

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Nasib lembaga keuangan mikro baik Bank Perkreditan Rakyat (BPR), Bank Pembiayaan Rakyat Syariah (BPRS), serta Koperasi baik konvensional maupun syariah semakin hari kian memprihatinkan. Satu persatu lembaga keuangan tersebut berguguran. Semakin menurunnya jumlah BPR/BPRS ini disebabkan oleh banyak faktor. Faktor pertama adalah banyaknya kredit/pembiayaan yang bermasalah, disisi lain BPR/BPRS mengandalkan deposito yang mempunyai tingkat bunga tinggi, sehingga cost of fund lebih tinggi dibanding bank umum. Permasalah baru muncul yaitu ketika banyak bank umum mulai masuk ke sektor mikro yang selama ini digarap oleh BPR/BPRS.

Bank Indonesia (BI) sebagai Bank Sentral di Indonesia berfungsi untuk mengatur masalah-masalah yang berhubungan dengan keuangan secara luas, baik dalam negeri maupun ke luar negeri¹. Secara spesifik tugas-tugas Bank Indonesia sebagai bank to bank adalah mengatur, mengkoordinir, mengawasi serta memberikan tindakan kepada dunia perbankan. Dalam kaitan ini salah satu tugas BI adalah mencari solusi atas kesulitan Lembaga Keuangan Mikro (LKM) Syariah dalam mendapatkan modal usaha, agar perekonomian dalam negeri terus bergerak

¹ Kasmir, *Bank dan Lembaga Keuangan Lainnya*, (Jakarta : PT. RajaGrafindo Persada, 2002), hal. 167

ke arah yang lebih baik. Salah satu program BI dalam meningkatkan permodalan dan likuiditas lembaga keuangan mikro (LKM) syariah itu ialah melalui *linkage program*

Linkage Program bank umum syariah dan bank pembiayaan rakyat syariah (BPRS) sebenarnya sudah ada sejak tahun 2001, tetapi, waktu itu belum terorganisir dengan benar, baik secara konsep maupun mekanisme, *linkage program* mulai terorganisir rapih ketika Bank Indonesia (BI) meluncurkan Arsitektur Perbankan Indonesia (API) pada tahun 2004 dan *linkage* menjadi salah satu program dalam pilar API. Salah satu momentum yang juga kian membangkitkan semangat ber-*linkage* antara bank umum syariah dan BPRS adalah keluarnya *Generik Model Linkage Program*.

Linkage program adalah program pembiayaan yang bersifat kemitraan. Jadi, bank syariah mengeluarkan pembiayaan ke sektor riil secara tidak langsung. Pembiayaan ini disalurkan lewat agen atau perusahaan mitra (*two step financing*). Perusahaan mitra yang menjadi partner bank syariah bisa berupa Bank Pembiayaan Rakyat Syariah (BPRS), multifinance dan lembaga keuangan mikro syariah seperti Koperasi Jasa Keuangan Syariah (KJKS), unit jasa keuangan syariah (UJKS), koperasi pesantren (Kopontren) dan Baitul Mal wat Tamwil (BMT). Bank syariah juga bisa melakukan *Linkage Program* dengan lembaga non keuangan seperti perusahaan perkebunan inti plasma atau perusahaan *franchise*.²

² ib-bloggercompetition.kompasiana.com/2009/10/31/linkage-program-solusi-pembiayaan-bagi-hasil-20386.html diakses tanggal 21 Mei 2014 jam 17:20 WIB

Penerapan Linkage Program menggunakan 3 pola pembiayaan yaitu *executing*, *channeling* dan *joint financing*. Dalam Pola *Executing*, Bank Konvensional atau Bank Syariah memberikan pembiayaan kepada LKM untuk diteruskan kepada UMK. LKM diberikan kewenangan untuk memutuskan calon mitra yang akan mendapatkan fasilitas pembiayaan dan sebagai konsekuensinya risiko juga ditanggung oleh pihak BPR, dan untuk pencatatan di bank umum sebagai pembiayaan ke LKM.³

Dalam pola *Channeling*, Bank Konvensional atau Bank Syariah memberikan pembiayaan secara langsung kepada UMK sebagai end user melalui LKM yang bertindak sebagai wakil dari Bank tersebut. Dalam pola ini risiko ditanggung oleh bank sehingga LKM tidak memiliki kewenangan memutuskan pembiayaan kecuali setelah mendapatkan surat kuasa dari bank umum dan pencatatan di bank umum sebagai pembiayaan ke UMK sedangkan LKM dicatat pada *off balance sheet*.⁴

Dalam pola *Joint Financing* pembiayaan dilakukan bersama antara Bank Konvensional atau Bank Syariah dan LKM dalam membiayai UMK, dimana resiko ditanggung bersama oleh kedua belah pihak sesuai porsinya masing-masing sehingga kewenangan memutuskan pembiayaan ada pada bank umum dan LKM dan untuk pencatatan di bank umum sebagai pembiayaan ke UMK sedangkan pencatatan di LKM pada *off balance sheet*.⁵

³ Bank Indonesia, *Generic Model Linkage Program* (Antara BUS/UUS dan BPRS), (t.t.:Bank Indonesia, t.th), hlm. 15

⁴ Ibid., hlm. 15

⁵ Ibid., hlm 15

Salah satu bank umum syariah yang menyalurkan pembiayaan kepada lembaga keuangan mikro (LKM) syariah adalah Bank Muamalat, Produk pembiayaan linkage program pada Bank Muamalat Indonesia bernama Pembiayaan Jangka Pendek BPRS iB. Pembiayaan Jangka Pendek BPRS iB adalah produk pembiayaan kepada Bank Pembiayaan Rakyat Syariah (BPRS) untuk memenuhi kebutuhan modal kerja BPRS yang bersifat sementara (jangka pendek) dan untuk memenuhi kebutuhan modal kerja yang akan disalurkan oleh BPRS ke end-user dengan pola executing.⁶ Bank Muamalat Indonesia mulai memasarkan produk pembiayaan linkage program ini sejak tahun 2016.

Linkage Program pola executing yang dijalankan oleh Bank Muamalat menggunakan tiga skim yakni mudharabah, murabahah dan ijarah multijasa. Akad mudharabah dilakukan oleh Bank Muamalat dengan BPRS, sedangkan akad murabahah dan ijarah multijasa digunakan pada penyaluran pembiayaan dari BPRS kepada nasabah end user. Legalitas syariah dari Akad pembiayaan Mudharabah dalam linkage program ini didasarkan pada Fatwa DSN-MUI No. 07/DSN-MUI/IV/2000 tentang Pembiayaan Mudharabah (Qiradh). Penggunaan akad murabahah dan ijarah multijasa ini disesuaikan dengan tujuan penggunaan dana oleh end user, hal ini dilakukan dalam upaya penekanan kesesuaian prinsip syariah dalam setiap transaksi yang dilakukan oleh Bank Muamalat.

Mudharabah adalah suatu transaksi pembiayaan berdasarkan prinsip syariah, yang digunakan sebagai transaksi pembiayaan perbankan syariah yang

⁶ Bank Muamalat Indonesia, 2016, Pembiayaan Jangka Pendek BPRS iB, <http://www.bankmuamalat.co.id/pembiayaan-retail/pembiayaan-jangka-pendek-bprs-ib>, diakses pada tanggal 18 Desember 2016 pukul 15.22 WIB

dilakukan oleh para pihak berdasarkan kepercayaan. Kepercayaan atau trust merupakan unsur yang terpenting dalam transaksi pembiayaan mudharabah, yaitu kepercayaan dari shahibul maal kepada mudharib. Kepercayaan merupakan unsur terpenting karena dalam transaksi mudharabah shahibul maal tidak boleh meminta jaminan atau agunan dari mudharib dan tidak boleh ikut campur di dalam pengelolaan proyek atau usaha yang notabene dibiayai dengan dana shahibul maal.

Apabila usaha tersebut mengalami kegagalan, sehingga karena itu terjadi kerugian yang sampai mengakibatkan sebagian atau bahkan seluruh modal yang ditanam oleh shahibul maal habis, maka yang menanggung kerugian keuangan hanya shahibul maal sendiri, sedangkan mudharib sama sekali tidak menanggung atau tidak harus mengganti kerugian atas modal yang hilang, kecuali apabila kerugian tersebut terjadi sebagai akibat kecurangan yang dilakukan oleh mudharib. Apabila mudharib melakukan kecurangan, maka kerugian yang timbul ditanggung oleh mudharib.

