

**BENTUK PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP PEMILIK DANA
(SHAHIB AL-MAL) KETIKA PERBUATAN PENGELOLA DANA (MUDHARIB)
MERUGIKAN DALAM PEMBIAYAAN MUDHARABAH**

SKRIPSI

Untuk Memenuhi Sebagian Syarat-Syarat

Untuk Memperoleh Gelar Kesarjaan

Dalam Ilmu Hukum

Oleh :

M. RAHMAN ANDRIYANSYAH

0410110167



DEPARTEMEN PENDIDIKAN NASIONAL

UNIVERSITAS BRAWIJAYA

FAKULTAS HUKUM

MALANG

2011



LEMBAR PERSETUJUAN

BENTUK PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP PEMILIK DANA (*SHAHIB AL-MAL*) KETIKA PERBUATAN PENGELOLA DANA (*MUDHRIB*) MERUGIKAN DALAM PEMBIAYAAN MUDHARABAH

Disusun oleh:

M. Rahman Andriyansyah

NIM. 0410110167

Disetujui pada tanggal :

Pembimbing Utama

SITI HAMIDAH, S.H., M.M.
NIP. 19660622 199002 2 001

Pembimbing Pendamping

RACHMI SULISTYORINI, S.H., M.S.
NIP. 19611112 198601 2 001



Mengetahui,

Ketua Bagian Hukum Perdata

SITI HAMIDAH, S.H., M.M.
NIP. 19660622 199002 2 001



LEMBAR PENGESAHAN

**BENTUK PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP PEMILIK DANA
(SHAHIB AL MAL) KETIKA PERBUATAN PENGELOLA DANA (MUDHARIB)
MERUGIKAN DALAM PEMBIAYAAN MUDHARABAH**

Oleh:

M. RAHMAN ANDRIYANSYAH

NIM: 0410110167

Skripsi ini telah disahkan oleh dosen pembimbing pada tanggal:

Pembimbing Utama,

Pembimbing Pendamping,

Siti Hamidah, S.H., M.M.

NIP. 19660622 199002 2 001

Rachmi Sulistyarini, S.H., M.H.

NIP. 19611112 198601 2 001

Ketua Majelis Penguji

Ketua Bagian Hukum Perdata

Dr. Sihabudin, S.H., M.H.

NIP. 19591216 198503 1 001
199002 2 001

Siti Hamidah, S.H., M.M.

NIP. 19660622

Mengetahui,
Dekan

Dr. Sihabudin S.H., M.H.
NIP. 19591216 198503 1 001

KATA PENGANTAR

Segala puji penulis panjatkan kehadirat Allah SWT karena atas rahmat dan hidayah-nya penulis dapat menyelesaikan Skripsi yang berjudul: “BENTUK PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP PEMILIK DANA (*SHAHIB AL-MAL*) KETIKA PERBUATAN MUDHARIB MERUGIKAN DALAM PEMBIAYAAN MUDHARABAH”.

Pelaksanaan dan penyusunan skripsi ini adalah merupakan salah satu syarat untuk dapat menyelesaikan jenjang pendidikan strata satu (S-1) di Fakultas Hukum Universitas Brawijaya.

Penulisan ini dapat terselesaikan dengan tidak lepas dari berbagai pihak yang telah membantu serta menyumbangkan waktu, tenaga dan pikiran dari permulaan hingga penulisan skripsi ini selesai. Untuk itu penulis dengan kerendahan hati ingin menyampaikan terimakasih sebesar-besarnya kepada:

1. Bapak Dr. Shihabudin, S.H., M.H., selaku Dekan Fakultas Hukum Universitas Brawijaya.
2. Ibu Rahcmi Sulistyorini, S.H., M.S., selaku Ketua Bagian Hukum Perdata serta selaku Dosen Pembimbing Pendamping dalam penulisan skripsi ini atas kesediaan waktunya telah memberika bimbingan selama penulis membuat skripsi ini.
3. Ibu Siti Hamidah, S.H., M.M., selaku Dosen Pembimbing Utama atas kesediaan waktunya memberikan bimbingan selama penulis membuat skripsi ini.

4. Bapak Herman Suryokumoro, S.H. M.S., yang telah banyak membantu penulis dalam perkuliaan di Fakultas Hukum Universitas Brawijaya.
5. Keluarga penulis, Papa dan Mama, Kak Yudi, Mbak Yani, Mbak Umi, Bang Dean, Awa dan Puja yang selalu tanpa henti dan lelah memberikan support baik moral dan materil serta doa kepada penulis.
6. Kawan-kawan angkatan 2004, khususnya sahabat senasib dan seperjuanganku Rabindra Cahya Putra dan Asha Dayan (LPLboiz).
7. Seluruh staff dan pegawai Bank Syariah Mandiri cabang Malang yang tidak dapat penulis sebutkan satu-persatu.
8. Seluruh staff akademik Fakultas Hukum Universitas Brawijaya
9. Serta semua pihak yang telah membantu penulis dalam menyelesaikan skripsi ini. ini.

Penulis menyadari bahwa skripsi ini masih jauh dari sempurna, oleh karena itu apabila kritik dan saran yang membangun dan memperbaiki atas skripsi ini, penulis mengucapkan terima kasih yang sebesar-besarnya.

Akhir kata, semoga skripsi ini dapat bermanfaat bagi pembaca dan dapat memberikan kontribusi bagi para semua pihak yang memerlukannya serta memberikan kontribusi positif bagi perkembangan dunia akademik dan masyarakat

Malang, Juli 2011

Penulis

DAFTAR ISI

Lembar Pesetujuan.....i

Lembar Pengesahan.....ii

Kata Pengantar.....iii

Daftar Isi.....v

Abstaksi.....viii

BAB I PENDAHULUAN

A. Latar Belakang.....1

B. Rumusan Masalah.....10

C. Tujuan Penelitian.....10

D. Manfaat Penelitian.....10

E. Sistematika Penelitian.....11

BAB II KAJIAN PUSTAKA

A. Tinjauan Tentang Perbankan Dan Hukum Perbankan.....13

 1. Definisi Bank.....13

 2. Definisi Hukum Perbankan.....14

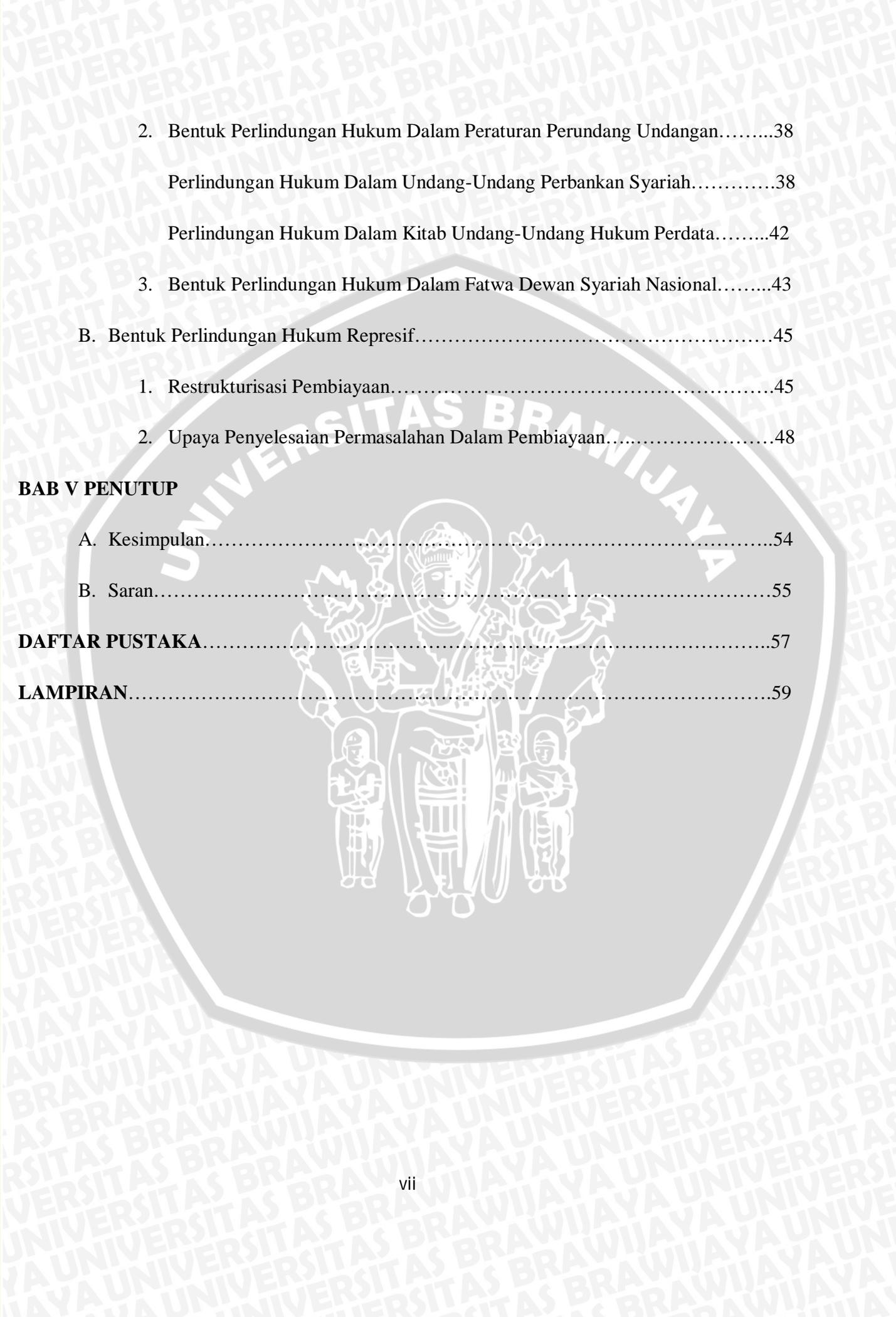
 3. Jenis-Jenis Bank.....15

B. Tinjauan Tentang Perbankan Syariah.....17

 1. Pengertian Perbankan Syariah.....17



2. Pengertian Pembiayaan.....	18
3. Sistem Bagi Hasil.....	20
C. Tinjauan Tentang <i>Mudharabah</i>	23
1. Definisi <i>Fiqih</i> Tentang <i>Mudharabah</i>	23
2. Teknis Perbankan Pembiayaan <i>Mudharabah</i>	23
3. Macam-Macam Bentuk <i>Mudharabah</i>	24
4. Syarat-Syarat <i>Mudharabah</i>	25
5. Skema Pembiayaan <i>Mudharabah</i>	27
D. Pengertian Perlindungan Hukum.....	27
BAB III METODE PENELITIAN	
A. Jenis dan Pendekatan Penelitan.....	29
B. Sumber Bahan Hukum.....	29
C. Teknik Pengumpulan Bahan Hukum.....	30
D. Teknik Analisis Bahan Hukum.....	31
BAB IV PEMBAHASAN	
A. Bentuk Perlindungan Hukum Preventif.....	32
1. Bentuk Perlindungan Hukum Dalam Aqad Pembiayaan <i>Mudharabah</i>	32
Fungsi Kontrak.....	32
Pengertian Aqad.....	34
Contoh Bentuk Perlindungan Hukum dalam Aqad Pembiayaan <i>Mudharabah</i>	35



- 2. Bentuk Perlindungan Hukum Dalam Peraturan Perundang Undangan.....38
 - Perlindungan Hukum Dalam Undang-Undang Perbankan Syariah.....38
 - Perlindungan Hukum Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.....42
- 3. Bentuk Perlindungan Hukum Dalam Fatwa Dewan Syariah Nasional.....43
- B. Bentuk Perlindungan Hukum Represif.....45
 - 1. Restrukturisasi Pembiayaan.....45
 - 2. Upaya Penyelesaian Permasalahan Dalam Pembiayaan.....48

BAB V PENUTUP

- A. Kesimpulan.....54
- B. Saran.....55

DAFTAR PUSTAKA.....57

LAMPIRAN.....59



ABSTRAKSI

M. RAHMAN ANDRIYANSYAH, Hukum Perdata Bisnis, Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, Juli 2011, *BENTUK PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP PEMILIK DANA (SHAHIB AL-MAL) KETIKA PERBUATAN MUDHARIB MERUGIKAN DALAM PEMBIAYAAN MUDHARABAH*, Siti Hamidah, SH. MM.; Rachmi Sulistyarni, SH. MS.

Perkembangan perbankan syariah di Indonesia setiap tahunnya semakin pesat. Pembiayaan adalah salah satu produk dari perbankan syariah. Sesuai dengan prinsip syariah, salah satu pengelolaan dana yang dilakukan oleh perbankan syariah berprinsip bagi hasil. Dalam prinsip bagi hasil terdapat pembiayaan jenis *mudharabah*. Pembiayaan *Mudharabah* adalah aqad kerjasama usaha antara dua pihak dimana pihak pemilik dana (*shahib al-mal*) menyediakan modal seratus persen sedangkan pihak lainnya menjadi pengelola (*mudharib*) dengan keuntungan dibagi menurut kesepakatan dimuka dan apabila rugi ditanggung oleh pemilik modal sepanjang kerugian tersebut tidak disebabkan oleh kesalahan atau kelalaian pengelola. permasalahan yang diteliti adalah, bagaimana bentuk perlindungan hukum terhadap pemilik dana (*shahib al-mal*) ketika terjadi kerugian pada pembiayaan *mudharabah*.

Jenis penelitian yang digunakan dalam menyusun skripsi ini adalah Yuridis Normatif. Metode penelitian yang digunakan adalah *Statuta Approach*. Penelitian ini mengambil inisiatif karena pembahasan mengenai bentuk perlindungan hukum pada umumnya untuk pihak nasabah dalam bidang perbankan sehingga peneliti tertarik untuk melakukan penelitian. Bahan hukum yang digunakan adalah bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier dengan studi kepustakaan.

Berdasarkan hasil penelitian, peneliti memperoleh jawaban atas permasalahan yang ada, bahwa terdapat bentuk perlindungan hukum preventif yaitu perlindungan hukum sebelum terjadinya suatu permasalahan atau sengketa, serta terdapat bentuk perlindungan hukum represif yaitu perlindungan hukum setelah terjadinya suatu permasalahan atau sengketa. Dalam permasalahan ini bentuk perlindungan hukum preventif bagi pihak pemilik dana (*shahib al-mal*) terdapat dalam beberapa hal, antara lain: aqad pembiayaan *mudharabah* itu sendiri; Undang-undang perbankan syariah Pasal 1 angka 25 terkait dengan kewajiban nasabah untuk mengembalikan pembiayaan yang diterima, Pasal 23 dan Penjelasannya terkait dengan agunan sebagai salah satu faktor penilaian kelayakan, Pasal 40 mengenai hak bank untuk membeli agunan jika nasabah tidak dapat memenuhi kewajibannya; Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Pasal 1131 yang menetapkan seluruh harta benda debitur menjadi jaminan untuk pelunasan hutang-hutangnya; Beberapa Fatwa Dewan Syariah Nasional, antara lain: Fatwa no. 17/DSN-MUI/IX/2000 tentang sanksi atas nasabah mampu yang menunda-nunda pembayaran, Fatwa no. 43/DSN-MUI/VIII/2004 tentang ganti rugi (*ta'widh*). Bentuk perlindungan hukum represif dalam permasalahan ini adalah Restrukturisasi Pembiayaan dan upaya penyelesaian permasalahan seperti perdamaian, arbitrase dan pengadilan.

