

## BAB II

### TINJAUAN PUSTAKA

#### 2.1 Bisnis syariah

Ahmad Kamil<sup>1</sup> mengemukakan Sistem ekonomi kapitalis telah menempatkan pemilik modal sebagai pemegang dominasi kekuasaan kebijakan jalannya perekonomian bagi negara-negara penerima pinjaman modal, telah melahirkan kesenjangan kemakmuran antara negara maju dengan negara yang sedang berkembang. Ketidakadilan perekonomian sengaja diciptakan secara *masif* dengan *teori belah bambu* yang mengangkat pemilik modal, menginjak penerima modal. Kondisi tersebut akan melahirkan kepedihan dan kesedihan dalam penyelesaian masalah ekonomi.

Untuk itu maka sistem ekonomi syariah tampil sebagai solusi untuk mendekatkan jarak kesenjangan dan menghapus ketidakadilan sistem ekonomi kapitalis.

Sistem ekonomi syariah hadir dengan mengusung prinsip keadilan, prinsip keseimbangan, prinsip kesejahteraan bersama, dan prinsip saling menguntungkan antara pemilik

---

<sup>1</sup> Ahmad Kamil, *dalam Penyelesaian sengketa bisnis syariah di Indonesia*, Jurnal mimbar hukum dan Peradilan edisi 73, 2011, hlm.1.

modal dan pengguna modal.

Produk-produk yang ditawarkan dalam sistem ekonomi syariah antara lain : *al-Bai'*, *al-Syirkah*, *al-Mudharabah*, *al-Muzara'ah*, *al-Musaqah*, *al-Khiyar*, *al-Ijarah*, *al-Kafalah*, *al-Hawalah*, *al-Rahn*, *al-Wadi'ah*, *al-Ta'min*, Obligasi Syariah, Pasar Modal, Reksadana Syariah, SBI Syariah, dan lain-lain.

Sejatinya sistem ekonomi syariah telah berkembang sejak datangnya risalah Islam ke Bumi sebagai respon kritis atas praktek ekonomi yang telah ada sebelumnya. Kajian bisnis ekonomi syariah dalam kitab fikih justru mendominasi 1/3 (sepertiga) volume lembaran dalam kitab-kitab fikih, hal ini menunjukkan betapa pentingnya pemikiran dan penerapan sistem ekonomi dan bisnis syariah bagi umat Islam untuk membangun peradaban yang lebih baik dunia dan akhirat.

Allah S.W.T. melarang riba, sebagaimana firmanNya dalam Q.S. Al-Baqarah (2): 275:

الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي  
يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ  
مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا

*”Orang-orang yang makan (mengambil) riba tidak dapat berdiri melainkan seperti berdirinya orang yang kemasukan syaitan lantaran (tekanan) penyakit gila, keadaan mereka yang demikian itu adalah disebabkan mereka berkata (berpendapat) sesungguhnya jual beli itu sama dengan riba, padahal Allah telah menghalalkan jual beli dan mengharamkan riba...”<sup>2</sup>*

Larangan riba dalam ajaran Islam telah memberi aspirasi bagi lahirnya beragam konsep dalam fikih muamalah yang mengatur keharmonisan hubungan ekonomi umat yang bebas dari sistem bunga (riba). Istilah Bank Syari`ah sering disebut juga dengan Bank Islam. Menurut *Ensiklopedia Islam*, Bank Islam adalah lembaga keuangan yang usaha pokoknya memberikan kredit dan jasa-jasa dalam lalu lintas pembayaran serta peredaran uang yang pengoperasiannya disesuaikan dengan prinsip-prinsip syari`ah.<sup>3</sup>

Lahirnya penerapan sistem ekonomi syariah di Indonesia pada *gilirannya* menuntut adanya perubahan berbagai bidang terutama berkenaan dengan peraturan perundang-undangan yang mengatur masalah ekonomi dan keuangan. Lebih dari itu kehadiran sistem perbankan syariah di Indonesia ternyata juga tidak hanya menuntut perubahan

---

<sup>2</sup> Q.S. al-Baqarah (2): 275.

<sup>3</sup> Warkum Sumitro, *Asas-asas Perbankan Islam dan Lembaga-lembaga Terkait*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2004), hlm. 5.

peraturan perundangan-undangan dalam bidang perbankan saja, tetapi berimplikasi juga pada peraturan perundang-undangan yang mengatur institusi lain, misalnya lembaga peradilan.

Disamping Bank syariah juga ada unit usaha syariah yang melakukan usaha dibidang ekonomi syariah yang biasa dikenal dengan rumah usaha atau baitul tamwil dan baitul maal yang berarti rumah dana. Jadi baitul maal wa tamwil adalah lembaga yang bergerak dibidang sosial, sekaligus juga bisnis yang mencari keuntungan.<sup>4</sup> Undang-Undang Nomor 25 Tahun 1992 tentang Perkoperasian sebagai landasan hukum BMT, landasan yang menetapkan koperasi sebagai badan hukum BMT, hal ini mengacu surat Keputusan Menteri Dalam Negeri cq. Dirjen Pembangunan Daerah No. 538/PKKN/IV/1997 tanggal 14 April 1997 tentang Status badan hukum untuk Lembaga Keuangan Syariah.

## **2.2 Sengketa bisnis syariah**

Sengketa antara bank syariah atau unit usaha syariah dan nasabahnya pada dasarnya dapat diselesaikan dengan cara musyawarah, meski demikian masih ada kemungkinan

---

<sup>4</sup> Abdul Manan, *Hukum ekonomi syariah dalam perspektif kewenangan Pengadilan Agama, cetakan ke- 2*, (Jakarta: Kencana Prenada Media, 2014), hlm. 353.

perselisihan tersebut tidak dapat diselesaikan dengan cara musyawarah, karena tidak tercapainya musyawarah maka ditempuh jalan arbitrase atau non litigasi yang kemudian dapat juga diselesaikan dengan cara litigasi melalui lembaga peradilan yang berwenang menanganinya.

Penyelesaian sengketa bisnis syariah adalah merupakan pemecahan masalah dari adanya perkembangan bisnis syariah, maka tidak mungkin ada sengketa bisnis jika tidak ada kegiatan bisnis syariah.

Pemilik modal yang ingin menanamkan modalnya dilembaga keuangan syariah, atau pelaku bisnis syariah juga ingin memastikan adanya jaminan kepastian hukum dan perlindungan hukum terhadap modal dan atau transaksi-transaksinya. Oleh karena itu, kepastian acara dan hukum terapan dalam konteks penyelesaian sengketa bisnis syariah juga menjadi bagian penting dalam sistem pengembangan perekonomian berbasis syariah.

### **2.3 Kewenangan Hakim Pengadilan Agama**

Kewenangan Hakim Pengadilan Agama secara kompetensi absolut diatur dalam pasal 1 ayat 37 Undang-undang Nomor 3 Tahun 2006 yang merubah ketentuan pasal

49 Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama, yang salah satu kewenangannya adalah untuk memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang ekonomi syari`ah. Dalam penjelasan pasal tersebut, pada bagian huruf i disebutkan:

Yang dimaksud dengan "ekonomi syari`ah" adalah perbuatan atau kegiatan usaha yang dilakukan menurut prinsip syari`ah, antara lain meliputi:

- 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 jangka 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.

Meskipun Pengadilan Agama telah diberi kewenangan untuk memeriksa, mengadili, dan menyelesaikan perkara ekonomi syari'ah, ternyata hal tersebut tidak pula dibarengi dengan perangkat hukum yang mengaturnya, baik perangkat hukum materil maupun hukum formil secara khusus. Namun demikian Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih

bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib memeriksa dan memutusnya.<sup>5</sup>

Sesuai asas *ius curia novit*, hakim sebagai organ pengadilan dianggap mengetahui dan memahami hukum. Andaikata ia tidak menemukan hukum tertulis maka ia wajib menggali hukum tidak tertulis untuk memutus berdasarkan hukum sebagai orang yang bijaksana dan bertanggungjawab penuh kepada Tuhan Yang Maha Esa, diri sendiri, masyarakat, bangsa dan negara. Hal ini sesuai dengan pasal 28 ayat (1) Undang-undang Nomor 4 Tahun 2004 yang berbunyi: Hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Hukum perdata menganut asas *open system* (sistem terbuka). Hakim harus mampu melakukan *rechtsvinding* (penemuan hukum) agar dapat memberikan pelayanan hukum dan keadilan yang sesuai dengan kesadaran hukum

---

<sup>5</sup> Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama, Pasal 56 ayat 1, jo. Undang-undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman, Pasal 16 ayat 1.

masyarakat.<sup>6</sup>

Oleh sebab itu dalam rangka pelayanan kepada masyarakat dan supaya Pengadilan Agama dapat segera melakukan tugas-tugas barunya, maka Hakim Pengadilan Agama harus melakukan terobosan hukum guna memenuhi perkembangan kebutuhan hukum masyarakat. Terobosan hukum dapat dilakukan dengan cara sebagai berikut:

*Pertama:* dengan melakukan penafsiran *argumentum per analogian* (analogi), yakni dengan memperluas berlakunya perundang-undangan yang mengatur tentang kegiatan ekonomi pada umumnya terhadap kegiatan ekonomi syari'ah karena adanya persamaan-persamaan antara keduanya;

*Kedua:* dengan menerapkan asas *lex posterior derogat legi priori*, yakni bahwa hukum yang baru mengalahkan hukum yang lama. Dengan demikian, maka ketentuan-ketentuan hukum lama yang dahulu tidak berlaku pada Pengadilan Agama menjadi berlaku karena adanya kesamaan-kesamaan antara keduanya dan aturan-aturan yang berkaitan dengan ekonomi syari'ah yang dahulu bukan menjadi kewenangan Pengadilan Agama maka

---

<sup>6</sup> A. Mukti Arto, *Mencari Keadilan, Kritik dan Solusi terhadap Praktek Peradilan Perdata di Indonesia*, cet.I, ( Yogyakarta: Pustaka Pelajar Offset, 2001.), hlm. 27.



sekarang menjadi kewenangan Pengadilan Agama dengan adanya Undang-undang Nomor 3 Tahun 2006, sepanjang berkenaan dengan ekonomi syari'ah.

Jadi dalam menyelesaikan sengketa ekonomi syari'ah Pengadilan Agama menggunakan dua sistim hukum (*two level of playing fields*), yaitu *sharia level* dan *legal level*. Memahami sistematika hukum positif akan memberikan banyak celah untuk memodifikasinya sesuai dengan nilai-nilai syari'ah.<sup>7</sup> Dengan kata lain, jika koperasi syariah dengan anggota/investor dalam membuat perjanjian yang bentuk formalnya harus didasarkan pada Pasal 1320 KUHPerdara dan Pasal 1338 KUHPerdara, tetapi isi, materi, atau substansinya didasarkan pada ketentuan syariah, maka perjanjian tersebut dikatakan sah dari sisi hukum nasional dan sisi syari'ah.

Dualisme hukum tersebut tidak membawa masalah bagi Peradilan Agama. Peradilan Agama dapat menggunakan Undang-undang yang digunakan Peradilan Umum dalam memutus perkara bisnis. Hal tersebut berlaku hingga lahir aturan baru yang mengatur hal tersebut. Payung

---

<sup>7</sup> Adiwarmanto A Karim, *Bank Islam: Analisis Fiqih dan Keuangan*, Cet. 10 (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2014), hlm. 484.

hukum yang mengatur hal tersebut adalah Pasal 2 aturan peralihan UUD 1945 dan Pasal 54 Undang-undang nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama yang tidak diubah oleh undang- undang nomor 3 tahun 2006, yang berbunyi: Hukum acara yang berlaku pada Pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama adalah Hukum Acara Perdata yang berlaku pada Pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum, kecuali yang telah diatur secara khusus dalam undang-undang ini.<sup>8</sup>

#### **2.4 Gambaran Umum tentang *Mudharabah***

Pada umumnya kata *mudharabah* berasal dari kata *dharb*, yang berarti memukul atau berjalan. Pengertian dari memukul atau berjalan diatas yang maksudnya adalah proses seseorang memukulkan kakinya dalam menjalankan usahanya.<sup>9</sup>

*Mudharabah* adalah akad antara kedua belah pihak untuk salah seorangnya (salah satu pihak) mengeluarkan sejumlah uang kepada pihak lainnya untuk diperdagangkan, dan laba dibagi dua sesuai dengan kesepakatan.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Undang-undang Nomor 3 Tahun 2006 , Pasal 54 .

