para pihak sudah sepatutnya dilaksanakan. Kewajiban yang harus dipenuhi oleh debitur merupakan suatu prestasi, dimana prestasi merupakan objek perikatan. berdasarkan ketentuan dalam pasal 1234 Kitab Undang – undang Hukum Perdata, terdapat tiga wujud prestasi, yaitu:

1. Memberikan sesuatu;
2. Berbuat sesuatu;

⁹⁵ <http://www.hukumonline.com/berita/baca/hol21873/bank-syariah-Y-terbelit-akad-mudharabah-muqayyadah>, di unduh 12 Januari 2010

3. Tidak berbuat sesuatu.

Agar objek itu dapat dicapai, dalam arti dipenuhi oleh debitur, maka perlu diketahui sifat – sifatnya, yaitu:⁹⁶

1. Harus sudah tertentu atau dapat ditentukan. Hal ini memungkinkan debitur memenuhi perikatan, jika prestasi itu tidak tertentu atau tidak dapat ditentukan akan mengakibatkan perikatan menjadi batal;
2. Harus mungkin, artinya prestasi itu dapat dipenuhi oleh debitur secara wajar dengan segala usahanya. Jika tidak demikian perikatan akan menjadi batal;
3. Harus diperbolehkan (halal), artinya tidak dilarang oleh undang – undang, tidak bertentangan dengan kesusilaan, tidak bertentangan dengan ketertiban umum. Jika prestasi itu tidak halal, perikatan menjadi batal;
4. Harus ada manfaat bagi kreditur, artinya kreditur dapat menggunakan, menikmati dan mengambil hasilnya. Jika tidak demikian, perikatan dapat dibatalkan;
5. Terdiri dari satu perbuatan atau serentetan perbuatan. Jika prestasi itu berupa satu kali perbuatan dilakukan lebih dari satu kali dapat mengakibatkan pembatalan perikatan.

Dari sifat – sifat prestasi sebagaimana disebutkan diatas, akad pembiayaan *mudharabah muqayyadah* yang dilakukan antara Dana Pensiun X, Bank Syariah Y dan PT. Z merupakan suatu objek yang halal dan merupakan suatu hal yang mungkin untuk dicapai oleh para pihak. Hal tersebut dapat kita lihat dari isi akad *mudharabah muqayyadah* dimana pihak *shahibul maal* melakukan prestasi (kewajiban) berupa pemberian pembiayaan sejumlah 10 milyar Rupiah yang ditransfer kepada pihak Bank secara bertahap. Prestasi bagi pihak *mudharib* yaitu melakukan pengembangan usaha pembuatan pabrik karung, dimana dana pengembangan usaha pabrik karung tersebut berasal dari pihak *shahibul maal* melalui Bank selaku perantara atau fasilitator yang mempertemukan antara *shahibul maal* dengan *mudharib*. Sedangkan pihak Bank, memiliki prestasi berupa manajemen pembagian nisbah bagi hasil kepada *shahibul maal*. Sesuai

⁹⁶ Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perdata Indonesia*, Cet. 3, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2000), hlm. 203

kesepakatan dalam akad tersebut, nisbah bagi hasil yang akan diberikan kepada *shahibul maal* sebesar 13,5% pertahun dan *fee* bagi pihak Bank sebesar 1 % pertahun, dengan kata lain pihak *shahibul maal* memperoleh nisbah bagi hasil sebesar 1, 125% perbulan.

Lebih rinci pihak Bank memiliki kewajiban yang tercantum dalam pasal 8 Akad *mudharabah muqayyadah*, antara lain:

1. Membuat akad *mudharabah muqayyadah* antara *shahibul maal* dengan *mudharib*;
2. Membukukan pembiayaan *shahibul maal* kepada *mudharib* secara *off balance*;
3. Memonitor penggunaan dana *shahibul maal* oleh *mudharib* sesuai peruntukannya;
4. Sebagai *booking office* atau fasilitator dalam hal pembayaran pokok maupun bagi hasil dari *mudharib* kepada *shahibul maal* pada periode yang ditentukan dan jumlah yang disepakati oleh *shahibul maal* dan *mudharib*;
5. Melaksanakan kerjasama ini sesuai ketentuan – ketentuan yang berlaku pada pihak bank sesuai dengan skema *mudharabah muqayyadah*;
6. Menyalurkan dana *shahibul maal* kepada *mudharib* untuk keperluan pelaksanaan akad *mudharabah muqayyadah* antara *shahibul maal* dan *mudharib*;
7. Menyimpan seluruh bukti kepemilikan kekayaan *mudharib* sebagai jaminan atas pembiayaan dan mengembalikannya kepada *mudharib* di akhir periode kerjasama.

Sebagaimana disebutkan pada pasal 8 akad *mudharabah muqayyadah* point ketiga yang menyebutkan bahwa pihak Bank memiliki kewajiban untuk memonitor penggunaan dana *shahibul maal* oleh *mudharib* sesuai dengan peruntukannya. Kewajiban tersebut tidak dilaksanakan bank secara baik, hal ini terbukti dari penyalahgunaan pihak *mudharib* dalam menggunakan dana dari *shahibul maal* yang seharusnya dipergunakan untuk modal kerja dan membeli mesin produksi dalam rangka peningkatan produksi *mudharib*, tetapi pada

prakteknya dipergunakan untuk melunasi hutang kepada pihak Bank, memperluas pabrik dan membiayai *overhead*. Sehingga dari hal tersebut, dapat disimpulkan bahwa pihak Bank tidak melaksanakan kewajibannya secara penuh.

Namun dari segi pembelaan pihak Bank, bank telah melakukan kewajibannya yang selalu memonitoring penggunaan dana serta pembayaran kewajiban *mudharib* kepada *shahibul maal*. Pada saat *mudharib* menunggak pembayaran kewajiban kepada *shahibul maal*, pihak Bank juga telah ikut membantu mengingatkan *mudharib* untuk melaksanakan kewajibannya melalui surat teguran. Hal ini bertentangan dengan jawaban dari *mudharib* yang menyatakan bahwa pihak *mudharib* baru mengetahui bahwa pembayaran bagi hasil dari kerjasama antara *mudharib* dengan *shahibul maal* tidak terbayar setelah kurang lebih 1 tahun baru diberitahukan oleh pihak bank secara tertulis. Setelah menerima surat tersebut, pihak *mudharib* menjawab surat tersebut dan mempertanyakan kenapa setelah 1 tahun lebih pihak *mudharib* baru diinformasikan bahwa bagi hasil antara *mudharib* dengan *shahibul maal* tidak terbayar dan pihak *mudharib* meminta bukti rekening koran atas nama PT. Z di Bank Syariah Y cabang Tangerang, dan setelah dicek, posisi saldo setiap bulan dan awal bulan cukup untuk didebet untuk bagi hasil kerjasama dengan Dana Pensiun X.

Atas surat keberatan dari pihak *mudharib* tersebut, Kepala Bank Syariah Y cabang Tangerang mengundang *mudharib* untuk membicarakan surat keberatan *mudharib*. Dalam pertemuan tersebut pihak bank hanya menjawab bahwa karena kesibukan konsolidasi internal dan tidak memperhatikan sehingga baru tahu setelah ada surat dari pengurus *shahibul maal* yang mempertanyakan bagi hasil yang tidak terbayar.

Dari jawaban pihak Bank tersebut, dapat dikatakan bahwa pihak Bank tidak melakukan kewajibannya sebagai *booking office* atau fasilitator dalam hal pembayaran pokok maupun bagi hasil dari *mudharib* kepada *shahibul maal* terhadap pembagian secara baik, sebagaimana disebutkan dalam point 4 pasal 8 akad *mudharabah muqayyadah*.

Wanprestasi sendiri memiliki arti tidak memenuhi sesuatu yang diwajibkan seperti yang telah ditetapkan dalam perikatan. Tidak dipenuhinya kewajiban oleh debitur disebabkan oleh dua kemungkinan alasan, yaitu:⁹⁷

1. Karena kesalahan debitur, baik dengan sengaja tidak dipenuhi kewajiban maupun karena kelalaian.
2. Karena keadaan memaksa (*overmacht*), *force majeure*, jadi diluar kemampuan debitur. Debitur tidak bersalah.

Untuk menentukan apakah seorang debitur bersalah melalukan wanprestasi, perlu ditentukan dalam keadaan bagaimana debitur dikatakan sengaja atau lalai tidak memenuhi prestasi. Ada tiga keadaan, yaitu:

1. Debitur tidak memenuhi prestasi sama sekali;
2. Debitur memenuhi prestasi, tetapi tidak baik atau keliru;
3. Debitur memenuhi prestasi, tetapi tidak tepat waktunya atau terlambat.