Bentuk perlindungan hukum terhadap pemilik dana ketika terjadi kerugian dalam pembiayaan *mudharabah* terdapat dalam aqad pembiayaan *mudharabah* itu sendiri peraturan perundang-undangan, Peraturan Bank Indonesia dan Fatwa Dewan Syariah Nasional. Perlunya pemberian informasi agar para pelaku usaha terutama di bidang lembaga keuangan syariah mengetahui bahwa mereka sebagai pihak pemilik dana juga memiliki perlindungan hukum yang jelas dalam pembiayaan *Mudharabah*.

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Sebagaimana diamanahkan dalam Pancasila dan UUD 1945, tujuan pembangunan nasional adalah terciptanya masyarakat adil dan makmur. Agar tujuan pembangunan nasional tercapai, perlu digali potensi yang ada di masyarakat antara lain pengembangan sistem ekonomi berdasarkan nilai Islam (Syariah) dengan mengangkat prinsip-prinsipnya ke dalam Sistem Hukum Nasional. Prinsip Syariah berlandaskan pada nilai-nilai keadilan, kemanfaatan, keseimbangan dan keuniversalan (*rahmatan lil 'alamin*) yang diterapkan dalam pengaturan perbankan yang didasarkan pada Prinsip Syariah dan disebut Perbankan Syariah. Untuk memenuhi kebutuhan tersebut pada tanggal 16 Juli tahun 2008 ditetapkanlah UU No.21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.

Akhir-akhir ini perkembangan perbankan syariah dapat dirasakan dengan banyak bermunculannya Bank Syariah baik itu lembaga yang berbadan hukum sendiri seperti Bank Muamalat atau Bank Syariah Mandiri, maupun hanya merupakan suatu Unit Usaha Syariah seperti BNI Syariah, BRI Syariah, Bukopin Syariah, Bank Mega Syariah dan BII Syariah dan lain-lainnya, ataupun suatu lembaga Bank Pembiayaan Rakyat (BPR) Syariah. Agar ekspansi kegiatan usaha lebih ditingkatkan beberapa Unit Usaha Syariah seperti BNI Syariah, BRI Syariah, Bank Bukopin Syariah sudah melakukan pemisahan diri (*spin off*) menjadi badan hukum sendiri yaitu PT BNI Syariah, PT Bank BRI Syariah, dan PT Bank Syariah Bukopin.

Dari data Direktorat Perbankan Syariah Bank Indonesia, jumlah Bank Umum Syariah/ BUS (termasuk kantornya), Unit Usaha Syariah/UUS (termasuk kantornya) dan Bank Pembiayaan Rakyat Syariah/BPRS termasuk kantornya meningkat secara signifikan dari

tahun ke tahun. Pada tahun 2005 jumlah BUS 3 buah dengan jumlah kantor 304, UUS 19 buah dengan jumlah kantor 194 buah, sedangkan jumlah BPRS 97 buah dengan jumlah kantor 97 buah juga, pada tahun 2006 jumlah BUS 3 buah dengan jumlah kantor 401 buah dan jumlah BPRS 117 buah dengan jumlah kantor 105 buah, pada tahun 2007 jumlah BUS masih tetap 3 buah dengan jumlah kantor 402 buah, jumlah UUS 26 buah dengan jumlah kantor 207 buah dan jumlah BPRS 114 buah dengan jumlah kantor 185 buah. Pada bulan Desember 2008 jumlah BUS meningkat menjadi 5 buah dengan jumlah kantor 581 buah, jumlah UUS 27 buah dengan jumlah kantor 241 buah, sedangkan jumlah BPRS 131 buah dengan jumlah kantor 202 buah. Pada bulan Desember 2009 jumlah BUS menjadi 6 buah dengan jumlah kantor 711 buah, jumlah UUS 25 buah dengan jumlah kantor 287 buah, dan jumlah BPRS 138 buah dengan jumlah kantor 225 buah. Dari data terakhir per bulan Desember 2010 jumlah BUS 11 buah dengan jumlah kantor 1215 buah, jumlah UUS 23 buah dengan jumlah kantor 262 buah dan jumlah BPRS 150 buah dengan jumlah kantor 286 buah. Total jumlah kantor bank syariah per bulan Februari 2010 adalah 1763 buah.¹

Prinsip Perbankan Syariah merupakan bagian dari ajaran Islam yang berkaitan dengan ekonomi. Salah satu prinsip dalam ekonomi Islam adalah larangan riba dalam berbagai bentuknya, dan menggunakan sistem antara lain prinsip bagi hasil. Dengan prinsip bagi hasil, Bank Syariah dapat menciptakan iklim investasi yang sehat dan adil karena semua pihak dapat saling berbagi baik keuntungan maupun potensi risiko yang timbul sehingga akan menciptakan posisi yang berimbang antara bank dan nasabahnya. Dalam jangka panjang, hal ini akan mendorong pemerataan ekonomi nasional karena hasil keuntungan tidak hanya dinikmati oleh pemilik modal saja, tetapi juga oleh pengelola modal.

¹ www.bi.go.id, Statistik Perbankan Syariah - Desember 2010, Bank Indonesia – Direktorat Perbankan Syariah.

Sebagaimana ditetapkan dalam UU Perbankan dan UU Perbankan Syariah, bank adalah lembaga kepercayaan yang berfungsi sebagai lembaga intermediasi, yang menghimpun dana dari masyarakat dalam bentuk simpanan atau investasi dan menyalurkan dana tersebut kembali dalam bentuk kredit, pembiayaan atau bentuk-bentuk lainnya dalam rangka meningkatkan taraf hidup rakyat banyak.

Fungsi intermediasi tersebut dapat berjalan dengan baik apabila semua pihak, yaitu bank, pihak yang kelebihan dana, pihak yang membutuhkan dana dan pada gilirannya perekonomian secara keseluruhan akan memperoleh manfaat dari keberadaan suatu bank. Pihak yang kelebihan dana akan memperoleh manfaat berupa pendapatan bagi hasil atas dana yang disimpan atau diinvestasikan di bank. Sementara itu, pihak yang membutuhkan dana memperoleh manfaat berupa ketersediaan dana dari bank untuk melakukan investasi atau produksi. Bank sendiri akan memperoleh manfaat berupa selisih pendapatan dan biaya bagi hasil yang biasa disebut *spread*. Di sisi lain perekonomian juga mendapatkan manfaat berupa mekanisme alokasi sumber-sumber dana secara efektif dan efisien. Berdasarkan uraian tersebut di atas dapat disimpulkan bahwa, bank sebagai lembaga intermediasi merupakan salah satu sumber pembiayaan bagi dunia usaha, baik berupa investasi maupun produksi, dalam rangka mendukung pertumbuhan ekonomi.

Mengingat pentingnya penyaluran pembiayaan sebagaimana diuraikan di atas, dan pembiayaan merupakan salah bentuk aktiva produktif bank yang menempati sebagian besar penanaman dana bank maka untuk mendorong pertumbuhan pembiayaan, Bank Indonesia menetapkan ratio *Financing to Deposit Ratio* yaitu rasio pembiayaan dibandingkan dengan Dana Pihak Ketiga yang dihimpun oleh bank syariah.

Pengertian dari Pembiayaan menurut Undang-Undang nomor 21 tahun 2008 Pembiayaan adalah penyediaan dana atau tagihan yang dipersamakan dengan itu berupa:

- a. transaksi bagi hasil dalam bentuk *mudharabah* dan *musyarakah*;

- b. transaksi sewa-menyewa dalam bentuk ijarah atau sewa beli dalam bentuk *ijarah muntahiya bittamlik*;
- c. transaksi jual beli dalam bentuk piutang *murabahah, salam, dan istishna'*;
- d. transaksi pinjam meminjam dalam bentuk piutang *qardh*; dan
- e. transaksi sewa-menyewa jasa dalam bentuk ijarah untuk transaksi multijasa.

berdasarkan persetujuan atau kesepakatan antara Bank Syariah dan/atau UUS dan pihak lain yang mewajibkan pihak yang dibiayai dan/atau diberi fasilitas dana untuk mengembalikan dana tersebut setelah jangka waktu tertentu dengan imbalan *ujrah*, tanpa imbalan, atau bagi hasil.

Pada dasarnya dana untuk pembiayaan terutama berasal dari dana pihak ketiga yang berhasil dihimpun oleh bank, oleh karena itu dalam penyaluran pembiayaan bank syariah harus mempunyai keyakinan atas kemauan dan kemampuan calon penerima fasilitas pembiayaan untuk melunasi seluruh kewajiban pada waktunya, sebelum bank syariah menyalurkan dananya. Untuk memperoleh keyakinan tersebut bank syariah wajib melakukan penilaian yang seksama terhadap watak, kemampuan, modal, agunan dan prospek usaha dari calon nasabah penerima fasilitas. Dengan kata lain bank syariah mempunyai keyakinan bahwa nasabah calon penerima fasilitas dan usahanya layak untuk menerima pembiayaan dari bank tersebut. Hal yang sama juga ditetapkan dalam penilaian nasabah calon penerima kredit sebagaimana ditetapkan dalam UU No.7 tahun 1992 tentang Perbankan sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang No.10 tahun 1998.

Dalam UU Perbankan Syariah ditetapkan bahwa kegiatan usaha Bank Syariah tidak mengandung unsur *riba, maisir, gharar, haram dan zalim*. Prinsip ini tidak diatur dalam UU Perbankan No.7 tahun 1992 tentang Perbankan sebagaimana diubah dengan UU No,10 tahun 1998.

Sementara itu bagi Bank Syariah sebelum lahirnya UU Perbankan Syariah pada tahun 2008, tata cara pembuatan akad pembiayaan dan lain-lain telah diatur dalam Peraturan Bank Indonesia Nomor 7/46/PBI/2005 tentang Akad Penghimpunan dan Penyaluran Dana Bagi Bank yang Melaksanakan Kegiatan Usaha berdasarkan Prinsip Syariah yang didasarkan pada UU No.7 tahun 1992 tentang Perbankan sebagaimana telah diubah dengan UU No.10 tahun 1998.

Status dalam hubungan antara bank dengan nasabah dalam pemberian pembiayaan bank syariah berbeda dengan status hubungan antara bank dengan nasabah dalam pemberian kredit oleh bank umum atau konvensional. Bila dalam pemberian kredit oleh bank konvensional, status antara bank dengan nasabah itu berupa hubungan antara debitur dengan kreditur. Sedangkan dalam pemberian pembiayaan oleh bank bank syariah, status antara bank dengan nasabah ialah hubungan kemitraan.

Dalam hubungan kemitraan tersebut diatas, asas transaksi bank syariah dalam menjalankan kegiatan usahanya berdasarkan pada prinsip:²

- a. Persaudaraan (*ukhuwah*);
- b. Keadilan (*'adalah*);
- c. Kemaslahatan (*maslahah*)
- d. Keseimbangan (*tawazun*); dan
- e. Universalisme (*syumuliah*).

Jauh sebelum dikenalnya Perbankan Syariah, perbankan Indonesia menerapkan kegiatan operasionalnya berdasarkan prinsip “bunga” atau yang saat ini lazim dikenal sebagai bank konvensional. Kegiatan bank konvensional tersebut di atur dalam Undang-undang No,7 tahun 1992 tentang Perbankan sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang No. 10

² Wiroso, Produk Perbankan Syariah, tahun 2009, hal. 99

tahun 1998. Dalam amandemen Undang-undang No.10 tahun 1998 tersebut mulai dikenalkan bank dengan Prinsip Syariah, yang kemudian diatur tersendiri dalam Undang-undang No. 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.

Sesuai dengan Pasal 1 angka 12 Undang-undang No,7 tahun 1992 tentang Perbankan sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang No. 10 tahun 1998, pengertian kredit adalah “Penyediaan uang atau tagihan yang dapat dipersamakan dengan itu, berdasarkan persetujuan atau kesepakatan pinjam meminjam antara bank dengan pihak lain yang mewajibkan pihak peminjam untuk melunasi hutangnya setelah jangka waktu tertentu dengan pemberian bunga”.

Dari pengertian tersebut dapat disimpulkan bahwa hubungan hukum yang terjadi dalam pemberian kredit adalah hubungan hukum perdata antara bank dengan nasabahnya yang terjadi karena kesepakatan bank dengan nasabah untuk menyediakan dana guna memenuhi kebutuhan nasabah yang pada umumnya dituangkan dalam suatu perjanjian kredit.

Sehingga unsur-unsur dalam suatu perjanjian kredit adalah sebagai berikut ::

1. Penyediaan sejumlah uang/tagihan yang dapat dipersamakan dengan itu oleh bank kepada nasabahnya,
2. Adanya perjanjian kredit,
3. Ditetapkan jangka waktu pelunasannya, dan
4. Adanya bunga.

Salah satu perbedaan antara pembiayaan dengan kredit ialah kredit menggunakan system bunga, dimana kreditur mengenakan bunga terhadap debitur sesuai dengan perjanjian kredit antara kreditur dan debitur, dan besar persentase bunga tersebut tidak berubah meskipun kreditur mengalami keuntungan maupun kerugian. Dengan kata lain bunga kredit dapat diartikan sebagai balas jasa dari nasabah kepada bank atas uang pinjaman yang telah diterimanya.

Secara umum pengertian bunga adalah harga dari uang, pembayaran sewa penggunaan uang, atau biaya yang dibebankan kepada debitur oleh kreditur atas penggunaan uang.³

Berbeda dengan Undang-undang Perbankan yang mengharuskan adanya bunga dalam setiap pemberian kredit, di dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata para pihak bebas memperjanjikan apakah didalam perjanjian pinjam mengganti disertai dengan unsur bunga atau tidak. Bahkan menurut pandangan filosofis dari Kitab Undang-undang Hukum Perdata bunga adalah penggantian kerugian bagi si kreditur apabila peminjam (debitur) lalai memenuhi kewajibannya (Pasal 1243 jo Pasal 1250 Kitab Undang-undang Hukum Perdata).

Sesuai dengan sistem yang dianut dalam buku ke III Kitab Undang-undang Hukum Perdata yaitu sistem terbuka dan adanya kebebasan berkontrak sebagaimana ditetapkan dalam Pasal 1338 Kitab Undang-undang Hukum Perdata, terdapat beberapa pengaturan suku bunga pinjaman yaitu bunga menurut undang-undang atau bunga yang tidak diperjanjikan, bunga yang diperjanjikan dan bunga berganda (*compound interest*).

Pendirian bank atau konversi kantor cabang bank berdasarkan prinsip syariah oleh amandemen Undang-undang Perbankan yang dipertegas dalam Undang-undang Perbankan Syariah merupakan jawaban yang tepat karena dapat menghindarkan diri dari mengerjakan perkara yang dilarang dari sudut syariah Islam yaitu masalah riba dalam hal ini adalah bunga bank.

