

BAB II
TINJAUAN HUKUM TENTANG PERJANJIAN
DAN PEMBIAYAAN MUDARABAH

2.1 KONSEP PERJANJIAN

2.1.1 Pengertian Perjanjian

Perjanjian secara bahasa berasal dari bahasa Inggris yaitu *contract* atau dalam bahasa Belanda disebut dengan *overeenkomst* yang berarti perjanjian. *Burgerlijk Wetboek* (BW) menggunakan istilah *overeenkomst* dan *contract* untuk pengertian yang sama. Hal ini secara jelas dapat dilihat dari judul Buku III titel Kedua Tentang “*Perikatan-Perikatan yang Lahir dari Kontrak atau Perjanjian*”. Menurut Subekti istilah kontrak mempunyai pengertian yang lebih sempit dibandingkan dengan perjanjian atau persetujuan karena kontrak ditujukan kepada perjanjian atau persetujuan yang tertulis.¹

Menurut *Black's Law Dictionary*, *contract* diartikan sebagai suatu perjanjian (*an agreement*) antara dua orang atau lebih yang menciptakan kewajiban untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu hal yang khusus.² Sehingga dapat dikatakan bahwa antara perjanjian dan kontrak mempunyai arti yang lebih kurang sama. *Agreement* (perjanjian) mempunyai pengertian yang lebih luas daripada kontrak. Semua kontrak adalah *agreement*, tetapi tidak semua *agreement* merupakan kontrak.

¹ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersial*, (Jakarta: Kencana, 2011), hlm. 13

² Rai Widjaya, *Merancang Suatu Kontrak (contract drafting)*, (Jakarta: Kesaint Blanc, 2003), hlm. 11

Seperti yang dikemukakan oleh Peter Mahmud Marzuki, di dalam pola pikir sistem

Anglo-American:³

“Perjanjian yang bahasa Belandanya *overeenkomst* dalam bahasa Inggris disebut *agreement*, mempunyai pengertian lebih luas dari kontrak, karena mencakup hal-hal yang berkaitan dengan bisnis atau bukan bisnis. Untuk *agreement* yang berkaitan dengan bisnis disebut *contract*, sedangkan untuk yang tidak terkait dengan bisnis hanya disebut *agreement*”.

Sehingga dari pengertian-pengertian di atas, maka tampak bahwa yang dimaksud dengan kata kontrak adalah perjanjian tertulis, dan bahkan lebih menjurus kepada pembuatan suatu akta.

Kontrak secara *terminologi* adalah peristiwa dimana dua orang atau lebih saling berjanji untuk melakukan atau tidak melakukan suatu perbuatan tertentu, biasanya dilakukan secara tertulis.⁴ Pengertian kontrak atau perjanjian diatur dalam Pasal 1313 KUH Perdata yang berbunyi: “Perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu pihak atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih.⁵ Akan tetapi pengertian tersebut dirasa tidak lengkap karena hanya menyebutkan persetujuan sepihak saja dan sangat luas karena menggunakan kata “*perbuatan*” yang mencakup juga perwakilan sukarela dan perbuatan melawan hukum. Sehingga pengertian kontrak pada Pasal 1313 KUH Perdata tersebut kemudian mengalami perubahan dalam *Nieuw Burgerlijk Wetboek* (NBW) yang diatur dalam Buku 6 Bab 5 Pasal 6: 213 yang ditegaskan

³ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersial*, hlm. 15

⁴ Abdul Rasyid Saliman, *Hukum Bisnis untuk Perusahaan: Teori dan Contoh Kasus*, (Jakarta: Kencana, 2006), hlm. 49

⁵ Kitab Undang-Undang Hukum Perdata; *Burgerlijk Wetboek*, Cet. V (Bandung: Citra Umbara, 2011), hlm. 343

dengan perbuatan hukum yang bertimbal balik, dimana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya atau saling mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih lainnya.⁶

Dalam perjanjian, para pihak yang bersepakat mengenai hal-hal yang diperjanjikan, berkewajiban untuk mentaati dan melaksanakannya, sehingga perjanjian tersebut menimbulkan hubungan hukum yang disebut perikatan (*verbintenis*).⁷ Dalam hubungan hukum tersebut, setiap pihak memiliki hak dan kewajiban timbal balik. Pihak yang satu mempunyai hak untuk menuntut sesuatu terhadap pihak lainnya dan pihak lain wajib memenuhi tuntutan itu, begitu juga sebaliknya.⁸ Dengan demikian kontrak dapat menimbulkan hak dan kewajiban bagi para pihak yang membuat kontrak tersebut, karena itu kontrak yang mereka buat merupakan sumber hukum formal, asal kontrak tersebut adalah kontrak yang sah.