Dari keterangan di atas dapatlah dimengerti bahwa tanpa adanya unsur kepercayaan dari shahibul maal kepada mudharib, maka perjanjian transaksi mudharabah tidak akan terjadi. Oleh karena unsur kepercayaan merupakan unsur penentu, maka dalam perjanjian mudharabah, shahibul maal dapat mengakhiri perjanjian mudharabah secara sepihak apabila shahibul maal tidak lagi memiliki kepercayaan kepada mudharib.

Pembiayaan dengan skim mudharabah adalah pembiayaan dengan skim yang paling sulit dalam penyalurannya, karena 100% modal dari bank dan bila terjadi kerugian sepenuhnya ditanggung oleh bank. *Mudharabah* dapat dikatakan sebagai kontrak yang didasarkan atas kepercayaan bank yang sangat tinggi kepada debitur. Oleh karena itu sekali saja debitur melakukan *moral hazard*, maka bank berada dalam resiko yang juga sangat tinggi. Debitur bisa saja memanipulasi laporan keuangan agar keuntungan yang dibagihasikan menjadi lebih kecil dari yang seharusnya, dengan demikian bank mendapat bagi hasil yang lebih kecil dan debitur mendapat bagian yang lebih besar. Hal yang lebih gawat lagi, debitur bisa saja menampilkan adanya kerugian yang ujungnya berakibat tidak kembalinya dana yang disalurkan bank kepada debitur.⁷

Risiko dalam konteks perbankan merupakan suatu kejadian potensial, baik yang dapat diperkirakan maupun yang tidak dapat diperkirakan yang berdampak negatif terhadap pendapatan dan permodalan bank. Risiko-risiko tersebut tidak dapat dihindari, tetapi dapat dikelola dan dikendalikan. Ibarat suatu koin, imbal hasil dan resiko akan senantiasa melekat pada suatu bisnis. Islam mengakui adanya keuntungan sebagaimana diakuinya resiko. Dalam suatu kaedah fikih disebutkan “*al ghunmu bil ghurmi*” dan “*al kharaju bidh dhamani*” atau dikenal dengan istilah keuangan modern dengan “*risk-return trade-off*”. Karenanya, penerapan manajemen risiko yang andal sama pentingnya dengan penetapan berbagai strategi bisnis untuk optimalisasi imbal hasil.

⁷ Imam Wahyudi - Miranti Kartika Dewi - Fenny Rosmanita - Muhammad Budi Prasetyo - Niken Iwani Surya Putri, Banu Muhammad Haidir, *Manajemen Risiko Bank Islam*, Muamalat Institute, Salemba Empat 2013, Hal. 180

B. Pokok Permasalahan

Berdasarkan uraian tersebut diatas dapat dirumuskan permasalahan sebagai berikut :

1. Bagaimanakah penerapan Fatwa DSN-MUI Nomor 07/DSN/MUI/2000 dalam Perjanjian pembiayaan linkage program dengan pola executing antara Bank Umum Syariah dengan Lembaga Keuangan Mikro (LKM) Syariah pada PT. Bank Muamalat Indonesia, Tbk Cabang Padang?
2. Bagaimanakah penyelesaian pembiayaan Linkage program dengan pola executing antara Bank Umum Syariah dengan Lembaga Keuangan Mikro (LKM) Syariah yang bermasalah pada PT. Bank Muamalat Indonesia, Tbk Cabang Padang?

C. Tujuan Penelitian

Sudah barang tentu dalam setiap penulisan karya ilmiah itu mempunyai tujuan yang hendak dicapai, adapun yang menjadi tujuan penelitian ini adalah :

1. Mengetahui Bagaimana penerapan Fatwa DSN-MUI Nomor 07/DSN/MUI/2000 dalam Perjanjian pembiayaan linkage program dengan pola executing antara Bank Umum Syariah dengan Lembaga Keuangan Mikro (LKM) Syariah pada PT. Bank Muamalat Indonesia, Tbk Cabang Padang?

2. Mengetahui tentang bagaimana proses penyelesaian pembiayaan Linkage program dengan pola executing antara Bank Umum Syariah dengan Lembaga Keuangan Mikro (LKM) Syariah yang bermasalah pada PT. Bank Muamalat Indonesia, Tbk Cabang Padang?

D. Manfaat Penelitian

Penelitian ini diharapkan dapat memberikan manfaat bagi orang lain, secara umum manfaat yang diharapkan adalah sebagai berikut :

1) Secara Teoritis

- a. Secara teoritis penelitian ini ditujukan sebagai sarana untuk mengembangkan pengetahuan dan teori yang diperoleh di Perguruan Tinggi guna disajikan sebagai bahan studi ilmiah dalam rangka penelitian lebih lanjut terutama yang berkaitan dengan penerapan Fatwa DSN-MUI Nomor 07/DSN/MUI/2000 dalam Perjanjian pembiayaan Linkage Program dengan Pola Executing antara Bank Umum Syariah dengan Lembaga Keuangan Mikro (LKM) Syariah.
- b. Memberikan sumbangan dan masukan pemikiran serta literatur di bidang ilmu pengetahuan hukum, khususnya hukum perbankan syariah.

2) Secara Praktis

- a. Memberi pengetahuan mengenai penerapan Fatwa DSN-MUI Nomor 07/DSN/MUI/2000 dalam perjanjian pembiayaan Linkage Program dengan pola executing antara Bank Umum Syariah dengan Lembaga Keuangan Mikro (LKM) Syariah pada PT. Bank Muamalat Indonesia, Tbk Cabang Padang.
- b. Penelitian yang dilakukan dapat bermanfaat bagi masyarakat serta dapat digunakan sebagai informasi ilmiah.

E. Metode Penelitian

Penelitian merupakan suatu sarana pokok dalam pengembangan ilmu pengetahuan maupun teknologi.⁸ Penelitian adalah suatu kegiatan ilmiah yang berkaitan dengan analisa dan konstruksi yang dilakukan secara metodologis, sistematis dan konsisten.⁹ Oleh karena penelitian merupakan sarana (ilmiah) bagi pengembangan ilmu pengetahuan dan teknologi, maka metodologi penelitian yang diterapkan harus senantiasa disesuaikan dengan ilmu pengetahuan yang menjadi induknya.¹⁰ Metodologi dalam suatu penelitian berfungsi untuk memberikan pedoman bagi ilmuwan tentang tata cara mempelajari, menganalisis, dan

⁸ Saoejono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, ed 1, Cetakan ke-13, Jakarta, Raja Grafindo Persada, 2011, hlm 1

⁹ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Cetakan ke-3, UI Press, Jakarta, 1984, hlm. 42

¹⁰ Soekanto dan Sri Mamudji, *loc.Cit.*

memahami lingkungan yang dihadapinya. Metodologi merupakan suatu unsur mutlak yang harus ada dalam penelitian dan pengembangan ilmu pengetahuan.¹¹

Untuk memperoleh hasil yang maksimal dan menuju kesempurnaan penulisan ini sehingga berhasil mencapai sasaran dan sesuai dengan judul yang telah ditetapkan maka diusahakan memperoleh dan menyimpulkan data yang dianggap relevan, dalam metode penelitian ini menyangkut beberapa hal diantaranya :

a. Pendekatan Penelitian

Metode penelitian merupakan unsur yang harus ada dalam penelitian, sejalan dengan hal ini maka perlu dipergunakan metode penelitian agar hasil penelitian dapat dipertanggungjawabkan.

Metode penelitian yang digunakan ini merupakan penelitian yang menggunakan pendekatan yuridis empiris yaitu penelitian hukum mengenai pemberlakuan atau implementasi ketentuan hukum normatif secara in action pada setiap peristiwa hukum tertentu yang terjadi dalam masyarakat

b. Jenis Data

Untuk mendapatkan data guna menjawab permasalahan yang diajukan dalam penelitian ini, maka jenis data yang penulis gunakan adalah :

¹¹ Soekanto, *loc.Cit*, hlm. 7

1. Data Primer, yaitu data yang diperoleh peneliti secara langsung (dari tangan pertama), penelitian ini akan dilakukan di PT. Bank Muamalat Indonesia, Tbk Kantor Cabang Padang, dimana akan dilakukan penelitian melalui wawancara terhadap pihak-pihak yang ada hubungannya dengan topic yang akan dibahas, dalam hal ini penulis akan melakukan wawancara dengan Financing Risk Officer PT. Bank Muamalat Indonesia, Tbk Kantor Cabang Padang.

2. Data Sekunder, yaitu data yang diperoleh peneliti dari sumber yang sudah ada, yang terdiri dari ;

a) Bahan Hukum Primer, yaitu bahan yang berasal dari peraturan-peraturan dan ketentuan hukum yang berkaitan dengan permasalahan yang penulis teliti, yakni :

1) Fatwa Dewan Syariah Nasional No : 07/DSN-MUI/IV/2000 tentang Pembiayaan Murdharabah

2) Undang-undang No. 21 Tahun 2008 Tanggal 16 Juli 2008 Tentang Perbankan Syariah.