<sup>9</sup> As-Sayyid Sabiq, *Fiqh as-Sunnah*, Alih bahasa Kamaludin A. Marzuki, (Bandung, Alma'arif, 1997 ), hlm. 36.

<sup>10</sup> *Ibid.* hlm. 36.

Muhammad Rawas Qal'aji menerangkan bahwa *mudharabah* berasal dari kata *dharb*, berarti memukul atau berjalan. Pengertian memukul atau berjalan ini lebih tepatnya adalah proses seseorang memukulkan kakinya dalam menjalankan usaha.<sup>11</sup>

Secara teknis dikemukakan oleh Ahmad Asy-Syarbasyi bahwa, *al- mudharabah* adalah akad kerja sama usaha antara dua pihak di mana pihak pertama (*shahib al-mal*) menyediakan seluruh (100 %) modal, sedangkan pihak lainnya menjadi pengelola. Keuntungan usaha secara *mudharabah* dibagi menurut kesepakatan yang dituangkan dalam kontrak, sedangkan apabila rugi ditanggung oleh pemilik modal selama kerugian itu bukan akibat kelalaian si pengelola. Seandainya kerugian itu diakibatkan karena kecurangan atau kelalaian si pengelola, si pengelola harus bertanggung jawab atas kerugian tersebut.<sup>12</sup>

Menurut Abdur Rahman L. Doi *mudharabah* dalam terminologi hukum adalah suatu kontrak di mana suatu kekayaan (*property*) atau persediaan (*stock*) tertentu (*Ras al-mal*) ditawarkan

---

<sup>11</sup> Muhammad Rawas Qal'aji, *Mu`jam Lugat al-Fuqaha* (Beirut: Dar al-Nafs, 1985) Dikutip dari buku Muhammad Syafi'i Antonio, *Bank Syariah dari Teori ke Praktik*, cet. IX, ( Jakarta: Gema Insani Press, 2005 ), hlm. 95.

<sup>12</sup> Ahmad al-Syarbasyi, *al-Mu`jam al-Iqtishad al-Islami*, (Dar Alam al-Kutub, 1987). Dikutip dari buku Muhammad Syafi'i Antonio, *Bank syariah*, hlm. 95.

oleh pemiliknya atau pengurusnya (*Rabb al-mal*) kepada pihak lain untuk membentuk suatu kemitraan (*joint partnership*) yang di antara kedua pihak dalam kemitraan itu akan berbagi keuntungan. Pihak yang lain berhak untuk memperoleh keuntungan karena kerjanya mengelola kekayaan itu. Orang ini disebut *mudharib*. Perjanjian ini adalah suatu *contract of co-partnership*.<sup>13</sup>

Menurut Kazarian, *mudharabah* didefinisikan sebagai suatu perjanjian antara sekurang-kurangnya dua pihak di mana satu pihak, yaitu pihak yang menyediakan pembiayaan (*financier* atau *shahib al-mal*) mempercayakan dana kepada pihak lainnya, yaitu pengusaha (*mudharib*), untuk melaksanakan suatu kegiatan. *Mudharib* mengembalikan pokok dari dana yang diterimanya kepada *shahib al-mal*, ditambah suatu bagian dari keuntungan yang telah ditentukan sebelumnya.<sup>14</sup>

*Mudharabah* disebut juga *qiradh* atau *muqaradhah*. Makna keduanya sama. *Mudharabah* adalah istilah yang digunakan di Irak, sedangkan istilah *qiradh* digunakan oleh

---

<sup>13</sup> Abdur-Rahman L. Doi, *Shari`ah, The Islamic Law*. ( London: Ta Ha Publishers, 1984), hlm. 367. Dikutip dari buku Sutan Remy Sjahdeini, *Perbankan Syariah*, cet. II, (Jakarta: Prenadamedia, 2015), hlm. 292.

<sup>14</sup> Elias G. Kazarian, *Islamic Versus Traditional Banking, Financial innovation in Egypt*, (Bpulder: Westview Press, 1993), hlm.62, Dikutip dari buku Sutan Remy Sjahdeini, *Perbankan Syariah*. hlm. 292.

masyarakat Hijaz.<sup>15</sup> Sebagaimana dikemukakan oleh Ibnu Rusyd, bahwa *qiradh* adalah jika seseorang menyerahkan hartanya kepada orang lain untuk digunakan dalam usaha perdagangan, dimana pihak yang bekerja (diserahi uang itu) berhak memperoleh sebagian tertentu dari keuntungan harta itu, yakni bagian yang telah disepakati sebelumnya oleh kedua belah pihak, misalnya sepertiga, seperempat atau setengah.<sup>16</sup>

Apabila kita perhatikan definisi-definisi yang diberikan oleh penulis-penulis muslim lainnya, sebagaimana ternyata dari kutipan-kutipan di atas, pengertian atau definisi mengenai *mudharabah* tidaklah jauh berbeda dari yang telah dikemukakan Nabil A. Saleh.

Adi Warman Karim dalam menjelaskan Pengertian Akad *Mudharabah* mengemukakan bahwa *mudharabah*<sup>17</sup> adalah akad yang telah dikenal oleh umat muslim sejak zaman Nabi, bahkan telah dipraktikkan oleh bangsa Arab sebelum turunnya Islam. Ketika Nabi Muhammad SAW berprofesi

---

<sup>15</sup> Adiwarmman A Karim, *Bank Islam: Analisis Fiqih dan Keuangan*, Cet. 10 (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2014), hlm. 204.

<sup>16</sup> Ibnu Rusyd, Bidayah al-Mujtahid, *Analisa fiqih Para Mujtahid*, Jilid 3, Penerjemah oleh Imam Ghazali Said dan Ahmad Zaidun, (Jakarta, Pustaka Amani, 2007), hlm. 105.

<sup>17</sup> *Mudharabah* disebut juga *qiradh* atau *muqaradah*. Makna keduanya sama. *Mudharabah* adalah istilah yang digunakan di Irak, sedangkan istilah *qiradh* digunakan oleh masyarakat Hijaz. Lihat dalam Adiwarmman Karim, *Bank Islam: Analisis Fiqih dan Keuangan*, Cet. 10 (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2014), hlm. 204.

sebagai pedagang, ia melakukan akad *mudharabah* dengan Khadijah. Dengan demikian, ditinjau dari segi hukum Islam, maka praktik *mudharabah* ini dibolehkan.

Dalam praktik *mudharabah* antara Khadijah dengan Nabi, saat itu Khadijah mempercayakan barang dagangannya untuk dijual oleh Nabi Muhammad SAW ke luar negeri. Dalam kasus ini, Khadijah berperan sebagai pemilik modal (*shahibul maal*) sedangkan Nabi Muhammad SAW berperan sebagai pelaksana usaha (*mudharib*). Bentuk kontrak antara dua pihak di mana satu pihak berperan sebagai pemilik modal dan mempercayakan sejumlah modalnya untuk dikelola oleh pihak kedua, yakni pihak pelaksana 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.<sup>18</sup>

#### **2.4.1 Jenis-jenis *Mudharabah***

Secara umum, *mudharabah* terbagi menjadi dua jenis, yaitu :<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> Muhammad Syafi'i Antonio, *Bank Syariah dari Teori ke Praktik*, cet. IX, ( Jakarta: Gema Insani Press, 2005 ), hlm. 97.

a) *Mudharabah Muthlaqah*

*Mudharabah muthlaqah* adalah bentuk kerja sama antara penyedia modal (shahibul maal) dan pengelola modal (mudharib) yang cakupannya sangat luas dan tidak dibatasi oleh spesifikasi jenis usaha, waktu, dan daerah yang akan digunakan untuk usahanya.

b) *Mudharabah Muqayyadah*

*Mudharabah muqayyadah* atau disebut juga dengan istilah *restricted mudharabah* atau *specified mudharabah* adalah kebalikan dari *mudharabah muthlaqah*, yaitu mudharib dibatasi dengan batasan jenis usaha, waktu, dan tempat usahanya. Dengan adanya pembatasan tersebut seringkali mencerminkan kecenderungan umum shahibul maal dalam memasuki jenis dunia usahanya.

#### **2.4.2 Aplikasi *Mudharabah* dalam suatu perbankan/koperasi**

*Mudharabah* dalam perbankan syari'ah atau koperasi biasanya diterapkan pada produk-produk pembiayaan dan pendanaan. Sebagai dasar hukumnya adalah Fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia Nomor 02/DSN-MUI/IV/2000 tentang Tabungan dan Fatwa Dewan Syariah

Nasional Majelis Ulama Indonesia Nomor 03/DSN-MUI/IV/2000 tentang Deposito.

Sedangkan pada sisi penghimpunan dana mudharabah diterapkan pada:<sup>20</sup>

- a. Tabungan berjangka, yaitu tabungan yang dimaksudkan untuk tujuan khusus, yaitu seperti tabungan haji, dan tabungan kurban, dan sebagainya.
- b. Deposito biasa dan special, deposito special (special investment), dimana dana yang dititipkan nasabah, khusus untuk bisnis tertentu, misalnya saja dalam murabahah ataupun ijarah saja.

#### **2.4.3 Manfaat *Mudharabah***

*Mudharabah* dalam bank syariah / Unit usaha syari'ah terdapat manfaat dan risikonya, manfaat *mudharabah* tersebut terbagi menjadi lima, yaitu:<sup>21</sup>

- a. Bank / unit usaha syariah akan menikmati peningkatan bagi hasil pada saat keuntungan usaha nasabah semakin meningkat.

---

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> Muhammad Syafi'i Antonio, *Op. Cit.*, hlm. 97-98.



- b. Bank / unit usaha syariah tidak berkewajiban membayar bagi hasil kepada nasabah pendanaan secara tetap, tetapi disesuaikan dengan pendapatan atau hasil usaha bank sehingga bank tidak pernah mengalami negative spread.
- c. Pengembalian pokok pembiayaan disesuaikan dengan cash flow atau kas usaha nasabah sehingga tidak memberatkan nasabah.
- d. Bank / unit usaha syariah akan lebih selektif dan hati-hati dalam mencari usaha yang benar-benar halal, aman, dan menguntungkan karena keuntungan yang konkret dan benar-benar terjadi itulah yang akan dibagikan.
- e. Prinsip bagi hasil dalam *mudharabah* atau musyarakah ini berbeda dengan prinsip bunga tetap dimana bank akan menagih penerima pembiayaan dari nasabah satu jumlah bunga tetap berapa pun keuntungan yang dihasilkan nasabah, sekalipun merugi dan terjadi krisis ekonomi.

Meskipun *mudharabah* bukan sebagai perjanjian pinjam meminjam, akan tetapi karena merupakan perjanjian yang memiliki hak dan kewajiban untuk waktu yang akan datang, maka sebaiknya penyertaan agunan dalam pembiayaan atau tabungan *mudharabah* dibuat secara tertulis dengan dihadiri

oleh saksi-saksi yang memenuhi syarat dan dirumuskan secara tegas dan jelas untuk menghindari salah satu tafsir yang secara lebih lanjut dapat menimbulkan salah pengertian yang dapat menimbulkan perbedaan pendapat yang tidak perlu diantara shahibul-mal dan *mudharib*.

Dengan pentingnya suatu akad tersebut harus dibuat secara tertulis yaitu untuk kepastian hukum dalam memberikan bukti yang sempurna tentang apa yang termuat di dalamnya yang ada hubungannya langsung dengan pokok isi akta, yang biasanya tertuang dalam suatu akta.

