**BAB IV**

**HASIL DAN PEMBAHASAN**

**A. Bentuk Konkritisasi Prinsip Keadilan dan Keseimbangan *(adl wa tawazun)* Para Pihak Dalam Perjanjian Pembiayaan Mudharabah Pada Perbankan Syariah.**

 1. Perkembangan pengaturan mengenai prinsip keadilan dan keseimbangan *(adl wa tawazun)* dalam perjanjian pembiayaan mudharabah pada perbankan syariah.

 1.1 Berdasarkan Al Qur’an dan Hadist

Islam merupakan ajaran yang berasal dari Allah SWT yang mengatur seluruh bidang kehidupan manusia, disampaikan melalui Nabi Muhammad SAW dan pedoman utamanya adalah Al Qur’an. Semua yang ada di alam semesta, langit, bumi, serta sumber alam lainnya, bahkan harta kekayaan yang dikuasai manusia adalah milik Allah, karena dialah yang menciptakannya. Semua ciptaan Allah itu tunduk pada kehendak dan ketentuan-Nya.[[1]](#footnote-1)

Hukum dan keadilan merupakan dua hal yang saling beriringan dan tidak dapat dipisahkan, keadilan merupakan sesuatu yang wajib ditegakkan karena dalam Al-qur’an banyak ayat ayat yang menyebuutkan tentang keadilan. Agama islam adalah agamma yang sangat menjunjung tinggi nilai keadilan baik itu dalam dunia sosial maupun perekonomian.

Dalam kaitannya dengan aspek hukum, bahwa keadilan hukum Islam bersumber dari Tuhan yang Maha Adil, karena pada hakikatnya Allah-lah yang menegakkan keadilan *(quiman bilqisth),* maka harus diyakini bahwa Allah tidak berlaku aniaya *(zalim)* kepada hamba-hamba-Nya. [[2]](#footnote-2) Oleh karena itu setiap perbuatan manusia akan dipertanggungjawabkan kepada-Nya pada hari keadilan. [[3]](#footnote-3) Adil dalam pengertian persamaan *(Equality)*, yaitu persamaan dalam hak, tanpa membedakan siapa, dari mana orang yang akan diberikan sesuatu keputusan oleh orang yang diserahkan menegakkan keadilan, sebagaimana dimaksud firman Allah Q.S. 4/al-Nisaa': 58: [[4]](#footnote-4)

*“Dan ...Apabila kamu memutuskan perkara di antara manusia, maka hendaklah engkau putuskan dengan adil.”*

Ketegasan prinsip keadilan tersebut dijelaskan oleh salah satu ayat al-Qur'an Q.S. 57/al-Hadid:25 : [[5]](#footnote-5)

*Sesungguhnya Kami telah mengutus rasul-rasul Kami dengan membawa bukti-bukti yang nyata dan telah Kami turunkan bersama mereka Al Kitab dan neraca (keadilan) supaya manusia dapat melaksanakan keadilan. Dan Kami ciptakan besi yang padanya terdapat kekuatan yang hebat dan berbagai manfaat bagi manusia, (supaya mereka mempergunakan besi itu) dan supaya Allah mengetahui siapa yang menolong (agama)Nya dan rasul-rasul-Nya padahal Allah tidak dilihatnya. Sesungguhnya Allah Maha Kuat lagi Maha Perkasa.*

Pada ayat itu, terdapat kata *mizan* (keadilan) dengan *hadid* (besi). Besi adalah suatu benda yang keras, dan dijadikan sebagai senjata. Demikian pula halnya hukum dan keadilan harus ditegakkan dengan cara apapun, jika perlu dengan paksa dan dengan kekerasan, agar yang bersalah atau yang batil harus menerima akibatnya berupa sanksi atau kenistaan, sedangkan yang benar atau yang hak dapat menerima haknya.[[6]](#footnote-6)

Islam adalah agama yang universal dan komprehensif, universal maksudnya islam dapat diterapkan dalam setiap waktu dan tempat sampai hari akhir nanti, komprehensif berarti bahwa islam mempunyai ajaran yang sempurna. Ajaran islam mengatur seluruh aspek kehidupan baik itu sosial, spiritual, hukum maupun ekonomi. Keadilan merupakan salah satu prinsip utama dalam ekonomi islam, sistem ekonomi islam sangat melindungi setiap kepentingan masyarakat, yang kaya maupun yang miskin. [[7]](#footnote-7)

Islam adalah agama yang *rahmatan lil-alamin*, yaitu agama yang mengatur seluruh cakupan tatanan kehidupan manusia, sehingga norma-norma yang diberlakukan dapat memberikan solusi keadilan dan kejujuran dalam manusia untuk mencapai tujuan pada aktifitasnya tersebut.

Penegakan keadilan ditekankan oleh Al Qur’an sebagai misi utama para nabi yang diutus oleh Allah SWT, hal itu sesuai dengan Q.S 57/al-Hadid:25. Sebagaimana telah dijelaskan diatas. Dalam Al Qur’an penyebutan kata keadilan mencapai lebih dari seribu kali.

Dalam al-Qur’an disebutkan keadilan adalah tujuan universal yang ingin dicapai dalam keseimbangan yang sempurna (*perfect equilibrium*). Pengertian lain disampaikan oleh al-Farabi dalam Jusmaliani,dkk[[8]](#footnote-8) yang menyatakan bahwa keadilan adalah sama dengan keseimbangan. Dalam tafsir al-Qur’an, perintah adil adalah perintah yang paling dianjurkan dan harus diterapkan dalam keseluruhan aspek kehidupan. Sebagaimana dijelaskan dalam QS. Ar-Rahman (55): 7-9 yang menekankan tentang keadilan di bidang ekonomi :[[9]](#footnote-9)

*Dan langit telah ditinggikan-Nya dan Dia letakkan keseimbangan (keadilan) (7) Agar kamu jangan merusak keseimbangan itu (8) , Dan tegakkanlah keseimbangan itu dengan adil dan janganlah kamu mengurangi keseimbangan itu (9).*

Lebih lanjut lagi mengenai keadilan juga diatur dalam Q.S Al Maidah (5) : 42 sebagai berikut : [[10]](#footnote-10)

*Mereka itu adalah orang-orang yang suka mendengar berita bohong, banyak memakan yang haram. Jika mereka (orang Yahudi) datang kepadamu (untuk meminta putusan), maka putuskanlah (perkara itu) diantara mereka, atau berpalinglah dari mereka; jika kamu berpaling dari mereka maka mereka tidak akan memberi mudharat kepadamu sedikitpun. Dan jika kamu memutuskan perkara mereka, maka putuskanlah (perkara itu) diantara mereka dengan adil, sesungguhnya Allah menyukai orang-orang yang adil.*

Di antara bukti indahnya ajaran Islam adalah diperintahkannya berbuat adil. Adil artinya menempatkan sesuatu pada tempatnya dan memberikan hak kepada masing-masing yang memiliki hak.

Allah Subhanahu wa Ta’ala berfirman dalam Q.S An-Nahl (16) : 90 :[[11]](#footnote-11)

  *Sesungguhnya Allah menyuruh (kamu) berlaku adil dan berbuat kebajikan, memberi kepada kaum kerabat, dan Allah melarang dari perbuatan keji, kemungkaran dan permusuhan. Dia memberi pengajaran kepadamu agar kamu dapat mengambil pelajaran.*

Dalam ayat ini, Allah memerintahkan kepada manusia untuk berlaku adil dan berbuat kebajikan dalam segala aspek kehidupan. Adil berarti mewujudkan kesamaan dan keseimbangan antara hak dan kewajiban atas mereka.

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, keadilan sosial didefinisikan sebagai sama berat, tidak berat sebelah, tidak memihak, berpihak kepada yang benar, berpegang pada kebenaran.[[12]](#footnote-12) Menurut Ahmad Azhar Basyir, keadilan adalah meletakkan sesuatu pada tempat yang sebenarnya atau menempatkan sesuatu pada proporsinya yang tepat dan memberikan kepada seseorang sesuatu yang menjadi haknya.[[13]](#footnote-13)

 1.2 Berdasarkan Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia

 Dewan Syariah Nasional (DSN) lahir karena perkembangan lembaga keuangan syariah di indonesia, sehingga yang diperlukan tidak hanya lembaga perbankan, tetapi juga asuransi dan lembaga keuangan lainnya. Berdasarkan rekomendasi dari hasil lokakarya ulama tentang reksadana syariah di Jakarta pada juli 1997 makin terbuka lahirnya DSN.[[14]](#footnote-14)

DSN dibentuk berdasarkan SK Dewan Pimpinan MUI No. Kep-754/MUI/II/1999 tanggal 10 februari 1999. Dalam dunia perbankan SK Direksi Bank Indonesia No. 32, 33, 34, dan 36 tanggal 12 Mei 1999 menyebutkan bahwa DSN adalah dewan yang dibentuk oleh MUI yang memiliki kewenangan dan juga bertugas untuk memastikan kesesuaian antara produk dan jasa dan kegiatan usaha bank dengan prinsip syariah.

Fatwa merupakan salah satu institusi dalam hukum islam untuk memberikan jawaban dan solusi terhadap problem yang dihadapi oleh umat islam. bahkan umat islam pada umumnya menjadikan fatwa sebagai rujukan di salam bersikap dan bertingkah laku. sebab, posisi fatwa dikalangan masyarakat umum, laksana dalil di kalangan para mujtahid *(Al-fatwa fi haqqil” Ami kal Adillah fi Haqqil Mujtahid)*. artinya kedudukan fatwa bagi warga masyarakat yang awam terhadap ajaran agama islam, seperti dalil bagi mujtahid. kehadiran fatwa-fatwa dimaksud, menjadi aspek organik dari bangunan ekonomi syariah yang tengah ditata/dikembangkan, sekaligus merupakan alat ukur bagi kemajuan ekonomi syariah di Indonesia.[[15]](#footnote-15)

secara fungsional, fatwa memiliki fungsi *tabyin* dan *tawjih*. *tabyin* berarti menjelaskan hukum yang merupakan regulasi praktis bagi lembaga keuangan, khususnya yang diminta oleh praktisi ekonomi syariah ke DSN. *tawjih*, yaitu memberikan petunjuk *(guidance)* serta pencerahan kepada masyarakat luas tentang norma hukum ekonomi syariah.[[16]](#footnote-16)

fatwa ekonomi syariah saat ini yang dikeluarkan oleh Dewan Syariah Nasional tidak hanya mengikat bagi praktisi lembaga ekonomi syariah, melainkan juga bagi masyarakat islam indonesia, apalagi fatwa-fatwa dimaksud, telah dijadikan hukum mengamandemen undang-undang No. 7 tahun 1989 tentang peradilan agama menjadi Undang-undang No. 3 tahun 2006 yang secara tegas memasukkan masalah ekonomi syariah sebagai wewenang peradilan agama.[[17]](#footnote-17)

Otoritas fatwa tentang ekonomi syariah di indonesia, berada dibawah Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia. komposisi anggota plenonya terdiri atas para ahli syariah dan ahli ekonomi/keuangan yang mempunyai wawasan syariah. dalam membahas masalah-masalah yang hendak dikeluarkan fatwanya, Dewan Syariah Nasional (DNS) melibatkan pula lembaga mitra seperti Dewan Standar Akuntansi Keuangan Ikatan Akuntan Indonesia dan Biro Syariah dari Bank Indonesia.[[18]](#footnote-18)

Fatwa yang dikelurkan oleh Komisi Fatwa MUI menjadi rujukan yang berlaku umum serta mengikat bagi umat islam di indonsia, khususnya secara moral, sedang fatwa DSN menjadi rujukan yang mengikat bagi lembaga-lembaga keuangan syariah (LKS) yang ada di tanah air, demikian pula mengikat warga masyarakat yang berinteraksi dengan lembaga keuangan syariah.[[19]](#footnote-19) sejak berdirinya tahun 1999, Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia (DSN-MUI), telah mengeluarkan sedikitnya 47 fatwa tentang ekonomi syariah, antara lain fatwa tentang giro, tabungan, *murabahah*, jual beli saham, *istishna’*, dalam *murabahah*, sistem distribusi hasil usaha dalam lembaga keuangan syariah, diskon dalam *murabahah*.[[20]](#footnote-20)

Fatwa yang dikeluarkan DSN terkait dengan pembiayaan *mudharabah* tertuang dalam fatwa Dewan Syariah Nasional nomor: 07/ DSN-MUI/IV/2000 tentang pembiayaan *mudharabah (qiradh)*. Dalam fatwa tersebut berisi tentang ketentuan pembiayaan, rukun dan syarat pembiayaan dan lain lain, prinsip keadilan dan keseimbangan *(adl wa tawazun)* para pihak dalam perjanjian mudharabah pada perbankan syariah tidak diatur dalam peraturan tersebut.