Jika dilihat dari prestasi atau kewajiban yang harus dilakukan para pihak berdasarkan isi akad yang telah disepakati, pihak *mudharib* secara jelas telah melakukan cidera janji atau wanprestasi. Hal tersebut dibuktikan dengan tidak dibayarkannya nisbah bagi hasil oleh *mudharib* kepada *shahibul maal* setelah periode ke enam bulan. Disamping itu *mudharib* dengan sengaja menggunakan dana milik *shahibul maal* tidak seperti yang seharusnya disebut dalam perjanjian yaitu untuk membeli mesin – mesin sebesar Rp 8.000.000.000,- (delapan milyar rupiah) dan menambah modal kerja sebesar Rp 2.000.000.000,- (dua milyar rupiah), akan tetapi oleh *mudharib* dana tersebut digunakan untuk kepentingan lain yaitu memperluas pabrik dan membiayai *overhead*.⁹⁸

Cidera janji sendiri memberikan hukuman bagi debitur. Hukuman atau akibat yang tidak enak bagi debitur yang lalai ada empat macam, yaitu:⁹⁹

1. Membayar kerugian yang diderita oleh kreditur atau dengan singkat dinamakan ganti rugi;
2. Pembatalan perjanjian atau juga dinamakan dengan pemecahan perjanjian;

⁹⁷ Abdulkadir Muhammad, *Op. cit*, hlm. 203

⁹⁸ Putusan Badan Arbitase Syariah Nasional No. 15/Tahun 2007/BASYARNAS/Ka. Jak, Hal. 33

⁹⁹ Subekti, *Hukum Perjanjian*, Cet. 14, (Jakarta: PT. Internusa,1992), hlm. 45

3. Peralihan resiko;
4. Membayar biaya perkara, jika sampai diperkarakan didepan hakim.

Apabila terdapat kerugian yang dialami pihak *mudharib*, pihak Bank selaku fasilitator seharusnya tidak bertanggungjawab atas kerugian tersebut atau ketidakmampuan *mudharib* untuk membayar kepada *shahibul maal*. Hal ini sebagaimana ternyata dalam pasal 7 huruf H, Peraturan Bank Indonesia No. 7/46/PBI/2005 tentang Akad Penghimpunan dan Penyaluran Dana Bagi Bank yang Melaksanakan Kegiatan Usaha yang Beradasarkan Prinsip Syariah¹⁰⁰, bahwa Bank sebagai agen penyaluran dana milik investor tidak menanggung kerugian usaha yang dibiayai dengan dana tersebut. Hal tersebut tidak berlaku jika terdapat unsur kelalaian sebagaimana disebutkan dalam Peraturan Bank Indonesia No. 7/46/PBI pasal 7 huruf I, yang berbunyi: Investor sebagai pemilik dana *mudharabah muqayyadah* menanggung seluruh resiko kerugian kegiatan usaha kecuali jika nasabah melakukan kecurangan, lalai, atau menyalahi perjanjian yang mengakibatkan kerugian usaha.

Namun dalam kasus ini pihak Bank telah lalai dan tidak menjalankan kewajibannya sebagaimana telah disepakati dalam akad *mudharabah muqayyadah*. Pihak Bank seharusnya menjalankan fungsinya sebagai fasilitator yang mengelola atau mengatur pembayaran pokok dan nisbah bagi hasil dari pihak *shahibul maal* kepada *mudharib*, tetapi pada kenyataannya pihak Bank hanya menjalankan fungsinya selama 6 (enam) bulan pertama. Tindakan yang telah dilakukan pihak Bank jelas merugikan pihak *shahibul maal*.

Penyalahgunaan dana *shahibul maal* oleh *mudharib* serta tidak dibayarnya pokok pembiayaan dan nisbah bagi hasil adalah bentuk wanprestasi dimana jelas merugikan pihak *shahibul maal*. Oleh karena itu, dalam putusan Basyarnas No. 50/Tahun 2007/BASYARNAS/Ka. Jak¹⁰¹ baik pihak Bank maupun pihak *mudharib* bertanggungjawab bersama - sama (tanggungjawab renteng) atas kerugian pihak *shahibul maal* dengan membayar ganti rugi kepada *shahibul maal*

¹⁰⁰ Peraturan Bank Indonesia ini telah diperbarui dengan Peraturan Bank Indonesia No. 9/19/PBI/2007 tentang Pelaksanaan Prinsip Syariah dalam Kegiatan Penghimpunan Dana dan Penyaluran Dana serta Pelayanan Jasa Bank Syariah yang ditetapkan pada tanggal 17 Desember 2007

¹⁰¹ Sesuai dengan Pasal 14 ayat (2) Akad Pembiayaan *Mudharabah Muqayyadah*, Dapenda kemudian membawa perkara ini ke Basyarnas. Didalam pasal disebutkan apabila terjadi perselisihan maka para pihak akan menunjuk Basyarnas untuk menyelesaikan sengketa.

sebesar jumlah pokok pembiayaan yang telah ditempatkan pihak *shahibul maal* yaitu Rp. 10.000.000.000 (sepuluh milyar Rupiah). Sesungguhnya keputusan ini dinilai tidak adil, karena seharusnya pihak Bank dan pihak *mudharib* selain membayar pokok pembiayaan tersebut harus ditambahkan nisbah bagi hasil yang belum terbayar secara penuh sebagaimana kesepakatan dalam akad *mudharabah muqayyadah*.

2.2.2 Pelaksanaan Prinsip Kehati – hatian

Menurut Sutan Remy Sjahdeini diabaikannya rambu – rambu kesehatan oleh bank yang menjalankan usaha berdasarkan prinsip syariah memberikan dampak kerugian yang jauh lebih besar dari pada hal itu dilakukan oleh bank konvensional.¹⁰²

Adapun alasan mengenai hal itu, alasan pertama, karena resiko yang dihadapi oleh Bank yang menjalankan usaha berdasarkan prinsip syariah dalam hal pembiayaan diberikan berdasarkan prinsip bagi hasil (*Mudharabah*) kepada nasabahnya, jauh lebih besar dari pada resiko yang dihadapi oleh bank konvensional yang memberikan kredit dengan jaminan. Pada pembiayaan berdasarkan prinsip bagi hasil (*mudharabah*) bank yang menjalankan usaha berdasarkan prinsip Syariah tidak boleh meminta agunan dari *mudharib*. Dengan kata lain, bank yang menjalankan usaha berdasarkan prinsip syariah semata – mata hanya dapat mengandalkan *first way out* sebagai sumber pengembalian dana yang diinvestasikan oleh bank dalam bentuk pembiayaan berdasarkan prinsip bagi hasil (*mudharabah*). Sedangkan pada pemberian kredit oleh bank konvensional, penyerahan agunan oleh nasabah debitur merupakan unsur penting sebagai *second way out*, juga bank konvensional masih dapat mengandalkan *second way out* berupa agunan kredit dan penjaminan apabila *first way out* mengalami kegagalan.¹⁰³

Alasan kedua, apabila terjadi kegagalan pada pembiayaan yang diberikan oleh bank yang menjalankan usaha berdasarkan prinsip Syariah, antara lain

¹⁰² Sutan Remy Sjahdeini, *Perbankan Islam dan Kedudukannya dalam Tata Hukum Perbankan Indonesia*, (Jakarta: Pustaka Utama Grafiti, 1999), hlm 172.

¹⁰³ *Ibid*, hlm. 173

mudharabah, nasabah tidak berkewajiban untuk mengembalikan dana bank tersebut. Sebagaimana telah diuraikan dimuka, misalnya pada pembiayaan berdasarkan prinsip bagi hasil (*mudharabah*), banklah yang harus memikul kehilangan dana yang telah diberikan kepada *mudharib* untuk diputar dalam usaha *mudharib*. Sedangkan resiko yang dipikul *mudharib* hanya berupa tidak memperoleh keuntungan dari jerih payahnya dalam menjalankan dan mengelola usaha itu. Dengan kata lain banklah sebagai *shahibul maal* yang harus memikul resiko finansial, sedangkan *mudharib* hanya memikul resiko *non financial*.¹⁰⁴

Jika memang dalam perbankan syariah tidak disyaratkan adanya jaminan, maka besar kemungkinan sektor perbankan syariah akan mengalami kegagalan. Jika suatu perjanjian pembiayaan tanpa adanya jaminan atau agunan terjadi pada zaman Rasulullah SAW, hal tersebut mungkin saja terjadi mengingat keadaan masyarakat pada zaman itu relatif jujur dan mereka takut akan dosa. Namun, apabila di zaman sekarang penerapan perjanjian pembiayaan tanpa adanya jaminan maka akan menghadapi resiko yang tinggi bagi pihak bank syariah, dimana salah satu prinsip syariah adalah saling percaya.

Menurut Harisman, adanya ketentuan ini menyebabkan bank menghadapi resiko yang sangat tinggi karena seluruh kerugian akan ditanggung oleh bank sebagai *shahibul maal* (investor), kecuali terbukti bahwa kerugian tersebut merupakan kelalaian yang disengaja oleh *Mudharib*. Dampak lainnya adalah timbulnya *moral hazard* oleh *mudharib*. Berkenaan dengan itu, bank yang menjalankan usaha berdasarkan prinsip Syariah dapat meminta jaminan kepada *Mudharib*.¹⁰⁵ Menurut Harisman, kepala Biro Perbankan Syariah Bank Indonesia, mengatakan, bahwa dalam pembiayaan *mudharabah*, *mudharib* tidak diwajibkan memberikan agunan kepada bank yang menjalankan usaha berdasarkan prinsip Syariah.¹⁰⁶

Pada prakteknya, bank syariah memang mengenakan agunan atau jaminan pada beberapa pembiayaan yang dikembangkannya. Alasan utama adanya agunan pada bank syariah adalah untuk melaksanakan prinsip kehati – hatian dalam

¹⁰⁴ *Ibid*, hlm.174

¹⁰⁵ Harisman, *Tugas Bank Indonesia dalam Pengawasan dan pembinaan Perbankan Syariah di Indonesia*, Jurnal Hukum Bisnis, Volume 20, Agustus – September 2007, hlm. 27

¹⁰⁶ *Ibid*

menyalurkan dana pihak ketiga, hal ini sebagai bentuk penerapan prinsip 5 C's (*collateral*). Alasan semacam ini memang dapat diterima, karena dana yang disalurkan ke masyarakat bukan hanya dana milik bank sendiri, tetapi juga ada dana yang berasal dari pihak ketiga yang harus dilindungi oleh pihak bank syariah.