Unsur-unsur terpenting suatu akta ialah suatu tulisan yang memang sengaja dibuat untuk dijadikan bukti tentang suatu peristiwa dan ditandatangani. Ketentuan akad yang tuangkan dalam bentuk tertulis dalam pembiayaan atau tabungan *mudharabah*, sebagaimana diatur dalam Pasal 1 angka 13 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, sebagai berikut:

“Akad adalah kesepakatan tertulis antara Bank Syariah atau UUS dan pihak lain yang memuat adanya hak dan kewajiban bagi masing-masing pihak sesuai dengan Prinsip Syariah”.

Penyertaan agunan dalam akad *mudharabah* di Perbankan Syari`ah, tidak terlepas dari rukun *mudharabah*, yang terdiri dari modal, pekerjaan, laba, sighthat (akad) dan dua orang yang berakad.

Terkait akad terhadap penyertaan agunan dalam pembiayaan atau tabungan *mudharabah*, maka terdapat syarat-syarat yang harus dipenuhi, yaitu:

- a) Orang yang berakad (Muta'qidain) disyaratkan orang yang cakap bertindak hukum dalam hal ini adalah mampu mempertanggung-jawabkan dan menanggung segala akibat hukum yang timbul akibat akad terkait penyertaan agunan dalam pembiayaan mudharabah.
- b) Shighat Akad, yaitu terdiri dari ijab (ungkapan penyertaan agunan dari pemiliknya) dan qabul (ungkapan menerima dan menyetujui penyertaan agunan). Sighthat *mudharabah* merupakan konsekuensi prinsip anta radinminkum (sama-sama rela), sehingga kedua belah pihak harus secara rela bersepakat untuk mengikatkan diri dalam akad *mudharabah*.

Sebagaimana telah diatur dalam Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia Nomor 27/162/KEP/DIR tahun 1995 dan Surat Edaran Bank Indonesia No. 27/7/Undang-Undang Peraturan

Perbankan tanggal 31 Maret 1995 Tentang Kewajiban Penulisan Perkreditan Bank bagi Bank Umum, bahwa perjanjian kredit harus dalam bentuk tertulis yaitu berupa akta notariil dan akta di bawah tangan.

#### **2.4.4 Rukun *Mudharabah***

Komponen (rukun) yang harus ada dalam akad *mudharabah* adalah:<sup>22</sup>

- a) Pelaku (pemilik modal maupun pelaksana usaha);
- b) Objek *mudharabah* (modal dan kerja);
- c) Persetujuan kedua belah pihak (*ijab-qabul*);
- d) Nisbah keuntungan.

*Pelaku.* Rukun dalam akad *mudharabah* sama dengan rukun dalam akad jual-beli ditambah satu faktor tambahan, yakni nisbah keuntungan. Faktor pertama (pelaku), dalam akad *mudharabah*, harus ada minimal dua pelaku. Pihak pertama bertindak sebagai pemilik modal (*shohibul mal*), sedangkan pihak kedua bertindak sebagai pelaksana usaha (*mudharib*) atau '*amil*'). Tanpa dua pelaku ini, maka akad *mudharabah* tidak ada.

---

<sup>22</sup> Adiwarmanto A. Karim, *Bank Islam: Analisis Fiqih dan Keuangan*, Cet. 10 (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2014), hlm. 205.

*Objek.* Faktor kedua (objek *mudharabah*) merupakan konsekuensi logis dari tindakan yang dilakukan oleh para pelaku. Pemilik modal menyerahkan modalnya sebagai objek *mudharabah*, sedangkan pelaksana usaha menyerahkan kerjanya sebagai objek *mudharabah*. Modal yang diserahkan bisa berbentuk uang atau barang yang dirinci berapa nilai uangnya. Sedangkan kerja yang diserahkan bisa berbentuk keahlian, keterampilan, *selling skill*, *management skill*, dan lain-lain. Tanpa dua objek ini, akad *mudharabah* pun tidak akan ada.

Para *fuqaha* sebenarnya tidak membolehkan modal *mudharabah* berbentuk barang. Modal harus uang tunai karena barang tidak dapat dipastikan taksiran harganya dan mengakibatkan ketidakpastian (*gharar*) besarnya modal *mudharabah*. Namun para ulama mazhab Hanafi membolehkannya, dan nilai barang yang dijadikan setoran modal harus disepakati pada saat akad oleh *mudharib* dan *shahibul maal*.

Yang jelas tidak boleh adalah modal *mudharabah* yang belum disetor. Para *fuqaha* telah sepakat tidak bolehnya *mudharabah* dengan hutang. Tanpa adanya setoran modal,

berarti *shahibul maal* tidak memberikan kontribusi apapun padahal *mudharib* telah bekerja. Para ulama Syafi'i dan Maliki melarang hal itu karena merusak sahnya akad.

*Persetujuan.* Faktor ketiga, yakni persetujuan kedua belah pihak, merupakan konsekuensi dari prinsip *'an-taradin minkum* (sama-sama rela). Di sini kedua belah pihak harus secara rela bersepakat untuk mengikatkan diri dalam akad *mudharabah*. Si pemilik dana setuju dengan perannya untuk mengkontribusikan dana, sementara si pelaksana usahapun setuju dengan perannya untuk mengkontribusikan kerja.

*Nisbah keuntungan.* Faktor yang keempat yakni *nisbah* adalah rukun yang khas dalam akad *mudharabah*, yang tidak ada dalam akad jual beli. Nisbah ini mencerminkan imbalan yang berhak diterima oleh kedua pihak yang melakukan kerja sama *mudharabah*. *Mudharib* mendapatkan imbalan atas kerjanya, sedangkan *shahibul maal* mendapat imbalan atas penyertaan modalnya. Nisbah keuntungan inilah yang akan mencegah terjadinya perselisihan antara kedua belah pihak mengenai cara pembagian keuntungan.

Menurut fatwa Dewan Syari`ah Nasional Nomor: 07/DSN MUI/IV/2000 Tentang Pembiayaan *mudharabah* (*Qirad*), Rukun dan Syarat Pembiayaan:

- 1) Penyedia dana (*shahibul maal*) dan pengelola (*mudharib*) harus cakap hukum.
- 2) Pernyataan ijab dan qabul harus dinyatakan oleh para pihak untuk menunjukkan kehendak mereka dalam mengadakan kontrak (akad), dengan memperhatikan hal-hal berikut:
  - a) Penawaran dan penerimaan harus secara eksplisit menunjukkan tujuan kontrak (akad);
  - b) Penerimaan dari penawaran dilakukan pada saat kontrak;
  - c) Akad dituangkan secara tertulis, melalui korespondensi, atau dengan menggunakan cara-cara komunikasi modern.
- 3) Modal ialah sejumlah uang dan/ atau aset yang diberikan oleh penyedia dana kepada *mudharib* untuk tujuan usaha dengan syarat sebagai berikut:
  - a) Modal harus diketahui jumlah dan jenisnya;
  - b) Modal dapat berbentuk uang atau barang yang

dinilai. Jika modal diberikan dalam bentuk aset, maka aset tersebut harus dinilai pada waktu akad.

- c) Modal tidak dapat berbentuk piutang dan harus dibayarkan kepada *mudharib*, baik secara bertahap maupun tidak, sesuai dengan kesepakatan dalam akad.
- 4) Keuntungan *mudharabah* adalah jumlah yang didapat sebagai kelebihan dari modal. Syarat keuntungan berikut ini harus dipenuhi:
- a) Harus diperuntukkan bagi kedua pihak dan tidak boleh disyaratkan hanya untuk satu pihak;
  - b) Bagian keuntungan proporsional bagi setiap pihak harus diketahui dan dinyatakan pada waktu kontrak disepakati dan harus dalam bentuk prosentasi (nisbah) dari keuntungan sesuai kesepakatan. Perubahan nisbah harus berdasarkan kesepakatan;
  - c) Penyedia dana menanggung semua kerugian akibat dari *mudharabah*, dan pengelola tidak boleh menanggung kerugian apapun kecuali diakibatkan dari kesalahan disengaja, kelalaian, atau pelanggaran



kesepakatan.

- 5) Kegiatan usaha oleh pengelola (*mudharib*), sebagai perimbangan (*muqabil*) modal yang disediakan oleh penyedia dana, harus memperhatikan hal-hal berikut:
  - a) Kegiatan usaha adalah hak eksklusif *mudharib*, tanpa campur tangan penyedia dana, tetapi ia mempunyai hak untuk melakukan pengawasan;
  - b) Penyedia dana tidak boleh mempersempit tindakan pengelola sedemikian rupa yang dapat menghalangi tercapainya tujuan *mudharabah*, yaitu keuntungan;
  - c) Pengelola tidak boleh menyalahi hukum Syari'ah Islam dalam tindakannya yang berhubungan dengan *mudharabah*, dan harus mematuhi kebiasaan yang berlaku dalam aktifitas itu.<sup>23</sup>

#### **2.4.5 Asas-asas dalam *Mudharabah***

Sutan Remy Syahdeini mengemukakan bahwa dari berbagai pustaka yang menguraikan mengenai *mudharabah*, kandungan atau syarat-syarat dari perjanjian *mudharabah* adalah sebagai berikut:

---

<sup>23</sup> Abdul Ghafur Anshori, *Op. Cit.*, hlm. 132-134.

- 1) Para pihak yang melakukan transaksi *mudharabah* haruslah orang-orang yang memenuhi kualifikasi untuk dapat membuat suatu perjanjian.
- 2) Perjanjian *mudharabah* dapat dibuat secara formal maupun informal, secara tertulis maupun lisan.
- 3) Perjanjian *mudharabah* sekurang-kurangnya dilakukan oleh dua pihak, dapat pula dilangsungkan di antara beberapa *shahibul maal* dan beberapa *mudharib*. Perjanjian *mudharabah* dapat pula dilangsungkan antara beberapa *shahibul maal* dan satu *mudharib* (seperti halnya dalam kredit sindikasi) atau antara satu *shahibul maal* dan beberapa *mudharib*. Bahkan tidak mustahil dalam perjanjian *mudharabah* terlibat beberapa *shahibul maal* yang melakukan transaksi di satu pihak dengan pihak lain yang terdiri atas beberapa *mudharib* sekalipun hanya menggunakan satu dokumen perjanjian saja.
- 4) Modal yang disediakan oleh *shahibul maal* disyaratkan berbentuk uang tunai dan jelas jumlahnya. Menurut ulama, modal tidak dibolehkan berbentuk barang karena sulit untuk menentukan keuntungannya. Demikian halnya dengan utang, utang tidak dapat

dijadikan modal mudharabah.<sup>24</sup>

- 5) Pada hakikatnya kewajiban utama *shahibul maal* ialah menyerahkan modal *mudharabah* kepada *mudharib*. Bila hal itu tidak dilakukan, maka perjanjian *mudharabah* menjadi tidak sah.
- 6) *Shahibul maal* berhak melakukan pengawasan untuk memastikan bahwa *mudharib* mentaati syarat-syarat dan ketentuan-ketentuan dalam perjanjian *mudharabah*, dan untuk memperoleh kembali investasinya dari hasil likuidasi usaha *mudharabah* tersebut apabila usaha *mudharabah* itu telah diselesaikan oleh *mudharib* dan jumlah hasil likuidasi usaha *mudharabah* itu cukup untuk pengembalian dana investasi tersebut.
- 7) Tanggung jawab *Shahibul maal* terbatas pada jumlah modal yang telah ditanamkan, jika tidak demikian artinya tanggung jawab *shahibul maal* maka tidak terbatas, maka tidaklah patut bagi *shahibul maal* hanya menjadi sleeping partner.
- 8) *Mudharib* berkewajiban menyediakan keahlian, waktu,