 1.3 Berdasarkan Undang-Undang No.21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah

Bank adalah lembaga keuangan yang menghimpun dana dari masyarakat dan menyalurkannya kepada masyarakat. Di indonesia ada dua sistem perbankan yaitu perbankan konvensional dan perbankan syariah, perbedaan menonjol pada kedua sistem perbankan tersebut yaitu pada bank konvensional keuntungan diperoleh dari bunga, sedangkan pada perbankan syariah tidak beroperasi dengan sistem bunga, bank syariah beroperasi dengan konsep bagi hasil, beberapa perbedaan lainnya yang membedakan antara bank syariah dengan bank konvensional adalah bank syariah beroperasi berdasarkan prinsip syariah, dimana prinsip syariah islam berpedoman utama kepada Al Qur’an dan Hadist, segala kegiatan dilakukan berdasarkan syariah islam, dimana dalam prinsip syariah islam pada pengelolaannya menekankan keseimbangan antara kepenting an individu dengan masyarakat.

 Bank syariah merupakan lembaga keuangan yang pengoperasiannya berdasarkan prinsip syariah islam, berdasarkan pasal 1 angka 12 Undang-Undang No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah dikatakan bahwa prinsip syariah adalah prinisp hukum islam dalam kegiatan perbankan berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah, selain itu tidak dijelaskan lagi secara terperinci prinisp-prinisp apa saja yang termasuk prinsip syariah islam berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan di bidang syariah, prinsip keadilan dan keseimbangan pun tidak dijelaskan dalam undang-undang tersebut. Berdasarkan pasal 2 Undang-Undang No.21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah dikatakan bahwa Perbankan syariah dalam melakukan kegiatan usahannya berdasarkan prinisp syariah, demokrasi ekonomi dan prinsip kehati-hatian. Jadi dalam Undang-Undang tsb tidak ada penjelasan secara terperinci mengenai prinsip keadilan dan keseimbangan *(adl wa tawazun)* para pihak dalam perjanjian pembiayaan mudharabah pada perbankan syariah.

 1.4 Berdasarkan Peraturan Bank Indonesia

 Bank Indonesia adalah Bank sentral Republik Indonesia yang merupakan lembaga independen yang bebas dari campur tangan pemerintah atau pihak-pihak lainnya kecuali untuk hal-hal yang secara tegas diatur dalam Undang-Undang No. 23 tahun 1999 tentang Bank Indonesia selanjutnya disebut UUBI.[[21]](#footnote-21) Dengan UUBI 1999 posisi Bank Indonesia merupakan “lembaga negara” yang independen dalam bidang moneter. Independensi berarti, bahwa Bank Indonesia bebas dari campur tangan (intervensi) pihak pemerintah dan/atau pihak-pihak lain dalam menjalankan tugasnya di bidang moneter.[[22]](#footnote-22)

 Dalam pasal 4 ayat (3) UUBI 1999 dinyatakan, bahwa *Bank Indonesia adalah badan hukum berdasarkan undang-undang ini.* Dalam kedudukannya sebagai badan hukum publik, maka bank indonesia diberi wewenang untuk menetapkan peraturan dan mengenakan sanksi dalam batas kewenangannya. Peraturan tersebut dinamakan dengan “Peraturan Bank Indonesia” selanjutnya disebut (PBI) sebagai pengganti fungsi Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia. PBI ini merupakan ketentuan hukum yang berkaitan dengan tugas dan wewenang Bank Indonesia, yang ditetapkan oleh Bank Indonesia, dan ini mengikat setiap orang atau badan dan dimuat dalam Lembaran Negara Republik Indonesia.[[23]](#footnote-23)

 Sesuai dengan Undang-Undang No. 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah yang secara teknis memuat operasionalnya mendasar pada Peraturan Bank Indonesia tentang pelaksanaan prinsip syariah dalam kegiatan penghimpunan dana dana dan penyaluran dana serta pelayanan jasa bank syariah.[[24]](#footnote-24)

Dalam Pasal 2 Peraturan Bank Indonesia No: 10/16/PBI/2008 tentang perubahan atas peraturan bank indonesia No: 9/19/PBI/2007 tentang pelaksanaan prinsip syariah dalam kegiatan penghimpunan dana dan penyaluran dana serta pelayanan jasa bank syariah, ketentuan tersebut menyebutkan:[[25]](#footnote-25)

Dalam melaksanakan jasa perbankan melalui kegiatan penghimpunan dana, penyaluran dan pelayanan jasa bank, bank wajib memenuhi prinsip syariah.

Pemenuhan prinsip syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dilaksanakan dengan memenuhi ketentuan pokok hukum islam antara lain prinsip keadilan dan keseimbangan *(adl wa tawazun)*, *kemaslahatan (maslahah)*, dan *universalisme (alamiyah)* serta tidak mengandung *gharar, maysir, riba, zalim,* dan *objek haram.*

 Sebagaimana dikemukakan diatas, menjelaskan tentang pemenuhan prinsip syariah mengenai kegiatan bank dalam penghimpunan dana, penyaluran dana dan pelayanan jasa bank wajib memenuhi prinsip syariah yaitu :

1. Prinsip keadilan *(‘adl)* yaitu menempatkan sesuatu hanya pada tempatnya dan memberikan sesuatu hanya pada yang berhak serta memperlakukan sesuatu pada posisinya,

2. Prinsip keseimbangan *(tawazun)* yaitu keseimbangan yang meliputi aspek material dan spiritual, aspek privat dan publik, sektor keuangan dan sektor riil, bisnis dan sosial, dan keseimbangan aspek manfaat dan kelestarian,

3. Prinsip kemaslahatan *(maslahah)* yaitu segala bentuk kebaikan yang berdimensi duniawi dan ukhrawi, material dan spiritual serta individual dan kolektif serta memenuhi syarat yakni kepatuhan syariah (halal), bermanfaat dari kebaikan dalam semua aspek secara keseluruhan yang tidak menimbulkan kemudhratan.

4. Prinsip *universalisme (alamiyah)*, yaitu sesuatu yang dapat dilaksanakan dan diterima oleh semua pihak yang berkepentingan tanpa membedakan suku, agama, ras dan golongan sesuai dengan *rahmatan lil alamin*.

 serta tidak mengandung *gharar, maysir, riba, zalim*, dan objek haram. Yang dimaksud *gharar, maysir, riba, zalim*, dan objek haram adalah sebagai berikut :[[26]](#footnote-26)

*“Gharar”* itu sendiri adalah transaksi yang ojeknya tidak jelas, tidak dimiliki, tidak di, ketahui keberadaannya, atau tidak dapat diserahkan pada saat transaksi dilakukan kecuali diatur lain dalam syariah, *“Maysir”*yaitu transaksi yang digantungkan kepada suatu keadaan yang tidak pasti dan bersifat untung-untungan, *“Riba”* adalah pemastian penambahan pendapatan secara tidak sah *(bathil)* antara lain dalam transaksi pertukaran barang sejenis yang tidak sama kualitas, kuantitas, dan waktu penyerahan *(fadhl),* atau dalam transaksi pinjam- meminjam yang mempersyaratkan nasabah penerima fasilitas mengembalikan dana yang diterima melebihi pokok pinjaman karena berjalannya waktu *(nasiah), “Zalim”* adalah transaksi yang menimbulkan ketidakadilan bagi pihak lainnya. “objek hara,” adalah suatu barang atau jasa yang diharamkan dalam syariah.

 Setelah dijabarkan pada penjelasan diatas, maka dapat diketahui bahwa dalam Peraturan Bank Indonesia No: 10/16/PBI/2008 tentang perubahan atas peraturan bank indonesia No: 9/19/PBI/2007 tentang pelaksanaan prinsip syariah dalam kegiatan penghimpunan dana dan penyaluran dana serta pelayanan jasa bank syariah mengatur tentang prinsip syariah mengenai prinsip keadilan dan keseimbangan *(adl wa tawazun)* para pihak pada perbankan syariah.

aspek prinsip keadilan dan keseimbangan *(adl wa tawazun)* mempunyai cakupan yang luas tidak hanya kedudukan yang sederajat/seimbang, tapi meliputi aspek material dan spiritual, aspek privat dan publik, sektor keuangan dan riil, bisnis dan sosial, serta aspek pemanfaatan dan kelestarian.

1.5 Berdasarkan Otoritas Jasa Keuangan

 Otoritas Jasa Keuangan (OJK) merupakan lembaga pengawasan perbankan di Indonesia yang berfungsi mengawasi seluruh sektor perbankan dan non bank serta jasa keuangan lainnya agar teratir, adil, transaparan dan *akuntabel.* Berdasarkan pasal 1 angka 1 Undang-Undang No. 21 Tahun 2011 tentang Otoritas Jasa Keuangan yang dimaksud otoritas jasa keuangan yang selanjutnya disingkat OJK adalah lembaga yang independen dan bebas dari campur tangan pihak lain, yang mempunya fungi, tugas, dan wewenang pengaturan, pengawasan, pemeriksaan, dan penyidikan sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang ini.

 OJK dibentuk dengan tujuan agar seluruh kegiatan dalam sektor jasa keuangan terselenggara secara teratur, transaparan, akuntabel, mampu mewujudkan sistem keuangan yang stabil serta mampu melindungi kepentingan konsumen dan juga masyarakat. Mengenai prinsip keadilan dan keseimbangan *(adl wa tawazun)*, tidak diatur dalam peraturan otoritas jasa keuangan.