Dari perspektif fikih, adanya agunan yang dijalankan oleh bank syariah dapat dibenarkan dari sisi memutus jalan bagi nasabah untuk berbuat tidak disiplin (*moral hazard*) atau niatan yang tidak baik dengan tidak melunasi kewajiban dalam proses pembayaran.¹⁰⁷

Adanya jaminan memang diperlukan kreditor agar piutangnya terjamin. Perjanjian penjaminan merupakan perjanjian aksesoir yang melekat pada perjanjian dasar atau perjanjian pokok yang menerbitkan hutang piutang diantara debitor dan kreditor. Menurut sifatnya ada jaminan bersifat umum, yaitu jaminan yang diberikan bagi kepentingan semua kreditor dan menyangkut semua harta debitor, sebagaimana yang diatur dalam pasal 1131 Kitab Undang – undang Hukum Perdata, dan jaminan yang bersifat khusus yang merupakan jaminan dalam bentuk penunjukkan atau penyerahan barang tertentu secara khusus sebagai jaminan atas pelunasan kewajiban/hutang debitor kepada kreditor tertentu yang hanya berlaku untuk kreditor tertentu tersebut baik secara kebendaan maupun perorangan.¹⁰⁸

Dalam hukum Islam, jaminan diistilahkan dengan *ar-rahn*. Dasar pijakan *ar-Rahn* di dalam hukum Islam adalah al- Qur'an surat al-Baqarah ayat 283, yang artinya “Jika kamu dalam perjalanan (dalam bermuamalah tidak secara tunai), sedang penulis tidak ada, maka hutang – piutang itu dilakukan secara gadai dengan jaminan.”¹⁰⁹

Di dalam Hadis riwayat Bukhari dan Muslim diriwayatkan bahwa Rasulullah SAW membeli makanan dari seorang Yahudi dengan menjadikan baju besinya sebagai barang jaminan.

¹⁰⁷ Nadratuzzaman Hosen, Hasan Ali dan Bakhrul Muchtasib, *Op. cit*, hlm. 77 – 78

¹⁰⁸ Gunawan Widjaja, *Memahami Prinsip Keterbukaan dalam Hukum Perdata*, (Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2006), hlm. 224

¹⁰⁹ Bachtiar Surin, *Adz – Dzikra, Terjemah dan Tafsir Al – Qur'an*, Cet. 10, (Bandung: Angkasa, 1991), hlm. 197

Menurut para ilmuwan hukum Islam, jaminan yang diberikan Rasulullah tersebut adalah peristiwa pertama tentang jaminan di dalam Islam. Artinya Rasul memperkenalkan jaminan ini untuk dijadikan sumber hukum Islam.¹¹⁰

Untuk menjamin terlunasnya hutang *mudharib*, Undang – undang Perbankan Syariah memberikan perlindungan hukum bagi *shahibul maal*, sebagaimana dinyatakan dalam pasal 1 ayat 26, yang berbunyi:

“Agunan adalah jaminan tambahan, baik berupa benda bergerak maupun benda tidak bergerak yang diserahkan oleh pemilik Agunan kepada Bank Syariah dan/atau Unit Usaha Syariah (UUS), guna menjamin pelunasan kewajiban Nasabah Penerima Fasilitas.”

Dalam Fatwa Dewan Syariah Nasional No: 07/DSN – MUI/IV/2000 tentang pembiayaan *mudharabah* pada pasal 7 menyebutkan bahwa pada prinsipnya, dalam pembiayaan *mudharabah* tidak ada jaminan namun agar *mudharib* tidak melakukan penyimpangan, LKS (dalam hal ini Bank syariah) dapat meminta jaminan dari *mudharib* atau pihak ketiga. Jaminan ini hanya dapat dicairkan apabila *mudharib* terbukti melakukan pelanggaran terhadap hal – hal yang telah disepakati bersama dalam akad.

Sebagaimana disebutkan diatas, bahwa tujuan dilakukan pengikatan jaminan adalah untuk melaksanakan prinsip kehati – hatian. Sedangkan prinsip kehati – hatian berdasarkan Syariat Islam dalam pemberian *mudharabah* adalah pada syarat sahnya perjanjian Islami itu sendiri. Muhammad Amin Suma mengatakan bahwa asas – asas perjanjian dalam perbankan Syariah adalah asas rela sama rela (*ridha ‘iyyah*), asas manfaat, asas keadilan, dan asas saling menguntungkan.¹¹¹

Jaminan dalam bahasa Arab adalah *ar-Rahn*. Secara epistemologis, kata *ar- Rahn* mempunyai pengertian tetap atau kekal atau jaminan. Para ilmuwan hukum yang menganut aliran Maliki mendefinisikan *ar-Rahn* sebagai harta yang dijadikan pemiliknya sebagai jaminan utang yang bersifat mengikat.

Menurut para ilmuwan hukum Islam aliran Hanafi, *ar-Rahn* adalah menjadikan sesuatu (barang) sebagai jaminan terhadap hak (piutang) yang

¹¹⁰ Burhanuddin Harahap, *Kedudukan, Fungsi dan Problematika Jaminan dalam Pembiayaan Mudharabah pada Perbankan Syariah*, Yustisia, Edisi No. 69 September – Desember 2006, hlm. 49

¹¹¹ Muhammad Amin Suma, *Ekonomi Syariah sebagai Alternatif System Ekonomi Konvensional*, Jurnal Hukum Bisnis. Volume 20, Agustus –September 2002, hlm. 18

mungkin dijadikan pembayar hak (piutang) itu, baik seluruhnya maupun sebagiannya.

Sedangkan para ilmuwan hukum Islam aliran Syafii mengartikan *ar-Rahn* sebagai menjadikan materi (barang) sebagai jaminan utang, yang dapat dijadikan pembayar utang, apabila orang yang berutang tidak dapat membayar utangnya itu.

Untuk sahnya suatu jaminan, mayoritas ilmuwan hukum Islam memberikan ketentuan sebagai berikut:¹¹²

1. Harus ada pemberi jaminan (*ar-Rahn*)
2. Harus ada yang menerima jaminan yaitu yang memberikan utang (*almurtahin*).
3. Harus cakap berbuat hukum. Artinya dapat menanggung hak dan kewajiban. Menurut Imam Hanafi, anak kecil (*mumayiz*) dapat melakukan transaksi *ar-Rahn* dengan persetujuan walinya.
4. Harus ada ijab dan kabul.

Sedangkan secara umum untuk syarat sahnya suatu jaminan harus memiliki unsur – unsur sebagai berikut:

1. Persetujuan antara yang memberikan jaminan dan yang menerima jaminan atau orang yang memberikan utang. Persetujuan itu mencakup hal-hal yang dapat memperlancar hubungan utang piutang antara kreditur dan debitur. Oleh karena itu persyaratan – persyaratan yang bertentangan atau yang menghambat tujuan adanya jaminan adalah tidak diperbolehkan, yang menjadikan tidak sahnya jaminan.
2. Harus ada utang piutang. Jaminan adalah untuk menjamin suatu utang. Oleh karena itu tidak ada jaminan tanpa utang piutang. Untuk adanya jaminan maka dipersyaratkan adanya utang piutang. Dengan demikian jaminan merupakan perjanjian tambahan yang dalam literatur hukum berat disebut dengan perjanjian *asessoir*. Dalam hukum Islam adanya utang ini dipersyaratkan:
 - a. Bahwa utang merupakan kewajiban debitur yang harus dilunasi kepada kreditur;

¹¹² Burhanuddin Harahap, *Op. cit*, hlm. 49

- b. Bahwa utang tersebut boleh dilunasi dengan jaminan, jika ternyata kemudian debitur ingkar janji;
 - c. Bahwa utang yang dijamin itu harus jelas dan tertentu. Artinya dalam jumlah yang jelas dan utang tertentu.
3. Harus ada harta yang dijadikan jaminan Harta yang dijadikan jaminan itu harus memenuhi ketentuan sebagai berikut:
- a. Barang yang dijadikan jaminan dapat dijual;
 - b. Nilai barang jaminan adalah seimbang dengan utang;
 - c. Barang jaminan harus bernilai harta dan dapat dimanfaatkan dalam pengertian mempunyai manfaat.
 - d. Barang jaminan adalah jelas dan tertentu wujud dan jenisnya;
 - e. Barang jaminan adalah milik sah orang yang berutang;
 - f. Barang jaminan tidak terkait dengan hak orang lain;
 - g. Barang jaminan itu merupakan barang yang utuh dan tidak bertebaran dalam berbagai tempat yang menyulitkan;
 - h. Barang jaminan dapat diserahkan secara materi, atau secara alas hak atau pemanfaatannya.