Masalah riba atau bunga dalam hubungan hutang piutang, pinjam meminjam atau perkreditan, dipandang dari sudut Hukum Islam yang telah berabad-abad lamanya berpegang pada fatwa bahwa “riba” haram hukumnya karena baik dalam Al Qur-an maupun Hadist Rasulllah SAW hal itu dilarang.

³ Charles J. Woelfel, *Encyclopedia of Banking and Finance*, Tenth Edition, Probus Publishing Company, Cambridge England, 1994, hal.608.

Guna menjamin kepastian hukum bagi *stakeholder* dan sekaligus memberikan keyakinan kepada masyarakat dalam menggunakan produk dan jasa Bank Syariah, dalam Undang-undang Perbankan Syariah diatur jenis usaha, ketentuan pelaksanaan syariah, kelayakan usaha, penyaluran dana dan larangan bagi Bank Syariah maupun UUS yang merupakan bagian dari Bank Umum Konvensional. Sementara itu untuk memberikan keyakinan pada masyarakat yang masih meragukan kesyariahan operasional Perbankan Syariah selama ini diatur pula kegiatan usaha yang tidak bertentangan dengan Prinsip Syariah meliputi kegiatan usaha yang tidak mengandung unsur-unsur riba, *maisir*, *gharar*, haram dan zalim.

Untuk menjamin masalah kepatuhan syariah (*syariah compliance*) dari setiap bank syariah atau UUS maka Undang-undang Perbankan Syariah memberikan kewenangan kepada Majelis Ulama Indonesia (MUI) yang dipresentasikan melalui Dewan Pengawas Syariah (DPS) yang harus dibentuk pada masing-masing Bank Syariah dan UUS. Untuk menindaklanjuti implementasi fatwa yang dikeluarkan MUI kedalam Peraturan Bank Indonesia didalam internal Bank Indonesia dibentuk komite perbankan syariah, yang keanggotaannya terdiri atas perwakilan Bank Indonesia, Departemen Agama dan unsur masyarakat yang komposisinya berimbang.

Sebagai alternatif sistem bunga dalam ekonomi konvensional, ekonomi Islam menawarkan sistem bagi hasil (*profit and loss sharing*) ketika pemilik modal (*surplus spending unit/bank*) bekerja sama dengan pengusaha (*defisit spending unit*) untuk melakukan kegiatan usaha. Apabila kegiatan usaha menghasilkan keuntungan dibagi berdua, dan apabila kegiatan usaha menderita kerugian, kerugian ditanggung bersama. Sistem bagi hasil

menjamin adanya keadilan dan tidak pihak yang tereksplotasi (*didzalimi*). Sistem bagi hasil dapat berbentuk musyarakah atau *mudharabah* dengan berbagai variasinya.⁴

Dengan kata lain bank syariah dalam menjalankan kegiatan usahanya harus berdasarkan pada prinsip keadilan (*'adalah*) maka dalam hal pembiayaan bank syariah menggunakan sistem bagi hasil. Besar persentase bagi hasil tergantung pada seberapa banyak keuntungan atau kerugian yang dialami oleh *mudharib* (pengelola dana).

Mengenai pengertian nisbah, sesuai fatwa MUI (tahun 2000) nisbah adalah bagian keuntungan proporsional bagi setiap pihak yang harus diketahui dan dinyatakan pada waktu kontrak disepakati dan harus dalam bentuk prosentasi (nisbah) dari keuntungan sesuai kesepakatan, perubahan nisbah harus berdasarkan kesepakatan.

Sementara itu sesuai Surat Edaran Bank Indonesia No.10/14/2008, nisbah adalah :

1. Pembagian hasil usaha dari pengelolaan dana dinyatakan dalam nisbah yang disepakati,
2. Nisbah bagi hasil yang disepakati tidak dapat diubah sepanjang jangka waktu investasi, kecuali atas dasar kesepakatan para pihak.

Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan sebagaimana telah telah diubah oleh Undang-Undang Nomor 10 tahun 1998 maupun Undang-Undang Nomor 21 tahun 2008 tidak secara eksplisit mengatur dan menjelaskan tentang bagi hasil atau *profit/lost sharing*, namun ternyata hal tersebut diatur dalam fatwa MUI dan Peraturan Bank Indonesia serta Surat Edaran Bank Indonesia.⁵

Dibalik semua hal yang terdapat dalam produk-produk bank syariah seperti pembiayaan *mudharabah* terdapat prinsip keadilan yang menjadi hal yang utama dalam perbankan syariah. Prinsip keadilan lah yang melatarbelakangi pelarangan praktik/pelaksanaan riba dalam perbankan syariah, agar tidak ada pihak yang dirugikan.

⁴ Ascarya, Akad & Produk Bank Syariah, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2006 hal 26.

⁵ Adiwarman Karim, Bank Islam – Edisi Keempat, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, tahun 2010 , hal. 474 – 497.

Dalam hal pembiayaan *mudharabah* banyak terdapat klausula yang mengandung prinsip keadilan yang juga sangat menguntungkan bagi pihak peminjam/pengelola dana (*Mudharib*) seperti klausula yang menyatakan bahwa bila mana terjadi kerugian yang disebabkan bukan karena kesalahan atau kelalaian *Mudharib* maka kerugian tersebut ditanggung oleh *Shhab al Maal* atau dalam hal ini adalah pihak bank. Hal tersebut akan sangat menguntungkan bagi *Mudharib* tetapi sangat merugikan bagi *Shahib al-mal*. Hal tersebut melatarbelakangi penulis untuk mengangkatnya menjadi topic pembahasan dalam penulisan skripsi dengan judul: **“BENTUK PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP PEMILIK DANA (*SHAHIB AL-MAL*) KETIKA PERBUATAN MUDHARIN MERUGIKAN DALAM PEMBIAYAAN MUDHARABAH”**

B. Rumusan Masalah

1. Bagaimana bentuk perlindungan hukum terhadap pemilik dana (*shahib al-mal*) ketika terjadi kerugian pada pembiayaan *Mudharabah*?

C. Tujuan Penelitian

1. Untuk mengidentifikasi, mendeskripsikan serta menganalisa perlindungan hukum terhadap pemilik dana (*shahib al-mal*) kerugian dalam pembiayaan *mudharabah*.

D. Manfaat Penelitian

1. Manfaat Teoritis

Diharapkan dapat memberikan sumbangan pemikiran untuk pengembangan ilmu hukum khususnya hukum perbankan.

2. Manfaat Praktis

A. Bagi Akademisi

Sebagai bahan rujukan untuk pengembangan penelitian yang sejenis di masa mendatang.

B. Bagi Perbankan

Mendapatkan sumbangan pemikiran mengenai perlindungan hukum bagi lembaga perbankan ketika terjadi kerugian dalam pembiayaan *mudharabah* sehingga dapat mengantisipasi dan mengetahui tindakan-tindakan yang seharusnya dilakukan bila terjadi permasalahan yang sama.

C. Bagi Pemerintah

Dapat memberikan sumbangan pemikiran dalam mengeluarkan kebijakan dalam hal perlindungan hukum bagi pihak pemilik dana (*shahib al-mal*) bila terjadi kerugian dalam pembiayaan *mudharabah*.

D. Bagi Masyarakat

Memberikan informasi kepada masyarakat mengenai hak dan kewajibannya sebagai pihak pengelola dana dalam pembiayaan *mudharabah*.

E. Sistematika Penulisan

BAB I : Bab ini memberikan gambaran secara umum mengenai segala sesuatu yang menjadi persoalan hingga menuju kepada pokok permasalahan yang hendak disajikan secara menyeluruh dan sistematis mulai dari latar belakang permasalahan, rumusan masalah dan tujuan penulisan.

BAB II : Mengemukakan mengenai tinjauan umum tentang perbankan, pengertian hukum perbankan, jenis-jenis perbankan, pengertian perbankan syariah, pengertian pembiayaan, Pengertian *Mudharabah* dan pengertian Perlindungan Hukum.

BAB III : Mengemukakan mengenai metodologi penelitian yang digunakan dalam penulisan skripsi ini seperti metode pendekatan dan penelitian yang digunakan, sumber

bahan hukum dan metode pengumpulan bahan hukum, serta metode analisa bahan hukum.

BAB IV : Merupakan pokok pembahasan dan pemecahan problematika permasalahan yang merupakan isi dari penulisan ini, dimana penulis mencoba untuk menentengahkan tentang bentuk perlindungan hukum terhadap pemilik dana (*shihabul maal*) ketika terjadi kerugian dalam *pembiayaan mudharabah*. Dengan mengemukakan penjelasan dan juga hasil dari analisa tersebut, maka akan mampu memberi jawaban terhadap beberapa masalah yang telah dikemukakan di dalam Bab Pendahuluan.

BAB V : Merupakan Bab Penutup, yang terdiri dari kesimpulan dan saran. Kesimpulan dari hasil-hasil penelitian yang telah teruraikan dalam bab-bab terdahulu dengan mengembalikan kepada pokok persoalan yang dikemukakan dan dianalisa. Saran-saran yang dapat dikemukakan sebagai bahan pemikiran atau sekedar sumbangan pemikiran kepada persoalan-persoalan yang berkaitan dengan obyek penelitian.

BAB II

KAJIAN PUSTAKA

A. Kajian tentang Perbankan dan Hukum Perbankan

1. Definisi Bank

Definisi bank dan perbankan sesuai dengan Pasal 1 Undang-undang Perbankan No. 10 Tahun 1998 tentang perubahan atas Undang-undang No. 7 tahun 1992, disebutkan pengertian bank sebagai berikut :

“Bank adalah badan usaha yang menghimpun dana dari masyarakat dalam bentuk simpanan dan menyalurkannya kepada masyarakat dalam rangka meningkatkan taraf hidup rakyat banyak.”

Sedangkan perbankan didefinisikan sebagai berikut :

“Perbankan adalah segala sesuatu yang menyangkut tentang bank, mencakup kelembagaan, kegiatan usaha serta cara dan proses dalam menatalaksanakan kegiatan usahanya.”

Menurut OP Simorangkir pengertian bank adalah sebagai berikut:⁶

“Salah satu badan usaha lembaga keuangan yang bertujuan memberikan kredit dan jasa-jasa. Adapun pemberian kredit itu dilakukan baik dengan modal sendiri atau dana-dana yang dipercayakan oleh pihak ketiga, maupun dengan jalan memperedarkan alat-alat pembayaran baru berupa uang giral”

Sedangkan Sentosa Sembiring dalam bukunya yang berjudul “Hukum Perbankan” memberikan definisi bank sebagai berikut⁷:

⁶ OP Simorangkir, dalam Sentosa Sembiring, Hukum Perbankan, Mandar Madju, Bandung, 2000 hal 1

“Bank adalah suatu badan usaha yang berbadan hukum yang bergerak dibidang jasa keuangan, Bank sebagai badan hukum berarti secara yuridis adalah merupakan subyek hukum yang berarti dapat mengikatkan diri dengan pihak ketiga. Dengan demikian hukum perbankan dapat dirumuskan adalah serangkaian kaidah-kaidah yang mengatur tentang badan usaha perbankan. Kaidah-kaidah yang dimaksud di sini adalah baik yang terdapat dalam hukum positif maupun dalam praktek perbankan.”

2. Definisi Hukum Perbankan

Hukum perbankan menurut Munir Fuady adalah sebagai berikut :⁸

“Seperangkat kaidah hukum dalam bentuk peraturan perundang-undangan, yurisprudensi, doktrin, dan lain-lain sumber hukum, yang mengatur masalah-masalah perbankan sebagai lembaga dan aspek kegiatannya sehari-hari, rambu-rambu yang harus dipenuhi oleh suatu bank, perilaku petugas-petugasnya, hak dan kewajiban, tugas dan tanggung jawab para pihak yang tersangkut dengan bisnis perbankan, apa yang boleh dan tidak boleh dilakukan oleh bank, eksistensi perbankan dan lain-lain yang berkenaan dengan dunia perbankan tersebut.”

Sedangkan menurut Muhamad Djumhana⁹ ruang lingkup hukum perbankan di Indonesia meliputi hukum yang mengatur masalah-masalah perbankan yang berlaku sekarang di Indonesia. Dengan demikian berarti akan membicarakan aturan-aturan perbankan yang masih berlaku sampai saat ini, sedangkan peraturan perbankan yang pernah berlaku pada masa yang lalu, harus dibahas apabila mempunyai keterkaitan

⁷ Ibid

⁸ Munir Fuady, Hukum Perbankan Modern Berdasarkan Undang-undang No. 10 Tahun 1998, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999, hal 13

⁹ Muhamad Djumhana, Hukum Perbankan di Indonesia, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000, hal 1.

dengan ketentuan yang berlaku saat ini atau pembahasan dalam kerangka sejarah perbankan di Indonesia. Sedangkan Hukum perbankan adalah sebagai kumpulan peraturan hukum yang mengatur kegiatan lembaga keuangan bank yang meliputi segala aspek, dilihat dari segi esensi, dan eksistensinya, serta hubungannya dengan bidang kehidupan yang lain.

3. Jenis-jenis Bank

Widjanarto dalam bukunya “Hukum dan Ketentuan Perbankan di Indonesia” menjabarkan jenis bank berdasarkan fungsi dan kepemilikannya, sebagai berikut:¹⁰

Jenis Bank Berdasarkan Fungsinya :

1. Bank Sentral, yaitu Bank Indonesia sebagaimana dimaksud dalam UU No. 13 tahun 1968.
2. Bank Umum, yaitu bank yang dapat memberikan jasa dalam lalu lintas pembayaran.
3. Bank Perkreditan Rakyat, yaitu bank yang dapat menerima simpanan hanya dalam bentuk deposito berjangka, tabungan dan atau bentuk lainnya yang disamakan dengan itu.
4. Bank Umum yang mengkhususkan diri untuk melaksanakan kegiatan tertentu atau memberikan perhatian yang lebih besar kepada kegiatan tertentu. Hal tersebut dimungkinkan oleh ketentuan Pasal 5 ayat 2 UU Perbankan 1992. Yang dimaksud dengan mengkhususkan diri untuk melaksanakan kegiatan tertentu adalah antara lain, melaksanakan kegiatan pembiayaan jangka panjang, pembiayaan untuk mengembangkan koperasi, pengembangan pengusaha golongan ekonomi

¹⁰ Widjanarto, Hukum dan Ketentuan perbankan di Indonesia, PT. Pustaka Utama Grafiti, Jakarta, 1993 hal 46

lemah/pengusaha kecil, pengembang ekspor non-migas dan pengembangan pembangunan perumahan.