2. Perkembangan bentuk hukum perjanjian pembiayaan mudharabah pada perbankan syariah.

2.1 Pada zaman nabi

 *Mudharabah atau qiradh* termasuk salah satu bentuk akad syirkah (perkongsian). Istilah *mudharabah* digunakan oleh orang-orang irak, sedangkan orang Hijaz menyebutnya dengan istilah *Qiradh*. Dengan demikian mudharabah dan qiradh adalah dua istilah untuk maksud yang sama.[[27]](#footnote-27)

*Mudharabah* adalah suatu transaksi pembiayaan berdasarkan syariah. Kepercayaan merupakan unsur terpenting dalam hal ini kepercayaan dari pemilik modal *(investor)* terhadap pelaksana usaha. Apabila usaha tersebut mengalami kegagalan, sehingga terjadi kerugian, yang sampai mengakibatkan sebagian atau seluruh modal yang ditanamkan oleh pemilik modal habis, maka yang menanggung kerugian keuangan hanya pemilik modal sendiri, sedangkan pelaksana usaha sama sekali tidak menanggung atau tidak harus mengganti kerugian atas modal yang hilang, kecuali apabila kerugian tersebut terjadi sebagai akibat kecurangan yang dilakukan oleh pelaksana usaha. Pelaksana usaha hanya menanggung kehilangan atau resiko berupa waktu, fikiran, dan jerih payah yang telah dicurahkan selama mengelola usaha, serta kehilangan kesempatan untuk memperoleh sebahagian dari pembagian keuntungan yang berdasarkan perjanjian mudharabah itu diperjanjikan. Dalam transaksi mudharabah resiko financial sepenuhnya dipikul oleh pemilik modal sedangkan pelaksana usaha sama sekali tidak memikul resiko financial, yang dipikulnya hanyalah resiko nonfinansial.[[28]](#footnote-28)

Hadits Rasulullah SAW yang pada dasarnya menganjurkan untuk berusaha bahkan lebih mengisyaratkan dengan melalui usaha kemitraan dengan pihak lain untuk sama-sama mendapatkan keuntungan. Antara lain:

*Diriwayatkan dari Ibnu Abbas, bahwa saydina Abbas bin Abdul Muthalib jika memberikan dana kemitra usahanya secara mudharabah ia mensyaratkan agar dananya tidak dibawa mengarungi lautan, menuruni lembah yang berbahaya, atau membeli ternak, jika menyalahi peraturan tersebut yang bersangkutan bertanggung jawab atas dana tersebut. Disampaikanlah syarat-syarat tersebut kepada RasulullahSAW, dan Rasul membolehkannya.[[29]](#footnote-29)*

Fatwa sahabat Nabi Imam Malik meriwayatkan dalam *al-Muwaththa’* dan Syafi’i dalam *al-Musnad*, bahwa Abdullah dan Ubaidullah keduanya putra Umar r.a, pernah pergi ke Irak menjadi pasukan perang. Ketika kembali mereka berjumpa dengan Abu Musa Al-Asy’ari, pada saat itu Abu Musa menjadi amir (gubernur) di Bashrah .Saat itu Abu Musa berkata : Andaikan aku mampu memberikan sesuatu yang lebih bermamfaat untuk kalian , tentu aku akan melakukannya. Selanjutnya Beliau berkata; disini ada harta dari Allah SWT yang hendak aku kirimkan kepada Amirul Mukminin (Khalifah Unar bin Khathab), maka sekarang aku pinjamkan kepada kalian, sehingga kalian dapat membeli barang dagangan dari Irak, kemudian kalian jual di Madinah dan kalian mendapatkan keuntungan, sementara modal pokoknya kalian serahkan kepada Amirul Mukminin. Akhirnya Umar mengambil modal pokoknya dan separoh dari keuntungannya. Sedangkan kedua putranya diberi dari separoh keuntungannya.[[30]](#footnote-30)

*Mudharabah* adalah akad yang dikenal oleh umat muslim sejak zaman Nabi, ketika Nabi Muhammad berprofesi sebagai pedagang, pada saat itu Nabi Muhammad kira-kira berusia 20-25 tahun, dan belum menjadi Nabi beliau melakukan akad mudharabah dengan Khadijah. Dengan demikian ditinjau dari segi hukum islam maka praktek mudharabah ini diperbolehkan baik itu menurut Al Qur’an, Sunnah, dan Ijma’.[[31]](#footnote-31)

Penjelasan lebih lanjut mengenai sejarah akad *mudharabah* pada jaman Nabi Muhammad S.A.W. sewaktu Rasulullah berprofesi sebagai pedagang, Rasulullah telah melakukan perjanjian atau akad *mudharabah* dengan Siti Khadijah yang kemudian hari Siti Khadijah menjadi istri Rasulullah yang pertama. Dalam prakteknya perjanjian *mudharabah* antara Khadijah dengan Nabi Muhammad S.A.W. saat itu Khadijah telah mempercayakan barang dagangannya untuk dijual oleh Nabi keluar negeri.[[32]](#footnote-32)

Dalam praktek *mudharabah* antara Khadijah dengan Nabi, pada saat Khadijah mempercayakan barang dagangannya untuk dijual oleh Nabi Muhammad Saw keluar negeri. Dalam kasus ini, Khadijah berperan sebagai pemilik modal atau *shahib al-maal* atau disebut juga *rab al-maal*. sedangkan Nabi Muhammad Saw berperan sebagai pelaksana usaha *(mudharib)*. Dengan demikian bentuk kontrak antara dua pihak dimana satu pihak berperan sebagai pemilik modal yang mempercayakan sejumlah modalnya untuk dikelola oleh pihak kedua, yakni sipelaksana usaha, dengan tujuan untuk mendapatkan untung disebut akad *mudharabah.* Atau singkatnya, akad *mudharabah* adalah persetujuan kongsi antara harta dari salah satu pihak dengan kerja dari pihak lain.[[33]](#footnote-33)

Konsep *mudharabah* yang telah dibahas adalah yang berlaku antara dua belah pihak saja secara lansung, yakni *shahib al-maal* berhubungan lansung dengan *mudharib*. Konsep ini adalah merupakan teori yang dapat dijumpai dalam kitabkitab fiqh klasik. Dan inilah sesungguhnya praktik mudharabah yang dilakukan oleh Nabi SAW dan para shahabat serta umat muslim sesudahnya.[[34]](#footnote-34)

2.2 Undang-Undang No. 10 Tahun 1998 tentang Perbankan

 Secara normatif dan yuridis empiris bank syariah telah diakui keberadaannya di Indonesia, hal ini dapat dilihat perbankan syariah tumbuh dan berkembang pesat diseluruh indonesia, selain itu secara normatif keberadaan bank syariah tercatat daam peraturan perundang-undangan di Indonesia.

 Perkembangan hukum bank syariah pada mulanya terdapat dalam Undang-Undang No. 7 Tahun 1992 tentang Perbankan, dalam undang-undang tsb memperkenalkan sistem “bagi hasil” dalam kegiatan perbankan nasional, yang mana prinsip bagi hasil ini digunakan untuk penyebutan bank syariah atau bank islam. Pengaturan prinsip bagi hasil ini merupakan alternatif yang memiliki karakteristik yang berbeda pada bank konvensional. Dengan adanya prinisp bagi hasil yang tertuang dalam Undang-Undang No.7 Tahun 1992 tentang Perbankan tersebut menjadi dasar hukum pendirian bank islam atau bank syariah.

Pada praktiknya, ketiadaan perangkat hukum dalam bentuk pengaturan lainnya ini, menyebabkan bank bagi hasil terpaksa harus mengacu pada ketentuan lebih lanjut yang telah ada dan berlaku bagi perbankan konvensional sebelumnya, misalnya berupa ketentuan-ketentuan yang dikeluarkan oleh menteri keuangan. Ketentuan tersebut bersifat umum, penekanan pengaturannya pada aspek bank konvensional, sehingga pengaturan demikian menimbulkan kesan di masyarakat yang keliru, seolah-olah antara bank dengan sistem konvensional dan bank dengan prinsip bagi hasil tidak ada bedanya.[[35]](#footnote-35)

Setelah lahirnya Undang-Undang No. 10 Tahun 1998 tentang Perubahan Atas Undang-Undang No. 7 Tahun 1992 tentang perbankan, kata “bank berdasarkan prinsip bagi hasil” diganti menjadi “bank berdasarkan prinsip syariah”. Dari undang-undang perbankan tersebut khusus bank umum konvensional diperkenankan menganut *dual banking system*.[[36]](#footnote-36)

*Dual banking system* atau sistem perbankan ganda antara perbankan syariah dengan bank konvensional secara beriringan mendukung mobilisasi dana masyarakat untuk meningkatkan kemampuan pembiayaan di sektor perekonomian nasional. Pada pasal 1 angka 13 Undang-Undang No. 10 Tahun 1998 dikemukakan pengertian prinsip syariah sebagai berikut :

*Prinsip Syariah adalah aturan perjanjian berdasarkan hukum islam antara bank dan pihak lain untuk penyimpanan dana dan atau pembiayaan kegiatan usaha, atau kegiatan lainnya yang dinyatakan sesuai dengan syariah, antara lain pembiayaan berdasarkan prinsip bagi hasil (mudharabah), pembiayaan berdasarkan prinsip penyertaan modal (musharakah), prinsip jual beli barang dengan memperoleh keuntungan (murabahah), atau pembiayaan barang modal berdasarkan prinsip sewa murni tanpa pilihan (ijarah), atau dengan adanya pilihan pemindahan kepemilikan atas barang yang disewa dari pihak bank oleh pihak lain (ijarah wa iqtina).*

Dengan adanya pasal 1 angka 13 Undang-Undang No. 10 tahun 1998 prinsip *mudharabah* (bagi hasil) secara normatif telah diatur adalam peraturan perundang-undangan tersebut.

2.3 Undang- Undang No. 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah

Dalam pasal 1 angka 7 Undang-Undang Nomor 20 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah yang selanjutnya disebut Undang- Undang Perbankan Syariah menyatakan bank syariah adalah bank yang menjalankan kegiatan usahanya berdasarkan prinsip syariah dan menurut jenisnya terdiri dari bank umum syariah dan bank pembiayaan rakyat syariah. Prinsip Syariah itu sendiri berdasarkan Undang- Undang Perbankan Syariah adalah Prinsip Hukum Islam dalam kegiatan perbankan berdasarkan fatwa yang di keluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalampenetapan fatwa di bidang Syariah. Secara umum konsep perbankan syariah menawarkan sistem yang berbeda dari sistem perbankan konvensional, seperti yang kita ketahui dalam perbankan syariah, memakai sistem bagi hasil sedangkan dalam perbankan konvensional memakai sistem bunga yang mengandung unsur *riba* sehingga bertentangan dengan syariah islam.

Dalam pasal 19 Undang Undang Perbankan Syariah mengenai jenis dan kegiatan usaha, kelayakan penyaluran dana, dan larangan bagi bank syariah dan uus. Dalam pasal tersebut terlihat secara Normatif produk pembiayaan mudharabah merupakan salah satu produk dalam perbankan syariah sesuai yang diatur dalam pasal 19 Undang – Undang Perbankan Syariah. Bentuk kesepakatan dalam mudharabah pun tertuang dalam akad sebagaimana yang dimaksud dalam pasal 1 angka 13 Undang-Undang Perbankan Syariah yang menyebutkan bahwa akad adalah kesepakatan tertulis antara Bank Syariah atau UUS dengan pihak lain yang memuat adanya hak dan kewajiban bagi masing-masing pihak sesuai dengan prinsip syariah. Jadi kepakatan pembiayaan mudharabah sesuai dalam Undang Undang Perbankan Syariah dituangkan dalam bentuk akad kesepakatan tertulis.

 3. Konkritisasi Asas Keadilan dan Keseimbangan *(adl wa tawazun)* Para Pihak Dalam Perjanjian Pembiayaan Mudharabah Pada Perbankan Syariah.

Perbankan syariah merupakan bank yang berdasarkan dengan prinsip syariah (syariah islam), Bank syariah adalah bank yang menjalankan kegiatan usahanya berdasarkan prinsip syariah dan menurut jenisnya terdiri atas bank umum syariah dan bank pembiayaan rakyat syariah sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah. Sedangkan prinsip syariah adalah prinsip hukum islam dalam kegiatan perbankan berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa dibidang syariah sebagimana dimaksud dalam Undang-Undang No.21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah.