---

<sup>24</sup> *Sutan Remi Sjahdeini, Op. Cit, hlm. 305*

pikiran dan upaya untuk mengelola proyek atau kegiatan usaha serta berusaha untuk memperoleh keuntungan seoptimal mungkin yang dilakukan oleh *mudharib* sendiri tanpa ada campur tangan dari *shahibul maal*. *Mudharib* berkewajiban untuk mengembalikan pokok dana investasi kepada *shhibul maal* ditambah sebagian dari keuntungan yang pembagiannya telah ditentukan sebelumnya.<sup>25</sup> *Mudharib* wajib mematuhi syarat-syarat dan ketentuan - ketentuan perjanjian *mudharabah* selama mengurus urusan-urusan *mudharabah* yang bersangkutan. Apabila *mudharib* dihadapkan pada masalah yang belum ada petunjuk khusus, maka *mudharib* harus mengikuti kebiasaan-kebiasaan praktek yang berlaku. Pendirian ini sesuai dengan ketentuan Pasal 1339 KUH Perdata yang menyatakan bahwa Para pihak dalam suatu perjanjian tidak hanya terikat oleh ketentuan-ketentuan dan syarat-syarat yang secara tegas telah diperjanjikan dalam perjanjian tersebut, tetapi juga terikat oleh ketentuan-ketentuan dan syarat-syarat yang diharuskan, karena memang demikian sifat dari perjanjian itu, atau karena kepatutan mengharuskan demikian, atau karena ketentuan-

---

<sup>25</sup> *Ibid.*, hlm. 313

ketentuan dan syarat-syarat yang berlaku sebagai kebiasaan atau yang diharuskan menurut undang-undang. Juga sejalan dengan ketentuan Pasal 1347 KUH Perdata yang menyatakan bahwa hal-hal yang menurut kebiasaan selamanya diperjanjikan, dianggap secara diam-diam dimasukkan ke dalam perjanjian meskipun dengan tidak tegas dinyatakan. Selain Pasal 1339 dan 1347 KUH Perdata tersebut di atas, juga berlaku pasal-pasal lain, yaitu pasal 1342 s.d. 1351 KUH Perdata Buku III bagian IV KUH Perdata. *Mudharib* haruslah memiliki sifat sebagai seorang wali amanah (*trustee*) dan berkewajiban bertindak-hati-hati atau bijaksana (*prudent*) dan beriktikad baik (*in good faith*) dan bertanggung jawab atas kerugian-kerugian yang terjadi karena kelalaiannya (*willfulnegligence*).

- 9) Kewenangan *Mudharib* bertanggung jawab untuk menangani urusan-urusan yang berkaitan dengan proyek atau kegiatan usaha yang dibiayai dengan modal pembiayaan atau tabungan *mudharabah*, maka *mudharib* memiliki kekuasaan untuk dapat leluasa bertindak, namun hal tersebut hanya dapat dilakukan

dalam batas-batas tertentu.<sup>26</sup> Sekalipun *shahibul maal* memiliki hak untuk memberikan instruksi-instruksi atau pembatasan-pembatasan kepada sepanjang tidak menghalangi tercapainya tujuan dari perjanjian *mudharabah*, yaitu memperoleh keuntungan melalui tindakan-tindakan bisnis yang dilakukan oleh *mudharib*. Namun apabila instruksi-instruksi atau pembatasan-pembatasan tersebut menghalangi keleluasaan tujuan perjanjian *mudharabah*, maka instruksi-instruksi atau pembatasan-pembatasan tersebut batal demi hukum dan tidak berlaku.

10) *Mudharib* tidak bertanggung jawab atas berkurang atau habisnya modal yang diinvestasikan oleh *shahibul maal*. Tanggung jawab *mudharib* hanya terbatas pada memberikan jerih payah, pikiran dan waktunya untuk mengurus bisnis yang dibiayai dengan modal *shahibul maal*.

11) Sebagian ulama berpendapat bahwa *shahibul maal* tidak diperkenankan meminta jaminan berupa apapun dari *mudharib* atas pengembalian dana investasinya. Namun

---

<sup>26</sup> *Ibid*, hlm. 317

sebagian ulama lain berpendapat bahwa *shahibul maal* tidak dilarang meminta jaminan dari *mudharib*. Dalam hal pendirian yang dianut *shahibul maal* dilarang meminta jaminan dari *mudharib*, maka apabila terdapat ketentuan atau syarat yang demikian tercantum dalam perjanjian *mudharabah* akan mengakibatkan perjanjian *mudharabah* tersebut menurut sebagian ahli hukum Islam menjadi batal. Menurut Ibn Hanbal dan Abu Hanifah, yang batal dan tidak berlaku adalah hanya persyaratannya, sedangkan perjanjiannya sendiri tetap berlaku. Namun menurut Maliki dan Syafii dalam Sutan Remy Sjahdeini menyatakan perjanjian *mudharabah* itu secara keseluruhan menjadi tidak sah jika *shahibul maal* meminta jaminan dari *mudharib*. Sedangkan menurut fatwa DSN MUI No. 07/DSN-MUI/IV/2000 tentang pembiayaan *mudharabah* (Qiradh), bahwa *shahibul maal* tidak dilarang untuk meminta jaminan dari *mudharib*. Kebolehan meminta jaminan tersebut didasarkan pada asumsi bahwa tidak mustahil *mudharib* melakukan pelanggaran batas atau menyalahi ketentuan yang disepakati. Dengan kata lain tidak mustahil terjadi moral

hazard yang dilakukan oleh *mudharib*. Bunyi fatwa DSN MUI tersebut sebagai berikut: “Pada prinsipnya dalam pembiayaan *mudharabah* tidak ada jaminan, namun agar *mudharib* tidak melakukan penyimpangan, Lembaga Keuangan Syariah (LKS) dapat meminta jaminan dari *mudharib* atau pihak ketiga. Jaminan ini hanya dapat dicairkan apabila terbukti *mudharib* melakukan pelanggaran terhadap hal-hal yang telah disepakati bersama dalam akad (bagian pertama angka 7 Fatwa tersebut).<sup>27</sup>

- 12) *Mudharib* berhak memperoleh pembagian keuntungan yang besarnya telah ditentukan sebelumnya (ditetapkan dimuka), yaitu sebelum fasilitas *mudharabah* itu diberikan oleh bank, dan harus secara eksplisit ditentukan dalam perjanjian *mudharabah*. Menurut ulama madzhab Hanafi apabila pembagian keuntungan tidak jelas, maka akad *mudharabah* tersebut cacat (fasid). Menurut Saleh semua aliran hukum berpendapat bahwa pembagian keuntungan, apakah untuk shahibul maal atau *mudharib*, harus ditentukan berdasarkan proporsi (nisbah) yang

---

<sup>27</sup> *Ibid*, hlm. 320



tegas, apabila tidak demikian maka perjanjian *mudharabah* tidak sah. Pembagian hasil *mudharabah* dapat dilakukan dengan dua metode, yaitu pembagian laba (profit sharing) atau pembagaian pendapatan (revenue sharing). Pembagian laba (profit sharing) dihitung dari pendapatan setelah dikurangi beban yang berkaitan dengan pengelolaan dana *mudharabah*. Sementara itu pembagian pendapatan (revenue sharing) dihitung dari total pendapatan pengelolaan *mudharabah*. Dalam hal membagi keuntungan para pihak dilarang untuk menentukan suatu jumlah yang tetap (*a lump sum amount*) atau tidak boleh pula mereka menentukan pembagian dengan menentukan tingkat keuntungan tertentu terhadap modal. Misalnya, apabila modal sebesar Rp. 100.000,- maka mereka dilarang menentukan bahwa sebesar Rp. 10.000,- dari keuntungan diberikan kepada *mudharib* atau bahwa 20% dari modal akan diberikan kepada rabb-ul maal. Namun diiperkenankan apabila mereka menyepakati bahwa 40% dari keuntungan diterima *mudharib* dan 60% kepada rabb-ul mal atau sebaliknya. Apabila bisnis tersebut mengalami kerugian

dalam transaksi-transaksi tertentu dan memperoleh keuntungan dari transaksi yang lain, maka keuntungan tersebut harus pertama-tama dipakai untuk mengompensasi kerugian yang terjadi, baru sisanya apabila ada dibagikan kepada para pihak sesuai dengan pertimbangan (rasio) yang sudah disetujui. Dalam hal *mudharabah* diperjanjikan batas waktunya, maka tidak dibenarkan untuk membagi keuntungan sebelum dapat ditentukan besarnya kerugian dan telah dihapusbukannya (*written off*) kerugian itu dan terhadap modal *shahib al-mal* telah diberikan penggantian penuh (dikembalikan). Pembagian keuntungan sebelum perjanjian *mudharabah* berakhir akan dianggap sebagai uang muka (*advance*). Apabila terjadi kerugian, maka *shahib al-mal* kehilangan sebagian atau seluruh modalnya, sedangkan *mudharib* tidak menerima remunerasi (*imblan*) apapun untuk kerja atau usahanya (jerih payahnya). Dengan demikian, baik *shahib al-mal* maupun *mudharib* harus menghadapi risiko atau mukhatara. Namun telah dikemukakan dimuka, yang menanggung risiko finansial hanyalah *shahib al-mal* sendiri, sedangkan *mudharib* sama sekali

tidak menanggung risiko finansial tetapi risiko berupa, waktu, pikiran dan jerih payah yang telah dicurahkannya selama mengelola proyek atau usaha tersebut, serta kehilangan kesempatan untuk memperoleh sebagian dari pembagian keuntungan yang telah diperjanjikan sebelumnya. Menurut ulama madzhab Hanafi, apabila dalam akad *mudharabah* dipersyaratkan bahwa kerugian ditanggung bersama antara *shahib al-mal* dan *mudharib*, maka syarat seperti itu batal dan kerugian tetap harus ditanggung sendiri oleh pemilik modal. Capra menegaskan bahwa kerugian bersih harus dipikul sendiri oleh *shahib al-mal* dan setiap ketentuan dalam perjanjian *mudharabah* yang menentukan bahwa kerugian tersebut harus dipikul pula oleh *mudharib* adalah batal dan tidak dapat dilaksanakan (*void and unenforceable*). *Mudharib* tidak diperkenankan untuk membuat komitmen dengan pihak ketiga melebihi jumlah modal yang telah diinvestasikan oleh *shahib al-mal*. Menurut Nabil A. Saleh, apabila *mudharib* melampui batas jumlah investasi *mudharabah* tanpa otorisasi yang khusus tau tanpa pengesahan yang diperoleh kemudian dari *shahib al-mal*,

maka *mudharib* secara pribadi bertanggung jawab atas jumlah kelebihan dana tersebut. Menurut Capra, apabila *mudharib* mengikatkan usaha tersebut kepada pihak pihak ketiga melebihi jumlah modal yang ditanam oleh shahib al-mal, maka *mudharib* berhak memperoleh keuntungan dari usaha tersebut, tetapi sebaliknya harus memikul sendiri jika terjadi kerugian.

- 13) Beban ongkos-ongkos yang berkaitan dengan bisnis *mudharabah* yang bersangkutan, dapat dibebankan atas rekening *mudharabah* tersebut. Pengeluaran-pengeluaran pribadi *mudharib* tidak boleh dibebankan kepada rekening *mudharabah*.
- 14) *Mudharabah* berakhir karena telah tercapainya tujuan dari usaha tersebut sebagaimana yang dimaksud dalam perjanjian *mudharabah*, atau pada saat berakhirnya jangka waktu perjanjian *mudharabah*, atau karena meninggalnya salah satu pihak, yaitu shahib al-mal atau *mudharib* atau karena salah satu pihak memberitahukan kepada pihak lainnya mengenai maksudnya untuk mengakhiri perjanjian *mudharabah* itu.
- 15) Ketika kerja sama *mudharabah* berakhir dan aset

*mudharabah* berbentuk uang tunai dan terdapat keuntungan dari kerja sama tersebut, maka aset dibagikan kepada masing-masing pihak sesuai dengan rasio yang sudah disetujui, apabila aset *mudharabah* tersebut tidak berbentuk uang tunai, *mudharib* harus diberi kesempatan untuk menjual dan melikuidasi aset tersebut sehingga dapat ditentukan besarnya keuntungan yang sesungguhnya dari hasil kerja sama *mudharabah* tersebut.<sup>28</sup>

## 2.5 Gambaran umum tentang Ganti Rugi

Ganti rugi merupakan bentuk tanggung jawab seseorang atas perbuatan yang telah dilakukannya baik secara langsung maupun tidak langsung yang mengakibatkan kerugian terhadap orang lain.