Jenis Bank Berdasarkan Kepemilikannya :

1. Bank Umum milik Negara, yaitu bank yang hanya dapat didirikan berdasarkan UU.
2. Bank Umum swasta, yaitu bank yang hanya dapat didirikan dan menjalankan usaha setelah mendapat izin dari Menteri Keuangan dengan mendengar pertimbangan-pertimbangan BI. Ketentuan tentang peizinan, bentuk hukum dan kepemilikan Bank Umum Swasta ditetapkan dalam pasal 16, 21 dan pasal 22 UU No. 7 tahun 1992 tentang perbankan. Sedangkan syarat pendiriannya saat ini diatur dalam SK Menteri Keuangan RI No. 1061/KMK 00/1998 tentang pendirian Bank swasta, Nasional, dan Bank Koperasi, tanggal 28 Oktober 1988.
3. Bank Campuran, yaitu bank umum yang didirikan bersama oleh satu atau lebih bank umum yang berkedudukan di Indonesia dan didirikan oleh warga negara Indonesia dan atau badan hukum Indonesia yang dimiliki sepenuhnya oleh warga negara Indonesia, dengansatu atau lebih bank yang berkedudukan di luar negeri. Ketentuan tentang pendirian bank campuran diatur dan ditetapkan dalam pasal 17 UU No. 7 tahun 1992 tentang perbankan. Syarat pendirian Bank Campuran untuk saat ini diatur dalam SK Menteri Keuangan RI No. 1068/KMK.00/1988 tentang pendirian Bank Campuran, tanggal 28 Oktober 1998.
4. Bank Pembangunan Daerah, yaitu bank milik Pemerintah Daerah. Berdasarkan Pasal 54 UU Perbankan 1992 di mana dinyatakan bahwa UU No. 13 tahun 1962 tentang ketentuan-ketentuan pokok Bank Pembangunan Daerah dinyatakan hanya berlaku untuk jangka waktu 1 tahun sejak mulai berlakunya UU tersebut, maka

bentuk Bank Pembangunan Daerah tersebut akan disesuaikan menjadi Bank Umum sesuai dengan UU Perbankan 1992.

Jenis Bank menurut Pasal 5 UU Perbankan No. 7 Tahun 1992 Bank terdiri dari :

1. Bank Umum, Bank Umum adalah bank yang dapat memberikan jasa dalam lalu lintas pembayaran.
2. Bank Perkreditan Rakyat, adalah bank yang menerima simpanan hanya dalam bentuk deposito berjangka, tabungan dan/atau bentuk lainnya yang dipersamakan dengan itu.

B. Tinjauan Tentang Perbankan Syariah

1. Pengertian Perbankan Syariah

Menurut Pasal 1 butir 7 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.

Perbankan syariah merupakan suatu sistem perbankan yang dikembangkan berdasarkan hukum Islam. Dimana usaha ini didasari oleh larangan Islam untuk memungut maupun meminjam dengan perhitungan bunga (riba) dan larangan berinvestasi dalam usaha-usaha yang berkaitan dengan media dan barang yang tidak Islami (haram).¹¹

Muhammad dalam bukunya “Manajemen Bank Syariah mendefinisikan Bank Syariah sebagai berikut: Bank Islam atau bank tanpa bunga atau Bank Syariah adalah lembaga keuangan/perbankan yang operasional dan produknya dikembangkan

¹¹ Wiroso, Produk Perbankan Syariah, LPFE Usakti, 2009, hal. 40

berlandaskan pada al-Quran dan Hadist Nabi Muhammad SAW atau dengan kata lain adalah lembaga keuangan yang usaha pokoknya memberikan pembiayaan dan jasa-jasa lainnya dalam lalu-lintas pembayaran serta peredaran uang yang pengoperasiannya disesuaikan dengan prinsip syariah Islam.

Sedangkan dalam Pedoman Akuntansi Perbankan Syariah Indonesia (PAPSI), Bank Indonesia mendefinisikan Bank Syariah sebagai berikut: Bank syariah ialah bank yang berasaskan, antara lain, pada asas kemitraan, keadilan, transparansi dan universal serta melakukan kegiatan usaha perbankan berdasarkan prinsip syariah. Kegiatan bank syariah merupakan implementasi dari prinsip ekonomi Islam dengan karakteristik, antara lain sebagai berikut:

1. Pelarangan riba dalam berbagai bentuknya;
2. Tidak mengenal konsep nilai waktu dari uang (*time value of money*);
3. Konsep uang sebagai alat tukar bukan sebagai komoditas;
4. Tidak diperkenankan melakukan kegiatan yang bersifat spekulatif;
5. Tidak diperkenankan menggunakan dua harga untuk satu barang; dan
6. Tidak diperkenankan dua transaksi dalam satu akad

2. Pengertian Pembiayaan

Pasal 1 Butir ke 25 Undang Undang nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah menjelaskan bahwa: Pembiayaan adalah penyediaan dana atau tagihan yang dipersamakan dengan itu berupa:

- A. transaksi bagi hasil dalam bentuk *mudharabah* dan *musyarakah*;
- B. transaksi sewa-menyewa dalam bentuk ijarah atau sewa beli dalam bentuk *ijarah muntahiya bittamlik*;
- C. transaksi jual beli dalam bentuk piutang *murabahah*, *salam*, dan *istishna'*;

- D. transaksi pinjam meminjam dalam bentuk piutang *qardh*; dan
- E. transaksi sewa-menyewa jasa dalam bentuk ijarah untuk transaksi multijasa

berdasarkan persetujuan atau kesepakatan antara Bank Syariah dan/atau UUS dan pihak lain yang mewajibkan pihak yang dibiayai dan/atau diberi fasilitas dana untuk mengembalikan dana tersebut setelah jangka waktu tertentu dengan imbalan *ujrah*, tanpa imbalan, atau bagi hasil.

Jika diperhatikan ketentuan dalam Undang-undang nomor 21 tahun 2008 tersebut kegiatan usaha bank syariah dalam pengelolaan dana hanya pembiayaan dalam arti “penyediaan dana atau tagihan”, di mana hal ini tidak berbeda dengan kegiatan usaha yang dilakukan oleh bank konvensional, dengan kata lain bank syariah hanya diperkenankan melakukan kegiatan usaha dalam bidang keuangan.¹²

Sesuai prinsip syariah, pengelolaan dana yang dilakukan oleh bank syariah dikelompokkan dalam tiga kelompok utama, yaitu:¹³

1. Prinsip jual-beli, yang dikategorikan dalam kelompok ini adalah:
 - a. Murabahah;
 - b. Salam;
 - c. Istishna.
2. Bagi hasil, yang dikategorikan dalam kelompok ini adalah:
 - a. *Mudharabah*;
 - b. Musyarakah.
3. Ijarah atau upah, yang dikategorikan dalam kelompok ini adalah:
 - a. Ijarah;
 - b. Ijarah Muntahia Bittamlik (IMBT);

¹² Wiroso, *Log cit*, hal. 159

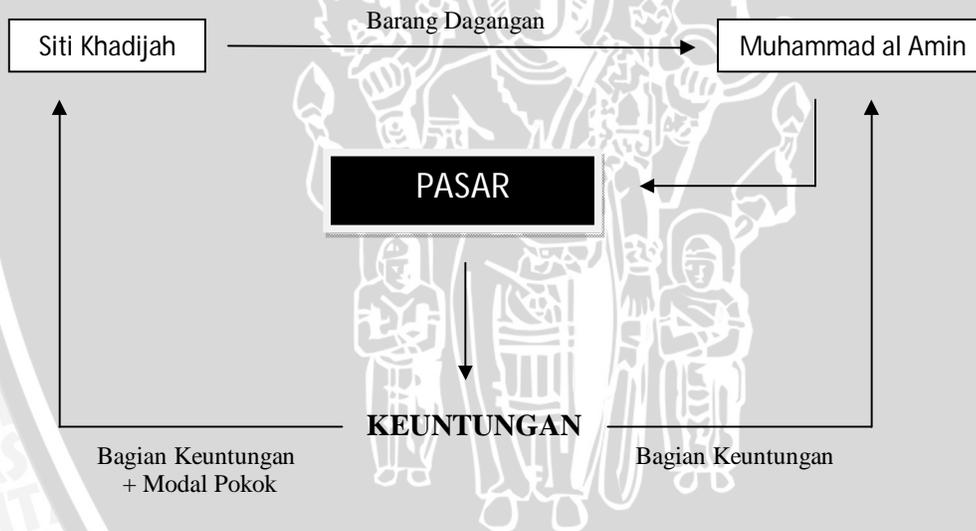
¹³ *Ibid*

c. Ijarah berlanjut (multijasa).

3. Sistem Bagi Hasil

Dalam perbankan konvensional sistem imbalan yang diberikan kepada investor (deposan) bank adalah sistem bunga, sedangkan dalam perbankan syariah yang melarang bahkan mengharamkan riba tidak menggunakan sistem bunga. Imbalan yang didapatkan oleh investor bank syariah didapatkan dengan menggunakan sistem bagi hasil.

Sistem bagi hasil digunakan oleh Rasulullah Muhammad SAW ketika beliau dulu bermitra dengan Siti Khadijah r.a. dalam suatu usaha perdagangan seperti yang tertera dalam skema berikut ini:¹⁴

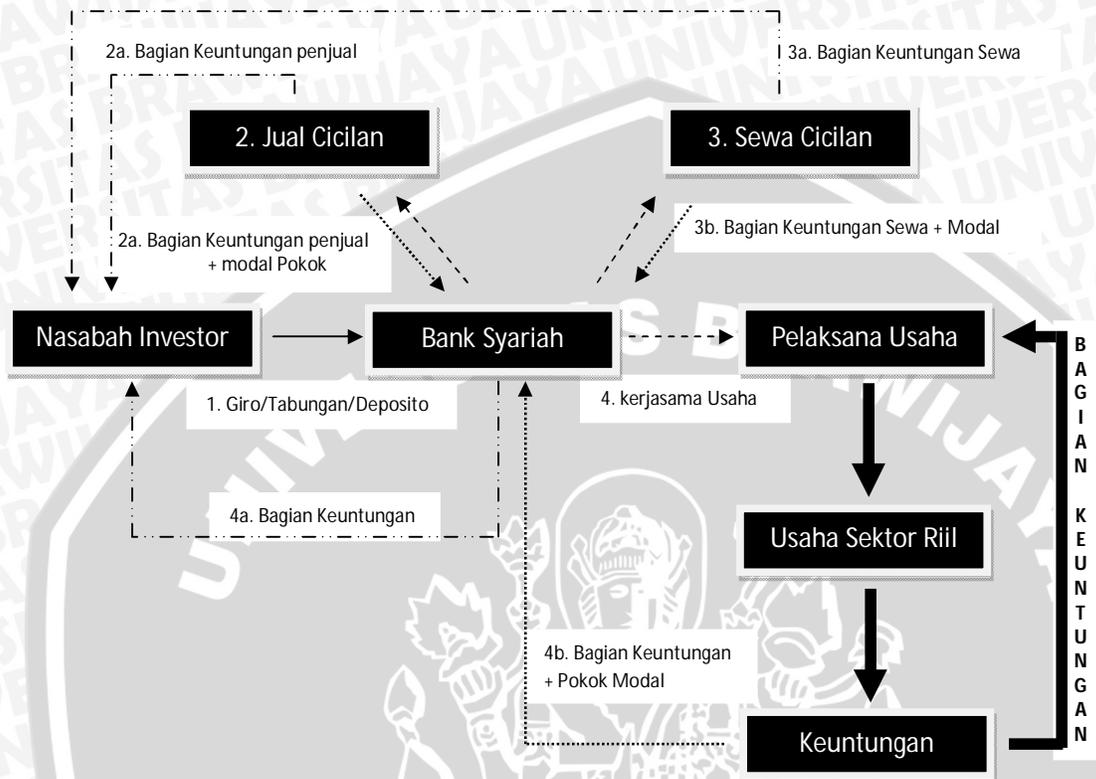


Waktu itu Siti Khadijah r.a. menyerahkan modal berupa barang dagangan kepada Muhammad al Amin bin Abdullah. Oleh Muhammad al Amin barang-barang tersebut diperjualbelikan di pasar. Keuntungan dari hasil tersebut kemudian dibagi untuk Siti Khadijah r.a. dan Muhammad al Amin. Besarnya bagian masing-masing

¹⁴ Direktorat Perbankan Syariah, *Perbankan Syariah*, Jakarta, 2011, Hal. 26

sesuai dengan kesepakatan yang telah dibuat. Inilah yang disebut dengan bagi hasil.

Cara tersebut ditiru oleh bank syariah.¹⁵



- Aliran dana nasabah investor masuk ke bank
- - - - - Aliran dana keluar dari bank
- Aliran pembayaran modal dan keuntungan bank
- - - - - Aliran pembayaran keuntungan kepada nasabah
- Aliran pelaksana usaha

Keterangan gambar:

1. Nasabah investor menyerahkan dananya kepada bank untuk dikelola

¹⁵ Direktorat Perbankan Syariah, *Log cit*, hal. 27

2. Bank melakukan penjualan cicilan
 - a. Bank memberikan bagian keuntungan penjualan kepada nasabah.
 - b. Bank mencatat pembayaran modal dan keuntungan bank
3. Bank melakukan sewa cicilan
 - a. Bank memberikan bagian keuntungan penyewaan kepada nasabah
 - b. Bank mencatat pembayaran modal dan keuntungan bank
4. Bank melakukan kerjasama usaha
 - a. Bank memberikan bagian keuntungan kerjasama usaha kepada nasabah
 - b. Bank mencatat pembayaran modal dan keuntungan bank

Sistem ini memungkinkan nasabah investor, untuk mengawasi kinerja bank syariah secara langsung. Bila jumlah keuntungan yang dihasilkan bank dari pembiayaan semakin besar, maka bagi hasil untuk nasabah investor juga semakin besar. Sebaliknya jika bagi hasil yang diterima nasabah investor semakin kecil, maka hal ini disebabkan oleh menurunnya kemampuan bank syariah untuk menghasilkan keuntungan.

Mengecilnya bagi hasil untuk nasabah investor dalam waktu yang cukup lama merupakan pertanda bahwa bank syariah yang bersangkutan semakin tidak efisien. Ini merupakan peringatan dini (*early warning system*) bagi nasabah investor secara transparan akan kinerja bank syariah yang dipercaya pengelola dana.

Pada bank dengan sistem bunga, nasabah deposan tidak dapat mengetahui kinerja keuangan bank dari indikasi bunga yang diperoleh tiap bulan memperoleh bunga yang besarnya tetap. Jadi dalam konvensional, nasabah tidak dapat mengetahui secara dini dan transparan kinerja bank.¹⁶

¹⁶ Direktorat Perbankan Syariah, *Log cit*, hal. 28

C. Tinjauan Tentang *Mudharabah*

1. Definisi Fiqih Tentang *Mudharabah*

Mudharabah atau disebut juga *Muqaradhah* berarti bepergian untuk urusan dagang. Secara muamalah berarti pemilik modal (*shahibul maal*) menyerahkan modalnya kepada pekerja/pedagang (*mudharib*) untuk diperdagangkan/diusahakan, sedangkan keuntungan dagang itu dibagi menurut kesepakatan bersama. (Subussalam jilid III hal. 275-278, Nailul Authar jilid IV, hal 726-732, Ensiklopedia Hukum Islam, Jilid 4).

2. Teknis Perbankan Pembiayaan *Mudharabah*

Mudharabah adalah akad kerjasama usaha antara dua pihak dimana pihak pertama (*shahibul maal*) menyediakan modal 100% sedangkan pihak lainnya menjadi pengelola dengan keuntungan dibagi menurut kesepakatan dimuka dan apabila rugi ditanggung oleh pemilik modal sepanjang kerugian tersebut tidak disebabkan oleh kesalahan atau kelalaian pengelola, dalam hal ini harus dilakukan investigasi terhadap sebab-sebab kerugian. Apabila kerugian diakibatkan karena kecurangan atau kelalaian pengelola, maka pengelola harus bertanggungjawab atas kerugian tersebut.