Pengertian perjanjian berdasarkan KUHPerdata adalah Suatu perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih.[[37]](#footnote-37)

Perjanjian menurut hukum islam, didalam al qur’an setidaknya ada dua istilah dalam perjanjian yaitu *al aqdu*(akad) dan *al ahdu* (janji). Menurut Fathurrahman Djamil, istilah *al-’aqdu* ini dapat disamakan dengan istilah perikatan atau verbintenis dalam KUH Perdata. Sedangkan istilah al-’ahdu dapat disamakan dengan istilah perjanjian atau overeenkomst yaitu suatu pernyataan dari seseorang untuk mengerjakan atau tidak mengerjakan sesuatu yang tidak berkaitan dengan orang lain.[[38]](#footnote-38)

Akad mengikat kedua belah pihak yang telah bersepakat agar para pihak melaksanakan kewajiban mereka masing-masing sebagaimana yang telah disepakati dalam akad. Dalam akad, *terms and condition*-nya sudah ditetapkam secara spesifik. Bila salah satu atau kedua belah pihak yang terikat dalam perjanjian tidak dapat memenuhi kewajibanya, maka ia akan menerima sanksi yang sudah ditentukan didalam akad tersebut.[[39]](#footnote-39)

Dalam Pasal 1 Peraturan Bank Indonesia No: 10/16/PBI/2008 tentang perubahan atas peraturan bank indonesia No: 9/19/PBI/2007 tentang pelaksanaan prinsip syariah dalam kegiatan penghimpunan dana dan penyaluran dana serta pelayanan jasa bank syariah yang dimaksud dengan pembiayaan adalah sebagai berikut :

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 muntahiya bittamlik;

c. transaksi jual beli dalam bentuuk piutang murabahah, salam, 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 sebagimana dimaksud dalam Undang-Undang No. 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah.

Dalam Pasal 2 Peraturan Bank Indonesia No: 10/16/PBI/2008 tentang perubahan atas peraturan bank indonesia No: 9/19/PBI/2007 tentang pelaksanaan prinsip syariah dalam kegiatan penghimpunan dana dan penyaluran dana serta pelayanan jasa bank syariah, ketentuan tersebut menyebutkan:[[40]](#footnote-40)

“Dalam melaksanakan jasa perbankan melalui kegiatan penghimpunan dana, penyaluran dan pelayanan jasa bank, bank wajib memenuhi prinsip syariah.”

“Pemenuhan prinsip syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dilaksanakan dengan memenuhi ketentuan pokok hukum islam antara lain prinsip keadilan dan keseimbangan (*adl wa tawazun*), kemaslahatan (maslahah), dan universalisme (alamiyah) serta tidak mengandung gharar, maysir, riba, zalim, dan objek haram.”

 Sebagaimana dikemukakan diatas, menjelaskan tentang pemenuhan prinsip syariah mengenai kegiatan bank dalam penghimpunan dana, penyaluran dana dan pelayanan jasa bank wajib memenuhi prinsip syariah salah satunya prinisp keadilan dan keseimbangan *(adl wa tawazun)* yang arrtinya  *(‘adl)* yaitu menempatkan sesuatu hanya pada tempatnya dan memberikan sesuatu hanya pada yang berhak serta memperlakukan sesuatu pada posisinya, keseimbangan *(tawazun)* yaitu keseimbangan yang meliputi aspek material dan spiritual, aspek privat dan publik, sektor keuangan dan sektor riil, bisnis dan sosial, dan keseimbangan aspek manfaat dan kelestarian. Pada sub-bab ini penulis akan membahas mengenai konkritisasi asas keadilan dan keseimbangan *(adl wa tawazun)* para pihak dalam perjanjian pembiayaan mudharabah pada perbankan syariah.

Pertama-tama kita lihat Di dalam klausul angka 1 pasal 11 pada akad pembiayaan mudharabah mengenai cidera janji/ kelalaian/ pelanggaran disebutkan bahwa:[[41]](#footnote-41)

Menyimpang dari ketentuan dalam pasal 2, 5, dan pasal 6 Akad ini, BANK berhak untuk meminta kembali kepada NASABAH atau siapapun juga yang memperoleh hak darinya, atas seluruh atau sebagian jumlah kewajiban NASABAH kepada BANK berdasarkan akad ini, untuk dibayar dengan seketika dan sekaligus, tanpa diperlukan adanya surat pemberitahuan, surat teguran, atau surat lainnya, apabila terjadi salah satu hal atau peristiwa tersebut di bawah ini :

1. NASABAH tidak melaksanakan pembayaran/ pelunasaan kewajiban tepat pada waktu yang diperjanjikan sesuai dengan tanggal jatuh tempo atau jadwal pengembalian modal dan/ atau bagi hasil yang menjadi hak BANK;

Jika dilihat dalam kalusul angka 1 huruf a pasal 9 pada akad pembiayaan mudharabah mengenai denda (Ta’widh) dan ganti rugi ( Ta’zir) dalam klausula tersebut disebutkan sebagai berikut :[[42]](#footnote-42)

Dalam hal nasabah terlambat membayar kewajiban dari jadwal yang telah ditetapkan sebagaimana dimaksud dalam akad, maka bank membebankan dan nasabah setuju membayar denda (ta’zir) atas keterlambatan pembayaraan kewajiban sesuai dengan ketentuan yang berlaku pada BANK sebagaimana tercantum pada lampiran.

Disini tentu terlihat adanya ketidaksesuaian antara pasal 9 dengan pasal 11 pada perjanjian pembiayaan mudharabah, antara pasal 9 dan pasal 11 tidak sejalan/bertentangan, tidak terlihat konsisten, karena pada pasal 9 disebutkan apabila nasabah terlambat membayar kewajibannya maka bank akan membebankan dan nasabah setuju untuk membayar denda atas keterlambatannya, sedangkan dalam pasal 11 bank berhak untuk meminta kembali kepada NASABAH atau siapapun juga yang memperoleh hak darinya, atas seluruh atau sebagian jumlah kewajiban NASABAH kepada BANK berdasarkan akad ini, untuk dibayar dengan seketika dan sekaligus, tanpa diperlukan adanya surat pemberitahuan, surat teguran, atau surat lainnya, apabila terjadi salah satu hal atau peristiwa salah satunya apabila NASABAH tidak melaksanakan pembayaran/ pelunasaan kewajiban tepat pada waktu yang diperjanjikan sesuai dengan tanggal jatuh tempo atau jadwal pengembalian modal dan/ atau bagi hasil yang menjadi hak BANK.

Dalam kasus diatas bank dalam kaitanya memberikan kredit secara umum harus memenuhi prinsip kehati-hatian *( prudential principle)*. Prinsip kehati-hatian *(prudent banking principle)* adalah suatu asas atau prinsip yang menyatakan bahwa bank dalam menjalankan fungsi dan kegiatan usahanya wajib bersikap hati-hati dalam rangka melindungi dana masyarakat yang dipercayakan padanya.

Pasal 8 Undang-undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perbankan

menyebutkan bahwa sebelum memberikan kredit atau pembiayaan berdasarkan Prinsip Syariah, Bank Umum wajib mempunyai keyakinan berdasarkan analisis yang mendalam atau itikad baik dan kemampuan serta kesanggupan Nasabah Debitur untuk melunasi utangnya atau mengembalikan pembiayaan dimaksud sesuai dengan yang diperjanjikan. Bank Umum wajib memiliki dan menerapkan pedoman perkreditan dan pembiayaan berdasarkan Prinsip Syariah, sesuai dengan ketentuan yang ditetapkan oleh Bank Indonesia. Semuanya itu bertujuan agar kredit yang disalurkan tersebut dapat kembali tepat pada waktunya sesuai perjanjian kredit.

Secara umum, dalam hal adanya tunggakan dalam membayar angsuran kredit, maka secara hukum bank selaku kreditor memiliki hak untuk memberikan surat peringatan atau somasi kepada debitornya yang lalai dalam memenuhi kewajibannya untuk membayar angsuran kredit.[[43]](#footnote-43) Hal ini sesuai yurisprudensi Mahkamah Agung No 852/K/Sip/1972, yang pada intinya memiliki kaidah hukum sebagai berikut:

” Bahwa untuk menyatakan seseorang telah melakukan wanprestasi terlebih dahulu harus dilakukan penagihan resmi oleh juru sita (somasi). Oleh karena somasi dalam perkara ini belum dilakukan, maka pengadilan belum dapat menghukum para tergugat/pembanding telah melakukan wanprestasi, oleh sebab itu gugatan penggugat/terbanding harus dinyatakan tidak dapat diterima.”

Wanprestasi dapat diartikan sebagai tidak terlaksananya prestasi karena kesalahan debitur baik karena kesengajaan atau kelalaian. Bentuk bentuk wanprestasi adalah sebagai berikut :

1. tidak melaksanakan prestasi sama sekali

2. melaksanakan tapi tidak tepat waktu (keterlambatan)

3. melaksanakan tapi tidak sesuai dengan apa yang diperjanjikan

4. melaksanakan yang menurut perjanjian tidak boleh dilakukan

Pasal 1339 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (“KUHPerdata”) yang berbunyi:[[44]](#footnote-44)

Suatu perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan di dalamnya, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat perjanjian, diharuskan oIeh kepatutan, kebiasaan atau undang-undang.

Berkaitan dengan kredit macet, dalam islam telah dijelaskan mengenai kredit macet secara umum, sebagaimana dalam Al qur’an Allah SWT berfirman dalam QS Al – baqarah 2 : 280 yaitu :[[45]](#footnote-45)

Dan jika (orang yang berhutang itu) dalam kesukaran, maka berilah tangguh sampai dia berkelapangan. Dan menyedekahkan (sebagian atau semua utang) itu, lebih baik bagimu, jika kamu mengetahui.

Dalam ayat diatas dapat dipahami bahwa jika debitur berada dalam kesukaran maka kreditur memberikan waktu tempo hingga si debitur dapat mengembalikan pinjamannya.

Menurut penulis melihat dari ajaran ajaran islam seharusnya pihak bank memberi tahapan-tahapan, seperti pertama-tama seharusnya pihak bank mencari cara untuk menyelesaikannya dengan cara kekeluargaan terlebih dahulu, seperti memperingatkan secara kekeluargaan berupa surat teguran. Apabila tidak bisa juga dengan surat teguran pertama, diberikan surat teguran kedua jika tidak bisa juga/ tidak ada respon yang atau itikad baik dari pihak nasabaha, baru dimasukan dalam kategori kredit macet dalam tahap ini maka kreditur dianggap sudah melakukan wanprestasi, sehingga bank berhak melakukan sebagaimana yang dimaksud dalam pasal 11 perjanjian pembiayaan mudaharabah dalam perbankan syariah, karena tentunya tindakan wanprestasi merupakan tindakan melawan hukum.

Jadi apabila niat baik bank melayangkan surat teguran pertama dan kedua tidak di respon dengan baik oleh pihak nasabah, bank baru berhak meminta kembali kepada nasabah atau siapapun juga yang memperoleh hak darinya, atas seluruh atau sabagian jumlah kewajiban nasabah kepada bank berdasarkan akad ini, untuk dibayar dengan seketika atau sekaligus, apabila terjadi salah satu hal atau peristiwa , yakni salah satunya apabila nasabah tidak melaksanakan pembayaran/pelunasan kewajiban tepat pada waktu yang diperjanjikan sesuai dengan tanggal jatuh tempo atau jadwal pengembalian modal dan/ atau bagi hasil yang menjadi hak bank sesuai dengan pasal 11 perjanjian pembiayaan mudharabah dalam perbankan syariah yang dimaksud.

Dalam hukum islam setiap orang diwajibkan untuk menghormati dan mematuhi setiap perjanjian yang sudah dipercayakan kepadanya sebagimana allah telah berfirman dalam QS Al Anfal 8 : 27 yaitu :[[46]](#footnote-46)

Hai orang-orang yang beriman, janganlah kamu mengkhianati Allah dan Rasul (Muhammad) dan (juga) janganlah kamu mengkhianati amanat-amanat yang dipercayakan kepadamu, sedang kamu mengetahui.

Dalam ayat tersebut dijelaskan bahwa kita sebagai umat manusia tidak boleh mengkhianati amanah yang telah dipercayakan.