Ganti rugi tersusun dari dua suku kata, ganti dan rugi. Dalam kamus besar Bahasa Indonesia ganti berarti bertukar atau berganti<sup>29</sup>, sedangkan rugi berarti sesuatu yang kurang baik atau kurang menguntungkan.<sup>30</sup> dengan Demikian ganti rugi menurut bahasa adalah menukar

---

<sup>28</sup> *Ibid*, hlm. 323

<sup>29</sup> Kamisa, *Kamus lengkap bahasa Indonesia, cetakan I* (Surabaya: Kartika, 1997), hlm. 182.

<sup>30</sup> *Kamus besar bahasa Indonesia elektronik*

sesuatu karena ada hal yang kurang baik atau kurang menguntungkan. Menurut *As-Sarakhsi* sebagaimana dikutip oleh Asmuni, membedakan *dhaman* menjadi dua macam yaitu: *dhaman al-'udwan* dengan *dhaman al-aqdi* (ganti rugi akibat pelanggaran hukum dengan ganti rugi berdasarkan akad).<sup>31</sup>

Hal yang sama menurut KUHPerdata ada dua sebab timbulnya ganti rugi, yaitu ganti rugi karena wanprestasi dan perbuatan melawan hukum. Ganti rugi karena wanprestasi diatur dalam Buku III KUH Perdata, yang dimulai dari Pasal 1243 KUH Perdata sampai dengan Pasal 1252 KUH Perdata. Sedangkan ganti rugi karena perbuatan melawan hukum diatur dalam Pasal 1365 KUH Perdata. Ganti rugi karena perbuatan melawan hukum adalah suatu bentuk ganti rugi yang dibebankan kepada orang yang telah menimbulkan kesalahan kepada pihak yang dirugikannya. Ganti rugi itu timbul karena adanya kesalahan, bukan karena adanya perjanjian. Ganti rugi karena wanprestasi adalah suatu bentuk ganti rugi yang dibebankan kepada debitur yang tidak memenuhi isi perjanjian yang telah dibuat antara kreditur dengan debitur.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> Asmuni, *teori ganti rugi dalam perspektif hukum Islam, Jurnal Hukum dan Peradilan*, Volume 2 Nomor 1 Maret 2013, hlm. 49.

<sup>32</sup> Salim H.S., *Hukum Kontrak: Teori dan Teknik Penulisan Kontrak*, Cet. IV, (Jakarta: Sinar Grafika, 2006), hlm. 100.

Kegiatan-kegiatan ekonomi syari`ah pada dasarnya lahir dari akad syari`ah. Hal ini berarti bahwa Pengadilan Agama bertugas dan berwenang mengadili dan menyelesaikan sengketa akad dalam perkara ekonomi syari`ah. Berdasarkan pengalaman sebagian besar sengketa dalam bidang hukum perjanjian ialah mengenai cedera janji. Cidera janji atau wanprestasi dari debitur dapat berupa:

- 1) Tidak melakukan apa yang disanggupi untuk dilakukan;
- 2) Melakukan apa yang dijanjikannya, tetapi tidak sebagaimana dijanjikan;
- 3) Melakukan apa yang dijanjikannya tetapi terlambat;
- 4) Melakukan sesuatu yang menurut perjanjian tidak boleh dilakukan.

Apabila dalam pelaksanaan suatu perjanjian seperti halnya mudharabah terjadi konflik atau sengketa karena salah satu pihak melakukan wanprestasi / cedera janji sehingga menimbulkan kerugian bagi pihak lainnya, maka pihak yang melakukan wanprestasi dapat digugat di muka hakim oleh pihak yang menderita kerugian setelah terlebih dahulu dilakukan peringatan-peringatan atau somasi.

Hukuman atau akibat yang harus ditanggung oleh

debitur yang ingkar janji / wanprestasi yaitu:

- 1) mengganti kerugian yang diderita oleh kreditur atau membayar ganti rugi;
- 2) pembatalan perjanjian;
- 3) peralihan resiko; dan
- 4) membayar biaya perkara kalau sampai diperkarakan di pengadilan.

Ganti kerugian terdapat dalam hukum perdata dan pidana namun antara keduanya memiliki perbedaan. Dalam hukum pidana ruang lingkup pemberian ganti kerugian lebih sempit dibandingkan dengan pemberian ganti kerugian dalam hukum perdata.

Ganti rugi dalam hukum perdata mengacu pasal 1365 KUHPerdata adalah mengembalikan penggugat, kedalam keadaan yang semula sebelum kerugian yang ditimbulkan oleh Tergugat terjadi. Beban ganti rugi dalam hukum perdata, Menurut M Yahya Harahap, kewajiban ganti-rugi tidak dengan sendirinya timbul pada saat kelalaian. Ganti-rugi baru efektif menjadi kemestian debitur, *setelah* debitur dinyatakan *lalai* dalam bahasa belanda disebut dengan *”in gebrekke*



*stelling*” atau *”in morastelling”*.<sup>33</sup> Ganti kerugian sebagaimana termasuk dalam pasal 1243 di atas, terdiri dari tiga unsur yaitu:

1. Ongkos atau biaya yang telah dikeluarkan, misalnya ongkos cetak, biaya materai, biaya iklan.
2. Kerugian karena Kerusakan, kehilangan benda milik kreditur akibat kelalaian debitur, misalnya busuknya buah-buah karena kelambatan penyerahan, amburuknya rumah karena kesalahan konstruksi sehingga merusakkan prabot rumah tangga.
3. Bunga atau keuntungan yang diharapkan, misalnya bunga yang berjalan selama piutang terlambat diserahkan (dilunasi), keuntungan yang tidak diperoleh karena kelambatan penyerahan bendanya.

Kerugian materiil yaitu kerugian yang bisa dihitung dengan uang, kerugian kekayaan yang biasanya berbentuk uang menyangkut kerugian yang diderita dan sudah nyata-nyata ia derita. Sedangkan kerugian immateriil atau kerugian moril yaitu kerugian yang tidak bisa dinilai dalam jumlah yang pasti. Misalnya rasa takut, kehilangan kesenangan atau cacat anggota tubuh. Sedangkan ganti rugi dalam hukum pidana hanya terhadap

---

<sup>33</sup> Marzuki Syuhada, 2013, Makalah tentang Ganti Rugi , diakses pada tanggal 30 September 2017 pukul 17:46 WIB

ongkos atau biaya yang telah dikeluarkan oleh pihak kurban.

Istilah Arab yang digunakan untuk denda adalah *gharamah*. Secara bahasa *gharamah* berarti denda. Sedangkan dalam bahasa Indonesia denda mempunyai arti (1) hukuman yang berupa keharusan membayar dalam bentuk uang: oleh hakim dijatuhkan hukuman kurungan sebulan atau sepuluh juta rupiah; (2) uang yang harus dibayarkan sebagai hukuman( karena melanggar aturan, undang-undang, dan sebagainya) lebih baik membayar atau dapat dipenjarakan. Denda merupakan salah satu jenis dari hukuman *ta'zir*. *Ta'zir* menurut bahasa adalah *ta'dib*, artinya memberi pelajaran. *Ta'zir* juga diartikan dengan *Ar-Raddu Wal Man'u*, yang artinya menolak dan mencegah. *At-ta'zir* adalah larangan, pencegahan, menegur, menghukum, mencela dan memukul. Hukuman yang tidak ditentukan (bentuk dan jumlahnya), yang wajib dilaksanakan terhadap segala bentuk maksiat yang tidak termasuk hudud dan kafarat, baik pelanggaran itu menyangkut hak Allah SWT maupun hak Secara garis besar hukuman *ta'zir* dapat dikelompokkan menjadi empat kelompok.

- 1) Hukuman *ta'zir* yang mengenai badan, seperti hukuman mati dan jilid (dera).
- 2) Hukuman yang berkaitan dengan kemerdekaan seseorang,

seperti hukuman penjara dan pengasingan.

- 3) Hukuman *ta'zir* yang berkaitan dengan harta, seperti denda, penyitaan/perampasan harta, dan penghancuran barang.
- 4) Hukuman-hukuman lain yang ditentukan oleh ulil amri demi kemaslahatan umum. Baik *gharamah* maupun *ta'zir* diberlakukan dalam hukum pidana maupun perdata.

Menurut Syamsul Anwar, konsep ganti-rugi dalam hukum Islam lebih menitikberatkan pada hak dan kewajiban antara pihak debitur dan pihak kreditur. Menurutnya, ganti rugi dalam Islam hanya dibebankan pada pihak debitur apabila pihak kreditur dirugikan oleh pihak debitur akibat tidak melaksanakan tanggung jawab atau ingkar janji. Ganti rugi hanya dibebankan pada debitur yang ingkar janji apabila kerugian yang dialami oleh kreditur memiliki hubungan sebab akibat dengan perbuatan ingkar janji atau ingkar akad dengan debitur. Tanggung jawab akad memiliki tiga unsur pokok:<sup>34</sup>

1. Adanya ingkar janji yang dapat dipersalahkan.
2. Adanya ingkar janji itu menimbulkan kerugian bagi pihak kreditur.

---

<sup>34</sup> Hasbi As-Shiddiqie, *Pengantar Fiqh Mu'amalah*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1974), hlm. 76.

3. Kerugian kreditur disebabkan oleh (memiliki hubungan sebab-akibat dengan) perbuatan ingkar janji debitur.

### **2.5.1 Ganti Rugi menurut Hukum Islam**

Secara etimologis, dhaman memiliki makna yang cukup beragam. Misalnya menanggung, tanggung jawab dan kewajiban, Dalam kamus lisan al-arab, Ibnu Manzur menandakan semua makna dhaman terkonsentrasi pada jaminan, penanggungan atau garansi.<sup>35</sup> Sedangkan dalam terminologi fiqh, dfinisi dhaman juga dimaknai beragam, diantaranya mengarah pada makna menjamin (menanggung) untuk membayar utang, mengadakan barang atau menghadirkan orang pada tempat yang telah ditentukan. Oleh karena itu biasanya dhaman mengandung tiga unsur pokok, yaitu (1) jaminan atas utang seseorang, (2) jaminan dalam pengadaan barang, dan (3) jaminan dalam menghadirkan seseorang ditempat tertentu.<sup>36</sup> Definisi tersebut sejalan dengan yang diungkapkan oleh Imam Abi Zakaria Yahya dalam Aris Anwaril Muttaqin,<sup>37</sup> menyatakan bahwa *Dhaman* adalah suatu kewajiban baik untuk melunasi utang seseorang maupun menghadirkan seseorang yang memiliki tanggungan kepada

---

<sup>35</sup> Aris Anwaril Muttaqin, *Sistem tansaksi syariah, konsep ganti rugi dalam hukum bisnis syariah*, cetakan I (Yogyakarta, Pustaka Ilmu : 2015), hlm.14.

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> Asmuni, *Loc. Cit*, hlm. 48.

orang lain. Selain itu *dhaman* juga berlaku pada perjanjian yang menyebabkan pada kewajiban.