Dalam uraian di atas telah disinggung bahwa jaminan bukan merupakan perjanjian pokok. Jaminan bukan merupakan perjanjian yang berdiri sendiri. Jaminan merupakan perjanjian tambahan yang terjadi karena adanya perjanjian pokok, yaitu utang piutang. Jaminan bukan merupakan perjanjian pokok, sehingga perjanjian jaminan tidak dapat berdiri sendiri. Oleh karena itu para ilmuwan hukum Islam menentukan bahwa jaminan (*ar-Rahn*) baru dianggap sempurna jika pihak debitur sebagai orang yang berhutang telah menerima utang dari pihak kreditur sebagai pihak yang berpiutang dan barang jaminan telah diserahkan secara hukum berdasarkan alas hak oleh debitur sebagai pihak yang berhutang kepada kreditur sebagai pihak yang berpiutang.

Kesempurnaan jaminan ini didasarkan pada Al-Qur'an surat albaqarah ayat 283 yang menentukan "*fa rihanun maqbudhah*" yang artinya "maka hendaklah ada barang yang dipegang". Artinya barang jaminan itu berada dalam kekuasaan orang yang memberikan utang. Tentu saja penyerahan barang dari orang yang berutang kepada orang yang memberikan utang itu sesuai dengan

barang jaminannya. Oleh karena itu jika jaminan berupa tanah, maka tidak mungkin tanah itu diberikan secara fisik, tetapi dapat berupa alat bukti hak (sertifikat). Demikian juga jika jaminan itu sepeda motor, maka yang diserahkan dapat berupa alat bukti kepemilikannya (BPKB).¹¹³

Realitas dalam dunia perbankan menunjukkan bahwa jaminan merupakan bagian yang tak terpisahkan dari perjanjian antara bank dan nasabah pengguna dana. Meskipun secara teoritis dalam perbankan konvensional dimungkinkan adanya pinjaman tanpa jaminan, namun dalam realitas tidak dapat dilakukan, sehingga jaminan merupakan persyaratan bagi nasabah pengguna dana perbankan konvensional. Realitas ini dapat dipahami dikarenakan;¹¹⁴

1. Dalam perbankan konvensional hubungan bank dan nasabah pengguna dana adalah hubungan pinjam meminjam atau utang piutang;
2. Untuk mengurangi resiko hilangnya dana yang telah dikeluarkan bank;
3. Sebagai motifasi pengguna dana untuk bertanggungjawab terhadap penggunaan dana yang bukan miliknya sendiri.

Menurut pendapat Sutan Remy Sjahdeini, bahwa dalam transaksi *mudharabah*, kepercayaan merupakan unsur terpenting, yaitu kepercayaan dari *shahibul maal* kepada *mudharib*, dana dalam transaksi *mudharabah* bank tidak boleh meminta jaminan apapun dari *mudharib*. Hal ini berarti dalam hal bank yang menjalankan usaha berdasarkan prinsip Syariah mempertimbangkan permohonan fasilitas pembiayaan dari calon *mudharib*, bank tidak dapat mengandalkan *second way out* (agunan atau jaminan dari calon *mudharib*), tetapi semata – mata pada *first way out* dari *mudharib*.¹¹⁵

Dalam praktik, realisasi pemberian pembiayaan dalam rangka penerapan prinsip kehati – hatian ini sering timbul berbagai hambatan, terutama yang berkaitan dengan pelaksanaan di lapangan. Artinya akad yang telah diperjanjikan oleh kedua belah pihak tidak sesuai dengan tujuan yang telah diperjanjikan. Bank dengan prinsip Syariah selalu menghadapi permasalahan *asymmetric information*

¹¹³ *Ibid*, hlm. 51

¹¹⁴ *Ibid*

¹¹⁵ Sutan Remy Sjahdeini. *Op.cit.* hlm. 50

dan *moral hazard* dari nasabah, bahwa pembiayaan yang telah diberikan tidak dipergunakan sebagaimana mestinya untuk memaksimalkan keuntungan kedua belah pihak. Begitu dana dikelola oleh nasabah, maka akses informasi bank dengan prinsip syariah terhadap usaha nasabah menjadi terbatas. Dengan demikian, terjadi *asymmetric information* dimana nasabah mengetahui informasi – informasi yang tidak diketahui oleh bank dengan prinsip Syariah. Pada saat yang sama timbul *moral hazard* dari nasabah yaitu nasabah melakukan hal – hal yang hanya menguntungkan nasabah dan merugikan pemilik dana.¹¹⁶

Kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah yang diberikan oleh bank mengandung resiko, sehingga dalam setiap pemberian kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah harus memperhatikan asas – asas perkreditan atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah yang sehat dan berdasarkan prinsip kehati – hatian. Untuk itu sebelum memberikan kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah, bank harus melakukan penilaian yang seksama terhadap berbagai aspek.

Dalam setiap Kebijakan Perkreditan Bank (KPB) wajib dimuat dan ditetapkan secara jelas dan tegas adanya prinsip kehati – hatian dalam perkreditan, yang sekurang – kurangnya harus meliputi kebijakan pokok dalam perkreditan, tata cara penilaian kualitas kredit dan profesionalisme serta integritas pejabat perkreditan.

Pada Pasal 29 ayat 3 Undang – undang Perbankan menegaskan bahwa: dalam memberikan kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah dan melakukan kegiatan usaha lainnya, bank wajib menempuh cara – cara yang tidak merugikan bank dan kepentingan nasabah yang mempercayakan dananya kepadanya. Ketentuan terdapat pula dalam pasal 36 Undang – undang Perbankan Syariah, yang berbunyi: dalam menyalurkan pembiayaan dan melakukan kegiatan usaha lainnya, Bank Syariah dan Unit Usaha Syariah (UUS) wajib menempuh cara – cara yang tidak merugikan Bank Syariah dan/atau UUS dan kepentingan nasabah yang mempercayakan dananya. Pasal ini (29 ayat 3 UU Perbankan) secara khusus meminta perhatian mengenai kepentingan nasabah penyimpan dana bank yang harus dijaga yang mungkin dibahayakan sebagai akibat bank tidak

¹¹⁶ Adiwarmanto A. karim, *Op.cit*, hlm. 202

memperhatikan prinsip kehati – hatian dalam memberikan pembiayaan dalam kegiatan usaha lain.¹¹⁷ Mengenai prinsip kehati – hatian dalam perbankan syariah secara jelas dinyatakan dalam pasal 35 ayat 1 Undang – undang Perbankan Syariah No. 21 tahun 2008, yang berbunyi: Bank Syariah dan Unit Usaha Syariah (UUS) dalam melakukan kegiatan usahanya wajib menerapkan prinsip kehati – hatian.

Berdasarkan penjelasan pasal 8 Undang – undang perbankan nomor 10 tahun 1998, yang harus dinilai oleh bank sebelum memberikan kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah adalah watak, kemampuan, modal, agunan dan prospek usaha dari nasabah debitor (*mudharib*), yang kemudian terkenal dengan sebutan “the five C of credit analysis” atau prinsip 5 C’s yang dijabarkan sebagai berikut:¹¹⁸

1. Penilaian watak (*character*)

Penilaian watak atau kepribadian calon debitor dimaksudkan untuk mengetahui kejujuran dan itikad baik calon debitor untuk melunasi atau mengembalikan pinjaman, sehingga tidak akan menyulitkan bank dikemudian hari. Hal ini dapat diperoleh terutama didasarkan kepada hubungan yang telah terjalin antara bank dan calon debitor atau *mudharib* berdasarkan prinsip syariah atau informasi yang diperoleh dari pihak lain yang mengetahui moral, kepribadian dan perilaku calon debitor (*mudharib*) dalam kehidupan kesehariannya.

2. Penilaian kemampuan (*capacity*)

Bank harus meneliti tentang keahlian calon debitor dalam bidang usahanya dan kemampuan manajerialnya, sehingga bank yakin bahwa usaha yang akan dibiayainya dikelola oleh orang – orang yang tepat.

3. Penilaian terhadap modal (*capital*)

Bank harus melakukan analisis terhadap posisi keuangan secara menyeluruh mengenai masa lalu dan yang akan datang, sehingga dapat diketahui kemampuan permodalan calon debitor dalam

¹¹⁷ Sutan Remy Sjahdeini, *Kebebasan Berkontak dan Perlindungan yang Seimbang bagi Para Pihak dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia*, (Jakarta: Institu Bankir Indonesia, 1993), hlm. 174

¹¹⁸ Rachmadi Usman, *Op.cit*, hlm. 246

menunjang pembiayaan proyek atau usaha calon debitur yang bersangkutan.

4. Penilaian terhadap agunan (*collateral*)

Untuk menanggung pembayaran kredit macet, calon debitur umumnya wajib menyediakan jaminan berupa agunan yang berkualitas tinggi dan mudah dicairkan yang nilai minimalnya sebesar jumlah kredit atau pembiayaan yang diberikan kepadanya. Hal ini untuk mengantisipasi jika debitur tidak dapat melunasi kreditnya, maka agunan tersebut dapat dicairkan guna menutupi pelunasan atau pengembalian kredit atau pembiayaan yang tersisa.