Setiap orang wajib menunaikan apa yang telah diakadkan, baik perkataan maupun perbuatan. Menepati janji adalah wajib hukumnya, dan setiap orang harus menepati janjinya. Dalam hukum islam setiap orang yang meminjam sesuatu kepada orang lain berarti peminjam memiliki hutang kepada yang dipinjami, setiap hutang adalah wajib untuk dibayar, sehingga berdosalah orang yang tidak mau membayar hutang, bahkan melalaikan pembayaran hutang juga termasuk perbuatan aniaya. [[47]](#footnote-47)

Dari Abu Hurairah , ia berkata bahwa Nabi bersabda: “Barangsiapa yang mengambil harta orang lain (berhutang) dengan tujuan untuk membayarnya (mengembalikannya), maka Allah akan tunaikan untuknya. Dan barangsiapa mengambilnya untuk menghabiskannya (tidak melunasiny), maka Allah akan membinasakannya”. [[48]](#footnote-48) Hadits ini hendaknya ditanamkan dalam diri orang orang yang berhutang, banyak orang yang berhutang dengan niat dan tekad untuk menunaikannya, sehingga Allah memudahkan baginya untuk melunasi hutang-hutang tersebut, sebaliknya ketika seseorang berhutang dengan niat yang buruk/jahat, tidak disertai dengan niat yang baik maka Allah akan memnbinasakannya dengan hutang tersebut.

Pada dasarnya sebelum melakukan transaksi pembiayaan, antara Nasabah dengan pihak bank selalu membuat kesepakatan yang disetujui oleh kedua belah pihak, kesepakatan tersebut tertuang dalam sebuah akad pembiayaan. Dengan demikian kedua belah pihak secara otomatis terikat dengan perjanjian tersebut, dalam perjanjian tersebut dijumpai klausul mengenai cidera janji yang dilakukan nasabah karena tidak melaksanakan kewajibannya sebagaimana mestinya, entah karena kelalaian atau bukan karena kelalaian. Kasus pembiayaan bermasalah ini tentunyaa merupakan resiko yang harus ditanggung oleh kedua belah pihak, terutama pihak bank, Bank harus menentukan kadar resiko yang akan dipikulnya dalam setiap kasus serta jumlah kredit yang dapat diberikan kepada nasabah mengingat resiko yang dihadapi oleh bank itu sendiri. Disini peran pejabat kredit bank sangat sangat berpengaruh, pejabat kredit bank harus meminimalisirkan resiko cidera janji yang mungkin dilakukan nasabah dikemudian hari untuk menjaga stabilitas kesehatan bank melalui prinisp kehati-hatian.

Selanjutnya pada pasal 11 ayat 4 mengenai cidera janji/ kelalaian dalam perjanjian pembiayaan mudharabah pada bank syariah x disebutkan sebagai berikut: [[49]](#footnote-49)

Menyimpang dari ketentuan dalam pasal 2, 5, dan pasal 6 Akad ini, BANK berhak untuk meminta kembali kepada NASABAH atau siapapun juga yang memperoleh hak darinya, atas seluruh atau sebagian jumlah kewajiban NASABAH kepada BANK berdasarkan akad ini, untuk dibayar dengan seketika dan sekaligus, tanpa diperlukan adanya surat pemberitahuan, surat teguran, atau surat lainnya, apabila terjadi salah satu hal atau peristiwa tersebut di bawah ini :

4. Nasabah tidak memenuhi dan atau melanggar salah satu ketentuan atau lebih ketentuan-ketentuan yang tercantum dalam akad ini.

Jika kita lihat, dalam pasal tersebut yang disebutkan hanya bila si nasabah yang melanggar ketentuan dalam perjanjian, tapi tidak disebutkan bagaimana bila bank yang melanggar. Disini tentunya terlihat terkesan menempatkan nasabah dalam pihak yang lemah, karena dalam klausul pasal tersebut hanya disebutkan apabila nasabah tidak memenuhi atau melanggar satu ketentuan atau lebih ketentuan-ketentuan yang tercantum dalam akad. Ini tentunya tidak mencerminkan prinip keadilan dan kesimbangan *(adl wa tawaun)* sesuai dengan Pasal 2 Peraturan Bank Indonesia No: 10/16/PBI/2008 tentang perubahan atas peraturan bank indonesia No: 9/19/PBI/2007 tentang pelaksanaan prinsip syariah dalam kegiatan penghimpunan dana dan penyaluran dana serta pelayanan jasa bank syariah yang dalam pelaksanaanya jasa perbankan melalui kegiatan penghimpunan dana, penyaluran dan pelayanan jasa bank, bank wajib memenuhi prinsip syariah, yang mana Pemenuhan prinsip syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dilaksanakan dengan memenuhi ketentuan pokok hukum islam antara lain prinsip keadilan dan keseimbangan *(adl wa tawazun)*, kemaslahatan (maslahah), dan universalisme (alamiyah) serta tidak mengandung gharar, maysir, riba, zalim, dan objek haram. Dari sini tentunya terlihat adanya ketidak seimbangan, adanya salah satu pihak yang dominan lebih kuat, dan pihak lainnya yang lemah.

Bank tentunya mempunyai kemungkinan untuk melanggar perjanjian tersebut, maka dari itu seharusnya tidak hanya nasabah saja yang terkesan mempunyai cela untuk melakukan melanggar perjanjian pada pelaksanaannya.

Selanjutnya Pada pasal 9 perjanjian pembiayaan mudharabah terdapat klasul mengenai denda (ta’widh) dan gantu rugi (ta’zir) disebutkan

“Dalam hal nasabah terlambat membayar kewajiban dari jadwal yang telah ditentukan sebagimana dalam akad, maka bank membebankan dan nasabah setuju membayar denda (ta’zir) atas keterlambatan pembayaran kewajiban sesuai dengan ketentuan yang berlaku pada bank sebagimana tercantum pada lampiran, dana dari denda atas keterlambatan yang diterima oleh bank diperuntukan sebagai dana sosial.”

Ganti rugi (ta’widh) hanya boleh dikenakan atas pihak yang dengan sengaja atau karena kelalaian melakukan sesuatu yang menyimpang dari ketentuan akad dan menimbulkan kerugian bagi pihak lain. Kerugian yang dapat dikenakan ta’widh adalah kerugian riil yang dapat diperhitungkan dengan jelas. Dalam perjanjian mudharabah dan musyarakah, ganti rugi hanya boleh dikenakan oleh shahibul mal atau salah satu pihak dalam musyarakah apabila bagian keuntunganya sudah jelas tetapi tidak dibayarkan. [[50]](#footnote-50)

Denda atas keterlambatan yang dimaksud dalam perjanjian pembiayaan *mudharabah* tersebut diperuntukan sebagai dana sosial, tentunya ini sesuai dengan prinsip keadilan dan *keseimbangan (adl wa tawazun)* dimana dalam pengertian *tawazun* (keseimbangan) itu sendiri keseimbangan itu meliputi aspek material dan spiritual, aspek privat dan publik, sektor keuangan dan sektor riil, bisnis dan sosial, dan keseimbangan aspek manfaat dan kelestarian, yang mana dalam pasal 9 perjanjian pembiayaan mudharabah menyebutkan dana dari denda atas keterlambatan yang diterima bank akan diperuntukan sebagai dana sosial, tentunya ini mencerminkan keseimbangan dalam aspek bisnis dan sosial.

Penggunaan denda sebagai dana sosial pun sesuai dengan Fatwa Dewan Syari’ah Nasional Nomor 17/DSN-MUI/IX/2000 Tentang Sanksi Atas Nasabah Mampu Yang Menunda-nunda Pembayaran yang menyebutkan penggunaan denda sebagai dana sosial.

Selanjutnya pada pasal 17 dalam akad pembiayaan *mudharabah* dalam perbankan syariah bank x, terdapat klausul mengenai ‘Penyelesaian perselisihan dan domisili hukum’ klausul ini dimaksudkan untuk pilihan penyelesaian jika terjadi suatu perselisihan/ sengketa dalam pelaksanaan akad, berikut isi dari pasal 17 mengenai Penyelesaian perselisihan dan domisili hukum:[[51]](#footnote-51)

1. Apabila dikemudian hari terjadi perbedaan pendapat atau penafsiran atas hal-hal yang tercantum dalam akad ini atau terjadi perselisihan atau sengketa dalam pelaksanaan akad ini, para pihak sepakat untuk menyelesaikannya secara musyawarah untuk mufakat.

2. Dalam hal musyawarah untuk mufakat sebagaimana dimaksud ayat 1 pasal ini tidak tercapai, maka para pihak bersepakat, dan dengan ini berjanji serta mengikatkan diri satu terhadap yang lain, untuk menyelesaikannya melalui badan arbitrase syariah nasional (BASYARNAS) menurut peraturan dan prosedur arbitrase yang berlaku di dalam badan arbitrase tersebut.

3. Para pihak sepakat, dan dengan ini mengikatkan diri satu terhadap yang lain bahwa putusan yang ditetapkan oleh BASYARNAS tersebut merupakan keputusan tingkat pertama dan terakhir serta mengikat para pihak.

4. Mengenai pelaksanaan (eksekusi) putusan BASYARNAS, sesuai dengan ketentuan Undang-Undang No. 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif penyelesaian sengketa, para pihak sepakat bahwa para pihak dapat meminta pelaksanaan (eksekusi) putusan BASYARNAS tersebut pada pengadilan negeri [...........]

Berdasarkan pasal 20 PBI NO: 7/46/PBI/2005 tentang akad pengimpunan dan penyaluran dana bagi bank yang melaksanakan kegiatan usaha berdasarkan prinsip syariah :[[52]](#footnote-52)

1. Dalam hal salah satu pihak tidak memenuhi kewajibannya sebagaimana diperjanjikan dalam Akad atau jika terjadi perselisihan di antara Bank dan Nasabah maka upaya penyelesaian dilakukan melalui musyawarah;

2. Dalam hal musyawarah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak mencapai kesepakatan, maka penyelesaian lebih lanjut dapat dilakukan melalui alternatif penyelesaian sengketa atau badan arbitrase Syariah;

Dalam pasal tersebut diatur jika terjadi perselisihan antara bank dan nasabah upaya penyelesaian yang dilakukan adalah musyawarah, jika hal tersebut tidak mencapai kesepakatan maka para pihak melakukan penyelesaian melalui BASYARNAS. Sehubungan dengan penyelesaian perselisihan/ sengketa antara bank syariah dan nasabah dalam Undang-Undang No. 3 Tahun 2006 Tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 7 Tahun 1998 Tentang Peradilan Agama, pada pasal 49 menyebutkan Pengadilan agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang perkawinan, waris, wasit, hibah, wakaf, zakat, infaq, shadaqah dan ekonomi syari'ah.[[53]](#footnote-53)

Yang dimaksud dengan ekonomi syariah adalah perbuatan atau kegiatan usaha yang dilaksanakan menurut prinsip syari'ah, antara lain meliputi:[[54]](#footnote-54)

a. bank syari'ah;

b. lembaga keuangan mikro syari'ah.

c. asuransi syari'ah;

d. reasuransi syari'ah;

e. reksa dana syari'ah;

f. obligasi syari'ah dan surat berharga berjangka menengah syari'ah;

g. sekuritas syari'ah;

h. pembiayaan syari'ah;

i. pegadaian syari'ah;

j. dana pensiun lembaga keuangan syari'ah; dan

k. bisnis syari'ah.