Mudharabah biasanya diterapkan pada produk-produk liabilities dan asset.

Pada sisi liabilities, *Mudharabah* diterapkan pada :

- a. Tabungan berjangka, yaitu tabungan yang dimaksudkan untuk tujuan khusus, seperti tabungan haji, tabungan kurban dan sebagainya.
- b. Deposito biasa.
- c. Deposito spesial (*special investment*), dimana dana yang dititipkan nasabah khusus untuk bisnis tertentu, misalnya *Murabahah* saja atau *Ijarah* saja.

Sedangkan pada sisi asset, *Mudharabah* diterapkan pada:

- a. Pembiayaan modal kerja.
- b. Investasi khusus.

3. Rukun *Mudharabah*

Aqad *mudharabah* memiliki beberapa rukun yang telah digariskan oleh ulama guna menentukan sahnya aqad tersebut, rukun yang dimaksud adalah:¹⁷

- a. *shahib al-mal* (pemilik dana);
- b. *mudharib* (pengelola);
- c. *sighat* (ijab qabul);
- d. *ra'sul mal* (modal);
- e. pekerjaan; dan
- f. keuntungan.

4. Macam-macam Bentuk *Mudharabah*

Berdasarkan kewenangan yang diberikan kepada *mudharib*, *mudharabah* dapat dikategorikan menjadi:¹⁸

- a. *Mudharabah muthlaqah* (*unrestricted investment*)

Mudharabah muthlaqah adalah aqad kerjasama di mana *mudharib* diberikan kekuasaan penuh untuk mengelola usaha, tujuan maupun jenis usaha.

- b. *Mudharabah muqayyadah* (*restricted investment*)

¹⁷ Dimyauddin Djuwaini, *Pengantar Fiqih Muamalah*, Pustaka Pelajar, 2007, Hal. 227

¹⁸ Ibid, Hal. 227-228

Mudharabah muqayyadah adalah aqad kerjasama di mana *shahib al-mal* menetapkan syarat tertentu yang harus dipatuhi *mudharib*, baik mengenai tempat usaha, tujuan maupun jenis usaha.

5. Syarat-Syarat *Mudharabah*

Ulama mengajukan beberapa syarat terhadap rukun-rukun yang melekat dalam aqad *mudharabah*:¹⁹

- a. Untuk *shahib al-mal* dan *mudharib*, syarat keduanya harus mampu bertindak layaknya majikan dan wakil.
- b. *Sighat* atau *ijab* dan *qabul* harus diucapkan oleh kedua pihak untuk menunjukkan kemauan mereka, dan terdapat kejelasan tujuan mereka dalam melakukan sebuah kontrak.
- c. Modal adalah sejumlah uang yang diberikan oleh *shahib al-mal* kepada *mudharib* untuk tujuan investasi dalam aqad *mudharabah*. Modal disyaratkan harus diketahui jumlah dan jenisnya (mata uang), dan modal harus disetorkan tunai kepada *mudharib*.

Sebagian ulama memperbolehkan modal berupa barang inventori ataupun aset perdagangan, bahkan madzhab Hanbali memperbolehkan penyediaan aset non-moneter (pesawat, kapal, alat transport) sebagai modal. Modal tidak dapat berbentuk hutang (kepada pihak ketiga ataupun *mudharib*), modal harus tersedia untuk digunakan dalambentuk tunai ataupun aset. Selain itu, modal harus diserahkan/dibayarkan kepada *mudharib* dan memungkinkan baginya untuk menggunakannya.

¹⁹ Dimyauddin Djuwaini, *Log cit*, Hal. 228-229

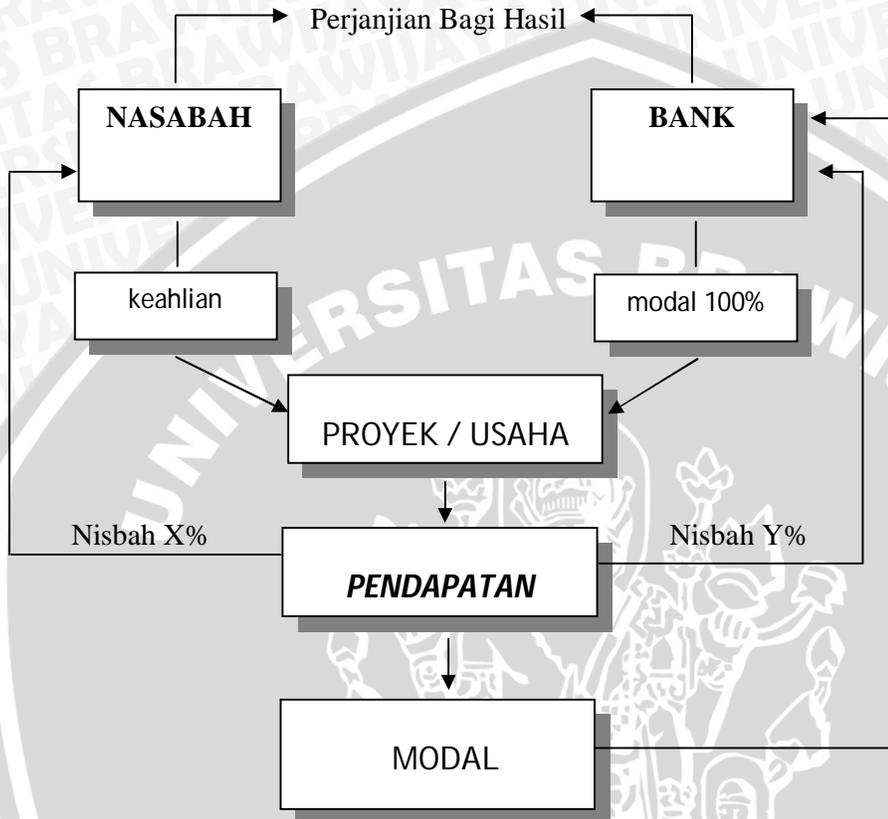
d. Keuntungan adalah jumlah yang didapat sebagai kelebihan dari modal, keuntungan adalah tujuan akhir dari kontrak *mudharabah*. Syarat keuntungan yang harus terpenuhi adalah:

- 1) Kadar keuntungan harus diketahui, berapa jumlah yang dihasilkan;
- 2) Keuntungan tersebut harus dibagi secara proporsional kepada kedua pihak, dan proporsi (*nisbah*) keduanya harus sudah dijelaskan pada waktu melakukan kontrak;
- 3) *Shahib al-mal* berkewajiban untuk menanggung semua kerugian dalam aqad *mudharabah* sepanjang tidak diakibatkan karena kelalaian *mudharib*.

e. Pekerjaan/usaha perniagaan adalah kontribusi *mudharib* dalam kontrak *mudharabah* yang disediakan sebagai pengganti untuk modal yang disediakan oleh *shahib al-mal*, pekerjaan dalam konteks ini berhubungan dengan manajemen kontrak *mudharabah*. Syarat yang harus dipenuhi adalah:

- 1) Usaha perniagaan adalah hak eksklusif *mudharib* tanpa adanya intervensi dari pihak *shahib al-mal*;
- 2) Pemilik dana tidak boleh membatasi tindakan dan usaha *mudharib* sedemikian rupa, sehingga dapat mencegahnya dari mencapai tujuan kontrak *mudharabah*, yakni keuntungan;
- 3) *Mudharib* tidak boleh menyalahi aturan syariah dalam usaha perniagaannya yang berhubungan dengan kontrak *mudharabah*, serta *mudharib* harus mematuhi syarat-syarat yang ditentukan oleh *shahib al-mal*, sepanjang syarat itu tidak kontradiktif dengan apa yang ada dalam kontrak *mudharabah*.

6. Skema Pembiayaan *Mudharabah*



D. Pengertian Perlindungan Hukum

Dalam memaknai kata setiap gramatikalnya, perlindungan dapat diartikan sebagai tempat dimana untuk bernaung dengan tujuan untuk mencari pertolongan dari ancaman bahaya.²⁰ Sedangkan hukum dalam artian sempit mempunyai arti suatu kumpulan dari peraturan yang berisi perintah atau berupa larangan atas sesuatu yang dilakukan oleh

²⁰ Yulius, *Kamus Baru Bahasa Indonesia*, Usaha Nasional, Jakarta, 1984, hal. 134

seseorang dalam bermasyarakat. Sedangkan dalam pengertian luas hukum juga mencakup pengertian norma-norma yang hidup dalam praktek yang tidak tertulis.²¹

Istilah perlindungan hukum menurut Philipus M. Hadjon memberikan pengertian bahwa perlindungan hukum adalah perlindungan akan harkat dan martabat serta pengakuan terhadap hak asasi manusia yang dimiliki oleh subjek hukum dalam Negara hukum berdasarkan ketentuan hukum dari kesewenang-wenangan.²²

Definisi diatas dapat diartikan bahwa perlindungan hukum adalah suatu perbuatan yang melindungi seseorang dari ancaman perbuatan melalui peraturan perundang-undangan yang berlaku di masyarakat. Hal serupa mengenai pengakuan perlindungan hukum tertuang dalam Undang-Undang Dasar 1945 yaitu pada pasal 27 bahwa “segala warga Negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya”. Pengakuan atas hak yang sama dalam hukum dan pemerintahan memberikan arti bahwa perlindungan hukum bagi warga Negara Indonesia merupakan hak asasi manusia.

Terdapat dua macam bentuk perlindungan hukum, perlindungan hukum preventif dan perlindungan hukum represif. Perlindungan hukum preventif adalah perlindungan hukum sebelum terjadi suatu sengketa, sedangkan perlindungan hukum represif ialah perlindungan hukum setelah terjadi suatu sengketa.

²¹ Jimly Asshiddiqie, *Menuju Negara Hukum Yang Demokratis*, Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2008, Hal. 117

²² Philipus M. Harjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia*, Bina Ilmu, Surabaya, 1987, hal. 205

BAB III

METODE PENELITIAN

A. Jenis dan Pendekatan Penelitian

Pada penyusunan skripsi ini, penulis menggunakan jenis penelitian yuridis normatif, yaitu dengan menggambarkan secara jelas dan rinci mengenai ketentuan-ketentuan hukum positif Indonesia yang mengatur mengenai ketentuan-ketentuan pokok Perbankan khususnya yang terdapat dalam Undang Undang nomor 7 tahun 1992 yang sebagaimana telah diubah dengan Undang Undang nomor 10 tahun 1998 dan ketentuan-ketentuan pokok Perbankan Syariah khususnya yang terdapat dalam Undang Undang nomor 21 tahun 2008 karena penulis ingin meneliti tentang bentuk perlindungan hukum bagi *shahib al-mal* ketika terjadi kerugian dalam pembiayaan *mudharabah*.

Pendekatan penelitian yang digunakan adalah dengan mengkaji aturan-aturan hukum yang diperoleh dari peraturan yang ada kemudian dianalisa lebih lanjut dengan menggunakan metode Statuta Approach karena penulis ingin meneliti bentuk perlindungan hukum bagi *shahib al-mal* yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan seperti Undang-Undang perbankan, Undang-Undang perbankan syariah dan Peraturan Bank Indonesia. Penulis juga menggunakan pendekatan Conceptual approach karena penulis ingin meneliti bentuk perlindungan hukum bagi *shahib al-mal* yang terdapat dalam Fatwa Majelis Ulama Indonesia dan Fatwa Dewan Syariah Nasional.

B. Sumber Bahan Hukum

Penelitian ini mengarah pada bahan hukum yang terdiri dari :

1. Bahan Hukum Primer, yaitu bahan hukum yang bersifat mengikat yang terdiri dari :

- a. Undang-Undang RI No. 7 Tahun 1992 tentang Perbankan yang sebagaimana telah diubah dengan Undang Undang nomor 10 tahun 1998;
 - b. Undang Undang nomor 21 tahun 2008;
 - c. Peraturan Bank Indonesia nomor 13/9/2011 tanggal 8 Februari 2011 tentang perubahan atas Peraturan Bank Indonesia 10/18/2008 tentang restrukturisasi pembiayaan bagi bank syariah dan unit usaha syariah;;
 - d. Fatwa Dewan Syariah nasional.
2. Bahan Hukum Sekunder, yaitu bahan hukum yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer dan bersifat menunjang bahan hukum primer, yang terdiri dari :
- a. Pendapat para sarjana hukum;
 - b. Hasil penelitian di bidang hukum;
 - c. jurnal, artikel, dll.
3. Bahan Hukum Tersier, yaitu bahan hukum yang dapat memperjelas analisis pada bahan hukum sekunder, yang berupa Kamus Hukum.

C. Teknik Pengumpulan Bahan Hukum

Agar dapat diperoleh bahan hukum yang sesuai dengan permasalahan dalam penelitian ini, sangat perlu digunakan teknik pengumpulan bahan hukum. Adapun teknik pengumpulan bahan hukum tersebut adalah sebagai berikut :

1. Bahan hukum primer dikumpulkan dengan diperoleh dengan cara melakukan studi kepustakaan, dengan melakukan pengumpulan data melalui penelusuran bahan pustaka, dengan mempelajari dan mengutip data dari sumber data yang ada, berupa UU No. 7 Tahun 1992 tentang Perbankan yang sebagaimana telah diubah dengan Undang Undang nomor 10 tahun 1998 dan Undang Undang nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah yang berkaitan dengan Perlindungan

hukum terhadap pemilik dana (*Shahib al-mal*) ketika terjadi kerugian dalam pembiayaan *mudharabah*.

2. Sedangkan untuk bahan hukum sekunder diperoleh dengan cara penelusuran hasil penelitian di bidang hukum, jurnal, artikel, dll yang berhubungan dengan perlindungan hukum bagi pihak pemilik dana (*shahib al-mal*) ketika terjadi kerugian dalam pembiayaan *mudharabah*.

D. Tehnik Analisis Bahan Hukum

Untuk bahan hukum primer yang telah diperoleh kemudian dianalisa dengan metode diskriptif analistis yaitu metode yang memusatkan diri pada pemecahan masalah yang terkait dengan tema penelitian, khususnya data tentang Perbedaan antara sistem bagi hasil pada pembiayaan bank syariah dengan sistem bunga pada kredit bank konvensional.

Untuk bahan hukum sekunder menggunakan metode analisis interpretasi. Peneliti melakukan interpretasi dari segi bahasa (Interpretasi Gramatikal) yang digunakan dalam Undang-Undang, Peraturan Bank Indonesia dan Fatwa Majelis Ulama Indonesia maupun Dewan Syariah Nasional.