5. Penilaian terhadap prospek usaha nasabah debitur atau *mudharib (condition of economy)*

Bank harus menganalisis keadaan pasar didalam dan diluar negeri baik masa lalu maupun yang akan datang sehingga masa depan pemasaran dari hasil proyek atau usaha calon debitur yang dibiayai bank dapat diketahui.

Selain menerapkan prinsip 5 C's diatas, bank juga harus menerapkan prinsip 5 P sebagai berikut:¹¹⁹

1. *Party* (Para Pihak)

Para pihak merupakan titik sentral yang diperhatikan dalam setiap pemberian kredit. Untuk itu pihak pemberi kredit harus memperoleh suatu kepercayaan terhadap para pihak, dalam hal ini debitur. Bagaimana karakternya, kemampuannya, dan sebagainya.

2. *Purpose* (Tujuan)

Tujuan dari pemberian kredit juga sangat penting diketahui oleh pihak kreditor. Harus dilihat apakah kredit akan digunakan untuk hal - hal yang positif yang benar – benar dapat menaikkan *income* perusahaan. Dan harus pula diawasi agar kredit tersebut benar – benar diperuntukkan untuk tujuan seperti diperjanjikan dalam suatu perjanjian kredit serta harus pula diperhatikan urgensi dari kredit yang diminta.

¹¹⁹ Munir Fuady, *Hukum Perkreditan Kontemporer*, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1996), hlm. 24 – 26

3. *Payment* (Pembayaran)

Harus pula diperhatikan apakah sumber pembiayaan kredit dari calon debitor cukup tersedia dan cukup aman, sehingga dengan demikian diharapkan bahwa kredit yang akan diluncurkan tersebut dapat dibayar kembali oleh debitor yang bersangkutan. Jadi harus dilihat dan dianalisis apakah setelah pemberian kredit nanti, debitor punya sumber pendapatan dan apakah pendapatan tersebut mencukupi untuk membayar kembali kreditnya.

4. *Profitability* (Perolehan Laba)

Unsur perolehan laba oleh debitor tidak kurang pula pentingnya dalam suatu pemberian kredit. Untuk itu kreditor harus berantisipasi apakah laba yang akan diperoleh oleh perusahaan lebih besar daripada bunga pinjaman dan apakah pendapatan perusahaan dapat menutupi pembayaran kembali kredit, *cash flow*, dan sebagainya.

5. *Protection* (Perlindungan)

Diperlukan suatu perlindungan terhadap kredit oleh perusahaan debitor. Untuk itu, perlindungan dari kelompok perusahaan atau jaminan dari *holding* atau jaminan pribadi pemilik perusahaan penting diperhatikan, terutama untuk berjaga – jaga sekiranya terjadi hal – hal diluar skenario atau diluar prediksi semula.

Ketentuan mengenai penerapan prinsip kehati – hatian dalam perkreditan maupun pembiayaan dalam prinsip syariah dijelaskan pula dalam penjelasan pasal 8 ayat 2 Undang – undang Perbankan No. 10 tahun 1998, yang berbunyi: Pokok – pokok ketentuan yang ditetapkan oleh Bank Indonesia memuat antara lain:

1. Pemberian kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah dibuat dalam bentuk perjanjian tertulis;
2. Bank harus memiliki keyakinan atas kemampuan dan kesanggupan nasabah debitor yang antara lain diperoleh dari penilaian yang seksama terhadap watak, kemampuan, modal, agunan dan prospek usaha dari nasabah debitor;
3. Kewajiban bank untuk menyusun dan menerapkan prosedur pemberian kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah;

4. Kewajiban bank untuk memberikan informasi yang jelas mengenai prosedur dan persyaratan kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah;
5. Larangan bank untuk memberikan kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah dengan persyaratan yang berbeda kepada nasabah debitur dan atau pihak – pihak terafiliasi;
6. Penyelesaian sengketa.

Dalam KPB harus ditetapkan pokok – pokok pengaturan mengenai tata cara pemberian kredit yang sehat, pokok – pokok pengaturan pemberian kredit kepada pihak yang terkait dengan bank dan debitur – debitur besar tertentu, kredit yang mengandung resiko yang tinggi serta kredit yang perlu dihindari, sekurang – kurangnya mencakup:¹²⁰

1. Pokok – pokok pengaturan mengenai:
 - a. Prosedur perkreditan yang sehat, termasuk prosedur persetujuan kredit, prosedur dokumentasi dan administrasi kredit serta prosedur pengawasan kredit;
 - b. Kredit yang perlu mendapat perhatian khusus;
 - c. Perlakuan terhadap kredit yang tunggakan bunganya dikapitalisasi (kredit yang diplafondering);
 - d. Prosedur penyelesaian kredit bermasalah dan prosedur penghapusbukuan kredit macet serta tata cara pelaporan kredit macet;
 - e. Tata cara penyelesaian barang agunan kredit yang telah dikuasai bank yang diperoleh dari hasil penyelesaian kredit.
2. Pokok – pokok pengaturan mengenai pemberian kredit kepada pihak – pihak yang terkait dengan bank dan/atau debitur – debitur besar tertentu yang sekurang – kurangnya mencakup:
 - a. Batasan jumlah maksimum penyediaan keseluruhan fasilitas kredit yang akan diberikan oleh bank sendiri kepada pihak – pihak

¹²⁰ Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia No. 27/162/KEP/DIR tentang Pedoman Penyusunan Kebijakan Perkreditan Bank (PPKPB), tanggal 31 Maret 1995, hlm. 17. Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia ini merupakan kelanjutan dari pasal 8 ayat 2 Undang – undang No. 10 tahun 1998 tentang Perbankan.

- tersebut diatas dalam angka presentase terhadap jumlah keseluruhan kredit dan jumlah modal bank berdasarkan perhitungan Kewajiban Penyediaan Modal Minimum (KPMM) bank;
- b. Tata cara penyediaan kredit kepada pihak – pihak tertentu diatas yang akan disindikasikan, dikonsorsiumkan dan dibagi resikonya (*risk sharing*) dengan bank – bank lain;
 - c. Persyaratan kredit kepada pihak – pihak tersebut diatas khususnya mengenai perbandingan suku bunga kredit dengan yang ditetapkan terhadap debitor – debitor lainnya serta bentuk dan jenis agunan;
 - d. Kebijaksanaan bank dalam pemberian kredit kepada pihak – pihak tersebut diatas dalam kaitannya dengan ketentuan perkreditan, khususnya ketentuan Batas Maksimum Pemberian Kredit (BMPK)
3. Sektor ekonomi, segmen pasar, kegiatan usaha dan debitor yang mengandung resiko tinggi bagi bank.
 4. Kredit yang perlu dihindari:
 - a. Kredit untuk tujuan spekulasi;
 - b. Kredit yang diberikan tanpa informasi keuangan yang cukup, dengan catatan bahwa informasi untuk kredit – kredit kecil dapat disesuaikan seperlunya oleh bank;
 - c. Kredit yang memerlukan keahlian khusus yang tidak dimiliki oleh bank;
 - d. Kredit kepada debitor bermasalah dan/atau macet pada bank lain.

Sedangkan dalam perspektif Islam prinsip kehati – hatian dalam bertransaksi sangat ditekankan, begitu pentingnya prinsip kehati – hatian ini Rasulullah SAW menyatakan dalam sabdanya:

“Abbas bin Abdul Muthalib jika menyerahkan harta sebagai *mudharabah*, ia mensyaratkan kepada mudharibnya agar tidak mengarungi lautan dan tidak menuruni lembah, serta tidak membeli hewan ternak. Jika persyaratan itu dilanggar, ia (*mudharib*) harus menanggung resikonya. Ketika persyaratan yang ditetapkan Abbas itu didengar Rasulullah SAW, beliau membenarkannya” (H.R. Thabrani dari Ibnu Abbas).

Dari keterangan diatas menggambarkan bahwa bank sebagai lembaga kepercayaan harus melakukan kegiatan/aktivitasnya selalu memperhatikan dan

menjadikan prinsip kehati – hatian sebagai pondasi dalam menjalankan usahanya. Paling tidak bank harus menghindari untuk melakukan usaha pembiayaan dan investasi pada:¹²¹

1. Usaha yang tidak sesuai dengan prinsip syariah;
2. Usaha yang bersifat spekulatif (*maisir*) dan mengandung ketidakpastian (*gharar*);
3. Usaha yang tidak mempunyai informasi keuangan yang memadai;
4. Bidang usaha yang memerlukan keahlian khusus, sedang aparat bank tidak memiliki keahlian atau menguasai bidang usaha tersebut;
5. Pengusaha yang bermasalah.

Satu hal yang menjadi pertanyaan besar dalam kasus ini, mengapa pihak Bank Syariah Y tidak melakukan pengikatan jaminan terhadap PT. Z sebagai agunan dalam akad *mudharabah muqayyadah* ini? Apakah alasan pihak Bank Syariah Y adalah saling percaya diantara mereka sehingga tidak diperlukannya pengikatan jaminan?