Dengan adanya kewenangan mengadili perselisihan/ sengketa dalam ekonomi syariah, hendaknya BASYARNAS bukan satu-satunya badan hukum yang dapat menyelsaikan sengketa mengenai perselisihan dalam pelaksanaan perjanjian, tetapi peradilan agama juga dapat dijadikan opsi untuk penyelesaian jika terjadi sengketa/ perselisihan dalam pelaksanaan akad. Jadi bukan merupakan suatu keharusan penyelesaian sengketa tersebut harus dilaksanakan di basyarnas, seharusnya ini tidak menutup kemungkinan untuk peradilan agama menyelesaikan sengketa atau perselisihan yang terjadi dalam pelaksanaan akad. Jika kita lihat dari prinisp keadilan dan keseimbangan *(adl wa tawazun)* yang mempunyai arti *(‘adl)* yaitu menempatkan sesuatu hanya pada tempatnya dan memberikan sesuatu hanya pada yang berhak serta memperlakukan sesuatu pada posisinya, keseimbangan *(tawazun)* yaitu keseimbangan yang meliputi aspek material dan spiritual, aspek privat dan publik, sektor keuangan dan sektor riil, bisnis dan sosial, dan keseimbangan aspek manfaat dan kelestarian. Tentunya sesuai dengan kata(adl) kita harus menempatkan sesuatu pada tempatnya dan memberikan sesuatu kepada yang berhak serta memperlakukan sesuatu pada posisinya, dalam hal ini penyelesaian sengketa yang dapat diselesaikan oleh peradilan agama belum terwujud, karena disini seolah olah terlihat hanya BASYARNAS badan hukum yang dapat menyelesaikan perselisihan dalam pelaksanaan akad, padahal seperti yangh kita ketahui berdasarkan Undang-Undang No. 3 Tahun 2006 Tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 7 Tahun 1998 Tentang Peradilan Agama, pada pasal 49 Pengadilan agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di beberapa bidang, salah satunya bidang ekonomi syariah.

**B. Akibat Hukum Tidak Diterapkannya Prinsip Keadilan dan Keseimbangan Para Pihak (‘*Adl Wa Tawazun*) Dalam Perjanjian Pembiayaan Mudharabah Pada Perbankan Syariah.**

1. Akibat hukum dari sisi perjanjian

Transaksi antara bank syariah dengan nasabah terutama yang berbentuk fasilitas pembiayaan, selalu dituangkan dalam suatu perjanjian.[[55]](#footnote-55) Islam memandang kontrak sebagai komitmen yang seharusnya melekat kepadanya. Islam menyatakan menjaga kontrak adalah suatu keharusan bagi pihak-pihak yang terlibat didalamnya. Akan tetapi, islam juga menyatakan bahwa pembubaran kontrak dapat dilakukan, tetapi dengan sejumlah persyaratan.[[56]](#footnote-56)

Prinsip keadilan dan keseimbangan adalah wajib hukumnya dalam suatu perjanjian karena hal ini berpengaruh pada pelaksanaan perjanjian itu sendiri. Pengklasifikasian dari akad yang sesuai dengan konsekuensi hukum diklafsifikasikan sebagai berikut :[[57]](#footnote-57)

a. *Valid Contract (sahih)*

Akad yang sah didefinisikan sebagai akad yang secara resmi mengacu pada prinsip islam dan secara substansi memiliki kekuatan hukum. Dengan kata lain, akad sah mengikat pihak dalam akad secara seimbang. Akad sah jika memenuhi kondisi dibawah ini:

1) Semua elemen yang diwajibkan oleh hukum harus lengkap

2) Tambahan kondisi harus terpenuhi

3) Tujuan dari akad dan isinya harus sesuai dengan prinsip islam

b. *Invalid or Deficient Contract (Fasid)*

 Akad yang tidak sah adalah persetujuan yang benar dan adil secara substansi, tetapi tidak benar dalam penjelasan.

c. *Void Contract (Batil)*

 Akad yang dibatalkan adalah akad yang substansi dan penjelasan tidak sesuai dengan islam, Dengan kata lain melawan hukum islam.

d. *Binding Contract (Lazim)*

 Perjanjian ini tanpa ada cacat, baik dalam substansi maupun penjelasan. Akad lazim dikualisifikasikan menjadi dua yaitu *Irrevocable Contract* ( akad yang tidak bisa dibatalkan) contohnya akad pernikahan, dan Revocable Contract, berdasarkan akad yang dapat dibatalkan ada hak untuk membatalkan akad yang ada.

e*. Enforceable Contract (Nafidh)*

 Akad yang tidak memasukan hak pada pihak ketiga.

f. *Withheld Contract ( Mawquf)*

 Akad yang secara substansi dan penjelasan adalah sah, tetapi dalam menjalankan ada pihak yang tidak memenuhi tujuan dari akad.

Jika dilihat menurut pengklafikasian akad yang sesuai konsekuensi hukum, akad pembiayaan mudharabah bank x bukan merupakan akad yang sah *(Valid contract)* karena akad pembiayaan mudharabah pada bank x tidak mencerminkan prinisp dalam islam yaitu prinip keadilan dan keseimbangan *(‘adl wa tawazun)*. Karena akad yang dah didefinisikan sebagai sebuah akad yang secara esensi mengacu pada prinsip hukum islam, dan mengikat para pihak dalam akad secara seimbang.

Penyebab terlarangnya sebuah transaksi disebabkan karena faktor-faktor berikut :[[58]](#footnote-58)

1. Haram Zatnya *(haram li-dzatihi)*

Objek yang ditransaksikan terlarang misalnya minuman keras, bangaki, daging babi, dan sebagiannya.

2. Haram selain zatnya *(haram li ghairihi)*

Haram selain zatnya seperti *Tadlis* (penipuan), *taghrir (gharar), Ikhtikar* dan sebagiannya.

3. Tidak sah (lengkap) akadnya

Suatu transaksi dapat menjadi haram apabila akad atas transaksi tersebut tidak lengkap atau tidak sah. Suatu transaksi dapat dikatakan tidak sah atau tidak lengkap karena faktor-faktor berikut ini :

a. Rukun dan syarat tidak terpenuhi

b. Terjadi *Ta’alluq*

c. Terjadi *“two in one”*

Syarat sahnya perjanjian secara syariah adalah sebagai berikut :[[59]](#footnote-59)

1. Tidak menyalahi hukum syariah yang disepakati adanya, syarat ini mengandung pengertian setiap orang pada prinsipnya bebas membuat perjanjian tetapi kebebasan itu ada batasannya yaitu tidak boleh bertentangan dengan syariah Islam baik yang terdapat dalam Alquran maupun Hadist. Apabila syarat ini tidak terpenuhi maka akan mempunyai konsekuensi yuridis perjanjian yang dibuat batal demi hukum. Syarat sahnya perjanjian ini menurut Hukum Perdata mengenai syarat sahnya perjanjian yang diatur dalam Pasal 1320 KUHPerdata disebut dengan kausa halal.

2. Harus sama ridha, maksudnya adalah pengertian perjanjian harus didasari pada kesepakatan para pihak secara bebas dan sukarela, tidak boleh mengandung unsur paksaan, kekhilafan maupun penipuan. Apabila syarat ini tidak terpenuhi dan belum dilakukan tindakan pembatalan maka perjanjian yang dibuat tetap dianggap sah. Syarat sahnya perjanjian ini menurut Hukum Perdata mengenai syarat sahnya perjanjian yang diatur dalam Pasal 1320 KUHPerdata disebut dengan kesepakatan (konsensualisme).

3. Harus jelas dan gamblang, sebuah perjanjian harus jelas apa yang menjadi obyeknya, hak dan kewajiban para pihak yang terlibat dalam perjanjian. Apabila syarat ini tidak terpenuhi maka perjanjian yang dibuat oleh para pihak batal demi hukum sebagai konsekuensi yuridisnya. Syarat sahnya perjanjian ini menurut Hukum Perdata mengenai syarat sahnya perjanjian yang diatur dalam Pasal 1320 KUHPerdata disebut dengan adanya obyek tertentu.

Perjanjian mudharabah selain memenuhi ketentuan dalam hukum islam tentu juga harus memenuhi hukum positif di Inodnesia yaitu KUHPerdata. Pasal 1320 KUHPerdata mengatur mengenai syarat sahnya suatu perjanjian, yaitu :[[60]](#footnote-60)

1. sepakat mereka yang mengikatkan diri

Subjek yang mengadakan perjanjian harus sepakat, setuju dengan hal hal dalam perjanjian.

2. cakap

Orang yang mengadakan perjanjian harus cakap menurut hukum. Pasal 1330 KUHPerdata menyebutkan bahwa setiap orang adalah cakap untukmembuat perikatan, kecuali undang-undang menentukan bahwa ia tidak cakap. Orang orang yang tidak cakap menurut pasal 1330 KUHPerdata adalah sebagai berikut :[[61]](#footnote-61)

i. orang yang belum dewasa

ii. mereka yang ditaruh dibawah pengampuan

iii. Perempuan yang telah kawim. Ketentuan ini menjadi hapus dengan berlakunya Undang Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan, dalam pasal 31 dijelaskan bahwa hak dan kedudukan suami isteri adalah seimbang dan masing masing berhak untuk melakukan perbuatan hukum.

3. suatu hal tertentu

Mengenai hal ini terdapat dalam pasal 1332 dan 1333 KUHPerdata yang menyebutkan bahwa hanya barang-barang yang dapat diperdagangkan yang menjadi pokok suatu perjanjian, suatu perjanjian harus mempunyai sebagai pokok suatu barang paling sedikit ditentukan jenisnya.[[62]](#footnote-62)

4. causa halal

Yang dimaksud sebab yang halal adalah isi perjanjian itu sendiri, sebab yang tidak halal berlawanan dengan Undang Undang, kesusilaan, ketertiban umum sebagaimana diatur dalam pasal 1337 KUHPerdata.

Islam sangat menjunjung tinggi nila-nilai keadilan, hal tersebut tercermin karena dalam Al-qur’an terdapat banyak ayat mengenai keadilan, salah satunya sebagaimana dijelaskan dalam QS. Ar-Rahman (55): 7-9 yang menekankan tentang keadilan di bidang ekonomi :

 *Dan langit telah ditinggikan-Nya dan Dia letakkan keseimbangan (keadilan) (7) Agar kamu jangan merusak keseimbangan itu (8) , Dan tegakkanlah keseimbangan itu dengan adil dan janganlah kamu mengurangi keseimbangan itu (9).*

Syarat dalam perjanjian tersebut dibagi menjadi dua yaitu syarat subyektif dan obyektif.

1. syarat subyektif yaitu syarat yang menyangkut subjek subjek dalam perjanjian/ syarat yang harus dipenuhi oleh para pihak dalam perjanjian. Syarat tsb meliputi sepakat dan cakap, apabila syarat subyektif tidak terpenuhi maka salah satu pihak dapat meminta agar perjanjian dibatalkan.

2. syarat objektif adalah syarat yang menyangkut objek perjanjiaan, yang termasuk dalam syarat objektif adalah suatu hal tertentu dan causa halal. Apabila syarat objektif tidak terpenuhi maka perjanjian batal demi hukum.

Pada perjanjian pembiayaan mudharabah Bank x tidak memenuhi syarat sahnya perjanjian mengenai sebab yang halal, sebab yang tidak halal berlawanan dengan Undang Undang, kesusilaan, ketertiban umum sebagaimana diatur dalam pasal 1337 KUHPerdata. Dalam Perjanjian mudharabah Bank x tersebut tidak memenuhi sebab yang halal karena bertentangan dengan prinsip keadilan dan keseimbangan yang ada dalam Peraturan Bank Indonesia. Dalam hal ini Peraturan Bank Indonesia mempunyai kekuatan hukum yang mengikat.