BAB IV

PEMBAHASAN

A. Bentuk Perlindungan Hukum Preventif

Bentuk perlindungan hukum preventif adalah bentuk perlindungan hukum sebelum terjadinya suatu sengketa, dalam permasalahan ini terjadinya suatu sengketa adalah ketika dalam pembiayaan *mudharabah*, pihak *shahib al-mal* sebagai pihak pemilik dana atau bank mengalami kerugian akibat kelalaian pihak *mudharib* sebagai pihak pengelola dana atau yang biasa disebut sebagai kreditur dalam dunia perbankan khususnya dalam perkreditan, atau bila *shahib al-mal* mengalami kerugian disebabkan pihak *mudharib* melakukan *wanprestasi*. Beberapa bentuk perlindungan hukum preventif dalam permasalahan ini adalah:

1. Perlindungan Hukum dalam Aqad Pembiayaan *Mudharabah*

Fungsi Kontrak

Bentuk perlindungan hukum preventif terdapat dalam penyusunan klausula-klausula aqad pembiayaan *mudharabah* yang memberikan perlindungan bagi kedua belah pihak, atau dalam permasalahan ini, memberikan perlindungan terhadap pihak *shahib al-mal*.

Fungsi kontrak ada dua macam, yaitu fungsi yuridis dan fungsi ekonomis. Fungsi yuridis kontrak adalah dapat memberikan kepastian hukum kepada para pihak, sedangkan fungsi ekonomis adalah menggerakkan (hak milik) sumber daya dari nilai penggunaan yang lebih rendah menjadi nilai penggunaan yang lebih tinggi.²³

Kontrak berfungsi mengamankan transaksi bisnis, karena dari kontrak tersebut dapat diketahui hal-hal sebagai berikut:²⁴

²³ Ahdiana Yuni Lestari & Endang Heriyani, *Dasar-Dasar Pembuatan Kontrak dan Akad*, Yogyakarta, 2009, hal. 13

²⁴ *Ibid*

1. Perikatan apa yang dilakukan, kapan, dan dimana kontrak tersebut dilakukan;
2. Siapa saja yang saling mengikatkan diri dalam kontrak tersebut;
3. Hak dan kewajiban para pihak;
4. Syarat-syarat berlakunya kontrak tersebut;
5. Cara-cara yang dipilih untuk menyelesaikan perselisihan dan pilihan domisili hukum bila terjadi perselisihan antara para pihak;
6. Kapan berakhirnya kontrak atau hal-hal apa saja yang mengakibatkan berakhirnya kontrak tersebut;
7. Sebagai alat control bagipara pihak, apakah prar pihak telah menunaikan kewajibannya atau prestasinya atau belum, atau bahkan telah melakukan suatu wanprestasi;
8. Sebagai alat bukti bagi para pihak jika di kemudian hari terjadi perselisihan antara para pihak, misalnya salah satu pihak wanprestasi, termasuk juga jika ada pihak ketiga yang mungkin keberatan dengan dengan suatu kontrak yang mengharuskan kedua belah pihak untuk membuktikan hal-hal yang berkaitan dengan hal-hal yang dimaksud.

Berdasarkan uraian di atas dapat diketahui bahwa fungsi utama dari kontrak adalah fungsi yuridis, yaitu:²⁵

1. Mengatur hak dan kewajiban para pihak;
2. Mengamankan transaksi bisnis; dan
3. Mengatur tentang pola penyelesaian sengketa yang timbul antara kedua belah pihak.

²⁵ Ahdiana Yuni Lestari & Endang Heriyani, *Log cit*, Hal. 14

Pengertian Aqad

Dalam perbankan konvensional kontrak perjanjian kredit antara pihak bank sebagai Debitur dengan pihak nasabah atau peminjam sebagai kreditur disebut dengan Akta Kredit, dalam perbankan syariah kontrak perjanjian pembiayaan antara pihak bank sebagai *shahib al-mal* dengan pihak peminjam sebagai *mudharib* menggunakan istilah Aqad Pembiayaan.

Dalam hukum Islam perjanjian disebut dengan aqad yang berasal dari bahasa Arab *Al-Aqd*, yang berarti mengikat, menyambung atau menghubungkan (*ar rabt*). Saat ini konsep aqad sudah diatur di dalam Undang-Undang nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah jo. Peraturan Mahkamah Agung nomor 2 tahun 2008 tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES).²⁶

Ada beberapa definisi mengenai akad, yaitu:²⁷

- a. Menurut Pasal 1 angka 14 UU nomor 21 tahun 2008:

Aqad adalah kesepakatan tertulis antara bank syariah atau unit usaha syariah (UUS) dan pihak lain yang memuat adanya hak dan kewajiban bagi masing-masing pihak sesuai dengan prinsip syariah.

- b. Menurut Pasal 20 angka 1 Buku II KHES:

Aqad adalah kesepakatan dalam perjanjian antara dua pihak atau lebih untuk melakukan dan atau tidak melakukan suatu perbuatan hukum tertentu.

- c. Menurut Pasal 262 Mursyid al hairan:

Aqad adalah pertemuan ijab yang dilakukan oleh salah satu pihak dengan Kabul dari pihak lain yang menimbulkan akibat hukum pada objek aqad.

²⁶ Ahdiana Yuni Lestari & Endang Heriyani, *Log cit*, Hal. 30

²⁷ Ibid

- d. Menurut Ahmad Azhar Basyir dalam bukunya Asas-Asas Hukum Muamalat (Hukum Perdata Islam):

Aqad adalah perikatan antara ijab dan kabul dengan cara yang dibenarkan syara' yang menetapkan adanya akibat-akibat hukum pada objeknya.

- e. Menurut Syamsul Anwar dalam bukunya Hukum Perjanjian Syariah (Studi tentang Teori Aqad dalam Fikih Muamalat):

Aqad adalah pertemuan ijab dan Kabul sebagai pernyataan kehendak dua pihak atau lebih untuk melahirkan akibat hukum pada objeknya.

Berdasarkan definisi diatas, dapat diperoleh unsur-unsur aqad sebagai berikut:

- a. Adanya kesepakatan, yaitu pertemuan ijab dan Kabul. Ijab adalah penawaran yang diajukan oleh salah satu pihak, dan Kabul adalah jawaban persetujuan yang diberikan oleh pihak lawannya sebagai tanggapan terhadap penawaran dari pihak pertama.
- b. Adanya tindakan hukum dua pihak atau lebih.
- c. Tujuan aqad ialah untuk melahirkan akibat hukum.

Contoh Bentuk Perlindungan Hukum dalam Aqad Pembiayaan *Mudharabah*

Berdasarkan uraian di atas diketahui bahwa kontrak perjanjian memberikan kepastian hukum bagi para pihak yang mengikatkan diri pada kontrak tersebut, sedangkan untuk perlindungan hukum preventif bagi pihak *shahib al-mal* dapat dilihat dari klausula aqad pembiayaan *mudharabah* yang bentuknya kurang lebih sebagai berikut:²⁸

-----PASAL 2-----

1. Definisi Bagi Hasil; -----

²⁸ Ahdiana Yuni Lestari & Endang Heriyani, *Log cit*, hal. 206

Bagi hasil adalah pembagian pendapatan yang disepakati antara BANK dan MUDHARIB yang dibagikan sesuai dengan nisbah yang telah disepakati bersama,-----

2. Pendapatan; -----

BANK dan MUDHARIB sepakat untuk setuju menentukan nisbah pendapatan sebagaimana diatur di bawah ini:-----

BANK dan MUDHARIB mengenai pembiayaan secara bagi hasil yang didasarkan oleh akad ini akan dibagi dengan nisbah bagi hasil sebagai berikut:-----

- Untuk BANK sebesar 50% (Lima puluh persen);-----
- Untuk MUDHARIB sebesar 50% (Lima puluh persen);-----
- pendapatan yang akan diterima oleh MUDHARIB dituangkan dalam proyeksi pendapatan (disingkat PP), dengan ketentuan bahwa PP dapat diubah atas dasar kesepakatan antara BANK dan MUDHARIB;-----
- Perincian PP sesuai dengan *cash flow* terlampir yang telah disepakati oleh BANK dan MUDHARIB;-----
- PP berikut segala bentuk perubahannya merupakan suatu kesatuan yang tidak terpisahkan dari akad pembiayaan ini.-----

3. Kerugian:-----

- 1) BANK akan menanggung segala kerugian yang timbul kecuali yang disebabkan karena kelalaian MUDHARIB sebagaimana diatur pada Pasal 7 atau disebabkan karena pelanggaran atas syarat-syarat aqad sebagaimana diatur dalam Pasal 8.-----
- 2) BANK akan menerima dan mengakui kerugian tersebut setelah menerima, menilai kembali dan menyampaikan hasil penilaiannya secara tertulis kepada MUDHARIB.---
- 3) BANK hanya akan menanggung kerugian maksimum sebesar pembayaran yang diberikan pada MUDHARIB seperti yang disebut pada Pasal 1 ayat 1.-----

Dari penggalan aqad pembiayaan di atas dapat dilihat pada klausula kerugian dimana pihak bank sebagai *shahib al-mal* akan menanggung segala kerugian yang timbul kecuali kerugian tersebut disebabkan kelalaian pihak *mudharib*, atau bila *mudharib* wanprestasi atau melanggar syarat-syarat yang telah ditentukan pada aqad tersebut.

Pihak bank juga tidak langsung menanggung kerugian, akan tetapi pihak bank akan melakukan penilaian terhadap kerugian yang terjadi kemudian akan memberikan hasil dari penilaiannya secara tertulis kepada *mudharib*.

Pembiayaan *mudharabah* adalah antara pemilik dana (*shahib al-mal*) yang menyediakan seluruh kebutuhan modal dengan pihak pengelola usaha (*mudharib*) untuk melakukan suatu kegiatan usaha bersama. Pemilik dana (*shahib al-mal*) tersebut adalah Lembaga Keuangan Syariah (LKS), sedangkan pengelola usaha (*mudharib/nasabah*) adalah pengusaha.

Dalam pembiayaan ini LKS membiayai 100% kebutuhan suatu kegiatan usaha kepada nasabah. Jangka waktu usaha, tata cara pengembalian dana, dan pembagian keuntungan ditentukan berdasarkan kesepakatan kedua belah pihak (LKS dan pengusaha).

Mudharib boleh melakukan berbagai macam usaha yang telah disepakati bersama dan sesuai dengan syariah, dan LKS tidak ikut serta dalam manajemen perusahaan atau proyek tetapi mempunyai hak untuk melakukan pembinaan serta pengawasan.²⁹

Pada prinsipnya, dalam pembiayaan *mudharabah* tidak ada jaminan, namun agar *mudharib* tidak melakukan penyimpangan, LKS 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 aqad.³⁰

²⁹ Ahdiana Yuni & Endang Heriyani, *Log cit*, Hal. 138

³⁰ Ibid

Sebagai tambahan, pihak *shahib al-mal* dalam hal ini bank dapat membuat klausula tambahan dalam aqad pembiayaan *mudharabah* yang meminta kepada pihak *mudharib* untuk mengikatkan diri pada asuransi berdasarkan syariah yang dibebankan kepada *mudharib* terhadap seluruh barang yang dijadikan jaminan berdasarkan aqad tersebut, pada perusahaan asuransi yang disepakati bersama antara *shahib al-mal* dan *mudharib*, kemudian menetapkan pihak *shahib al-mal* sebagai pihak yang berhak mendapatkan pembayaran terhadap claim asuransi tersebut (*Banker's Clause*).

Dari uraian-uraian sebelumnya jelas terlihat seberapa pentingnya peranan aqad pembiayaan *mudharabah* sebagai salah satu bentuk perlindungan hukum yang bersifat preventif bagi para pihak yang terikat dalam aqad tersebut, terutama dalam penelitian ini yaitu terhadap pihak *shahib al-mal*.

2. Bentuk Perlindungan Hukum dalam Peraturan Perundang-Undangan

Perlindungan Hukum dalam Undang-Undang Perbankan Syariah

Pasal 1 Butir ke 25 Undang Undang nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah menyebutkan:

"Pembiayaan adalah penyediaan dana atau tagihan yang dipersamakan dengan itu berupa:

- A. transaksi bagi hasil dalam bentuk *mudharabah* dan *musyarakah*;
- B. transaksi sewa-menyewa dalam bentuk ijarah atau sewa beli dalam bentuk *ijarah muntahiya bittamlik*;
- C. transaksi jual beli dalam bentuk piutang *murabahah*, *salam*, dan *istishna'*;
- D. transaksi pinjam meminjam dalam bentuk piutang *qardh*; dan
- E. transaksi sewa-menyewa jasa dalam bentuk ijarah untuk transaksi multijasa

berdasarkan persetujuan atau kesepakatan antara Bank Syariah dan/atau UUS dan pihak lain yang mewajibkan pihak yang dibiayai dan/atau diberi fasilitas dana untuk mengembalikan dana tersebut setelah jangka waktu tertentu dengan imbalan *ujrah*, tanpa imbalan, atau bagi hasil.”

Pasal tersebut secara jelas menyebutkan bahwa pihak yang dibiayai dan/atau diberi fasilitas dana wajib mengembalikan dana pembiayaan tersebut tepat waktu.

Pasal 23 Undang Undang perbankan syariah menyebutkan:

- 1) Bank syariah dan/atau UUS harus mempunyai keyakinan atas kemauan dan kemampuan calon nasabah penerima fasilitas untuk melunasi seluruh kewajiban pada waktunya, sebelum bank syariah dan/atau UUS menyalurkan dana kepada nasabah penerima fasilitas.
- 2) Untuk memperoleh keyakinan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), bank syariah dan/atau UUS wajib melakukan penilaian secara seksama terhadap watak, kemampuan, modal, agunan, dan prospek usaha dari calon nasabah penerima fasilitas.

Penjelasan Pasal 23 Undang-Undang perbankan syariah menyebutkan:

- 1) Kemampuan berkaitan dengan itikad baik dari nasabah penerima fasilitas untuk membayar kembali penggunaan dana yang disalurkan oleh bank syariah dan/atau UUS.

Kemampuan berkaitan dengan keadaan dan/atau aset nasabah penerima fasilitas sehingga mampu membayar kembali penggunaan dana yang disalurkan oleh bank syariah dan/atau UUS.

- 2) Penilaian watak calon nasabah penerima fasilitas terutama didasarkan kepada hubungan yang telah terjalin antara bank syariah dan/atau UUS dan nasabah atau

calon nasabah yang bersangkutan atau informasi yang diperoleh dari pihak lain yang dapat dipercaya sehingga bank syariah dan/atau UUS dapat menyimpulkan bahwa calon nasabah penerima fasilitas berkata jujur, beritikad baik, dan tidak menyulitkan bank syariah dan/atau UUS di kemudian hari.

Penelitian kemampuan calon nasabah penerima fasilitas terutama bank harus meneliti tentang keahlian nasabah penerima fasilitas dalam bidang usahanya dan/atau kemampuan manajemen calon nasabah sehingga bank syariah dan/atau UUS merasa yakin bahwa usaha yang akan dibiayai dikelola oleh orang yang tepat.

Penilaian terhadap modal yang dimiliki calon nasabah penerima fasilitas, terutama bank syariah dan/atau UUS harus melakukan analisis terhadap posisi keuangan secara keseluruhan, baik masa yang telah lalu maupun perkiraan untuk masa yang akan datang sehingga dapat diketahui kemampuan permodalan calon nasabah penerima fasilitas dalam menunjang pembiayaan proyek dan usaha calon nasabah yang bersangkutan.