Selain itu para ulama madzhab mendefinisikan *dhaman* dengan bahasa yang beragam, seperti ulama' Hanafi mengungkapkan: *Dhaman* adalah memikul tanggungan untuk memenuhi tuntutan, Sedangkan ulama' Syafi'i mengatakan: *Dhaman* adalah kewajiban untuk memenuhi hak seseorang yang berkaitan dengan harta. Adapun ulama' Maliki mengartikan: *dhaman* adalah memikul tanggungan dari seseorang karena sebab yang dibenarkan, dan terakhir ulama' Hanabilah mendefinisikan: *dhaman* adalah kewajiban seseorang untuk memberi ganti.<sup>38</sup> Dari beberapa definisi diatas dapat disimpulkan bahwa *Dhaman* adalah tanggungan seseorang untuk memenuhi hak yang berkaitan dengan harta.

Selain *Dhaman*, istilah fiqh yang relevan dengan arti ganti rugi adalah *Jawabir*. Kata *جَوَابِيرُ* berasal dari kata *جَبْرٌ*. Kata *جَبْرٌ* sendiri merupakan bentuk masdar dari kata *جَبَرَ*. Dalam kamus munawir kata *جَبَرَ* mengandung arti mencukupi atau mengganti yang hilang. Arti yang tidak jauh beda dikemukakan dalam kamus al Asri. Kata *جَبَرَ* dalam kamus tersebut

---

<sup>38</sup> Aris Anwaril Muttaqin, *Op. Cit.* hlm 15-16.

mengandung arti memperbaiki atau merestorasi.<sup>39</sup> Adapun definisi al-Syaukani, al-Zarqa', dan al-Zuhaili sama-sama berangkat dari *darar* (*kerusakan/kerugian*). *Darar*-lah yang mewajibkan ganti rugi. Berdasarkan titik tolak ini maka *dhaman* mencakup sesuatu yang wajib pada *zimmah* untuk menghilangkan *darar* yang muncul akibat pelanggaran pada akad (*mukhalafatu aqdin*), melakukan dan atau tidak melakukan perbuatan tertentu sehingga mengakibatkan *mafasid*.

Al-Bazdawi sebagaimana disampaikan Aris Anwaril Muttaqin, mengisyaratkan *dhaman* menjadi dua macam, yaitu : (1) ganti rugi akibat pelanggaran terhadap perjanjian dalam akad fasid maupun jaiz (akad sah) diwajibkan berdasarkan kerelaan masing-masing pihak, dan (2) ganti rugi akibat pelanggaran hukum mengacu pada sifat-sifat barang).<sup>40</sup> Sehingga ganti rugi dapat terjadi atas barang yang rusak atau manfaat barang yang hilang, atau luka fisik seseorang sehingga mengakibatkan kerugian, baik total atau sebagian.

Dari catatan tersebut dapat disimpulkan bahwa *dhaman* adalah tanggungan seseorang untuk memenuhi hak yang berkaitan dengan keharta bendaan, fisik, maupun perasaan seperti

---

<sup>39</sup> *Ibid.* hlm 16.

<sup>40</sup> Asmuni, *Loc. Cit.*, hlm. 49.

pencemaran nama baik. Hal ini berlaku baik *darar* (kerusakan/kerugian) yang muncul akibat pelanggaran seluruh dan atau sebagian perjanjian dalam akad, melakukan perbuatan (yang diharamkan) dan atau tidak melakukan perbuatan yang (diwajibkan) oleh pembuat undang-undang.

Jadi antara *dhaman* (jaminan atau tanggungan), *Ta'wid* (ganti rugi) dengan *ta'zir* (larangan, pencegahan, menegur, mencela dan menghukum) memiliki korelasi karena *ta'zir* diikuti dengan *ta'wid* dan *dhaman*.

Berdasarkan fatwa Dewan syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia Nomor: 07/DSN-MUI/IV/2000 tentang Pembiayaan Mudharabah (Qiradh) bagian kedua angka keempat bahwa, Penyedia dana menanggung semua kerugian akibat dari *mudharabah*, dan pengelola tidak boleh menanggung kerugian apapun kecuali diakibatkan dari kesalahan disengaja, kelalaian, atau pelanggaran kesepakatan. Selanjutnya pada bagian ketiga angka ketiga menyatakan bahwa, Pada dasarnya, dalam mudharabah tidak ada ganti rugi, karena pada dasarnya akad ini bersifat amanah (*yad al-amanah*), kecuali akibat dari kesalahan disengaja, kelalaian, atau pelanggaran kesepakatan.

### 2.5.2 Ganti Rugi menurut Hukum Perdata

Pengertian ganti rugi menurut R. Setiawan, adalah kerugian nyata yang terjadi karena wanprestasi. Adapun besarnya kerugian ditentukan dengan membandingkan keadaan kekayaan setelah wanprestasi dengan keadaan jika sekiranya tidak terjadi wanprestasi.<sup>41</sup>

Pengertian kerugian yang hampir sama dikemukakan pula oleh Yahya Harahap, ganti rugi ialah “kerugian nyata” atau “*fietelijke nadeel*” yang ditimbulkan perbuatan wanprestasi.<sup>42</sup>

Pengertian kerugian yang lebih luas dikemukakan oleh Mr. J. H. Nieuwenhuis sebagaimana yang diterjemahkan oleh Djasadin Saragih, pengertian kerugian adalah berkurangnya harta kekayaan pihak yang satu, yang disebabkan oleh perbuatan (melakukan atau membiarkan) yang melanggar norma oleh pihak yang lain.<sup>43</sup>

Menurut PNH Simanjuntak, pengertian ganti rugi adalah ganti kerugian yang timbul karena debitur melakukan wanprestasi.<sup>44</sup> hal senada dikemukakan oleh J. Satrio bahwa masalah ganti rugi prinsip dasarnya adalah bahwa wanprestasi mewajibkan

---

<sup>41</sup> [http://ejournal.unpatti.ac.id/ppr\\_iteminfo\\_lnk.php?id=92dkses](http://ejournal.unpatti.ac.id/ppr_iteminfo_lnk.php?id=92dkses) tanggal 25 Mei 2017 pukul 10.30 wib.

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> PNH Simanjuntak, *Op. Cit.*, hlm. 294.



penggantian kerugian, yang diganti meliputi ongkos, kerugian dan bunga.<sup>45</sup>

Ganti kerugian menurut Abdulkadir Muhammad adalah ganti kerugian yang timbul karena debitur melakukan wanprestasi karena lalai.<sup>46</sup>

Dalam terminologi hukum Indonesia, KUH Perdata telah menjelaskan ketentuan ganti rugi secara detail dalam pasal 1365 hingga 1380. Berikut ini merupakan bunyi pasal tersebut:

“Tiap perbuatan yang melanggar hukum, yang membawa kerugian kepada seorang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut.” (Pasal 1365)

“Setiap orang bertanggung jawab tidak saja untuk kerugian yang disebabkan perbuatannya, tetapi juga untuk kerugian yang disebabkan kelalaian atau kurang hati-hatinya.” (Pasal 1366)

Dalam istilah hukum, perbuatan yang menimbulkan kerugian bagi orang lain tersebut dengan “perbuatan melawan hukum”. Menurut pasal 1365 KUH Perdata tersebut, maka yang dimaksud dengan perbuatan melawan hukum adalah perbuatan yang melawan hukum yang dilakukan oleh seseorang yang

---

<sup>45</sup> J Satrio, *Hukum Perikatan, perikatan pada umumnya*, cetakan 3 (Bandung, PT Alumni : 1999) hlm. 144.

<sup>46</sup> Yahman, *Cara mudah memahami wanprestasi dan penipuan dalam hubungan kontak komersial*, cetakan ke-1 (Jakarta, Prenadamedia group : 2016) hlm. 12.

karena salahnya telah menimbulkan kerugian bagi orang lain.<sup>47</sup>

Dalam ilmu hukum dikenal 3 (tiga) kategori dari perbuatan melawan hukum, yaitu sebagai berikut :<sup>48</sup>

1. Perbuatan melawan hukum karena kesengajaan
2. Perbuatan melawan hukum tanpa kesalahan (tanpa unsur kesengajaan maupun kelalaian).
3. Perbutan melawan hukum karena kelalaian.

Selain itu KUH Perdata juga membedakan istilah antara biaya, rugi dan bunga. Perbedaan istilah itu dapat ditemukan dalam beberapa pasal sebagai berikut :

“Penggantian biaya, rugi dan bunga karena tidak dipenuhinya suatu perikatan, .....” (pasal 1243)

“....si berutang harus dihukum mengganti biaya, rugi dan bunga.....”(pasal 1244)

“Tidaklah biaya, rugi dan bunga harus digantinya.....”(psal 1245)

“Biaya, rugi dan bunga yang oleh si berpiutang boleh dituntut akan pengantiannya.....”(pasal 1246)

“Si berutang hanya diwajibkan mengganti biaya, rugi dan bunga yang nyata.....”(pasal 1247)

“.....jika hal tidak dipenuhinya perikatan itu disebabkan tipu daya siberutang, penggantian biaya, rugi dan bunga sekadar mengenai kerugian yang diderita.....”(pasal 1248)

Dengan demikian ganti rugi berbeda dengan ganti biaya dan berbeda pula dengan ganti bunga. Artinya, seorang yang mengadakan perikatan bisa jadi harus menanggung ketiga sanksi

---

<sup>47</sup> Munir Fuadi, *Perbuatan Melawan Hukum, Pendekatan Kontemporer*, Cet. IV, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2013), hlm. 3.

<sup>48</sup> *Ibid.*

tersebut sekaligus, yaitu menanggung biaya, rugi dan bunga ketika terjadi wanprestasi.

Sebagaimana ketentuan pasal 1365 KUH Perdata, maka suatu perbuatan melawan hukum harus mengandung unsur-unsur sebagai berikut :

- a) Adanya suatu perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh sipelaku. Yang dimaksud perbuatan disini adalah berbuat sesuatu atau tidak berbuat sesuatu, misalnya tidak berbuata sesuatu, padahal ia mempunyai kewajiban hukum untuk membuatnya, kewajiban mana timbul dari hukum yang berlaku (karena adanya kewajiban yang timbul dari suatu kontrak). Karena itu perbuatan melawan hukum, tidak ada unsur “persetujuan atau kata sepakat” dan juga tidak ada juga unsur”causa yang diperbolehkan” sebagaimana yang terdapat dalam kontrak.
- b) Perbuatan tersebut melawan hukum. Jadi perbuatan yang dilakukan benar-benar melawan hukum. unsur melawan hukum meliputi:
  - 1) Perbuatan yang melanggar Undang-undang yang berlaku.
  - 2) Yang melanggar hak orang lain yang dijamin hukum.