Disebutkan pada akad *mudharabah muqayyadah* No. 108 tanggal 28 Januari 2004 pasal 8 butir 8 yang berbunyi: “Bank akan menyimpan seluruh bukti kepemilikan kekayaan (assets) atas nama PT. Z sebagai jaminan atas pembiayaan dan mengembalikannya kepada *mudharib* diakhir periode kerjasama ini.” Berdasarkan ketentuan tersebut, sudah seharusnya dibuatkan akta pengikatan jaminan, dikarenakan akta pengikatan jaminan merupakan perjanjian assesoir atau perjanjian tambahan. Namun hal tersebut tidak dilakukan pihak bank. Hal ini jelas membuka pintu terjadinya tindakan pelanggaran yang akan dilakukan pihak *mudharib* yang dapat merugikan pihak *shahibul maal* seperti menggunakan dana sesuai dengan kehendak *mudharib* tanpa sepengetahuan pihak *shahibul maal* dan pihak Bank atau bahkan tidak membayar kembali pinjaman dana *shahibul maal*.

Padahal dari berbagai ketentuan dalam hukum perbankan syariah yang berdasarkan hukum Islam dan hukum perbankan Indonesia bahwa keberadaan

¹²¹ Zainal Arifin, *Mekanisme Kerja Perbankan Islam dan Permasalahannya*, Makalah disampaikan pada diskusi Buku Perbankan Islam dan kedudukannya Dalam Tata Hukum Indonesia, Tanggal 12 April 2000, hlm. 10, sebagaimana dikutip dalam Disertasi, Hirsanuddin, *Kemitraan Dalam Bisnis: Perspektif Hukum Islam (Studi Terhadap Pelaksanaan Perjanjian Pembiayaan Bisnis dengan Prinsip Mudharabah di Perbankan Syariah)*, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Depok, 2005, hlm.171

jaminan dalam suatu pembiayaan adalah penting dan harus. Sehingga secara hukum Islam maupun hukum perdata, adalah diperbolehkan adanya pengikatan jaminan dalam suatu perjanjian pembiayaan maupun kredit. Adapun fungsi utama dari jaminan adalah untuk meyakinkan bank atau kreditor bahwa debitor mempunyai kemampuan untuk melunasi kredit yang diberikan kepadanya sesuai dengan perjanjian kredit yang telah disepakati bersama.¹²²

Fungsi utama adanya jaminan tersebut didasarkan pasal 6 huruf O Peraturan Bank Indonesia No. 7/46/PBI/2005, yang berbunyi: Bank dapat meminta jaminan atau agunan untuk mengantisipasi risiko apabila nasabah tidak dapat memenuhi kewajiban sebagaimana dimuat dalam akad karena kelalaian dan/atau kecurangan.

Disamping itu, jika dilihat dari prinsip penilaian watak (*character*) baik pihak PT. Z selaku *mudharib* dan pihak bank memiliki itikad tidak baik, hal tersebut dibuktikan dengan tidak dibagikannya nisbah bagi hasil kepada Dana Pensiun X selaku *shahibul maal*. Sesuatu hal yang harus dipertanyakan mengapa pihak Bank yang seharusnya menilai watak seseorang dalam hal itikad baiknya atau kejujurannya dalam mengembalikan pinjaman justru terlibat dan memiliki itikad yang tidak baik.

Dalam memberikan pembiayaan berdasarkan prinsip syariah, pihak Bank wajib mempunyai keyakinan berdasarkan analisis yang mendalam atas itikad baik dan kemampuan serta kesanggupan *mudharib* untuk melunasi hutangnya atau mengembalikan pembiayaan dimaksud sesuai dengan yang diperjanjikan. Namun, dalam kasus ini pihak Bank salah dalam menganalisa kemampuan *mudharib* untuk melunasi hutang – hutangnya, yang justru pihak *mudharib* mengalami kesulitan dalam melunasi hutang – hutangnya.

Sulitnya pihak *mudharib* dalam mengembalikan hutangnya kepada pihak Bank (macet) mengindikasikan bahwa terdapat masalah dalam tubuh manajerial pihak *mudharib* untuk mengelola keuangan yang untuk menyelesaikan masalah tersebut, pihak Bank dan pihak *mudharib* menggunakan pihak lain (dalam hal ini *shahibul maal*) untuk melunasi hutang pihak *mudharib* kepada pihak bank dengan mengajak kerjasama dalam bentuk *mudharabah muqayyadah* hingga pada

¹²² Hermansyah, *Hukum Perbankan Nasional Indonesia*, Edisi Revisi, Cet. 3, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2007), hlm. 72 – 73

akhirnya pihak *shahibul maal* mengalami kerugian. Dapat dikatakan bahwa dalam kasus ini pihak *mudharib* tidak memiliki kemampuan manajerial yang baik, ini jelas merupakan pelanggaran prinsip kehati – hatian yang dilakukan pihak Bank selaku fasilitator yang juga tidak dapat menganalisis atau menilai kemampuan manajerial *mudharib*.

Sebagaimana telah disinggung mengenai tanggungjawab pihak Bank diatas, pengawasan atau pemantauan *mudharib* merupakan bagian dari pelaksanaan prinsip kehati – hatian, hal ini bertujuan agar dana tersebut benar – benar diperuntukkan untuk tujuan seperti yang telah disepakati dalam akad. Penyalahgunaan dana *shahibul maal* oleh *mudharib* tidak lepas dari lemahnya pengawasan oleh pihak Bank.

Ganti kerugian dalam akad muamalah dikenal dengan *adh-dhaman*, yang secara harfiah berarti jaminan atau tanggungan. Ulama mengatakan adakalanya *adh-dhaman* berupa barang atau uang. Pentingnya *adh-dhaman* dalam perjanjian agar dalam akad yang telah disetujui kedua belah pihak tidak terjadi perselisihan. Segala kerugian baik terjadi sebelum maupun sesudah akad maka ditanggung risikonya oleh pihak yang menimbulkan kerugian. Akan tetapi dalam keadaan memaksa fiqh Islam tidak menghukumi orang yang berbuat tanpa disengaja dan tidak menghendaki perbuatan lalai tersebut, asalkan orang tersebut telah berbuat maksimal untuk memenuhi prestasinya, dan Islam mengapresiasi orang yang memberi kelapangan dalam pembayaran hutang.¹²³

3.2.3 Keabsahan Akad dalam Pembiayaan Mudharabah Muqayyadah

Jika akan menilai suatu akad itu sah atau tidak, hal yang harus kita perhatikan adalah syarat dan ketentuan mengenai sahnya suatu akad. Berdasarkan Kitab Undang – undang Hukum Perdata pasal 1320, sahnya suatu perjanjian harus memenuhi empat syarat, yaitu:

1. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya;
2. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan;
3. Suatu hal tertentu;
4. Suatu sebab yang halal.

¹²³ Nasrun Haroen, *Fiqh Muamalah*, Cet. 1, (Jakarta: Gaya Media Pratama, 2000), hlm. 120-121

Syarat pertama dan kedua pasal 1320 Kitab Undang – undang Hukum Perdata disebut sebagai syarat subjektif, karena melekat pada diri orang yang menjadi subjek perjanjian. Jika syarat ini tidak dipenuhi, perjanjian dapat dibatalkan, tetapi jika tidak dimintakan pembatalan kepada Hakim, perjanjian itu tetap mengikat para pihak.¹²⁴

Syarat ketiga dan keempat pasal 1320 Kitab Undang – undang Hukum Perdata disebut sebagai syarat objektif, karena mengenai sesuatu yang menjadi objek perjanjian. Jika syarat ini tidak dipenuhi maka perjanjian tersebut batal demi hukum. Itu berarti, sejak awal perjanjian tersebut tidak pernah ada dan tidak menimbulkan kewajiban.¹²⁵

Kesepakatan adalah persetujuan kehendak para pihak mengenai pokok perjanjian. Apa yang dikehendaki oleh pihak yang satu dikehendaki pula oleh pihak yang lain. Sebelum adanya persetujuan, biasanya pihak – pihak mengadakan perundingan, pihak yang satu memberitahukan kepada pihak yang lain mengenai objek perjanjian dan syarat – syaratnya dan pihak yang lain menyatakan pula kehendaknya, sehingga tercapai persetujuan yang mantap.¹²⁶

Persetujuan kehendak itu sifatnya bebas, artinya tidak ada paksaan, tekanan dari pihak manapun juga, betul – betul atas kemauan sukarela pihak – pihak. Dalam pengertian persetujuan kehendak termasuk juga tidak ada kekhilafan dan tidak ada penipuan. Dikatakan tidak ada paksaan apabila orang yang melakukan perbuatan itu tidak berada dibawah ancaman, baik kekerasan jasmani maupun dengan upaya menakut – nakuti. Sebagaimana disebutkan dalam pasal 1321 Kitab Undang – undang Hukum Perdata, dimana tiada sepakat yang sah apabila sepakat itu diberikan karena kekhilafan atau diperolehnya dengan paksaan atau penipuan.