3) Generic Model Linkager Program

4) Peraturan Bank Indonesia No. 13/13/PBI/2011 tanggal 24 Maret 2011 tentang Penilaian Kualitas Aktiva bagi Bank Umum Syariah dan Unit Usaha Syariah.

- 5) Peraturan Bank Indonesia No. 10/18/PBI/2008 tanggal 25 September 2008 tentang Restrukturisasi Pembiayaan bagi Bank Syariah dan Unit Usaha Syariah
 - 6) Peraturan Bank Indonesia No. 13/09/PBI/2011 tentang perubahan atas Peraturan Bank Indonesia No. 10/18/PBI/2008 tanggal 25 September 2008 tentang Restrukturisasi Pembiayaan bagi Bank Syariah dan Unit Usaha Syariah
 - 7) Surat Edaran Bank Indonesia No. 10/34/DPbS tanggal 22 Oktober 2008 perihal Restrukturisasi Pembiayaan bagi Bank Syariah dan Unit Usaha Syariah.
 - 8) Surat Edaran Bank Indonesia No. 13/18/DPbS tanggal 30 Mei 2011 tentang perubahan atas Surat Edaran Bank Indonesia No. 10/34/DPbS tanggal 22 Oktober 2008 perihal Restrukturisasi Pembiayaan bagi Bank Syariah dan Unit Usaha Syariah.
- c) Bahan hukum sekunder, yaitu bahan-bahan penelitian yang diperoleh dari literatur dan hasil penelitian seperti buku-buku, makalah, jurnal, maupun hasil penelitian yang ditulis oleh para ahli hukum yang berkaitan dengan judul penulis.
- d) Bahan Hukum tersier, yaitu bahan hukum yang memberikan petunjuk-petunjuk dan sebagai penunjang terhadap bahan hukum primer atau sekunder, seperti Kamus Hukum, Kamus Ekonomi, Kamus Bahasa Inggris.

c. Sumber Data

Sumber data ini berasal dari penelitian ;

1. Penelitian Kepustakaan (*library research*)

Pengumpulan bahan hukum dalam penulisan ini dilakukan melalui serangkaian aktivitas pengumpulan bahan-bahan yang dapat membantu terselenggaranya penulisan, terutama dengan melakukan Penelitian Kepustakaan.

Penulis melakukan analisa terhadap dokumen-dokumen kepustakaan yang merupakan bahan hukum primer, kemudian dikelompokkan atau diidentifikasi sesuai dengan topik yang dibahas. Tujuan dan kegunaan penelitian kepustakaan pada dasarnya adalah menunjukkan jalan pemecahan permasalahan penulisan.¹²

2. Studi Lapangan (*field research*)

Dalam penelitian lapangan ini, penulis akan melakukan penelitian di instansi terkait yaitu PT. Bank Muamalat Indonesia, Tbk Kantor Cabang Padang.

¹² Bambang Sunggono, 2003, Meodologi Penelitian Hukum, Raja Grafindo Persada, Jakarta. Hal 115

d. Teknik Pengumpulan Data

1. Studi Dokumen

Studi dokumen ini dilakukan dengan cara mengumpulkan dokumen-dokumen atau berkas-berkas yang berkaitan dengan objek yang akan diteliti, seperti Kebijakan Umum Pembiayaan, Fatwa Dewan Syariah Nasional dan lain-lain.

2. Interview (wawancara)

Merupakan pengumpulan data dengan cara menanyakan hal-hal yang ingin diketahui kepada pihak-pihak yang berkompeten dan mengetahui hal tersebut antara lain Financing Risk Officer. Wawancara dilakukan dengan menggunakan pedoman wawancara yaitu daftar pertanyaan yang disusun secara terbuka. Dan wawancara dilakukan dengan cara wawancara bebas dimana penulis melakukan wawancara terhadap beberapa responden yang dipilih secara random (acak). Responden yang diwawancarai dalam penelitian ini adalah Financing Risk Officer PT. Bank Muamalat Indonesia, Tbk Kantor Cabang Padang.

F. Kerangka Teoritis dan Konseptual

1. Kerangka Teoritis

Dalam penelitian dan penulisan tesis ini penulis menggunakan beberapa teori yang terkait dengan permasalahan yang dirumuskan. Teori-teori

ini diharapkan dapat membantu menjawab persoalan yang akan dipaparkan pada bagian pembahasan nanti

a. Teori Kebebasan Berkontrak

Kebebasan berkontrak merupakan asas yang menduduki posisi sentral di dalam hukum kontrak, meskipun hal ini tidak dituangkan menjadi aturan hukum mempunyai pengaruh yang sangat kuat dalam hubungan kontraktual para pihak. Asas ini dilatarbelakangi oleh paham individualism yang secara embrional lahir dalam zaman Yunani, dilanjutkan oleh kaum *Epicuristen* dan berkembang pesat pada zaman Renaissance (dan semakin ditumbuhkembangkan pada zaman Aufklärung) melalui antara lain ajaran-ajaran Hugo de Groot, Thomas Hobbes, John Locke dan Rousseau. Perkembangan ini mencapai puncaknya setelah periode Revolusi Prancis.¹³ Menurut paham individualisme, setiap orang bebas untuk memperoleh apa yang dikehendakinya. Dalam hukum kontrak asas ini diwujudkan dalam “kebebasan berkontrak”. Teori *laissez faire* menganggap bahwa the invisible hand akan menjamin kelangsungan jalannya persaingan bebas. Karena pemerintah sama sekali tidak boleh mengadakan intervensi di dalam kehidupan (sosial ekonomi) masyarakat. Paham individualisme memberikan peluang yang luas kepada golongan kuat (ekonomi) untuk menguasai golongan lemah (ekonomi). Pihak yang kuat menentukan kedudukan pihak

¹³ Mariam Darus Badruzaman, *Kompilasi Hukum Perikatan*, Bandung : Citra Aditya Bakti, 2001, hlm. 110

yang lemah. Pihak yang lemah berada dalam cengkaman pihak yang kuat, diungkapkan dalam *exploitation de homme par l'homme*.

Pada akhir abad ke-19, akibat desakan paham etis dan sosialis, paham individualisme mulai pudar, terlebih-lebih sejak berakhirnya Perang Dunia II. Paham ini tidak mencerminkan keadilan. Masyarakat ingin pihak yang lemah lebih banyak mendapat perlindungan. Oleh karena itu, kehendak bebas tidak lagi diberi arti mutlak. Akan tetapi diberi arti relatif dikaitkan selalu dengan kepentingan umum. Pengaturan substansi kontrak tidak semata-mata dibiarkan kepada para pihak namun perlu diawasi. Pemerintah sebagai pengemban kepentingan umum menjaga keseimbangan kepentingan individu dan kepentingan masyarakat. Melalui penerobosan hukum kontrak oleh pemerintah terjadi pergeseran hukum kontrak ke bidang hukum publik. Melalui campur tangan pemerintah ini terjadi pemasyarakatan (*vermestchappelijking*) hukum kontrak.

Kebebasan berkontrak pada dasarnya merupakan perwujudan dari kehendak bebas, pancaran hak asasi manusia yang perkembangannya dilandasi semangat liberalisme yang mengagungkan kebebasan individu. Perkembangan ini seiring dengan penyusunan BW di Negeri Belanda, dan semangat liberalisme ini juga dipengaruhi semboyan Revolusi Prancis "*liberte, egalite et fraternite*" (kebebasan, persamaan dan persaudaraan). Menurut paham individualisme setiap orang bebas untuk memperoleh apa

yang dikehendaki, sementara itu didalam hukum perjanjian falsafah ini diwujudkan dalam asas kebebasan berkontrak.¹⁴

Buku III BW menganut system terbuka, artinya hukum member keleluasaan kepada para pihak untuk mengatur sendiri pola hubungan hukumnya, apa yang diatur dalam Buku III BW hanya sekedar mengatur dan melengkapi (*regelend recht - aanvullendrecht*).

System terbuka Buku III BW ini tercermin dari substansi Pasal 1338 (1) BW yang menyatakan bahwa “semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya”. Menurut Subekti,¹⁵ cara menyimpulkan asas kebebasan berkontrak adalah dengan jalan menekankan pada perkataan “semua” yang ada dimuka perkataan “perjanjian”. Dikatakan bahwa Pasal 1338 Ayat (1) itu seolah-olah membuat suatu pernyataan (proklamasi) bahwa kita diperbolehkan membuat perjanjian apa saja dan itu akan mengikat kita sebagaimana mengikatnya undang-undang.