Dalam melakukan penilaian terhadap agunan, bank syariah dan/atau UUS harus menilai barang, proyek atau hak tagih yang dibiayai oleh fasilitas pembiayaan yang bersangkutan dan barang lain, surat berharga atau garansi resiko yang ditambahkan sebagai agunan tambahan, apakah sudah cukup memadai sehingga apabila nasabah penerima fasilitas kelak tidak memenuhi kewajibannya, agunan tersebut dapat digunakan untuk menanggung pembayaran kembali dari pembiayaan bank syariah dan/atau UUS yang bersangkutan.

Penilaian terhadap proyek usaha calon nasabah penerima fasilitas, bank syariah terutama harus melakukan analisis mengenai keadaan pasar, baik di dalam maupun di luar negeri, baik untuk masa yang telah lalu maupun masa yang akan

datang sehingga dapat diketahui prospek pemasaran dari hasil proyek atau usaha calon nasabah yang akan dibiayai dengan fasilitas pembiayaan.

Dari Pasal 23 Undang-Undang perbankan syariah dengan penjelasannya, dapat ditarik kesimpulan bahwa sebelum memberikan fasilitas pembiayaan, bank diharuskan untuk melakukan penilaian terhadap kemauan, kemampuan, watak, modal, agunan, dan proyek usaha dari calon nasabah penerima fasilitas untuk meminimalisir kemungkinan terjadinya permasalahan dalam pembiayaan dikemudian hari.

Pasal 23 Undang-Undang perbankan syariah juga memberikan suatu perlindungan hukum bagi *shahib al-mal* dalam hal ini bank yaitu dalam permasalahan agunan. Dalam penjelasan Pasal 23 Undang-Undang perbankan syariah disebutkan bahwa bank harus menilai agunan untuk melihat apakah cukup memadai sehingga bila dikemudian hari nasabah tidak dapat memenuhi kewajibannya maka agunan tersebut dapat digunakan untuk menanggung pembayaran kembali pembiayaan yang diberikan oleh bank dan/atau UUS tersebut.

Pasal 40 Undang-Undang perbankan syariah menyebutkan:

- 1) Dalam hal nasabah penerima fasilitas tidak memenuhi kewajibannya, bank syariah dan UUS dapat membeli sebagian atau seluruh agunan, baik melalui maupun diluar pelelangan, berdasarkan penyerahan secara sukarela oleh pemilik agunan atau berdasarkan pemberian kuasa untuk menjual dari pemilik agunan, dengan ketentuan agunan yang dibeli wajib dicairkan selambat-lambatnya dalam jangka waktu satu (1) tahun.
- 2) Bank syariah dan UUS harus memperhitungkan harga pembelian agunan sebagaimana dimaksud pada ayat satu (1) dengan kewajiban nasabah kepada bank syariah dan UUS yang bersangkutan.

- 3) Dalam hal harga pembelian agunan sebagaimana dimaksud pada ayat satu (1) melebihi jumlah kewajiban nasabah kepada bank syariah dan UUS, selisih jumlah kelebihan tersebut harus dikembalikan kepada nasabah setelah dikurangi dengan biaya lelang dan biaya lainnya yang langsung terikat dengan dengan proses pembelian agunan.
- 4) Keterangan lebih lanjut mengenai pembelian agunan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) diatur dengan peraturan Bank Indonesia.

Pasal 40 Undang-Undang perbankan syariah memberikan perlindungan hukum bagi pihak *shahib al-mal* yang dalam hal ini adalah pihak bank yaitu dengan memberikan pihak bank hak untuk membeli sebagian atau seluruh agunan pihak nasabah bilamana pihak nasabah tidak memenuhi kewajibannya.

Perlindungan Hukum dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata

Dalam Pasal 1131 KUH Perdata disebutkan bahwa Segala barang-barang bergerak dan tak bergerak milik debitur, baik yang ada maupun yang akan ada, menjadi jaminan untuk perikatan-perikatan perorangan debitur itu.

Pasal 1132 KUH Perdata menyebutkan bahwa barang-barang menjadi jaminan bersama bagi semua kreditur terhadapnya hasil penjualan barang-barang itu dibagi menurut perbandingan piutang masing-masing kecuali bila diantara para kreditur ada alasan-alasan sah untuk didahulukan. Yang dimaksud dengan alasan-alasan sah untuk didahulukan pada Pasal 1132 ialah bila kreditur memiliki hak tanggungan, hipotik, gadai atau jaminan fidusia maka kreditur tersebut akan diutamakan dalam pelunasan kreditnya melalui penjualan agunan yang sudah diikat secara sempurna.

Kitab undang-undang hukum perdata dapat diterapkan di dalam permasalahan perbankan syariah dikarenakan selama ini sebelum dikeluarkannya undang-undang

perbankan syariah, hukum Islam yang ada di hukum positif Indonesia adalah tentang nikah, talak, rujuk dan waris. Sehingga dasar hukum mengenai permasalahan perbankan syariah adalah pasal 1338 kitab undang-undang hukum perdata mengenai kebebasan berkontrak.

3. Perlindungan Hukum dalam Fatwa Dewan Syariah Nasional

Ada kalanya nasabah penerima fasilitas pembiayaan sebenarnya mampu melakukan pembayaran akan tetapi nasabah tersebut menunda-nunda pembayaran, hal inilah yang menjadi salah satu pertimbangan sehingga Dewan Syariah Nasional mengeluarkan Fatwa no. 17/DSN-MUI/IX/2000 tentang sanksi atas nasabah yang menunda-nunda pembayaran.

Fatwa no. 17/DSN-MUI/IX/2000 dalam ketentuan umumnya menyebutkan:

- 1) Sanksi yang disebut dalam fatwa ini adalah sanksi yang dikenakan LKS kepada nasabah yang mampu membayar, tetapi menunda-nunda pembayaran dengan disengaja.
- 2) Nasabah yang tidak/belum mampu membayar disebabkan *force majeure* tidak boleh dikenakan sanksi.
- 3) Nasabah mampu yang menunda-nunda pembayaran dan/atau tidak mempunyai kemauan dan itikad baik untuk membayar utangnya boleh dikenakan sanksi.
- 4) Sanksi berdasarkan prinsip *ta'zir*, yaitu bertujuan agar nasabah lebih disiplin dalam menjalankan kewajibannya.
- 5) Sanksi dapat berupa denda sejumlah uang yang besarnya ditentukan atas dasar kesepakatan dan dibuat saat akad ditandatangani.
- 6) Dana yang berasal dari denda diperuntukan sebagai dana sosial.

Fatwa ini memberikan perlindungan hukum bagi pihak *shahib al-mal* dari sikap *mudharib* yang sebenarnya mampu membayar utangnya tetapi secara sengaja menunda-nunda pembayarannya. Sanksi yang diberikan ini lebih bertujuan agar sang *mudharib* lebih disiplin dan tidak lalai dalam menjalankan kewajibannya.

Para pihak yang melakukan transaksi dalam LKS terkadang mengalami resiko kerugian akibat wanprestasi atau kelalaian dengan menunda-nunda pembayaran oleh pihak lain yang melanggar perjanjian. Dalam upaya melindungi para pihak yang bertransaksi, DNS memandang perlu menetapkan fatwa seperti ganti rugi (*ta'widh*) untuk dijadikan pedoman maka dikeluarkanlah fatwa Dewan Syariah Nasional no. 43/DNS-MUI/VIII/2004 tentang ganti rugi (*ta'widh*)

Fatwa no. 43/DSN-MUI/VIII/2004 menyebutkan:

Pertama: Ketentuan Umum

- 1) Ganti rugi (*ta'widh*) hanya boleh dikenakan atas pihak yang dengan sengaja atau karena kelalaian melakukan sesuatu yang menyimpang dari ketentuan aqad dan menimbulkan kerugian pada pihak lain.
- 2) Kerugian yang dapat dikenakan *ta'widh* sebagaimana dimaksud pada ayat (1) adalah kerugian riil yang dapat diperhitungkan dengan jelas.
- 3) Kerugian riil sebagaimana dimaksud pada ayat (2) adalah biaya-biaya riil yang dikeluarkan dalam rangka penagihan hak yang seharusnya dibayarkan.
- 4) Besar ganti rugi (*ta'widh*) adalah sesuai dengan nilai kerugian riil (*real loss*) yang pasti dialami (*fixed cost*) dalam transaksi tersebut dan bukan kerugian yang diperkirakan akan terjadi (*potential loss*) karena adanya peluang yang hilang (*opportunity loss* atau *al-furshah al-dha-i'ah*).

- 5) Ganti rugi (*ta'widh*) hanya boleh dikenakan pada transaksi (aqad) yang menimbulkan utang piutang (*dain*), seperti *salam*, *istihsa'*, serta *murabahah* dan *ijarah*.
- 6) Dalam aqad *mudharabah* dan *musyarakah*, ganti rugi hanya boleh dikenakan oleh *shahib al-mal* atau salah satu pihak dalam musyarakah apabila bagian keuntungannya sudah jelas tetapi tidak dibayarkan.

Kedua: ketentuan Khusus

- 1) Ganti rugi yang diterima dalam transaksi di LKS dapat diakui sebagai hak (pendapatan) bagi pihak yang menerimanya.
- 2) Jumlah ganti rugi besarnya harus ditetapkan sesuai dengan kerugian riil dan tata cara pembayaran tergantung kesepakatan para pihak.
- 3) Besar ganti rugi ini tidak boleh dicantumkan dalam aqad.
- 4) Pihak yang cidera janji bertanggung jawab atas biaya perkara dan biaya lainnya yang timbul akibat proses penyelesaian perkara.

Ketiga: Penyelesaian Perselisihan

Jika salah satu pihak tidak menunaikan kewajibannya atau terjadi perselisihan di antara kedua belah pihak, maka penyelesaiannya dilakukan melalui Badan Arbitrase Syari'ah setelah tidak tercapai kesepakatan melalui musyawarah.

Fatwa DSN tentang ganti rugi (*ta'widh*) memberikan perlindungan hukum bagi pihak *shahib al-mal* bilamana dalam pelaksanaan aqad *mudharabah* terjadi kerugian yang diakibatkan karena pihak *mudharib wanprestasi* atau melakukan kelalaian.

B. Bentuk Perlindungan Hukum Represif

Dalam hal terjadi kerugian terutama disebabkan kelalaian pihak *mudharib* atau karena pihak *mudharib* melanggar syarat-syarat aqad pembiayaan *mudharabah* atau bila pihak

mudharib wanprestasi atau melakukan kelalaian sehingga pembiayaan tersebut bermasalah, maka ada beberapa tindakan penyelamatan yaitu melakukan restrukturisasi pembiayaan dan tindakan penyelesaian yang dapat dilakukan oleh para pihak.

1. Restrukturisasi Pembiayaan

Bilamana suatu pembiayaan itu bermasalah maka dalam rangka menjaga kelangsungan usaha dan meminimalisir resiko kerugian, bank umum syariah dan unit usaha syariah berkewajiban menjaga kualitas pembiayaan. Dalam rangka menjaga kualitas pembiayaan, salah satu upaya yang dapat dilakukan oleh bank umum syariah dan unit usaha syariah adalah melakukan restrukturisasi pembiayaan nasabahnya.

Sesuai dengan Pasal 4 Peraturan Bank Indonesia (PBI) nomor 10/18/PBI/2008 tentang restrukturisasi pembiayaan bagi bank syariah dan unit usaha syariah, maka restrukturisasi pembiayaan hanya dapat dilakukan atas dasar permohonan tertulis dari nasabah.

Menurut Pasal 1 angka 7 PBI nomor 13/9/PBI/2011 tentang perubahan atas PBI nomor 10/18/PBI/2008 tentang restrukturisasi pembiayaan bagi bank syariah dan unit usaha syariah, restrukturisasi pembiayaan adalah upaya yang dilakukan bank dalam rangka membantu nasabah agar dapat menyelesaikan kewajibannya, antara lain melalui:

- a. Penjadwalan kembali (*Rescheduling*), yaitu perubahan jadwal pembayaran kewajiban nasabah atau jangka waktunya;
- b. Persyaratan kembali (*Reconditioning*), yaitu perubahan sebagian atau seluruh persyaratan pembiayaan tanpa harus menambahkan sisa pokok kewajiban nasabah yang harus dibayarkan kepada bank, antara lain melalui:
 - 1) Perubahan jadwal pembayaran;
 - 2) Perubahan jumlah angsuran;

- 3) Perubahan jangka waktu;
- 4) Perubahan nisbah dalam pembiayaan *mudharabah* atau *musyarakah*;
- 5) Perubahan proyeksi bagi hasil dalam pembiayaan *mudharabah* atau *musyarakah*; dan/atau
- 6) Pemberian potongan.

c. Penataan kembali (*Restructuring*), yaitu perubahan persyaratan pembiayaan yang antara lain meliputi:

- 1) Penambahan dana fasilitas pembiayaan bank;
- 2) Konversi aqad pembiayaan;
- 3) Konversi pembiayaan menjadi surat berharga syariah berjangka waktu menengah; dan/atau
- 4) Konversi pembiayaan menjadi penyertaan modal sementara pada perusahaan nasabah.

Yang dapat disertai dengan *Rescheduling* atau *Reconditioning*.

Menurut Pasal 5 PBI nomor 13/9/PBI/2011 tentang perubahan atas PBI nomor 10/18/PBI/2008 tentang restrukturisasi pembiayaan bagi bank syariah dan unit usaha syariah:

1. Restrukturisasi pembiayaan hanya dapat dilakukan untuk nasabah yang memenuhi kriteria sebagai berikut:
 - a. Nasabah mengalami penurunan kemampuan pembayaran; dan
 - b. Nasabah memiliki prospek usaha yang baik dan mampu memenuhi kewajiban setelah restrukturisasi.
2. Restrukturisasi pembiayaan konsumtif hanya dapat dilakukan oleh nasabah yang memenuhi kriteria sebagai berikut:
 - a. Nasabah mengalami penurunan kemampuan pembayaran; dan

b. Terdapat sumber pembayaran angsuran yang jelas dari nasabah dan mampu memenuhi kewajiban setelah restrukturisasi.

3. Restrukturisasi pembiayaan wajib didukung dengan analisis dan bukti-bukti yang memadai serta didokumentasikan dengan baik.

Sebelum diubah oleh PBI nomor 13/9/PBI/2011, Pasal 5 Ayat (2) PBI nomor 10/18/2008 menyebutkan “Restrukturisasi pembiayaan hanya dapat dilakukan untuk pembiayaan dengan kualitas Kurang Lancar, Diragukan dan Macet”

2. Upaya Penyelesaian Permasalahan

Upaya-upaya yang dapat dilakukan bilamana terjadi permasalahan dalam pembiayaan antara lain melalui:

1. Musyawarah/Mufakat:

Penyelesaian sengketa yang diatur dalam kontrak oleh para pihak selalu menempatkan musyawarah/mufakat sebagai suatu penyelesaian yang selalu didahulukan. Jika hal tersebut tidak dapat diselesaikan, maka penyelesaian selanjutnya diserahkan kepada Pengadilan Negeri sesuai dengan tempat domisili yang dipilih oleh para pihak dalam kontrak. Klausula semacam ini dituangkan dalam salah satu Pasal dan lazimnya ditulis sebagai berikut:³¹

“Apabila dikemudian hari terjadi perselisihan dalam penafsiran atau pelaksanaanketentuan-ketentuan dari perjanjian, maka para pihak sepakat untuk terlebih dahulu menyelesaikan secara musyawarah/mufakat. Namun apabila tidak ada kata sepakat, maka mengenai perjanjian ini dan semua akibatnya,

³¹ Ahdiana Yuni Lestari & Endang Heriyani, *Log cit*, Hal. 67

para pihak memilih tempat kediaman yang sah dan tidak berubah di kantor
Kepaniteraan Pengadilan Negeri di...”