Penipuan menurut arti undang – undang ialah dengan sengaja melakukan tipu muslihat dengan memberikan keterangan palsu dan tidak benar untuk membujuk pihak lawannya supaya menyetujui. Menurut ketentuan pasal 1328 Kitab Undang – undang Hukum Perdata, apabila tipu muslihat itu dipakai oleh salah satu pihak sedemikian rupa, sehingga terang dan nyata membuat pihak

¹²⁴ Abdulkadir Muhammad, *Op. cit*, hlm. 233

¹²⁵ Subekti, *Op.cit*, hlm. 20

¹²⁶ Abdulkadir Muhammad, *Op.cit*, hlm. 229

lainnya tertarik untuk membuat perjanjian, sedangkan jika tidak dilakukan tipu muslihat itu, pihak lainnya itu tidak akan membuat perjanjian itu. Penipuan ini merupakan alasan untuk membatalkan perjanjian.¹²⁷

Berdasarkan hukum perikatan Islam, ada 4 hal yang menyebabkan cacatnya sebuah kesepakatan:¹²⁸

1. *Ghalath* atau khilaf Pasal 30 KHES menyatakan kekhilafan tidak mengakibatkan batalnya suatu akad kecuali khilaf itu terjadi mengenai hakikat yang menjadi pokok perjanjian;
2. *Ikrah* atau paksaan Pasal 31 KHES menyatakan paksaan mendorong seseorang untuk melakukan sesuatu bukan berdasar pilihan bebasnya dan pasal 32 KHES menyebutkan bahwa paksaan dapat menyebabkan batalnya akad apabila pemaksa mampu untuk melaksanakannya, pihak yang dipaksa memiliki persangkaan yang kuat bahwa pemaksa akan segera melaksanakan apa yang diancamkannya apabila tidak patuh pada perintah pemaksa, yang diancamkan benar-benar menekan kondisi jiwa orang yang diancam, ancaman akan dilaksanakan secara serta merta, paksaan bersifat melawan hukum.
3. *Taghrirat* atau tipuan Dalam pasal 33 KHES disebutkan bahwa penipuan adalah pembentukan akad melalui tipu daya. Dengan dalih untuk kemaslahatan, tetapi kenyataannya untuk memenuhi kepentingannya sendiri. Pasal 34 KHES menyatakan bahwa penipuan merupakan alasan pembatalan suatu akad.
4. *Gubhn* atau penyamaran Pasal 35 KHES menegaskan penyamaran sebagai keadaan yang tidakimbang antara prestasi dengan imbalan prestasi dalam suatu akad.

Hal penting lain yang perlu diperhatikan adalah berkenaan dengan asas akad. Pasal 21 Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) menyatakan bahwa akad dilakukan berdasarkan 11 asas:¹²⁹

¹²⁷ *Ibid*, hlm. 230

¹²⁸ Achmad Fauzi, "Bank Syariah, Urgensi Hukum Perikatan Islam dalam Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah", <http://www.pta-samarinda.net/pdf/Subag%20Umum/EksAchmad%20fauzi.pdf>, hlm. 6, diunduh tanggal 14 April 2010

¹²⁹ *Ibid*

1. Sukarela/ikhtiyari (setiap akad dilakukan berdasarkan kehendak para pihak dan bukan karena keterpaksaan)¹³⁰;
2. Menepati janji/amanah (setiap akad wajib dilaksanakan oleh para pihak);
3. Kehati-hatian/ikhtiyati (setiap akad dilakukan dengan pertimbangan yang matang);
4. Tidak berubah (setiap akad memiliki tujuan yang jelas dan terhindar dari spekulasi);
5. Saling menguntungkan (setiap akad dilakukan untuk memenuhi kepentingan para pihak sehingga terhindar dari manipulasi);
6. Kesetaraan/taswiyah (para pihak yang melaksanakan akad memiliki kedudukan yang setara, memiliki hak dan kewajiban yang seimbang);
7. Transparansi (akad dilakukan dengan pertanggungjawaban para pihak secara terbuka);
8. Kemampuan (akad dilakukan sesuai kemampuan para pihak);
9. Kemudahan/taisir (akad memberi kemudahan bagi masing-masing pihak untuk melaksanakannya);
10. Itikad baik (akad dilaksanakan dalam rangka menegakkan kemaslahatan);
11. Sebab yang halal (akad tidak bertentangan dengan hukum).

Dalam kasus ini, pihak bank menawarkan kerjasama kepada pihak *shahibul maal* untuk pembiayaan *mudharabah muqayyadah* yang terdapat unsur penipuan berupa ketidakterbukaan oleh pihak bank dan *mudharib* dalam hal keadaan yang sebenarnya terjadi bahwa pihak *mudharib* memiliki hutang kepada pihak bank namun dalam akta disebutkan pihak *mudharib* tidak dalam keadaan berhutang kepada pihak manapun, ditambah lagi hutang *mudharib* yang dapat dikategorikan macet, sehingga membutuhkan dana dari pihak lain yaitu *shahibul maal* yang sebenarnya dipergunakan untuk melunasi hutang pihak *mudharib* kepada bank.

¹³⁰ Hal tersebut didasarkan pada firman Allah dalam surat An – Nisa ayat 29 yang berbunyi: “Hai orang – orang yang beriman! Janganlah kalian saling memakan (mengambil) harta sesamamu dengan jalan yang batil, kecuali dengan jalan perniagaan yang berlaku dengan sukarela diantaramu.”

Dalam kasus ini baik pihak bank maupun pihak *mudharib* telah memberikan keterangan palsu kepada pihak *shahibul maal* agar pihak *shahibul maal* tertarik untuk mengadakan kerjasama pembiayaan *mudharabah muqayyadah* tersebut. Sehingga dalam hal ini pihak Bank dan *mudharib* tidak memberikan informasi secara benar, lengkap, jelas dan jujur yang mana hal tersebut dapat mengakibatkan kerugian bagi pihak *shahibul maal*. Atas dasar adanya unsur penipuan tersebut, maka berdasarkan ketentuan dalam pasal 1321 jo 1328 Kitab Undang – undang Hukum Perdata, akad ini dapat dibatalkan. Demikian pula berdasarkan ketentuan dalam hukum perikatan Islam pasal 33 KHES, dinyatakan bahwa cacatnya suatu akad apabila terdapat unsur *taghdirat* atau penipuan, maka berdasarkan pasal 34 KHES akad tersebut dapat dibatalkan. Berdasarkan ketentuan dalam pasal 21 KHES, pihak bank dan pihak *mudharib* telah melanggar hampir seluruh asas yang harus ada dalam suatu akad.

Transparansi pada bank ditunjukkan dengan penyediaan informasi yang benar tentang pentingnya variable keuangan, lembaga lain dan faktor administratif yang mempengaruhi kredibilitas bank. Hal ini tidak hanya penting untuk menjaga kepentingan pemilik dana dan pihak lain, tetapi juga masalah stabilitas sistem. Inilah yang menjadi prinsip utama dari standar akuntansi internasional. Konsep berbagi resiko (*risk sharing*) dari pembiayaan syariah harus ditingkatkan, karena pihak pemegang saham dan depositan investasi harus dapat mengawasi operasional bank sehingga dapat meningkatkan kedisiplinan bank.¹³¹

Sesungguhnya proposal pembiayaan *mudharabah muqayyadah* yang ditawarkan kepada Dana Pensiun X diperuntukkan untuk melunasi hutang PT. Z kepada Bank Syariah Y. Disini dapat kita lihat bahwa pihak Bank Syariah Y ingin menggunakan pihak ketiga untuk menutupi pembiayaan yang macet.

Pemahaman *shahibul maal* terhadap skema pembiayaan *mudharabah muqayyadah* adalah penempatan deposito pada bank syariah, sehingga berdasarkan pemahaman tersebut *shahibul maal* setuju untuk menempatkan dananya kepada Bank Syariah Y. Yang menjadi pertanyaan adalah mengapa pihak *shahibul maal* beranggapan bahwa akad tersebut adalah penempatan deposito?

¹³¹ M. Umer Chapra dan Tariqullah Khan, *Regulasi dan Pengawasan Bank Syariah*, diterjemahkan oleh Ikhwani Abidin Basri, Cet. 1, (Jakarta: Bumi Aksara, 2008), hlm. 76

Apakah sebelum penandatanganan akad tersebut, tidak dilakukan pembacaan terlebih dahulu sebagaimana mestinya suatu akta otentik?

Pembelaan dari pihak *shahibul maal* menyatakan bahwa penganggapan atau pemahaman tersebut disebabkan dari tidak dibacakannya akta *mudharabah muqayyadah* yang dibuat secara notariil.

Berdasarkan pengakuan dari para pihak, akta yang telah dibuat tidak dibacakan secara lengkap dan menyeluruh, hal ini jelas bertentangan dengan ketentuan dalam pasal 28 Peraturan Jabatan Notaris. Dalam Pasal 28 Peraturan Jabatan Notaris disebutkan bahwa Notaris harus membacakan akta tersebut di hadapan para penghadap dan saksi-saksi. Dari bunyi pasal 28 tersebut dapat diketahui dengan jelas, bahwa setiap akta Notaris, sebelum itu ditandatangani harus dibacakan terlebih dahulu dalam keseluruhannya kepada para penghadap dan para saksi, baik itu akta pihak (*partij akte*) maupun akta pejabat (*ambtelijke akte*). Pembacaan ini merupakan bagian dari yang dinamakan “*verlijden*” (pembacaan dan penandatanganan) dari akta. Oleh karena akta itu dibuat oleh Notaris, maka pembacaannya juga harus dilakukan oleh Notaris sendiri dan tidak disuruh bacakan oleh asisten atau pegawai Notaris.