Dengan demikian menurut asas kebebasan berkontrak seseorang pada umumnya mempunyai pilihan bebas untuk mengadakan perjanjian. Di dalam asas ini terkandung suatu pandangan bahwa orang bebas untuk melakukan atau tidak melakukan perjanjian, bebas dengan siapa ia mengadakan perjanjian, bebas tentang apa yang diperjanjikan dan bebas untuk menetapkan

¹⁴ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas dalam Hukum Kontrak Komersial*, Jakarta: Kencana, 2011, hlm. 108

¹⁵ Subekti, *Aneka Perjanjian*, Cet. Keenam, Alumni, Bandung, 1995, hlm. 4-5

syarat-syarat perjanjian. Menurut Sutan Remi Sjahdeini¹⁶ asas kebebasan berkontrak menurut hukum perjanjian Indonesia meliputi ruang lingkup sebagai berikut :

- a. Kebebasan untuk membuat atau tidak membuat perjanjian.
- b. Kebebasan untuk memilih pihak dengan siapa ia ingin membuat perjanjian
- c. Kebebasan untuk menentukan atau memilih kuasa dari perjanjian yang akan dibuatnya.
- d. Kebebasan untuk menentukan objek perjanjian
- e. Kebebasan untuk menentukan bentuk suatu perjanjian.
- f. Kebebasan untuk menerima atau menyimpangi ketentuan undang-undang yang bersifat opsional (*aanvullend, optional*)

Namun yang penting untuk diperhatikan bahwa kebebasan berkontrak sebagaimana tersimpul dari ketentuan Pasal 1338 (1) BW tidaklah berdiri dalam kesendiriannya. Asas tersebut berada dalam satu system yang utuh dan padu dengan ketentuan lain terkait. Dalam praktek dewasa ini, acap kali asas kebebasan berkontrak kurang dipahami secara utuh, sehingga banyak memunculkan (kesan) pola hubungan kontraktual yang tidak seimbang dan berat sebelah. Kebebasan berkontrak didasarkan pada asumsi bahwa para pihak dalam kontrak memiliki posisi tawar (*bargaining position*) yang seimbang, tetapi dalam kenyataannya para pihak tidak selalu memiliki posisi tawar yang seimbang.

¹⁶ Sutan Remi Sjahdeini, *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan yang Seimbang bagi Para Pihak dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia*, Jakarta : Institut Bankir Indonesia, 1993, hlm. 47

Dalam hukum Islam kebebasan berakad (*Mabda' Hurriyah at Ta'aqud*) merupakan prinsip dasar hukum perjanjian Islam, dalam artian para pihak bebas membuat suatu perjanjian atau akad (*freedom of making contract*). Bebas dalam menentukan objek perjanjian dan bebas menentukan dengan siapa ia akan membuat perjanjian, serta bebas menentukan bagaimana cara menentukan penyelesaian sengketa jika terjadi di kemudian hari.

Asas kebebasan berkontrak dalam hukum Islam dibatasi oleh ketentuan syariah Islam. Dalam membuat perjanjian ini tidak boleh ada unsur paksaan, kekhilafan dan penipuan.

Dasar hukum mengenai asas ini tertuang dalam Al-Qur'an Surat Al-Baqarah ayat 256, yang artinya sebagai berikut :¹⁷

“Tidak ada paksaan untuk (memasuki) agama (Islam), sesungguhnya telah jelas jalan yang benar dari pada jalan yang sesat.....”

Adanya kata-kata tidak ada paksaan ini, berarti Islam menghendaki dalam hal perbuatan apapun harus didasari oleh kebebasan untuk bertindak, sepanjang itu benar dan tidak bertentangan dengan nilai-nilai syariah.

b. Asas Kesepakatan (Konsensualisme)

Asas konsensualisme dapat disimpulkan dalam Pasal 1320 ayat (1) KHUPerdata. Dalam pasal itu ditentukan bahwa salah satu syarat sahnya perjanjian, yaitu adanya kesepakatan kedua belah pihak. Asas konsensualisme merupakan asas yang menyatakan bahwa perjanjian pada umumnya tidak

¹⁷ Yayasan Penyelenggara Penterjemah Al-Qur'an, 1989, *Al-Qur'an dan Terjemahannya*, Semarang : CV. Toha Putra, hal 63.

diadakan secara formal, tetapi cukup dengan adanya kesepakatan kedua belah pihak. Kesepakatan merupakan persesuaian antara kehendak dan pernyataan yang dibuat oleh kedua belah pihak.¹⁸

Para ahli hukum Islam biasanya menyimpulkan asas konsensualisme dari dalil-dalil hukum berikut :¹⁹

- 1) Firman Allah, “Wahai orang-orang beriman, janganlah kamu memakan harta sesamamu dengan jalan batil, kecuali (jika makan harta sesamamu itu dilakukan) dengan cara tukar menukar berdasarkan perizinan timbal balik (kata sepakat) diantara kamu” (QS. 4:29).
- 2) Firman Allah “kemudian jika mereka menyerahkan kepadamu sebagian dari mas kawin itu atas dasar senang hati (perizinan, consent), maka makanlah (ambillah) pemberian itu sebagai suatu yang sedap lagi baik akibatnya” (QS. 4:4)
- 3) Sabda Nawi SAW, Sesungguhnya jual beli itu berdasarkan kata sepakat (Hadis riwayat Ibn Hibban dan Ibn Majah)
- 4) Kaidah hukum Islam, pada dasarnya perjanjian (akad) itu adalah kesepakatan para pihak dan akibat hukumnya adalah apa yang mereka tetapkan melalui janji.

¹⁸ Salim H.S., *Hukum Kontrak Teori dan Teknik Penyusunan Kontrak*, Sinar Grafika, Jakarta: 2003, hlm. 10

¹⁹ Syamsul Anwar, *Hukum Perjanjian Syariah Studi tentang teori Akad dalam Fikih Muamalat*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta : 2007, hlm. 87

Kutipan ayat pada angka 1) di atas menunjukkan antara lain bahwa setiap pertukaran secara timbal balik diperbolehkan dan sah selama didasarkan atas kesepakatan. Ayat pada angka 2) menunjukkan bahwa suatu pemberian adalah sah apabila didasarkan kepada perizinan (rela hati) si pemberi. Mengenai kedua ayat ini Ibn Taimiyah (w. 728/1328) menyatakan

..... Dan oleh karena kerelaan hati itulah yang menjadi sebab dibolehkannya makan mahar, maka seluruh akad Tabaru' (cuma-cuma) lainnya, dengan jalan melakukan qiyas (analogi) atas dasar illat yang dinaskan dan ditunjukkan oleh Alqur'an, adalah sama dengan ini. Begitu juga firman Nya kecuali (jika makan harta sesama itu dilakukan) dengan jalan tukar menukar atas dasar perizinan timbal balik (kata sepakat) dari kamu hanya mensyaratkan kata sepakat dalam tukar menukar kebendaan.

Pada bagian lain Ibn Taimiyah menegaskan lagi,

..... Allah memandang cukup perizinan timbal balik untuk jual beli dalam firman-Nya "Kecuali dengan jalan tukar menukar atas dasar perizinan timbal balik dari kamu dan memandang cukup kerelaan hati (consent) untuk tabaru' dalam firman-Nya, kemudian jika mereka menyerahkan kepadamu sebagian dari mas kawin itu atas dasar senang hati (perizinan, consent) maka makanlah (ambillah) pemberian itu sebagai suatu yang sedap lagi baik akibatnya. Jadi ayat pertama adalah mengenai jenis akad atas beban (muawadah) dan ayat kedua mengenai jenis akad Tabru'..."

Hadis Nabi SAW pada angka 3) dengan jelas menunjukkan bahwa akad jual beli didasarkan kepada perizinan timbal balik (kata sepakat). Meskipun hanya akad jual beli saja yang disebutkan dalam hadis ini, namun untuk akad-akad yang lain diqiyaskan (dianalogikan) kepada akad jual beli, sehingga dengan dasar analogi itu akad-akad lain juga didasarkan kepada kata sepakat.

Kaidah hukum Islam pada angka 4) secara amat tegas menyatakan bahwa perjanjian itu pada dasarnya adalah kesepakatan para pihak, sehingga bila telah tercapai kata sepakat para pihak, maka terciptalah suatu perjanjian.

c. Teori Keadilan Sebagai Landasan Hubungan Kontraktual

Pembahasan tentang hubungan kontraktual para pihak pada hakikatnya tidak dapat dilepaskan dalam hubungannya dengan masalah keadilan. Kontrak sebagai wadah yang mempertemukan kepentingan satu pihak dengan pihak lain menurut bentuk pertukaran kepentingan yang adil. Oleh karena itu, sangat tepat dan mendasar apabila dalam melakukan analisis tentang asas proporsionalitas dalam kontrak justru dimulai dari aspek filosofis keadilan berkontrak.