2. Pengadilan:

Jika suatu sengketa tidak dapat diselesaikan dengan musyawarah/mufakat, maka lazimnya para pihak mengajukan penyelesaian sengketa melalui pengadilan yang di dalam persidangannya dipimpin oleh seorang hakim sesuai dengan hukum acara yang berlaku. Pengadilan yang dimaksud adalah Pengadilan Negeri dan keputusannya bersifat mengikat kepada para pihak.

Namun biasanya ada kesan bahwa proses beracara ke pengadilan memakan waktu yang cukup lama, dan karena itu menjadi mahal. Di samping itu proses pengadilan juga harus berlangsung terbuka, kecuali untuk perkara yang berhubungan dengan hukum keluarga, perkara yang menyangkut perbuatan asusila, atau perkara dimana terdakwa masih dibawah umur, dan karena itu akan menghasilkan *exposure* di masyarakat melalui media massa.

Proses penyelesaian sengketa melalui pengadilan cenderung semakin dihindari oleh para pihak yang menjalankan bisnis. Banyak diantaranya yang beralih ke pilihan arbitrase.

3. *Alternative Dispute Resolution* (ARD):

Penyelesaian sengketa melalui alternative penyelesaian sengketa (ARD) diatur dalam Undang-Undang nomor 20 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Menurut Pasal 1 ayat (10) UU nomor 30 tahun 1999, ADR adalah lembaga penyelesaian sengketa melalui prosedur yang disepakati oleh para pihak, yaitu di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, atau penilaian para ahli.

- a. Konsultasi adalah suatu pembicaraan yang berupa pendapat hukum yang nantinya dijadikan rujukan oleh para pihak untuk menyelesaikan masalahnya.
- b. Negosiasi adalah istilah lain dari musyawarah untuk mufakat.
- c. Mediasi ialah cara penyelesaian sengketa melalui perundingan di antara para pihak dengan bantuan pihak ketiga yang netral dan independen yang disebut mediator, dengan tujuan tercapainya kesepakatan damai dari pihak yang bersengketa.
- d. Konsiliasi penciptaan penyesuaian pendapat dan penyelesaian suatu sengketa dengan suasana bersahabat tanpa ada rasa permusuhan yang dilakukan di pengadilan sebelum dimulainya persidangan dengan maksud untuk menghindari proses litigasi.
- e. Penilaian ahli adalah pendapat dari lembaga arbitrase mengenai suatu hubungan hukum tertentu dalam hal belum timbul sengketa.

Menurut Pasal 1 angka 1 Peraturan Mahkamah Agung nomor 2 tahun 2008 tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES), ekonomi syariah adalah usaha atau kegiatan yang dilakukan oleh orang perorangan, kelompok orang, badan usaha yang berbadan hukum atau yang tidak berbadan hukum dalam rangka memenuhi kebutuhan yang bersifat komersial dan tidak komersial menurut prinsip syariah. Aqad merupakan salah satu kegiatan ekonomi syariah. Dalam pelaksanaan aqad pembiayaan tidak mustahil terjadi di antara para pihak.

Penyelesaian sengketa atau perselisihan dalam aqad, pada prinsipnya bisa dilaksanakan melalui tiga jalan, yaitu:³²

³² Ahdiana Yuni Lestari & Endang Heriyani, *Log cit*, Hal. 69

1. Perdamaian (*Shulhu*):

Jalan pertama yang dilakukan apabila terjadi perselisihan dalam suatu aqad adalah dengan menggunakan jalan perdamaian (*shulhu*) antara kedua belah pihak. Dalam fiqih pengertian *shulhu* adalah suatu jenis aqad untuk mengakhiri perlawanan antara dua orang yang saling berlawanan, atau untuk mengakhiri sengketa.

Pelaksanaan *shulhu* dapat dilakukan dengan beberapa cara, antara lain:

- a. Dengan cara *ibra* (membebaskan debitur dari sebagian kewajibannya);
- b. Dengan cara *mufadhah* (penggantian dengan yang lain).

2. Arbitrase (*Tahkim*):

Istilah *tahkim* secara literal mengangkat sebagai wasit atau juru damai, sedangkan secara terminologis *tahkim* berarti pengangkatan seseorang atau lebih sebagai wasit atau juru damai oleh dua orang atau lebih yang bersengketa, guna menyelesaikan perkara yang mereka perselisihkan secara damai.

Di Indonesia melalui lembaga Badan Arbitrase Syariah nasional (BASYARNAS) merupakan badan Arbitrase yang dibentuk oleh Majelis Ulama Indonesia (MUI) yang digunakan untuk menyelesaikan sengketa ekonomi syariah. BASYARNAS sebagai pengganti dari BAMUI yang didirikan berdasarkan SK MUI No Kep-09/MUI XII/2003 tertanggal 24 Desember 2003.

Penyelesaian dengan arbitrase adalah penyelesaian sengketa dengan cara menyerahkan kewenangan kepada pihak ketiga yang netral dan independen, yang disebut *Arbiter*, untuk memeriksa dan mengadili sengketa

pada tingkat pertama dan terakhir. Arbitrase mirip dengan pengadilan, dan *Arbiter* mirip dengan hakim pada proses pengadilan.

3. Proses Pengadilan (*al-Qadha*):

Al-Qadha secara harfiah berarti antara lain merumuskan atau menetapkan. Menurut istilah fiqih *Al-Qadha* berarti menetapkan hukum syara' pada suatu peristiwa atau sengketa untuk menyelesaikan secara adil dan mengikat. Penyelesaian sengketa melalui peradilan melewati beberapa proses, salah satu proses yang penting adalah pembuktian.

Di Indonesia jika terjadi sengketa antara bank syariah dengan nasabah dapat diselesaikan dengan cara litigasi, yaitu mengajukan penuntutan di Pengadilan Agama. Hal tersebut berdasarkan Pasal 49 Undang-Undang nomor 3 tahun 2006 tentang perubahan atas Undang-Undang nomor 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama. Dalam Pasal 49 tersebut ditentukan bahwa: Pengadilan Agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang ekonomi Islam. Adapun yang dimaksud dengan ekonomi syariah adalah kegiatan usaha yang dilaksanakan menurut prinsip syariah, meliputi bank syariah, lembaga keuangan mikro syariah, asuransi syariah, reasuransi syariah, reksa dana syariah, obligasi syariah dan surat berharga berjangka menengah syariah, sekuritas syariah, pembiayaan syariah, pegadaian syariah, dana pensiun lembaga keuangan syariah, dan bisnis syariah.

Amandemen ini membawa implikasi baru dalam sejarah hukum ekonomi di Indonesia. Selama ini, wewenang untuk menangani perselisihan

atau sengketa dalam bidang ekonomi syariah diselesaikan dalam Pengadilan Negeri yang notabene belum bisa dianggap sebagai hukum syariah.

Berdasarkan pembahasan sebelumnya di atas, terlihat ada beberapa bentuk perlindungan hukum terhadap *shahib al-mal* bila mana terjadi sengketa dalam aqad pembiayaan yang menyebabkan kerugian bagi pihak *shahib al-mal*. Cara pertama yang dituamakan bilamana terjadi suatu sengketa atau perselisihan ialah Musyarwarah untuk Mufakat atau dengan cara perdamaian (*shulhu*). Apabila ternyata tidak terjadi kesepakatan maka cara alternatif penyelesaian lain adalah Arbitrase, di mana para pihak menyerahkan wewenang kepada pihak ketiga yang bersifat netral dan independen untuk menyelesaikan perkara yang terjadi. Bilamana sudah tidak ada titik temu dan dapat dikatakan hampir tidak mungkin terjadi kesepakatan antara para pihak yang bersengketa, maka penyelesaian sengketa tersebut adalah melalui proses peradilan, dalam hal sengketa pembiayaan syariah, maka pengadilan yang mempunyai wewenang untuk memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara ialah Pengadilan Agama. Penyelesaian sengketa dengan cara perdamaian, arbitrase dan proses peradilan merupakan bentuk perlindungan hukum represif, yaitu perlindungan hukum bagi para pihak setelah terjadi suatu sengketa.

BAB V

PENUTUP

A. Kesimpulan

1. Bentuk perlindungan hukum preventif terdapat dalam klausula-klausual yang terdapat dalam aqad perjanjian *mudharabah* tersebut, contohnya dalam kalusula tentang kerugian dijelaskan bahwa kerugian ditanggung oleh pihak *shahib al-mal*, kecuali bila kerugian tersebut dikarenakan kelalaian pihak *mudharib* atau karena pihak *mudharib* melakukan wanprestasi.
2. Bentuk perlindungan hukum preventif terdapat dalam beberapa peraturan perundang-undangan, antara lain:
 - a. Dalam Pasal 1 angka 25 Undang Undang nomor 21 tahun 2008 tentang perbankan syariah, mengenai kewajiban nasabah untuk mengembalikan pembiayaan yang diterima.
 - b. Dalam Pasal 23 Undang Undang nomor 21 tahun 2008 berserta penjelasannya terutama dalam hal melakukan penilaian terhadap agunan.
 - c. Dalam Pasal 40 Undang-Undang nomor 21 tahun 2008, dimana bank mempunyai hak untuk membeli agunan jika nasabah tidak dapat memenuhi kewajibannya.
 - d. Serta pada Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Pasal 1131 dan 1132.
3. Perlindungan hukum preventif bagi pihak *shahib al-mal* selain terdapat dalam peraturan perundang-undangan hukum positif Indonesia, juga terdapat dalam Fatwa Dewan Syariah Nasional, yang antara lain:
 - a. Fatwa Dewan Syariah nasional no. 17/DSN-MUI/IX/2000 tentang sanksi atas nasabah mampu yang menunda-nunda pembayaran.

b. Fatwa Dewan Syariah Nasional no. 43/DSN-MUI/VIII/2004 tentang ganti rugi
(*Ta'widh*)

4. Restrukturisasi pembiayaan diatur dalam Peraturan Bank Indonesia nomor 13/9/PBI/2011 tentang perubahan atas PBI nomor 10/18/PBI/2008 tentang restrukturisasi pembiayaan bagi bank syariah dan unit usaha syariah. Selain itu bentuk perlindungan hukum setelah terjadi sengketa dalam aqad pembiayaan mudharabah adalah upaya atau tindakan penyelesaian sengketa yang antara lain adalah:

- a. Perdamaian (*shulhu*)
- b. Arbitrase (*tahkim*)
- c. Proses Peradilan (*Al-Qhada*)

Penyelesaian sengketa seperti yang telah diuraikan di atas merupakan bentuk perlindungan hukum represif, atau bentuk perlindungan hukum setelah terjadi sengketa dalam aqad pembiayaan *mudharabah*.

B. Saran

Adapun saran-saran yang dapat dikemukakan dari hasil penelitian ini adalah sebagai berikut:

Karena perbankan syariah memiliki beberapa perbedaan yang mendasar dengan perbankan konvensional seperti produk-produk dari bank syariah dan bank konvensional. Walaupun dalam beberapa aspek terlihat ada kesamaan dalam produk perbankan syariah dengan produk perbankan konvensional, akan tetapi sebenarnya produk tersebut sangatlah berbeda. Sebagai contoh, pemberian kredit yang diberikan oleh perbankan konvensional sekilas hampir sama dengan pemberian pembiayaan yang diberikan oleh perbankan syariah, di mana kredit dan pembiayaan sama-sama adalah pinjaman yang diberikan oleh pihak bank kepada seseorang atau badan hukum untuk keperluan usaha ataupun

keperluan konsumtif. Akan tetapi pada pelaksanaannya kredit sangat lah berbeda dengan pembiayaan, di mana dalam kredit bank konvensional menggunakan sitem bunga sedangkan bank syariah mengharamkan sistem bunga dan menggunakan sistem bagi hasil. Untuk itu pemerintah perlu untuk memperjelas bentuk perlindungan hukum bagi pihak pemilik dana (*shahib al-mal*) dengan membuat suatu peraturan perundang-undangan yang secara jelas mendefinisikan perlindungan hukum serta bentuk-bentuk perlindungan hukum yang didapatkan oleh pihak pemilik dana (*shahib al-mal*).



DAFTAR PUSTAKA

Buku/Literatur:

Adiwarman Karim, *Bank Islam – Edisi Keempat*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, tahun 2010;

Ahdiana Yuni Lestari & Endang Heriyani, *Dasar-Dasar Pembuatan Kontrak dan Aqad*, MocoMedia, Yogyakarta, 2009;

Ascarya, *Akad & Produk Bank Syariah*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2006;

Charles J. Woelfel, *Encyclopedia of Banking and Finance*, Tenth Edition, Probus Publishing Company, Cambridge England, 1994;

Dimyauddin Djuwaini, *Pengantar Fiqih Muamalah*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2008;

Kasmir, *Bank dan Lembaga Keuangan Lainnya*, Rajawali Press, Jakarta, 2010;

Munir Fuady, *Hukum Perbankan Modern Berdasarkan Undang-undang No. 10 Tahun 1998*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999;

Muhamad Djumhana, *Hukum Perbankan di Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000;

Wiroso, *Produk Perbankan Syariah*, LPFE Usakti, Jakarta, 2009.

Perundang undangan:

Undang Undang nomor 7 tahun 1992 tentang Perbankan yang sebagaimana telah diubah dengan Undang Undang nomor 10 tahun 1998;

Undang Undang nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan syariah.

Peraturan Bank Indonesia nomor 13/9/2011 tanggal 8 Februari 2011 tentang perubahan atas

Peraturan Bank Indonesia 10/18/2008 tentang restrukturisasi pembiayaan bagi bank syariah dan unit usaha syariah.

Peraturan Mahkamah Agung nomor 2 tahun 2008 tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah.

Makalah/Artikel:

Direktorat Perbankan Syariah Bank Indonesia, *Kamus Istilah Keuangan Dan Perbankan*

Syariah, Direktorat Perbankan Syariah Bank Indonesia, Jakarta, 2006;

Direktorat Perbankan Syariah Bank Indonesia, *Perbankan Syariah*, Direktorat Perbankan

Syariah Bank Indonesia, Jakarta, 2010;

Pedoman Pembiayaan Bank Syariah Mandiri;

Tim Pengembangan Perbankan Syariah Institut Bankir Indonesia, *Bank Syariah: Konsep,*

Produk dan Implementasi Operasional, Penerbit Djambatan, Jakarta, 2001;

www.bi.go.id, *Statistik Perbankan Syariah - Desember 2010*, Bank Indonesia – Direktorat

Perbankan Syariah.