- 3) Perbuatan yang bertentangan dengan kewajiban hukum sipelaku, atau
  - 4) Perbuatan yang bertentangan dengan kesusilaan, atau
  - 5) Perbuatan yang bertentangan sikap yang baik dalam bermasyarakat untuk memperhatikan kepentingan orang lain.
- c) Adanya kesalahan dari pihak pelaku. Agar dapat dikenakan pasal 1365 tentang Perbuatan Melawan Hukum tersebut, Undang-undang dan Yurisprudensi mensyaratkan agar pada pelaku haruslah mengandung unsur kesalahan (*schuldelement*) dalam melaksanakan perbuatan tersebut. Karena itu tanggung jawab tanpa kesalahan (*strict liability*) tidak termasuk tanggung jawab berdasarkan pasal 1365 KUH Perdata. Jikapun dalam hal tertentu diberlakukan tanggung jawab tanpa kesalahan tersebut (*strict liability*), hal tersebut tidaklah didasarkan atas pasal 1365 KUH Perdata, tetapi didasarkan pada undang-undang lain. Suatu tindakan dianggap oleh hukum mengandung unsur kesalahan sehingga dapat dimintakan tanggung jawabnya secara hukum jika memenuhi unsur-unsur sebagai berikut:
- a) Ada unsur kesengajaan, atau

- b) Ada unsur kelalaian (negligence, culpa), dan
- c) Tidak ada alasan pembenar atau alasan pemaaf (rechtvaardigingsgrond), seperti keadaan overmach, membela diri, tidak waras, dan sebagainya.
- d) Adanya kerugian bagi korban. Adanya kerugian (schade) bagi korban juga merupakan syarat agar gugatan berdasarkan pasal 1365 KUH Perdata dapat dipergunakan. Berbeda dengan kerugian wanprestasi yang hanya mengenal kerugian materil, maka kerugian karena perbuatan melawan hukum disamping kerugian materil, yurisprudensi juga mengakui konsep kerugian immateril, yang juga akan dinilai dengan uang.
- d) Adanya Hubungan Kausal antara Perbuatan dengan Kerugian. Hubungan kausal antara perbuatan yang dilakukan dengan kerugian yang terjadi juga merupakan syarat dari perbuatan melawan hukum. Hubungan sebab akibat secara faktual (caustion in fact) hanyalah merupakan masalah “fakta” atau apa yang secara faktual telah terjadi. Setiap penyebab yang menyebabkan timbulnya kerugian dapat merupakan penyebab

secara faktual, asalkan kerugian (hasilnya) tidak akan pernah terdapat tanpa penyebabnya.<sup>49</sup>

Dalam PERMA Nomor 02 Tahun 2008, pasal 37 dan pasal 38 juga membedakan sanksi yang berupa ganti rugi dengan sanksi-sanksi lainnya. PERMA tersebut menyebutkan “Konsekwensi hukum dari adanya ingkar janji (wanprestasi) adalah bahwa pihak yang dimaksud dapat dijatuhi sanksi berupa : membayar ganti rugi, pembatalan akad, peralihan risiko, denda, dan/ataumembayar biaya perkara.

Dari penggunaan terminologi ganti rugi seperti disebutkan dalam KUH Perdata dan PERMA diatas bahwa ditarik kesimpulan bahwa substansi ganti rugi adalah penggantian kerugian yang dialami oleh seseorang.

### **2.5.3 Macam-macam Ganti Rugi**

Macam-macam ganti rugi dapat dikelompokkan berdasarkan kriteria sebagai berikut:<sup>50</sup>

1) Ganti rugi dilihat dari segi kacamata yuridis.

Dari kacamata yuridis, konsep ganti rugi dalam hukum dikenal dalam 2 (dua) bidang hukum, yaitu sebagai berikut:<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> *Ibid*, hlm. 10-14.

<sup>50</sup> Aris Anwaril Muttaqin, *Op. Cit.*, hlm. 19.

<sup>51</sup> *Ibid*, hlm. 10-14.

- a) Konsep ganti rugi karena wanprestasi kontrak.
- b) Konsep ganti rugi karena perikatan berdasarkan undang-undang termasuk ganti rugi karena perbuatan melawan hukum.

Banyak persamaan antara konsep ganti rugi karena wanprestasi kontrak atau ingkar akad dengan konsep ganti rugi karena perbuatan melawan hukum akan tetapi perbedaannya juga banyak.<sup>52</sup>

Ada juga konsep ganti rugi yang dapat diterima dalam sistem ganti rugi karena perbuatan melawan hukum, tetapi terlalu keras jika diberlakukan terhadap ganti rugi karena wanprestasi kontrak. Misalnya ganti rugi yang menghukum (*punitive damages*) yang dapat diterima dengan baik dalam ganti rugi karena perbuatan melawan hukum, tetapi pada prinsipnya sulit diterima dalam ganti rugi karena wanprestasi kontrak.<sup>53</sup>

Bila ganti rugi karena perbuatan melawan hukum lebih keras, sedangkan ganti rugi karena kontrak lebih lembut, itu adalah merupakan salah satu ciri dari hukum di zaman modern. Sebab, didalam dunia yang telah ber peradaban tinggi, maka

---

<sup>52</sup> Munir Fuadi, *Op. Cit.* hlm. 134.

<sup>53</sup> *Ibid*, hlm. 134.

seseorang haruslah selalu bersikap waspada untuk tidak menimbulkan kerugian pada orang lain.<sup>54</sup>

2) Ganti rugi ditinjau dari sistem pengaturannya oleh KUH Perdata.

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, yang merupakan kiblatnya hukum perdata di Indonesia, termasuk bagi kiblat hukum yang berkenaan dengan perbuatan melawan hukum, mengatur kerugian dan ganti rugi dalam hubungannya dengan perbuatan melawan hukum dengan 2 (dua) pendekatan sebagai berikut.<sup>55</sup>

- a) Ganti rugi umum
- b) Ganti rugi khusus

Yang dimaksud dengan ganti rugi umum dalam hal ini adalah ganti rugi yang berlaku untuk semua kasus, baik untuk kasus-kasus wanprestasi kontrak maupun kasus-kasus yang berkenaan dengan perikatan lainnya termasuk karena perbuatan melawan hukum. Ketentuan tentang ganti rugi yang umum ini oleh KUHPerdata diatur dalam bagian keempat dari buku ketiga, mulai dari pasal 1243 sampai dengan pasal 1252. Dalam hal ini untuk ganti rugi tersebut, KUH Perdata secara

---

<sup>54</sup> *Ibid*, hlm. 135.

<sup>55</sup> *Ibid*, hlm. 136.



konsisten untuk ganti rugi digunakan istilah: Biaya, Rugi dan Bunga.

Selain ganti rugi umum yang diatur mulai dari pasal 1243 KUH Perdata, KUH Perdata juga mengatur ganti rugi khusus, yakni ganti rugi terhadap kerugian yang timbul dari perikatan-perikatan tertentu. Dalam hubungan dengan ganti rugi yang terbit dari suatu perbuatan melawan hukum, selain ganti rugi dalam bentuk yang umum, KUH Perdata juga menyebut pemberian ganti rugi terhadap hal-hal sebagai berikut:<sup>56</sup>

- 1) Ganti rugi untuk semua perbuatan melawan hukum (pasal 1365)
- 2) Ganti rugi untuk perbuatan yang dilakukan oleh orang lain (pasal 1366 dan pasal 1367)
- 3) Ganti rugi untuk pemilik binatang (pasal 1368)
- 4) Ganti rugi untuk pemilik gedung yang ambruk (pasal 1369)
- 5) Ganti rugi untuk keluarga yang ditinggalkan oleh orang yang dibunuh (pasal 1370)
- 6) Ganti rugi karena orang luka atau cacat anggota badan (pasal 1371)

---

<sup>56</sup> *Ibid*, hlm. 137.

7) Ganti rugi karena tindakan penghinaan (pasal 1372 sampai dengan pasal 1380).

3) Ganti rugi ditinjau dari segi jenis pelanggarannya.

Dari jenis pelanggaran ganti rugi dapat dibedakan menjadi dua macam, yaitu:<sup>57</sup>

1. Ganti rugi Pidana

Ganti rugi pidana adalah ganti rugi yang terjadi karena pelanggaran terhadap hukum pidana (*jinayah*). Dalam istilah fikih, ganti rugi semacam ini biasa disebut dengan *diyat*. Seseorang yang melakukan pelanggaran dalam hukum pidana dapat dikenai sanksi berupa qisas maupun membayar *diyat*.

2. Ganti rugi Perdata

Ganti rugi perdata adalah ganti rugi yang terjadi karena pelanggaran terhadap hukum perdata Islam (*muamalah*). Dalam fikih, ganti rugi semacam ini biasa dikenal *dhaman*.

4) Ganti rugi menurut para ulama' fikih empat madhab

Imam Syafi'i mendefinisikan *dhaman* sebagai berikut: "Dhaman adalah akad yang menghendaki perikatan tanggung jawab atas hutang seseorang atau pengembalian suatu barang atau kehadiran seseorang".

---

<sup>57</sup> Aris Anwaril Muttaqin, *Op. Cit.*, hlm. 21.

Dari pengertian *dhaman* tersebut, *dhaman* dikelompokkan menjadi tiga:<sup>58</sup>

- 1) *Dhaman dain* (jaminan atas hutang seseorang), yaitu seorang penanggung harus membayar orang yang berhutang (debitur) kepada orang yang menagih hutang (kreditur). Jika salah satu pihak antara penanggung debitur sudah membayar hutang tersebut, maka pihak yang lain menjadi gugur kewajibannya. Itulah maksud dari kalimat ‘iltizamu haqqin sabitin.
- 2) *Dhaman raddul ‘ain* (jaminan dalam pengembalian barang), yaitu seperti pengembalian barang yang dirampas atau barang yang dipinjam. Begitu juga seperti yang berlaku pada barang pinjaman.
- 3) *Dhaman ihdaru syakhsin* (jaminan menghadirkan seseorang dalam sebuah tempat). *Dhaman* seperti biasa disebut *kafalah*.

Sedangkan menurut imam Malik dan pengikutnya mendefinisikan *dhaman*, *kafalah* dan *hamalah* sama yaitu hak seseorang untuk memperoleh jaminan dari penanggung atau pihak yang ditanggung, baik jaminan itu sudah ada maupun

---

<sup>58</sup> *Ibid.*, hlm 22.

belum. Berdasarkan pengertian diatas dhaman dibedakan menjadi tiga yaitu: <sup>59</sup>

- 1) *Dhaman al-mal*, adalah Jika seseorang menjadi penanggung atas harta orang lain (debitur), maka tanggungannya adalah melunasi harta tersebut sebagaimana debitur itu harus melunasinya secara mutlak, tanpa terpengaruh sesuatu yang lain.
- 2) *Dhaman al-wajh*, yaitu kewajiban/tanggungan untuk menghadirkan orang yang memiliki hutang (debitur) pada saat kehadirannya diperlukan. Tanggungan ini tidak sah selain dengan harta. Dan tanggungan harta tersebut tidak berlaku bagi penanggung, kecuali orang yang berhutang (debitur) tersebut tidak datang. Jika orang yang berhutang itu berhasil didatangkan, maka bagi penanggung tidak dibebani hutang (ganti rugi) lagi. Dengan demikian dhaman semacam ini sangat tergantung dengan kondisi hadir dan tidaknya orang yang ditanggung tersebut.
- 3) *Dhaman al-Talab*, yaitu kewajiban tanggungan bagi penanggung untuk mencarikan (mengadakan) barang baik yang sudah ada maupun belum. Tanggungan semacam ini

---

<sup>59</sup> *Ibid.*, hlm. 23.

tidaklah harus berupa harta. Penanggung tidak harus mengganti rugi dengan harta kecuali terdapat kelalaian dalam mendatangkan barang yang dipesannya, atau ada petunjuk kelalaiannya, seperti dia (penanggung) mengetahui tempatnya, tetapi meninggalkannya.

Tanggungannya semacam ini sangat tergantung pada hadir tidaknya barang yang dipesan seperti halnya pada *dhaman al-wajh*, dan bergantung pula pada kelalaian sipenanggung seperti halnya pada *dhaman thalab*.

Imam Ahmad mendefinisikan *dhaman* sebagai berikut: “*dhaman* adalah perikatan yang mewajibkan pemikulan beban bagi pihak lain (*damin*) namun tanggung jawab tetap ada pada pihak yang ditanggung (*madmun*) atau perikatan yang mewajibkan seseorang (*damin*) untuk menghadirkan orang yang dikehendaki”. Dari definisi tersebut, *dhaman* dapat dikelompokkan menjadi empat macam:<sup>60</sup>

2.1. *Dhaman al-duyun al-sabitah*, yaitu Jika seseorang menanggung hutang orang lain (debitur), maka dia wajib memikul tanggungan itu sama seperti tanggungan debitur tersebut. Tanggungan melunasi hutang tersebut tidak

---

<sup>60</sup> *Ibid.*, hlm. 24.

berpindah dari *madmun* (debitur) kepada *damin* (penanggung). Melainkan kewajiban melunasi hutang itu tetap ada pada debitur, sedangkan *dhaman* yang dibuat oleh penanggung itu juga tetap berlaku. Dengan demikian, *sahib al-dain* (kreditur) berhak menuntut kepada keduanya, baik penanggung maupun debitur. Jika debitur sudah terbebas dari tanggungan, baik dengan melunasi maupun *hiwalah*, maka tuntutan dari penanggung juga bebas, karena pada dasarnya, penanggung mengikuti kewajiban debitur.