Pertanyaan seputar apa itu “keadilan” adalah sebuah pertanyaan yang acap kali kita dengar, namun pemahaman yang tepat justru rumit bahkan abstrak, terlebih apabila dikaitkan dengan berbagai kepentingan yang demikian kompleks.²⁰ Keadilan menurut Aristoteles, dalam karyanya “*nichomachean Ethics*” artinya berbuat kebajikan atau dengan kata lain keadilan adalah kebajikan yang utama. Menurut Aristoteles “*justice consists in treating equals equally and unequals unequally, in proportion to their inequality.*” prinsip ini beranjak dari asumsi “untuk hal-hal yang sama

²⁰ Robert Reiner dalam tulisannya berjudul “justice’ menggambarkan perdebatan tentang keadilan sebagai suatu “*essentially contested concept,*” hal ini bermakna bahwa sebagai sebuah konsep, keadilan merupakan konsep abstrak dan interpretatif-visioner (ditentukan oleh pemahaman dan cara pandang masing-masing). Dalam James Penner et al. (editors), *Introduction to Jurisprudence and Legal Theory (Commentary and Materials)*, Butterworths, London, 2002, hlm. 719. Menurut Plato, keadilan merupakan bagian dari virtue (kebajikan). Periksa Burhanuddin Salam, *Etika Sosial*, Jakarta : Rineka Cipta, 1997, hlm. 117.

diperlakukan secara sama, dan yang tidak sama juga diperlakukan tidak sama, secara proporsional.”

Sementara itu pembagian keadilan menurut pengarang modern, antara lain sebagaimana yang dilakukan oleh John Boatright dan Manuel Velasquez, yaitu :

- a. Keadilan distributif (*distributive justice*), mempunyai pengertian yang sama pada pola tradisional, dimana *benefits and burdens* harus dibagi secara adil.
- b. Keadilan Retributif (*retributive justice*), berkaitan dengan terjadinya kesalahan, dimana hukum atau denda dibebankan kepada orang yang bersalah haruslah bersifat adil.
- c. Keadilan kompensatoris (*compensatory justice*), menyangkut juga kesalahan yang dilakukan, tetapi menurut aspek lain, dimana orang mempunyai kewajiban moral untuk memberikan kompensasi atau ganti rugi kepada pihak lain yang dirugikan.

Keadilan adalah tujuan yang hendak diwujudkan oleh semua hukum, dalam hukum Islam, keadilan langsung merupakan perintah Alqur'an yang menegaskan "*Berlaku adillah, karena adil itu lebih dekat kepada takwa*" (QA. 5:8), keadilan merupakan sendi setiap perjanjian yang dibuat oleh para pihak. Seringkali di zaman modern akad ditutup oleh satu pihak dengan pihak lain tanpa ia memiliki kesempatan untuk melakukan negosiasi mengenai klausul akad tersebut, karena klausul akad itu telah dibakukan oleh pihak lain.

Tidak mustahil bahwa dalam pelaksanaannya akan timbul kerugian kepada pihak yang menerima syarat baku itu karena didorong kebutuhan. Dalam hukum islam kontemporer telah diterima suatu asas bahwa demi keadilan syarat baku itu dapat diubah oleh pengadilan apabila memang ada alasan untuk itu.²¹

d. Teori Pertukaran dan Teori Percampuran

Berdasarkan tingkat kepastian dari hasil yang diperolehnya, kontrak/akad dapat dibagi ke dalam dua kelompok besar, yaitu²² :

- I. *Natural Certainty Contracts*; dan
- II. *Natural Uncertainty Contracts*

Natural Certainty Contracts adalah kontrak/akad dalam bisnis yang memberikan kepastian pembayaran, baik dari segi jumlah (*amount*) maupun waktunya (*timing*). *Cash flow*-nya bisa diprediksi dengan relatif pasti, karena sudah disepakati oleh kedua belah pihak yang bertransaksi di awal akad. Kontrak-kontrak ini secara “sunnatullah” (*by their nature*) menawarkan return yang tetap dan pasti. Jadi sifatnya *fixed and predetermined*. Objek pertukarannya (baik barang maupun jasa) harus ditetapkan diawal akad dengan pasti, baik jumlahnya (*quantity*), mutunya (*quality*), harganya (*price*), dan waktu penyerahannya (*time of delivery*). Yang termasuk dalam kategori ini adalah kontrak-kontrak jual beli, upah-mengupah, dan sewa menyewa.

²¹ Syamsul Anwar, *Op. Cit.*, hlm. 92

²² Adiwarman A. Karim, 2016, *Bank Islam Analisis Fiqih dan Keuangan*, Edisi Kelima Cetakan ke 11, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, hal. 51

Dalam kontrak jenis ini, pihak-pihak yang bertransaksi saling mempertukarkan asetnya (baik *real assets* maupun *financial assets*). Jadi masing-masing pihak tetap berdiri sendiri-sendiri (tidak saling bercampur membentuk usaha baru), sehingga tidak ada pertanggungans resiko bersama. Juga tidak ada percampuran aset si A dengan aset si B, yang ada misalnya, adalah si A memberikan barang ke B, kemudian sebagai gantinya B menyerahkan uang kepada A. Disini barang ditukarkan dengan uang, sehingga terjadilah kontrak jual-beli. Kontrak-kontrak *natural certainty* ini dapat diterangkan dalam sebuah teori umum yang diberi nama teori pertukaran (*the theory of exchange*).

Dilain pihak, *natural uncertainty contracts* adalah kontrak/akad dalam bisnis yang tidak memberikan kepastian pendapatan (*return*), baik dari segi jumlah (*amount*) maupun waktunya (*timing*). Tingkat *return*-nya bisa positif, negatif atau nol. Yang termasuk dalam kontrak ini adalah kontrak-kontrak investasi. Kontrak-kontrak investasi ini secara “sunatullah” (*by their nature*) tidak menawarkan return yang tetap dan pasti. Jadi sifatnya tidak *fixed and predetermined*.

Dalam kontrak jenis ini, pihak-pihak yang bertransaksi saling mencampurkan asetnya (baik *real assets* maupun *financial assets*) menjadi satu kesatuan, dan kemudian menanggung resiko bersama-sama untuk mendapatkan keuntungan. Disini, keuntungan dan kerugian ditanggung bersama. *Natural uncertainty contracts* ini dapat diterangkan pula dengan

sebuah teori umum yang diberi nama teori percampuran (*the theory of venture*).

a) Teori Pertukaran

Teori pertukaran terdiri dari dua pilar, yaitu :

I. Objek Pertukaran

Fiqih membedakan dua jenis objek pertukaran, yaitu :

- ‘Ayn (real asset) berupa barang dan jasa
- Dayn (financial asset) berupa uang dan surat berharga

II. Waktu Pertukaran

Fiqih membedakan dua waktu pertukaran, yaitu :

- Naqdan (*Immediate delivery*) yang berarti penyerahan saat itu juga
- Ghairu naqdan (*Deferred delivery*) yang berarti penyerahan kemudian

Dari segi objek pertukaran, dapat diidentifikasi tiga jenis pertukaran, yaitu :

1. Pertukaran ‘Ayn dengan ‘Ayn

a) Lain Jenis

Dalam pertukaran ‘ayn dengan ‘ayn, bila jenisnya berbeda (misalnya upah tenaga kerja yang dibayar dengan sejumlah beras), maka tidak ada masalah (dibolehkan)

b) Sejenis

Namun bila jenisnya sama, fiqih membedakan antara *real asset* yang secara kasat mata dapat dibedakan mutunya dan *real asset* yang secara kasat mata tidak dapat dibedakan mutunya. Pertukaran kuda dengan kuda diperbolehkan karena secara kasat mata dapat dibedakan mutunya, sedangkan pertukaran gandum dengan gandum dilarang karena secara kasat mata tidak dapat dibedakan mutunya.

Satu-satunya kondisi yang membolehkan pertukaran antara yang sejenis dan secara kasat mata tidak dapat dibedakan mutunya adalah :

- 1) *Sawa-an bi sawa-in* (sama jumlahnya)
- 2) *Mistlan bi mistlin* (sama mutunya); dan
- 3) *Yadan bi yadin* (sama waktu penyerahannya)

Didalam hadits diberikan contoh barang-barang sejenis yang secara kasat mata tidak dapat dibedakan mutunya, yaitu emas dengan emas, perak dengan perak, gandum dengan gandum, tepung dengan tepung, jagung dengan jagung dan garam dengan garam.