Kedudukan Peraturan Bank Indonesia dalam Hierarki perundang-udangangan dapat dipersamakan dengan Peraturan Pemerintah. Jenis dan hierarki Peraturan Perundang-Undangan Berdasarkan pasal 7 ayat (1) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan adalah sebagai berikut :

a. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

b. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;

c. Undang-Undang/ Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;

d. Peraturan Pemerintah;

e. Peraturan Presiden

f. Peraturan Daerah Provinsi; dan

g. Peraturan Daerah Kabupaten/ Kota

Jenis Peraturan Perundang-undangan selain yang dimaksud dalam pasal 7 ayat (1) mencakup peraturan yang ditetapkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Oerwakilan Daerah, Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, Badan Pemeriksaan Keuangan, Komisi Yudisial, Bank Indonesia, Menteri, Badan, Lembaga, atau komisi yang setingkat yang dibentuk dengan Undang-Undang atau Pemerintah atas perintah Undang-Undang, Dewan Perwakilan rakyat Daerah Provinsi, Gubernur, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota, Bupati/ Walikota, Kepala Desa atau yang setingkat diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi atau dibentuk berdasarkan kewenangan

Peraturan Bank Indonesia Indonesia No: 10/16/PBI/2008 Tentang Perubahan Atas Peraturan Bank Indonesia No: 9/19/PBI/2007 Tentang Pelaksanaan Prinsip Syariah Dalam Kegiatan Penghimpunan Dana dan Penyaluran Dana Serta Pelayanan Jasa Bank Syariah sesuai dengan pasal 7 ayat (2) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan selanjutnya disebut Undang-Undang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan mempunyai kekuatan hukum yang mengikat karena diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi yaitu Undang-Undang Perbankan Syariah. Beberapa pasal mengamanatkan secara tegas agar beberapa masalah tertentu diatur dengan peraturan bank indonesia, seperti contoh pasal berikut:

Pasal 34 ayat (3) Undang-undang perbankan Syariah menyatakan :

*“Ketentuan lebih lanjut mengenai tata kelola yang baik sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diatur dengan Peraturan Bank Indonesia.”*

Pasal 26 ayat (5) Undang-Undang Perbankan Syariah menyatakan:

“Ketentuan lebih lanjut mengenai tata cara pembentukan, keanggotaan, dan tugas komite perbankan syariah sebagimana dimaksdu pada ayat (4) diatur dengan Peraturan Bank Indonesia”

Hal ini membuktikan bahwa Peraturan Bank Indonesia mempunyai kekuatan hukum mengikat karena diperintahkan oleh Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi yaitu Undang-Undang Perbankan Syariah. Hal tersebut sesuai dengan kewenangan Bank Indonesia untuk mengeluarkan peraturan/ penetapan *(power to regulate).*

Mengenai kedudukan Peraturan Bank Indonesia Agus santoso dan Anton Purba berpendapat “Apabila disepakati bahwa Bank Indonesia berada dalam lingkup kekuasaan eksekutif dan kedudukannya tidak setara dengan lembaga presiden, maka tentunya produk hukumnya (Peraturan Bank Indonesia) tidak dapat disetarakan dengan Peraturan Pemerintah (PP). Namun apabila ditinjau dari fungsinya, yaitu sebagai ketentuan pelaksana undang-undang, maka Peraturan Bank Indonesia seharusnya dapat disetarakan dengan Peraturan Pemerintah. Dalam hubungan ini dapat dikemukakan bahwa Pasal 8 ayat (2) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 mengatur bahwa: “Peraturan Perundang-undangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi atau dibentuk berdasarkan kewenangan”, di dalam Pasal 8 ayat (1) Undang-Undang ini, Peraturan Bank Indonesia antara lain dikelompokan dengan Peraturan Mahkamah Agung (PERMA).

Jika ditinjau dari fungsinya sebagai ketentuan pelaksana Undang-Undang maka Peraturan Bank Indonesia seharusnya dapat dipersamakan dengan Peraturan Pemerintah . Sehingga mengenai syarat sahnya perjanjian berdasarkan Pasal 1320 KUHPerdata adalah sebagai berikut:

1. Sepakat

2. Cakap

3. Suatu hal tertentu

4. Causa Halal

sebab yang halal adalah isi perjanjian itu sendiri, sebab yang tidak halal berlawanan dengan Undang Undang, kesusilaan, ketertiban umum sebagaimana diatur dalam pasal 1337 KUHPerdata. Dalam hal ini perjanjian pembiayaan mudharabah Bank x tidak memenuhi prinsip keadilan dan keseimbangan *(‘adl wa tawazun)* dalam Peraturan Bank Indonesia No: 10/16/PBI/2008 tentang perubahan atas peraturan bank indonesia No: 9/19/PBI/2007 tentang pelaksanaan prinsip syariah dalam kegiatan penghimpunan dana dan penyaluran dana serta pelayanan jasa bank syariah menyatakan tentang pelaksanaan prinsip syariah dalam kegiatan penghimpunan dana dan penyaluran dana serta pelayanan jasa bank syariah, yang mana dalam peraturan tersebut disebutkan bahwa dalam melaksanakan jasa perbankan, bank wajib memenuhi prinsip syariah salah satunya adalah prinsip keadilan dan keseimbangan *(‘adl wa tawazun).* Dalam hal ini Perjanjian mudharabah Bank x tidak memenuhi saalah satu syarat sahnya perjanjian yaitu causa yang halal. Suatu hal tertentu dan causa halal merupakan syarat objektif,apabila syarat objektif tidak terpenuhi maka perjanjian batal demi hukum, sehingga perjanjian tersebut batal demi hukum karena tidak memenuhi Prinsip keadilan dan keseimbangan *(‘adl wa tawazun).*

Berdasarkan Pasal 56 Undang-Undang Perbankan Syariah Bank indonesia menetapkan sanksi administratif kepada Bank Syariah atau UUS, anggota dewan komisaris, anggota Dewan Pengawas Syariah, direksi, dan pegawai, Bank Syariah atau Bank Umum Konvensional yang memiliki UUS yang tidak melaksankan Prinsip Syariah dalam menjalankan usaha atau tugasnya atau tidak memenuhi kewajiban sebagaimana ditentukan dalam Undang-Undang Perbankan Syariah. Sanksi administratif yang dimaksud dalam Undang-Undang Perbankan Syariah adalah denda uang, teguran tertulis, penurunan tingkat kesehatan Bank Syariah dan UUS, pelanggaran untuk turut serta dalam kegiatan kliring, Pembekuan kegiatan usaha tertentu baik kantor cabang tertentu maupun untuk Bank Syariah dan UUS secara keseluruhan, pencabutan izin usaha dan lainnya.

2. Kewenangan Otoritas Dalam Menyelesaikan Sengketa Para Pihak Akibat Tidak Terwujudnya Prinisp Keadilan dan Keseimbangan *(‘Adl wa tawazun)* Para Pihak Dalam Perjanjian Pembiayaan Mudharabah Pada Perbankan Syariah.

2.1 Badan Arbitase Syariah Nasional

 Badan arbitrase syariah nasional selanjutnya disebut Basyarnas merupakan pilihan penyelesian sengketa diluar pengadilan. Tujuan didirikannya basyarnas adalah untuk menyelesaikan kemungkinan sengketa yang timbul dalam perdagangan, jasa dan lain lain yang dengan sukarela secara tertulis menyerahkan penyelesaiannya pada basyarnas.[[63]](#footnote-63)

Dalam ketentuan Pasal 20 ayat (2) Peraturan Bank Indonesia Nomor 7/46/PBI/2005 dinyatakan :[[64]](#footnote-64)

*Dalam hal musyawarah tidak mencapai kesepakatan, maka penyelesaian lebih lanjut dapat dilakukan melalui alternatif penyelesaian sengketa atau badan arbitrase syariah.*

Sementara itu, dalam ketentuan Pasal 4 ayat (3) Peraturan Bank Indonesia Nomor 9/19/PBI/2007 sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Bnak Indonesia Nomor 10/16/PBI/2008 dinyatakan :[[65]](#footnote-65)

 *Dalam hal penyelesaian sengketa secara musyawarah tidak mencapai kesepakatan, maka penyelesaian sengketa dapat dilakukan melalui mekanisme arbitrase syariah atau melalui lembaga peradilan berdasarkan peraturang perundang-undangan yang berlaku.*

Dari regulasi Bank Indonesia tersebut, dapat diketahui bahwa penyelesaian sengketa perbankan syariah tidak hanya dapat dilakukan lembaga peradilan saja (jalur litigasi) tetapi dapat juga melalui forum alternatif penyelesaian sengkketa diluar pengadilan (jalur non litigasi), dengan cara musyawarah, mediasi atau badan arbitrase syariah atau forum alternatif penyelesaian sengketa di luar pengadilan lainnya.[[66]](#footnote-66)

Dengan merujuk kepada ketentuan dalam pasal 4 ayat (3) Peraturan Bank Indonesia Nomor 9/19/PBI/2007 sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Bank Indonesia Nomor 10/16/PBI/2008, maka penyelesaian sengketa perbankan syariah melalui arbitrase syariah baru dapat dilakukan apabila penyelesaian sengketa melalui mediasi tidak mencapai kesepakatan.[[67]](#footnote-67)

Didalam ayat-ayat Al-qur’an memerintahkan penyelesaian suatu sengketa atau masalah dapat melalui “perdamaian” dengan menghadirkan atau meminta bantuan seseorang atau beberapa orang yang bertindak sebagai juru damai atau *hakam* untuk menegahinya.[[68]](#footnote-68) Landasan syariah arbitrase merujuk kepada ayat-ayat Al-qur’an seperti berikut :

1. QS. An-Nisaa’ (4): 35:

*Dan jika kamu khawatirkan ada persengketaan antara keduanya, maka kirimkanlah seorang hakam dari keluartga laki-laki dan seorang hakam dari keluarga perempuan. Jika kedua orang hakam itu bermaksud megadakan perbaikan, niscaya Allah memberi taufik kepada suami isteri itu. Sesungguhnya Allah maha mengetahui lagi maha pengenal.*

2. QS. An-Nisaa’ (4): 114 :

*Tidak ada kebaikan pada kebanyakan bisikan-bisikan mereka, kecuali bisikan-bisikan dari orang yang menyuruh (manusia) memberi sedekah, atau berbuat maruf, atau mengadakan perdamaian di antara manusia. Dan barangsiapa yang berbuat demikian karena mencari keridhaan Allah, maka kelak kami memberi kepadanya pahala yang besar.*

3. QS. Al Hujjurat (49): 9:

*Dan jika ada dua golongan dari orang-orang mukmin berperang, maka damaikanlah antara keduanya. Jika salah satu dari kedua golongan itu berbuat aniaya terhadap golongan yang lain, maka perangilah golongan yang berbuat aniaya itu sehingga golongan itu kembali kepada perintah Allah; jika golongan itu telah kembali (kepada perintah Allah), maka damaikanlah antara keduanya dengan adil dan berlaku adillah. Sesungguhnya Allah menyukai orang-orang yang berlaku adil.*

Berdasarkan ayat-ayat Al-qur’an tersebut dapat dipahami, bahwa ajaran agama islam memberikan peluang kepada umatnya untuk menyelesaikan perselisihan, pertikaian, atau sengketa secara kekeluargaan melalui perantra orang lain yang netral dan tidak memihak.[[69]](#footnote-69)

2.2 Peradilan Agama

Ketentuan dalam pasal 55 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 mengatur berbagai cara penyelesaian sengketa perbankan syariah. Dalam Pasal 55 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 ditetapkan, bahwa:[[70]](#footnote-70)

(1) Penyelesaian sengketa perbankan syariah dilakukan oleh pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama.

(2) Dalam hal para pihak telah memperjanjikan penyelesaian sengketa selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1), penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan isi akad.

(3) Penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak boleh bertentangan dengan prinsip syariah.

Dengan merujuk pada ketentuan Padal 55 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008, jelas bahwa penyelesaian sengketa perbankan syariah dapat dilakukan melalui pengadilan dalam lingkungan peradilan agama atau luar peradilan agama apabila dalam isi akad para pihak menentukan cara penyelesaian sengketa lainnya, yang diperjanjikan sebelumnya sepanjang cara penyelesaiannya tidak bertentangan dengan prinisp syariah.[[71]](#footnote-71)

 Sehubungan dengan penyelesaian perselisihan/ sengketa antara bank syariah dan nasabah dalam Undang-Undang No. 3 Tahun 2006 Tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 7 Tahun 1998 Tentang Peradilan Agama, pada pasal 49 menyatakan sebagai berikut Pengadilan agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam salah satunya dibidang ekonomi syari’ah.[[72]](#footnote-72)

Pada bagian penjelasan disebutkan bahwa yang dimaksud dengan ekonomi syariah adalah perbuatan atau kegiatan usaha yang dilaksanakan menurut prinsip syari'ah, antara lain meliputi:[[73]](#footnote-73)

a. bank syari'ah;

b. lembaga keuangan mikro syari'ah.

c. asuransi syari'ah;

d. reasuransi syari'ah;

e. reksa dana syari'ah;

f. obligasi syari'ah dan surat berharga berjangka menengah syari'ah;

g. sekuritas syari'ah;

h. pembiayaan syari'ah;

i. pegadaian syari'ah;

j. dana pensiun lembaga keuangan syari'ah; dan

k. bisnis syari'ah.