2.2. *Dhaman ma yaulu ila al-wujub*, yaitu *dhaman* yang berubah menjadi kewajiban yang mana pada awalnya tidak wajib secara akad. Misalnya, *dhaman* untuk barang-barang yang *dighasab* atau dipinjam. Meski pada dasarnya barang-barang tersebut tidak wajib ditanggung oleh orang yang *mengghasab* atau meminjam, namun bisa berubah menjadi kewajiban, karena barang-barang itu wajib dikembalikan atau menanggung nilai barang tersebut ketika rusak.

2.3. *Dhaman duyun allati yajibu fi al-mustaqbal*, yaitu tanggungan hutang yang wajib dilunasi untuk masa yang

akan datang dengan menjaminkan apa yang harus dikerjakannya sebagai hutang. Misalnya, seseorang yang berprofesi sebagai pedagang, maka dia wajib menanggung (melunasi) apa yang harus dikerjakannya sebagai bentuk dari hutang perdagangan.

2.4. *Dhaman ihdaru man 'alaihi haqqun maliyun*, yaitu tanggungan untuk *menghadirkan* seseorang pada saat tertentu karena memiliki kewajiban atas harta (hutang). *Dhaman* semacam ini biasa disebut dengan *kafalah*. Dengan demikian pengertian tersebut mencakup semua macam *dhaman*.

Ulama' Hanafiah tidak membedakan antara pengertian *kafalah* dan *dhaman*. Dalam mengartikan *dhaman* terdapat dua pengertian berbeda diantaranya:<sup>61</sup>

- 1) *dhaman* adalah pemenuhan tanggung jawab atas suatu tuntutan, baik berupa orang, hutang maupun barang. Dengan demikian terdapat tiga macam *dhaman*, yaitu *dhaman bi al-nafs*, *dhaman bi al-dain* dan *dhaman bi al-ain*.
- 2) *dhaman* adalah pemenuhan tanggung jawab yang berasal

---

<sup>61</sup> *Ibid.*, hlm. 25.

dari hutang). Hanya *saja* pengertian pertama lebih *sahih* dibandingkan pengertian kedua, karena lebih umum sehingga mencakup tiga macam *dhaman* sekaligus.

Dari keempat pendapat madzhab diatas dapat ditarik kesimpulan secara umum bahwa *dhaman* (ganti rugi) dapat dibedakan menjadi tiga macam yaitu:

- 1) *Dhaman bi al-dain*, yaitu ganti rugi atas hutang seseorang (debitur), karena pihaknya tidak mampu melunasi hutang.
- 2) *Dhaman bi al-nafs*, yaitu *ganti* rugi dalam menghadirkan seseorang karena pihak yang hendak dihadirkan tidak datang.
- 3) *Dhaman bi al-ain*, yaitu ganti rugi dalam pengadaan barang karena barang yang dipesan mengalami kerusakan.
- 5) Ganti rugi berdasarkan bentuk kerugiannya

Berdasarkan bentuk kerugiannya, Dr. Ahmad Syarfuddin dalam karyanya, *Intiqal al-Haqq fi al-Ta'wid 'an al-darar al-adabi*, sebagaimana disampaikan oleh Aris Anwaril Muttaqin mengelompokan ganti rugi menjadi dua, yaitu:<sup>62</sup>

- 1) Ganti rugi *'an darar adabi*, yaitu ganti rugi terhadap

---

<sup>62</sup> *Ibid.*, hlm. 26.



kerugian yang tidak berupa harta. Kerugian yang tidak berupa harta dalam istilah fikih biasa disebut dengan *darar adabi*. Dengan demikian, *darar adabi* adalah segala kerugian yang menimpa perasaan maupun kehormatan manusia.

- 2) Ganti rugi *'an darar madi*, yaitu ganti rugi terhadap kerugian yang berupa harta. Kerugian berupa harta ini disebut dengan *darar madi*. Dengan demikian *darar madi* adalah segala kerugian yang menimpa badan maupun harta manusia. Hal itu dilihat dari berkurangnya hak kepemilikan harta atau hilangnya masalah yang mana kerugian itu dapat ditentukan dengan materi.

#### **2.5.4 Rukun Ganti Rugi**

Menurut KUH Perdata, ketentuan tentang ganti rugi karena akibat dari perbuatan melawan hukum tidak jauh berbeda dengan ganti rugi karena wanprestasi terhadap kontrak. Persyaratan-persyaratan terhadap ganti rugi menurut KUH Perdata, khususnya ganti rugi karena perbuatan melawan hukum adalah sebagai berikut: <sup>63</sup>

- a) Komponen kerugian

---

<sup>63</sup> Munir Fuady, *Op. Cit.*, hlm. 139.

Komponen dari suatu ganti rugi terdiri dari biaya, rugi dan bunga.

b) *Starting point* dan ganti rugi

*Starting point* atau saat mulainya dihitung adanya ganti rugi adalah sebagai berikut:

- 1) Pada saat dinyatakan wanprestasi, debitur tetap melalaikan kewajibannya.
- 2) Jika prestasinya adalah sesuatu yang harus diberikan, sejak saat dilampauinya tenggang waktu dimana sebenarnya debitur sudah dapat membuat atau memberikan prestasi tersebut.

c) Bukan karena alasan *force majeure*

Ganti rugi baru dapat diberikan kepada pihak korban jika kejadian yang menimbulkan kerugian tersebut tidak tergolong kedalam tindakan *force majeure*.

d) Saat terjadinya kerugian

Suatu ganti rugi hanya dapat diberikan terhadap kerugian sebagai berikut:

- 1) Kerugian yang telah benar-benar dideritanya
- 2) Terhadap kerugian karena kehilangan keuntungan atau pendapatan yang sedianya dapat dinikmati oleh korban.

e) Kerugiannya dapat diduga

Kerugian yang wajib diganti oleh pelaku perbuatan melawan hukum adalah kerugian yang dapat diduga terjadinya. Maksudnya adalah bahwa kerugian yang timbul tersebut haruslah diharapkan akan terjadi, atau patut diduga akan terjadi, dugaan mana sudah ada pada saat dilakukannya perbuatan melawan hukum tersebut.

Adapun dalam fikih klasik, Syaikh Al-Bujairami menyebutkan, unsur-unsur dalam ganti rugi (*rukun dhaman mal*) ada 5, yaitu: <sup>64</sup>

1. *Damin* (penanggung)
2. *Madmun lah* (pemilik piutang/kreditur)
3. *Madmun 'anh* (pemilik utang/debitur)
4. *Madmun bih* atau *madmun* (penyebab terjadinya *dhaman*/utang)
5. *Shighat* (*pernyataan*).

*Dhaman* seperti yang telah disebutkan oleh Syaikh Al-Bujairami lebih menitik beratkan pada arti akad penanggungan, bukan ganti rugi. Rukun tersebut sejalan dengan pengertian penanggungan, seperti yang disebutkan dalam Pasal 1820 KUH

---

<sup>64</sup> Aris Anwaril Muttaqin, *Op.cit.*, hlm. 28.

Perdata:<sup>65</sup>

“Penanggungan adalah suatu perjanjian dengan mana seorang pihak ketiga, guna kepentingan si berpiutang, mengikatkan diri untuk memenuhi perikatan si berpiutang manakala orang ini sendiri tidak memenuhinya.”

Sementara dalam fikih Islam kontemporer, rukun ganti rugi ada tiga, yaitu:<sup>66</sup>

1. *Muta'adi* (pihak pelaku), yaitu semua orang yang melanggar ketentuan syariat atau lalai dalam menunaikan kewajiban umum.
2. *Dharar* (timbul kerugian), yaitu kerugian yang timbul akibat perbuatan *ta'adi*.
3. *Madrur* (pihak yang dirugikan), yaitu semua orang yang tertimpa kerugian akibat perbuatan *muta'adi*.

Jika dikaitkan dengan rukun *dhaman* dalam terminologi fikih klasik, *muta'adi* mencakup: *damin* dan *madmun'anh*. Sedangkan *darar* mencakup *madmun* atau *madmun bih*. Adapun *madrur* adalah *madmun lah*. Adapun *sighat* merupakan syarat terpenuhinya akad *daman* (penanggungan), sehingga dengan *sighat* itu timbul kewajiban ganti rugi.

---

<sup>65</sup> Subekti, Tjitrosudibyo, *Kitab Undang-undang Hukum Perdata* Cet.25 (Jakarta:Pradnya Paramita,1992) , hlm. 387.

<sup>66</sup> Aris Anwaril Muttaqin, *Op.Cit.*, hlm. 28.

### 2.5.5 Menentukan takaran Ganti Rugi

Ganti rugi dibebankan kepada seseorang yang telah menimbulkan kerugian dengan maksud untuk menghilangkan dan mengganti kerugian orang lain yang menjadi korban. Oleh karena itu dalam menentukan ukuran besar-kecilnya ganti rugi harus berdasarkan asas keseimbangan dan keadilan, sesuai prinsip keadilan.

Menurut Asmuni, hitungan atau perkiraan (*al-taqdir*) ganti rugi sebagai berikut :<sup>67</sup>

- a) Perhitungan ganti rugi berdasarkan kesepakatan (*al-taqdir al-ittifaqi*).
- b) Penggantian ganti rugi dilakukan oleh hakim (*al-taqdir al-qadai*) yang mengacu pada ijtihad dan pendapatnya.
- c) Penghitungan sesuai dengan yang ditetapkan oleh pembuat Undang-Undang (*al-taqdir al-syar'i*).

Agar prinsip keseimbangan dan keadilan tersebut dapat diterapkan, maka dalam menghitung dan memperkirakan ganti rugi harus dipertimbangkan asas-asas sebagai berikut:<sup>68</sup>

1. Ganti rugi tidak dimaksudkan untuk memperkaya pihak yang dirugikan, menolongnya, atau memberikan *tabarru'*

---

<sup>67</sup> Asmuni, *Loc.Cit.*, hlm. 56.

<sup>68</sup> *Ibid.*, hlm. 56.

terhadapnya, namun dimaksudkan untuk mengembalikan keadaannya seperti sebelum terjadi kerugian dengan catatan jika hal itu memungkinkan.

2. Ganti rugi dibebankan kepada pihak yang mengakibatkan darar secara langsung. Adapun darar tidak langsung yang tidak dapat dinisbatkan kepada perbuatan *muta'addi*) tidak dapat dikenakan ganti rugi.
3. Hitungan dan perkiraan ganti rugi disesuaikan dengan tingkat *darar* yang ada, tidak lebih dan juga tidak kurang. Menyimpang prinsip ini dikategorikan "*aklu amwalinnas bi al-bathil*" atau memakan harta orang lain secara batil. Kecuali dalam kasus dimana tingkat *ta'addi*-nya sangat tinggi, ganti rugi perlu dilipat gandakan agar pelaku menjadi jera.

Sedangkan fatwa DSN MUI Nomor 43/DSN-MUI/VIII/2004 menetapkan ganti rugi (*ta'widh*) sebagai berikut:

- 1) 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 pada pihak lain.
- 2) Kerugian yang dapat dikenakan ganti rugi (*ta'widh*) adalah kerugian riil yang dapat diperhitungkan secara jelas termasuk

biaya-biaya riil yang dikeluarkan dalam rangka penagihan hak yang seharusnya dibayarkan.

- 3) Besar ganti rugi (*ta'widh*) adalah sesuai dengan nilai kerugian riil (*real loss*) yang pasti dialami (*fixed cost*), bukan kerugian yang diperkirakan akan terjadi (*potential loss*) karena adanya peluang yang hilang (*opportunity loss* atau *al-furshah al-dhahi'ah*).<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> Abdhul Ghofur Anshori, *Op. Cit.*, hlm. 316.