2. Pertukaran ‘Ayn dengan Dayn

Dalam pertukaran ‘ayn dengan dayn, maka yang dibedakan adalah jenis ‘ayn-nya, bila ‘ayn-nya adalah barang, maka pertukaran ‘ayn dengan

dayn itu disebut jual beli (al-bai'). Sedangkan 'ayn-nya adalah jasa, maka pertukaran tersebut disebut sewa menyewa / upah mengupah (al-ijarah).

Dari segi metode pembayarannya Islam membolehkan jual beli dilakukan secara tunai (*now for now*), bai'naqdan atau secara tangguh bayar (*deferred payment, bai'muajjal*), atau secara tangguh serah (*deferred delivery, bai'salam*), bai'muajjal dapat dibayar secara penuh (*muajjal*) atau secara cicilan (*taqsith*). Jual beli tangguh serah dapat dibedakan lagi menjadi : pertama, pembayaran lunas sekaligus dimuka (*bai'salam*); kedua, pembayaran dilakukan secara cicilan dengan syarat harus lunas sebelum barang diserahkan (*bai'istishna*).

Jual beli juga dapat dilakukan secara lazim tanpa si penjual menyebutkan keuntungannya, akan tetapi dalam hal khusus, misalnya jual beli dengan anak kecil atau dengan orang yang akal-nya kurang, jual beli dilakukan secara murabahah (dari akar kata *ribhu* yang berarti untung), yaitu si penjual menyebutkan keuntungannya. Dalam praktik perbankan syariah, akad *murabahah* lazim digunakan meskipun meskipun transaksinya tidak dilakukan dengan anak kecil atau orang yang akal-nya kurang, karena teknik perhitungan keuntungan yang dilakukan bank terlalu rumit untuk dipahami oleh masyarakat awam. Bank misalnya, menggunakan teknik perhitungan *sliding, efektif, flat, progresif*, yang jangankan masyarakat awam, staf bank yang bersangkutan pun tidak semuanya paham.

Ijarah bila diterapkan untuk mendapatkan manfaat barang disebut sewa menyewa, sedangkan bila diterapkan untuk mendapatkan manfaat orang disebut upah mengupah. Ijarah dapat dibedakan menjadi dua, yaitu ijarah yang pembayarannya tergantung pada kinerja yang disewa (*disebut ju'alah, success fee*), dan ijarah yang pembayarannya tidak tergantung pada kinerja yang disewa (disebut ijarah, gaji dan sewa).

3. Pertukaran Dayn dengan Dayn

Dalam pertukaran dayn dengan dayn, dibedakan antara dayn yang berupa uang dengan dayn yang tidak berupa uang (untuk selanjutnya disebut surat berharga). Pada zaman ini, uang tidak lagi terbuat dari emas atau perak, bahkan uang tidak lagi dikaitkan nilainya dengan emas atau perak. Sehingga uang saat ini adalah uang kartal yang terdiri dari uang kertas dan uang logam.

Yang membedakan uang dengan surat berharga adalah uang dinyatakan sebagai alat bayar resmi oleh pemerintah, sehingga setiap warga negara wajib menerima uang sebagai alat bayar. Sedangkan akseptasi surat berharga hanya terbatas bagi mereka yang mau menerimanya.

b) Teori Percampuran

Teori percampuran terdiri dari dua pilar pula, yaitu :

I. Objek Percampuran

Sebagaimana dalam teori pertukaran, fiqih juga membedakan dua jenis objek percampuran, yaitu ;

- ‘Ayn (real asset) berupa barang dan jasa
- Dayn (financial asset) berupa uang dan surat berharga.

II. Waktu Percampuran

Dari segi waktunya, sebagaimana dalam teori pertukaran fiqih juga membedakan dua waktu percampuran, yaitu :

- Naqdan (*Immediate delivery*) yang berarti penyerahan saat itu juga
- Ghairu naqdan (*Deferred delivery*) yang berarti penyerahan kemudian

Selanjutnya, dari segi objek percampurannya dapat diidentifikasi tiga jenis percampuran, yaitu :

a. Percampuran ‘Ayn dengan ‘Ayn

Percampuran antara ‘Ayn dengan ‘Ayn dapat terjadi, misalnya pada kasus dimana ada seorang tukang kayu bekerjasama dengan tukang batu untuk membangun sebuah rumah. Baik tukang kayu maupun tukang batu, keduanya sama-sama menyumbangkan tenaga dan keahliannya (jasa) dan mencampurkan jasa mereka berdua untuk membuat usaha bersama, yakni membangun rumah. Dalam kasus ini, yang dicampurkan adalah ‘ayn dengan ‘ayn. Tukang kayu menyumbangkan keahlian perkayuannya (jasa ‘ayn) dengan tukang batu menyumbangkan keahlian membangunnya (jasa-‘ayn). Bentuk percampuran seperti ini disebut syirkah ‘abdan.

b. Percampuran 'Ayn dengan Dayn

Percampuran antara 'ayn (real asset) dengan dayn (financial asset) dapat mengambil beberapa bentuk, diantaranya sebagai berikut.

a) Syirkah Mudharabah

Dalam kasus ini, uang (financial asset) dicampurkan dengan jasa/keahlian (real asset). Hal ini terjadi ketika ada seorang pemilik modal (A) yang bertindak sebagai penyandang dana, memberikan sejumlah dana tertentu untuk dipakai sebagai modal usaha kepada seseorang yang memiliki kecakapan untuk berbisnis (B), disini A memberikan dayn (uang, financial asset), sementara B memberikan 'ayn (jasa/keahlian, real asset)

b) Syirkah Wujuh

Dalam syirkah wujuh juga terjadi percampuran antara 'ayn dengan dayn. Dalam bentuk syirkah seperti ini, seorang penyandang dana (A) memberikan sejumlah dana tertentu untuk dipakai sebagai modal usaha, dan B menyumbangkan reputasi/nama baiknya.

c. Percampuran 'Ayn dengan Dayn

Percampuran antara dayn dengan dayn dapat mengambil beberapa bentuk pula. Bila terjadi percampuran uang dengan uang dalam jumlah yang sama, hal ini disebut syirkah mufawadhah. Namun bila jumlah uang yang dicampurkan berbeda, hal ini disebut syirkah inan. Percampuran dayn dengan dayn dapat juga

berupa kombinasi antarsurat berharga, misalkan saham PT X digabungkan dengan saham PT Y, dan lain-lain.

e. Teori Penyelesaian Sengketa

1) Teori penyelesaian sengketa secara umum

Prinsip dasar adalah landasan filosofis dari diselenggarakannya kegiatan penyelesaian sengketa, sehingga dalam menyelenggarakan upaya penyelesaian sengketa tidak keluar dari arah filosofi yang melatar belakangnya.

Adapun yang menjadi prinsip-prinsip tersebut adalah ; prinsip kerahasiaan (*confidentiality*), prinsip sukarela (*volunteer*), prinsip pemberdayaan (*empowerment*), prinsip netralitas (*neutrality*), prinsip solusi yang unik (*a unique solution*).²³

- a) prinsip kerahasiaan (*confidentiality*), bahwa segala sesuatu yang terjadi dalam pertemuan yang diselenggarakan oleh pihak ketiga baik sebagai mediator ataupun arbiter dengan pihak-pihak yang bersengketa tidak boleh disiarkan kepada publik atau pers oleh masing-masing pihak.
- b) prinsip sukarela (*volunteer*), adalah masing-masing pihak yang bertikai datang ke pihak ketiga atas keinginan dan kemauan mereka sendiri serta tidak ada paksaan dan tekanan dari pihak-pihak lain.

²³ Syahrizal Abbas, 2011, *Mediasi Dalam Hukum Syari'ah, Hukum Adat dan Hukum Nasional*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, hal 28.

- c) prinsip pemberdayaan (*empowerment*), adalah penyelesaian sengketa harus muncul dari pemberdayaan terhadap masing-masing pihak, karena hal tersebut akan lebih memungkinkan para pihak untuk menerima solusinya.
- d) prinsip netralitas (*neutrality*), yaitu peran seorang pihak ketiga baik sebagai mediator ataupun arbiter adalah hanya berwenang memfasilitasi dan mengontrol prosesnya saja, isinya tetap menjadi milik para pihak yang bersengketa.
- e) prinsip solusi yang unik (*a unique solution*), adalah solusi dari hasil penanganan perkara tidak harus sesuai dengan standar legal, tetapi dapat dihasilkan dari proses kreativitas yang terkait erat dengan konsep pemberdayaan masing-masing pihak.