Hendaklah disadari, bahwa hanya apabila Notaris sendiri melakukan pembacaan dari akta itu, para penghadap disatu pihak mempunyai jaminan bahwa mereka menandatangani apa yang mereka dengar sebelumnya yang dibacakan oleh Notaris dan dilain pihak para penghadap dan juga Notaris memperoleh keyakinan bahwa akta itu benar – benar berisikan apa yang dikehendaki oleh para penghadap. Tujuan dari pembuatan akta Notaris sebagai alat bukti mengharuskan demikian.¹³²

Apabila tidak dilakukan pembacaan untuk sebagian atau untuk keseluruhannya dari akta itu, maka menurut pasal 28 ayat 5 Peraturan Jabatan Notaris, akta itu hanya mempunyai kekuatan seperti akta yang dibuat dibawah tangan, apabila itu ditandatangani oleh para penghadap.¹³³

Sedangkan dalam Undang – undang Jabatan Notaris nomor 30 tahun 2004 pasal 16 ayat 1 huruf L, yang berbunyi:

¹³² Lumban Tobing, *Peraturan Jabatan Notaris*, Cet. 3, (Jakarta: Erlangga, 1992) hlm. 201

¹³³ *Ibid*, hlm. 200

“Dalam menjalankan jabatannya, Notaris berkewajiban untuk membacakan akta dihadapan penghadap dengan dihadiri oleh paling sedikit 2 (dua) orang saksi dan ditandatangani pada saat itu juga oleh penghadap, saksi dan Notaris.”

Pelanggaran terhadap ketentuan tersebut memiliki konsekuensi hukum yaitu akta yang dibuat akan menjadi akta dibawah tangan atau dengan kata lain hilang keotentisitasannya atau batal demi hukum sebagaimana dinyatakan dalam pasal 85 Undang – undang Jabatan Notaris nomor 30 tahun 2004.

Berbeda halnya dengan pembelaan dari pihak Bank, yang menyatakan bahwa pemahaman pihak *shahibul maal* terhadap akad tersebut merupakan hal yang mengada – ada. Hal ini dipertegas dengan adanya klausul dibagi akhir akta yang berbunyi: “DEMIKIANLAH AKTA INI, dibuat sebagai minuta, dibacakan dan ditandatangani di Tangerang....”. sehingga dengan demikian, pihak *shahibul maal* seharusnya sudah mengetahui bahwa akad yang ditandatanganinya berupa akad *mudharabah muqayyadah* dan bukan penempatan deposito.

Disamping itu juga diperjelas dalam akad *mudharabah muqayyadah* tersebut dibagian konsideran yang menyatakan: “Bahwa dalam rangka melaksanakan perjanjian kerjasama antara *mudharib*, *shahibul maal* dan bank, *mudharib* telah mengajukan permohonan kepada *shahibul maal* untuk menyediakan pembiayaannya, yang dari pendapatan/keuntungan usaha itu kelak akan dibagi antara *mudharib* dan *shahibul maal* berdasarkan prinsip bagi hasil.”

Hal tersebut diperkuat dengan bukti penandatanganan lembar *Syahadah* investasi *mudharabah muqayyadah* Bank Syariah Y No. seri: 05/1397/BSY-TGR, No. 05/1453/BSY-TGR, No. 07/113/BSY-TGR dan No. 07/114/BSY-TGR yang dilakukan oleh *shahibul maal*. Dalam lembaran *Syahadah Mudharabah Muqayyadah* Bank Syariah Y tersebut dinyatakan dengan jelas bahwa pihak bank hanya menerima dan menyalurkan amanah dari *shahibul maal* kepada *mudharib* dan dinyatakan juga bahwa *Syahadah* ini merupakan kesepakatan bersama antara *shahibul maal* dan *mudharib* berdasarkan prinsip *mudharabah muqayyadah* murni yang pengelolaan dananya langsung dikelola oleh *mudharib*.

Anggapan pihak *shahibul maal* bahwa penempatan dananya di PT. Bank Syariah Y adalah berupa deposito adalah berdasarkan pengalaman di beberapa bank syariah lainnya termasuk pihak PT. Bank Syariah Y, oleh karenanya

penempatan dana pada pihak bank mengikuti kebiasaan sebelumnya adalah berupa deposito yang dihentikan jenis perjanjian *mudharabah muqayyadah* murni bukan merupakan deposito perhitungan bunga. Sebagaimana Fatwa Dewan Syariah Nasional No. 03/DSN – MUI/IV/2000, dimana deposito adalah simpanan dana berjangka yang penarikannya hanya dapat dilakukan pada waktu tertentu berdasarkan perjanjian antara nasabah penyimpan dengan bank. Deposito dapat digolongkan menjadi dua jenis, yaitu:

1. Deposito yang dilarang secara syariah, yaitu deposito berdasarkan perhitungan bunga;
2. Deposito yang dihentikan, yaitu deposito yang berdasarkan prinsip *mudharabah*.

Jika kita merujuk kepada Peraturan Menteri Keuangan No. 199/PMK.010/2008 tentang Investasi Dana Pensiun pada pasal 6 ayat 1 jenis investasi deposito yang hanya dapat dilakukan oleh pihak Dana Pensiun hanya dapat ditempatkan pada jenis investasi sebagai berikut:

1. Deposito berjangka pada Bank;
2. Deposito *on call* pada Bank;
3. Sertifikat deposito pada Bank;

Dari ketentuan tersebut, tidak disebutkan secara jelas dan pasti mengenai diperkenalkannya suatu Dana Pensiun menempatkan investasi ke dalam bentuk *mudharabah muqayyadah*.

Hal tersebut merupakan titik lemah dari pihak *shahibul maal*, dimana pihak *shahibul maal* tidak secara teliti memahami maksud dari akad tersebut yang secara jelas menyebutkan di bagian awal, konsideran maupun isi dari akta tersebut merupakan akad *mudharabah muqayyadah*. Disamping itu, bukti adanya penawaran kerjasama pembiayaan *mudharabah muqayyadah* dikuatkan melalui bukti bahwa surat dari pihak bank tertanggal 16 Desember 2003 No. 05/1323/017 yang ditunjukkan kepada *shahibul maal* perihal penawaran kerjasama pembiayaan *mudharabah muqayyadah* untuk PT. Z. Isi dari surat tersebut dengan jelas mencantumkan kalimat yang mengajak kepada *shahibul maal* untuk bekerjasama dalam pembiayaan dengan menggunakan skim *mudharabah muqayyadah* murni, dimana dalam skema tersebut Dana Pensiun X selaku *shahibul maal*, PT. Z selaku *mudharib* sedangkan PT. Bank Syariah Y sebagai fasilitator (*booking office*).

Dari penjelasan diatas, pada dasarnya jika dilihat dari isi akad *mudharabah muqayyadah* yang dibuat para pihak tidak bertentangan dengan hukum dan merupakan akad yang diperbolehkan menurut *syari'at* Islam maupun hukum yang berlaku di Indonesia. Namun adanya unsur penipuan didalam akad tersebut, menyebabkan batalnya akad tersebut.

Pada 21 Agustus 2008 Basyarnas memutus Bank Syariah Y dan PT. Z membayar pokok pembiayaan akad *Mudharabah Muqayyadah* kepada Dana Pensiun X sebesar Rp 10.000.000.000,- (sepuluh miliar Rupiah). Namun putusan tersebut tak kunjung dipatuhi. Dikarenakan pihak Bank maupun pihak *mudharib* tidak menjalankan putusan Basyarnas, maka pihak *shahibul maal* mengajukan perkara ini kepada Pengadilan Agama.

Berdasarkan Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) No. 8 Tahun 2008, Dana Pensiun X akhirnya memohon sita eksekusi ke Pengadilan Agama Jakarta Pusat, karena Pengadilan Agama berwenang untuk mengadili perkara syariah. Namun, sejak tanggal 20 Mei 2010 SEMA No. 8 Tahun 2008 tersebut sudah tidak berlaku lagi dan diganti dengan SEMA No. 8 Tahun 2010, dimana jika dalam suatu perkara para pihak tidak melaksanakan putusan Badan Arbitrase (termasuk arbitrase syariah) maka pelaksanaan putusan dapat dilaksanakan berdasarkan perintah Ketua Pengadilan Negeri setempat.¹³⁴ Pada akhirnya Pengadilan Agama Jakarta Pusat memutuskan menyita gedung dan bangunan Bank Syariah Y yang berada di daerah Blok M, Jakarta Selatan.

¹³⁴ Memperhatikan ketentuan pada angka 4 (empat) Surat Edaran Mahkamah Agung Nomor : 08 Tahun 2008 yang intinya berisi bahwa Ketua Pengadilan Agama berwenang memerintahkan pelaksanaan putusan Badan Arbitrase Syari'ah. Bahwa berdasarkan Pasal 59 ayat (3) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman dan penjelasannya ditentukan bahwa, dalam hal para pihak tidak melaksanakan putusan arbitrase (termasuk arbitrase syari'ah) secara sukarela, putusan dilaksanakan berdasarkan perintah Ketua Pengadilan Negeri atas permohonan salah satu pihak yang bersengketa. Bahwa sehubungan dengan hal tersebut di atas, maka diberitahukan bahwa terhitung sejak berlakunya Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, Surat Edaran Mahkamah Agung Nomor: 08 Tahun 2008 tentang Eksekusi Putusan Badan Arbitrase Syari'ah tersebut berdasarkan Pasal 59 ayat (3) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman dan penjelasannya, dinyatakan tidak berlaku.