Dengan adanya kewenangan mengadili perselisihan/ sengketa dalam ekonomi syariah, peradilan agama berwenang menyelesaikan sengketa dalam bidang ekonomi syariah.

1. (QS. Thaha ayat 6 dan Qs. Al-Maidah ayat 120). [↑](#footnote-ref-1)
2. (Q.S. 10/Yunus: 449). [↑](#footnote-ref-2)
3. (Q .S. 4/al-Nisa:110). [↑](#footnote-ref-3)
4. (Q.S. 4/al-Nisaa': 58) [↑](#footnote-ref-4)
5. (Q.S. 57/al-Hadid:25) [↑](#footnote-ref-5)
6. Muhammad Tahir Azhari, **Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsip-Prinsipnya**

**Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya Pada Priode Negara Madinah dan Masa**

**Kini, Prenada Media**, Jakarta, 2003, hlm. 117 – 124. [↑](#footnote-ref-6)
7. Muhammad Syafi’i Antonio, **Bank Syariah Dari Teori ke Praktik**, Gema Insani Press, Jakarta, 2001, hlm 15 [↑](#footnote-ref-7)
8. Jusmaliani, dkk, **Kebijakan Ekonomi dalam Islam,**  Kreasi Wacana, Yogyakarta, 2005, hlm. 37 [↑](#footnote-ref-8)
9. QS. Ar-Rahman (55): 7-9 [↑](#footnote-ref-9)
10. Q.S Al Maidah (5) : 42 [↑](#footnote-ref-10)
11. Q.S An-Nahl (16) : 90 [↑](#footnote-ref-11)
12. Depdiknas, **Kamus Besar Bahasa Indonesia,** Jakarta: Balai Pustaka, 2002, hlm. 8 [↑](#footnote-ref-12)
13. Ahmad Azhar Basyir, **Negara dan Pemerintahan dalam Islam,** UII Pres,

Yogyakarta, 2000, hlm. 30. [↑](#footnote-ref-13)
14. Warkum Sumitro, *op.cit,* hlm 228. [↑](#footnote-ref-14)
15. Zainuddin ali, *op.cit,* hlm 64 [↑](#footnote-ref-15)
16. *Ibid*. [↑](#footnote-ref-16)
17. *Ibid,* hlm 65. [↑](#footnote-ref-17)
18. *Ibid*, hlm 65-66 [↑](#footnote-ref-18)
19. *Ibid* hlm 66 [↑](#footnote-ref-19)
20. *Ibid* , hlm 67 [↑](#footnote-ref-20)
21. M. Sulhan dan Elly Siswanto, **Manajemen Bank Konvensional dan Syariah**, UIN Press, Malang, 2008, hlm.19. [↑](#footnote-ref-21)
22. Djoni s. Gazali, *Op.cit* 100 [↑](#footnote-ref-22)
23. *Ibid*, hlm 101 [↑](#footnote-ref-23)
24. Abdul Ghofur Anshori, Hukum Perbankan Syariah, Refika Aditama, Banndung, 2009, hlm 4. [↑](#footnote-ref-24)
25. Pasal 2 Peraturan Bank Indonesia No: 10/16/PBI/2008 Tentang Perubahan atas Peraturan Bank Indonesia No: 9/19/PBI/2007 Tentang Pelaksanaan Prinsip Syariah Dalam Kegiatan Penghimpunan Dana dan Penyaluran Dana Serta Pelayanan Jasa Bank Syariah [↑](#footnote-ref-25)
26. Lihat penjelasan PBI 10/16/PBI/2008 [↑](#footnote-ref-26)
27. Perikatan Syari’ah Berbasis Mudharabah (Teori dan Praktik) Oleh : Firdaweri ASAS, Vol.6, No.2, Juli 2014 journal hal 58 [↑](#footnote-ref-27)
28. Sutan Remy Sjahdeini,*,* **Perbankan Islam dan Kedudukannya dalam**

**Tata Hukum Perbankan Indonesia***,* PT Pustaka Utama Grafiti, Jakarta, 2005, hlm. 28 [↑](#footnote-ref-28)
29. HR Tabrani [↑](#footnote-ref-29)
30. Muhammad Abdul Aziz al-Halawi, **Fatwa dan Ijtihad Umar bin Khatab,** Risalah Gusti, Surabaya, 1999, Hlm.386 dalam Perikatan Syari’ah Berbasis Mudharabah (Teori dan Praktik) Oleh : Firdaweri ASAS,Vol.6, No.2, Juli 2014 journal hal 63 [↑](#footnote-ref-30)
31. Adiwarman A.Karim**,** Op.cit, Hlm. 204. [↑](#footnote-ref-31)
32. *Ibid,* hlm 123 [↑](#footnote-ref-32)
33. *Ibid*,. Hlm 205. [↑](#footnote-ref-33)
34. Perikatan Syari’ah Berbasis Mudharabah (Teori dan Praktik) Oleh : Firdaweri ASAS, Vol.6, No.2, Juli 2014 journal hlm 68 [↑](#footnote-ref-34)
35. Ahmad Fuad, **Pengaturan Perbankan Syariah Dalam Sistem Peraturan Perundang-Undangan Nasional**, 2005 Dalam Majalah Hukum Nasional Nomor 1 Tahun 2005. Jakarta: Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman , hlm 163 [↑](#footnote-ref-35)
36. Dual banking system yakni Bank Konvensional dan Bank Syariah, dual banking system merupakan system perbankan ganda (konvensional dan syariah) secara berdampingan bersama-sama memenuhi kebutuhan masyarakat akan produk dan jasa perbankan, serta mendukung pembiayaan bagi sektor-sektor perekonomian nasional. [↑](#footnote-ref-36)
37. Pasal 1313 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata [↑](#footnote-ref-37)
38. Fathurrahman Djalil, **Hukum Perjanjian Syariah***,* dalam Kompilasi Hukum Perikatan oleh

Mariam Daruz Badrulzaman et. al., cet. , Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001, hal. 247-248., diambil dari buku Gemala Dewi, Wirdyaningsih, Yeni Salma Barlinti, **Hukum Perikatan Islam Di Indonesia,** Jakarta: Kencana, 2005, hal. 45. [↑](#footnote-ref-38)
39. Adiwarman A. Karim, Op.cit**,** hlm 65. [↑](#footnote-ref-39)
40. Pasal 2 Peraturan Bank Indonesia No: 10/16/PBI/2008 tentang perubahan atas peraturan bank indonesia No: 9/19/PBI/2007 tentang pelaksanaan prinsip syariah dalam kegiatan penghimpunan dana dan penyaluran dana serta pelayanan jasa bank syariah [↑](#footnote-ref-40)
41. Angka 1 Pasal 11 pada Akad Pembiayaan Mudharabah Mengenai cidera janji/ kelalaian/ pelanggaran [↑](#footnote-ref-41)
42. angka 1 huruf a pasal 9 pada Akad Pembiayaan Mudharabah Mengenai denda (Ta’widh) dan ganti rugi ( Ta’zir) [↑](#footnote-ref-42)
43. <http://www.hukumonline.com/klinik/detail/lt527e73ee2df57/kreditor-harus-perhatikan-unsur-kepatutan-dalam-pemberian-somasi->, 27 januari 2017 pukul 16:33 [↑](#footnote-ref-43)
44. Pasal 1339 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (“KUHPerdata”) [↑](#footnote-ref-44)
45. QS Al – baqarah 2 : 280 [↑](#footnote-ref-45)
46. QS Al Anfal 8 : 27 [↑](#footnote-ref-46)
47. Hendi Suhendi, **Fiqih Muamalah**, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2010, hlm 250 [↑](#footnote-ref-47)
48. (HR. Bukhari, II/841 bab man akhodza amwala an-naasi yuridu ada’aha, no. 2257). [↑](#footnote-ref-48)
49. Pasal 11 ayat 4 Mengenai cidera janji/ kelalaian dalam perjanjian pembiayaan mudharabah pada bank syariah x [↑](#footnote-ref-49)
50. DSN MUI NO.43/DSN-MUI/VIII/2004 Tentang Ganti Rugi (Ta’widh) [↑](#footnote-ref-50)
51. Pasal 17 Mengenai Penyelesaian Perselisihan dan Domisili Hukum Akad Pembiayaan Mudharabah Bank x [↑](#footnote-ref-51)
52. Pasal 20 PBI NO: 7/46/PBI/2005 Tentang Akad Penghimpunan dan Penyaluran Dana Bagi Bank Yang Melaksanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syariah [↑](#footnote-ref-52)
53. Undang-Undang No. 3 Tahun 2006 Tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 7 Tahun 1998 Tentang Peradilan Agama, pada pasal 49 [↑](#footnote-ref-53)
54. Lihat bagian penjelasan terkait pasal 49 [↑](#footnote-ref-54)
55. Adiwarman A. Karim, Op.cit, hlm. 462 [↑](#footnote-ref-55)
56. Veithzal Rivai dkk, **Islamic Transaction Law in Business Dari Teori Ke Praktik** , PT. Bumi Aksara, Jakarta, 2011, hlm 299 [↑](#footnote-ref-56)
57. *ibid* hlm 46 [↑](#footnote-ref-57)
58. Adiwarman A. Karim, Op.cit, hlm. 30-49 [↑](#footnote-ref-58)
59. Abdul Ghofur Anshori, **Pokok-pokok Hukum Perjanjian Islam di Indonesia,** Citra Media,Yogyakarta, 2006, hlm 24   [↑](#footnote-ref-59)
60. Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata [↑](#footnote-ref-60)
61. Pasal 1330 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata [↑](#footnote-ref-61)
62. Pasal 1332 dan 1333 Kitab Undang-undang Hukum Perdata [↑](#footnote-ref-62)
63. Rachmadi Usman, Op.cit, hlm 410 [↑](#footnote-ref-63)
64. Pasal 20 ayat (2) Peraturan Bank Indonesia Nomor 7/46/PBI/2005 Tentang Akad Penghimpunan dan Penyaluran Dana Bagi Bank Yang Melaksanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syariah [↑](#footnote-ref-64)
65. Pasal 4 ayat (3) Peraturan Bank Indonesia Nomor 9/19/PBI/2007 Sebagaimana Telah Diubah Dengan Peraturan Bnak Indonesia Nomor 10/16/PBI/2008 [↑](#footnote-ref-65)
66. *Ibid*., hlm 391 [↑](#footnote-ref-66)
67. *Ibid*., 392 [↑](#footnote-ref-67)
68. *Ibid*., 396 [↑](#footnote-ref-68)
69. Rachmadi Usman, Op.cit, hlm 396-397 [↑](#footnote-ref-69)
70. Pasal 55 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah [↑](#footnote-ref-70)
71. Rachmadi Usman, Op.cit**,** hlm 389 [↑](#footnote-ref-71)
72. Pasal 49 Undang-Undang No. 3 Tahun 2006 Tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 7 Tahun 1998 Tentang Peradilan Agama [↑](#footnote-ref-72)
73. Lihat penjelasan Pasal 49 Undang-Undang No. 3 Tahun 2006 Tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 7 Tahun 1998 Tentang Peradilan Agama [↑](#footnote-ref-73)