2) Dari sudut pandang syariah, teori-teori penyelesaian sengketa sebagai berikut :

- a) Alternative Dispute Resolution (ADR), yaitu alternatif penyelesaian sengketa diluar pengadilan (non litigasi) dengan cara konsultasi, mediasi, konsiliasi atau penilaian para ahli. Adapun cara-cara tersebut adalah sebagai berikut :

1. Penyelesaian sengketa dengan musyawarah. Diantara dalil Al Qur'an yang memerintahkan penyelesaian sengketa secara musyawarah adalah

QS. Ali Imran : 159 :

“maka disebabkan rahmat dari Allah-lah kamu berlaku lemah lembut terhadap mereka. Sekiranya kamu bersikap keras lagi berhati kasar, tentulah mereka menjauhkan diri dari sekelilingmu. Karena itu maafkanlah mereka, mohonkanlah ampun bagi mereka dan bermusyawarahlah dengan mereka dalam urusan itu. Kemudian apabila kamu telah membulatkan tekad, maka bertawakkallah kepada Allah. Sesungguhnya Allah menyukai orang-orang yang bertawakkal kepada-Nya.”

QS. Asy-Syura : 38 :

“Dan bagi orang yang menerima (mematuhi) seruan Tuhannya dan mendirikan sholat, sedang urusan mereka (diputuskan) dengan musyawarah antara mereka; dan mereka menafkahkan sebagian dari rezeki yang kami berikan kepada mereka.”

2. Mediasi (Ishlah/Shulh/Perdamaian)

Alternative penyelesaian sengketa bisnis syari'ah lainnya yaitu melalui penyelesaian (ishlah atau perdamaian). Secara etimologis, mediasi berasal dari bahasa latin, *mediare* yang berarti berada ditengah, makna ini menunjukkan peran yang ditampilkan oleh pihak ketiga sebagai mediator dalam menjalankan tugasnya menengahi dan menyelesaikan sengketa antara para pihak, mediator harus berada ditengah, netral dan tidak memihak dalam menyelesaikan sengketa. Ia harus menjaga kepentingan para pihak yang bersengketa secara adil dan sama sehingga menumbuhkan kepercayaan (trust) dari para pihak yang

bersengketa. Adapun dalil penyelesaian sengketa melalui mediasi diantaranya tercantum dalam :

QS. An-Nisa : 59 :

“Hai orang-orang yang beriman, taatilah Allah dan taatilah Rasul (NYA), dan ulil amri diantara kamu. Kemudian jika kamu berlainan pendapat tentang sesuatu, maka kembalikanlah ia kepada Allah (Al-Qur’an) dan Rasul (sunnahnya), jika kamu benar-benar beriman kepada Allah dan hari kemudian, yang demikian itu lebih utama (bagimu) dan lebih baik akibatnya.”

QS. Al-Hujurat : 10 :

“Orang-orang yang beriman itu sesungguhnya bersaudara. Sebab itu damaikanlah (perbaiki hubungan) antar kedua saudaramu itu dan takutlah terhadap Allah, supaya kamu mendapat rahmat.”

3. Arbitrase Syari’ah (Tahkim) yaitu penyelesaian sengketa diluar pengadilan (non litigasi) setelah kata mufakat dari hasil musyawarah tidak tercapai. Penyelesaian sengketa perbankan syari’ah dalam jalur non litigasi ini merupakan kewenangan Badan Arbitrase Syari’ah Nasional (Basyarnas). Namun penyelesaian melalui Basyarnas dapat dilakukan apabila terjadi kesepakatan dan dicantumkan dalam akad sejak awal sebelum sengketa. Dalam Arbitrase, para pihak menentukan sendiri secara sengaja untuk menyelesaikan masalahnya di luar pengadilan, memilih arbiter atau majelis arbitrase yang mereka inginkan yang diyakini netral, layak, ahli, terjaga wibawa dan moralitas profesinya dan memiliki akuntabilitas dan integritas moral.

Disamping itu dalam arbitrase juga terdapat kebebasan para pihak yang bersengketa untuk menentukan pilihan hukum yang akan diterapkan untuk menyelesaikan perselisihan yang mereka hadapi.²⁴

Dalil tentang arbitrase antaranya QS. An-Nisa : 35 :

“Dan jika kamu khawatir ada pesengketaan antara keduanya, maka kirimkanlah seorang hakim dari keluarga laki-laki dan seorang hakim dari keluarga perempuan. Jika kedua orang hakim itu bermaksud mengadakan perbaikan, niscaya Allah member taufik kepada suami isteri itu. Sesungguhnya Allah Maha Mengetahui lagi Maha Mengenal.”

Dalam dalil tersebut, meskipun memuat tentang ketentuan arbitrase dalam rumah tangga, namun dapat diterapkan prinsipnya dalam bidang sengketa perbankan syariah, karena sama-sama termasuk dalam lapangan hukum muamalat.

- b) Penyelesaian sengketa/perselisihan melalui jalur Litigasi, yaitu penyelesaian sengketa melalui pengadilan (*Qadha*) yang merupakan pelaksana kekuasaan kehakiman (*judicial power*). Dalilnya antara lain :

“Manusia itu adalah umat yang satu. (setelah timbul perselisihan), maka Allah mengutus para nabi, sebagai pemberi peringatan, dan Allah menurunkan bersama mereka kitab yang benar, untuk member keputusan diantara manusia tentang perkara yang mereka perselisihkan. Tidaklah berselisih tentang kitab itu melainkan orang yang telah didatangkan kepada mereka kitab, yaitu setelah datang kepada mereka keterangan-keterangan yang nyata, karena dengki antara mereka sendiri. Maka Allah member petunjuk orang-orang yang beriman kepada kebenaran tentang hal yang mereka perselisihkan itu dengan kehendak-Nya, dan Allah selalu member petunjuk orang yang dikendaki-Nya kepada jalan yang lurus”.

²⁴ Dailami Firdaus, 2001, *Prospek Law Enforcement Arbitrase di Indonesia, dalam Prospek Pelaksanaan Arbitrase di Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hal. 112

2. Kerangka Konseptual

a. Bank Syariah

Perbankan syariah merupakan suatu sistem perbankan yang dikembangkan berdasarkan hukum Islam. Dimana usaha ini didasari oleh larangan Islam untuk memungut maupun meminjam dengan perhitungan bunga (riba) dan larangan berinvestasi dalam usaha-usaha yang berkaitan dengan media dan barang yang tidak Islami (haram).²⁵

Muhammad dalam bukunya “Manajemen Bank Syariah mendefinisikan Bank Syariah sebagai berikut: Bank Islam atau bank tanpa bunga atau Bank Syariah adalah lembaga keuangan/perbankan yang operasional dan produknya dikembangkan berlandaskan pada al-Quran dan Hadist Nabi Muhammad SAW atau dengan kata lain adalah lembaga keuangan yang usaha pokoknya memberikan pembiayaan dan jasa-jasa lainnya dalam lalu-lintas pembayaran serta peredaran uang yang pengoperasiannya disesuaikan dengan prinsip syariat Islam.

Sedangkan dalam PAPSI, Bank Indonesia mendefinisikan Bank Syariah sebagai berikut: ²⁶ Bank syariah ialah bank yang berasaskan, antara lain, pada asas kemitraan, keadilan, transparansi dan universal serta melakukan kegiatan usaha perbankan berdasarkan prinsip syariah. Kegiatan bank syariah merupakan implementasi dari prinsip ekonomi Islam dengan karakteristik, antara lain sebagai berikut :

²⁵ Pradjoto and Associates, *Pembiayaan dalam Perbankan Syariah*, Makalah, Desember 2007.

²⁶ Bank Indonesia, *Pedoman Akuntansi Perbankan Syariah Indonesia*, Jakarta.

- a. Pelarangan riba dalam berbagai bentuknya;
- b. Tidak mengenal konsep nilai waktu dari uang (time value of money);
- c. Konsep uang sebagai alat tukar bukan sebagai komoditas;
- d. Tidak diperkenankan melakukan kegiatan yang bersifat spekulatif;
- e. Tidak diperkenankan menggunakan dua harga untuk satu barang; dan
- f. Tidak diperkenankan dua transaksi dalam satu akad.

b. Pengertian Pembiayaan

Pengertian pembiayaan (pada bank syari'ah) menurut undang-undang No. 10/1998 tentang perbankan : pembiayaan berdasarkan prinsip syariah adalah berdasarkan persetujuan atau kesepakatan antara bank dengan mengembalikan uang atau tagihan tersebut setelah jangka waktu tertentu dengan imbalan atau bagi hasil.²⁷

Kasmir mendefinisikan pembiayaan adalah penyediaan uang atau tagihan yang dapat dipersamakan dengan itu, berdasarkan persetujuan atau kesepakatan antara bank dengan pihak lain yang mewajibkan pihak yang dibiayai untuk mengembalikan uang atau tagihan tersebut setelah jangka waktu tertentu dengan imbalan atau bagi hasil.²⁸

Menurut Muhammad pembiayaan secara luas berarti financial atau pembelanjaan, yaitu pendanaan yang dikeluarkan untuk mendukung investasi yang telah direncanakan, baik dilakukan sendiri maupun dijalankan oleh orang lain. Sedangkan, dalam arti sempit pembiayaan dipakai untuk mendefinisikan

²⁷ Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perbankan

²⁸ Kasmir, *Manajemen Perbankan*. (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2001), hlm. 92

pendanaan yang dilakukan oleh lembaga pembiayaan. Namun, dalam perbankan pembiayaan dikaitkan dengan bisnis dimana pembiayaan merupakan pendanaan baik aktif maupun pasif yang dilakukan oleh lembaga pembiayaan kepada nasabah dan bisnis merupakan aktivitas berupa jasa, perdagangan dan industry guna memaksimalkan nilai keuntungan.²⁹

Orientasi dari pembiayaan tersebut untuk mengembangkan dan atau meningkatkan usaha dan pendapatan dari para pengusaha kecil menengah, yang mana sasaran pembiayaan adalah semua faktor ekonomi yang memungkinkan untuk dibiayai seperti pertanian, industry rumah tangga (home industry), perdagangan dan jasa. Dengan harapan produk pembiayaan memberikan manfaat di dalam meningkatkan kesejahteraan ekonomi rumah tangga anggotanya.

Dan dalam perbankan syari'ah sebenarnya penggunaan kata pinjam meminjam kurang tepat digunakan disebabkan dua hal : pertama, pinjaman merupakan salah satu metode hubungan financial dalam islam. Kedua, pinjam meminjam adalah akad komersial yang artinya bila seseorang meminjam sesuatu ia tidak boleh diisyaratkan untuk memberikan tambahan atas pokok pinjamannya, karena setiap pinjaman yang menghasilkan manfaat adalah riba, sedangkan para ulama' sepakat bahwa riba itu haram. Oleh karena itu dalam perbankan syariah, pinjaman tidak disebut kredit akan tetapi disebut pembiayaan.³⁰

²⁹ Muhammad, 2002. *Lembaga-lembaga Keuangan Umat Kontemporer*. UII Press, Yogyakarta. hlm. 260

³⁰ Syafi'i Antonio, *Bank Syariah Dari Teori Ke Praktek*. (Jakarta: Penerbit Gema Insani, 2001), hlm. 170

c. Linkage Program

Linkage program merupakan kerjasama yang dilaksanakan bank umum kepada lembaga keuangan Mikro dalam bentuk pembiayaan sebagai upaya untuk meningkatkan kegiatan usaha mikro dan kecil (UMK)³¹. Pada tahun 2004, Arsitektur Perbankan Indonesia (API) mengeluarkan generic model linkage program yang berisi mengenai aturan-aturan pelaksanaan linkage program antara bank umum dengan lembaga keuangan mikro, sehingga penerapan linkage program semakin jelas dan terarah, salah satu aturannya adalah ditetapkannya tiga skim dalam melaksanakan linkage program, yang terdiri dari executing, channelling dan joint financing.

d. Pola Executing

Pola Executing adalah salah satu skim dalam pelaksanaan pembiayaan berbasis linkage program dimana Bank Konvensional atau Bank Syariah memberikan pembiayaan kepada LKM untuk diteruskan kepada UMK. LKM diberikan kewenangan untuk memutuskan calon mitra yang akan mendapatkan fasilitas pembiayaan dan sebagai konsekuensinya risiko juga ditanggung oleh pihak LKM, dan untuk pencatatan di bank umum sebagai pembiayaan ke LKM.³²

³¹ Euis Amalia, *Keadilan Distributif Dalam Ekonomi Islam*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2009), hlm. 307

³² Bank Indonesia, *Generic Model Linkage Program (Antara BUS/UUS dan BPRS)*, hlm. 15

e. Lembaga Keuangan Mikro

Berdasarkan Undang-Undang RI No. 14 tahun 1967 tentang Pokok-Pokok Perbankan, Pasal 1, butir b, bahwa lembaga keuangan adalah semua badan usaha yang melalui kegiatan-kegiatannya di bidang keuangan menarik uang dari dan menyalurkannya ke dalam masyarakat.

Menurut Ketut Rindjin Lembaga Keuangan adalah semua badan yang melalui kegiatan-kegiatannya di bidang keuangan, menarik uang dari dan menyalurkannya ke dalam masyarakat.³³ sedangkan Lembaga Keuangan Mikro atau Micro Finance Institution merupakan lembaga yang melakukan kegiatan penyediaan jasa keuangan kepada pengusaha kecil dan mikro serta masyarakat berpenghasilan rendah yang tidak dilayani oleh Lembaga Keuangan formal dan yang telah berorientasi pasar untuk tujuan bisnis.

Menurut Thohari LKM adalah lembaga yang memberikan jasa keuangan bagi pengusaha mikro dan masyarakat berpenghasilan rendah, baik formal, semi formal, dan informal.³⁴

Menurut Asian Development Bank (ADB), LKM (*microfinance*) adalah lembaga penyedia jasa penyimpanan (*deposits*), kredit (*loans*), pembayaran berbagai transaksi jasa (*payment services*) serta money transfer yang ditujukan

³³ Ketut Rinjin, 2000, *Pengantar Perbankan dan Lembaga Keuangan Bukan Bank*, Jakarta : Gramedia Pustaka Utama, hlm. 13

³⁴ Endang Thohari, 2003, "*Peningkatan Aksesibilitas Petani Terhadap Kredit Melalui LKM*" dalam M. Syukur dkk. (Ed.), *Bunga Rampai Lembaga Keuangan Mikro*, Bogor : IPB Press, hlm . 176

bagi masyarakat miskin dan pengusaha kecil (*insurance to poor and lowincome households and their microenterprises*).

Dari semua definisi tersebut dapat disimpulkan bahwa lembaga keuangan mikro merupakan lembaga penyedia jasa keuangan bagi masyarakat miskin atau pengusaha yang memiliki modal kecil yang ingin menabung atau menyimpan uangnya pada tempat yang aman dan tidak “menyusahkan” dan bagi masyarakat yang membutuhkan dana untuk kegiatan konsumtif ataupun dalam meningkatkan kegiatan usahanya. Lembaga keuangan mikro sedikit banyak memiliki perbedaan dengan bank umum, diantaranya segmentasi/sasaran, LKM mempunyai sasaran pengusaha mikro dan kecil serta masyarakat miskin.

G. Sistematika Penulisan

Sebuah sistematika penulisan sangat diperlukan dalam suatu penulisan tesis agar tesis lebih teratur dan terarah. Penulis membagi sistematika penulisan ini kedalam 3 (tiga) bab sebagai berikut:

BAB I PENDAHULUAN

Menguraikan tentang latar belakang pemilihan judul, perumusan masalah penelitian, tujuan penelitian, manfaat penelitian, metode penelitian, kerangka teoritis dan kerangka konseptual serta sistematika penulisan

BAB II TINJAUAN PUSTAKA

Dalam Bab ini akan diuraikan tentang teori-teori dan pendapat para ahli yang berhubungan dengan pembiayaan perbankan syariah berdasarkan akad bagi hasil (Mudharabah), landasan hukum akad mudharabah dalam praktik perbankan syariah, Implementasi akad mudharabah dalam produk pembiayaan perbankan syariah, dan tinjauan tentang hukum perjanjian islam.

BAB III HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

Bab ini membahas tentang pelaksanaan Akad pembiayaan Linkage Program dengan pola Executing antara Bank Umum Syariah dengan Lembaga Keuangan Mikro (LKM) Syariah. serta Analisis penerapan Fatwa DSN Nomor 07/DSN/MUI/2000 dalam Akad Pembiayaan Linkage Program Dengan Pola Executing pada PT. Bank Muamalat Indonesia Cabang Padang dan membahas tentang pelaksanaan penyelesaian pembiayaan Linkage Program dengan pola Executing antara Bank Umum Syariah dengan Lembaga Keuangan Mikro (LKM) Syariah yang bermasalah pada PT. Bank Muamalat Indonesia, Tbk Cabang Padang

BAB IV HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

Bab ini menguraikan kesimpulan dari bab sebelumnya serta memuat saran-saran yang berguna untuk menghadapi masalah selanjutnya