Dalam hukum Islam, kontrak (perjanjian) merupakan kegiatan *muamalah* yang dilakukan oleh seseorang dengan orang lain baik yang bersifat *tabarru'* (saling tolong-menolong tanpa mengharapkan imbalan kecuali dari Allah SWT) maupun yang bersifat *tijarah* (transaksi dengan tujuan mencari keuntungan). bahasa Arab dikenal dengan kata *akad (al-aqdu)* dan kata *ahd (al-ahdu)*.⁹ Kontrak dalam Al-Quran memakai kata *akad* dalam arti perikatan atau perjanjian. Walaupun *akad* disamakan dengan istilah perikatan, namun itu sebenarnya adalah

⁶ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian...*, hlm. 19

⁷ Abdul Rasyid Saliman, *Hukum Bisnis untuk Perusahaan...*, hlm. 49

⁸ Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perdata Indonesia*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2012), hlm. 229

⁹ Abdul Manan, *Hukum Ekonomi Syariah (Dalam Perspektif Kewenangan Peradilan Agama)*, (Jakarta: Kencana, 2012), hlm. 72

perikatan yang lahir¹⁰ dari perjanjian, sehingga *akad* lebih tepat diterjemahkan sebagai perjanjian. Sedangkan kata *ahdu* berarti masa, pesan, penyempurnaan, dan janji atau perjanjian, lebih tepat diterjemahkan sebagai pernyataan atau tekad seseorang untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu, sehingga merupakan janji untuk diri sendiri bukan janji untuk orang lain.¹¹

Kata *akad* berasal dari kata *al-aqd* yang berarti mengikat, menyambung atau menghubungkan (*ar-rabt*). Secara terminologi, *akad* (kontrak) adalah pertalian antara *ijab kabul* sesuai dengan kehendak syariah (Allah dan Rasul-Nya) yang menimbulkan akibat hukum pada objeknya.¹² Dalam kaitan terminologi ini, Nasrun Haroen menjelaskan bahwa pencantuman kalimat yang sesuai dengan kehendak syariat Islam dimaksudkan bahwa seluruh kontrak yang dilakukan oleh dua pihak atau lebih tidak dianggap sah apabila tidak sejalan dengan kehendak syariat Islam seperti melakukan kontrak untuk transaksi riba, menipu orang lain atau melakukan perampokan. Adapun pencantuman kalimat “menimbulkan akibat hukum pada objeknya” dimaksudkan adalah terjadinya perpindahan kepemilikan dari satu pihak (yang melakukan *ijab*) kepada pihak lain (yang menyatakan *kabul*). *Ijab* dan *kabul* dimaksud untuk menunjukkan adanya keinginan dan kerelaan timbal balik para pihak yang bersangkutan terhadap isi perjanjian. Oleh

¹⁰ Ahmadi Miru, *Hukum Kontrak Bernuansa Islam*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2013), hlm. 5

¹¹ *Ibid.*, hlm. 6

¹² Syamsul Anwar, *Hukum Perjanjian Syariah*, (Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2007), hlm. 68

karena itu, ijab dan kabul ini menimbulkan hak dan kewajiban atas masing-masing pihak yang melakukan kontrak.¹³

Dari definisi-definisi yang dikemukakan di atas, dapat disimpulkan bahwa kontrak atau perjanjian (dalam hukum Islam disebut dengan istilah akad) adalah suatu perbuatan hukum yang timbal balik, dimana satu orang atau lebih saling mengikatkan dirinya dengan satu orang atau lebih lainnya dan lazimnya dibuat secara tertulis demi kepastian hukum.

2.1.2 Rukun dan Syarat Perjanjian

Dalam pembuatan suatu kontrak, ada beberapa hal yang harus dipenuhi yaitu rukun dan syarat kontrak. Di dalam KUH Perdata, rukun dan syarat kontrak tersebut tertuang dalam suatu syarat sahnya kontrak, yaitu kata sepakat, kecakapan, hal tertentu dan suatu sebab yang halal (Pasal 1320 KUH Perdata). Dengan dipenuhinya empat syarat sahnya kontrak/perjanjian tersebut, maka suatu kontrak menjadi sah dan mengikat secara hukum bagi para pihak yang membuatnya. Syarat sahnya kontrak menurut hukum perdata adalah:

1. Kesepakatan Para Pihak yang Mengikatkan Diri.

Kesepakatan merupakan pernyataan kehendak para pihak yang terbentuk dari unsur penawaran dan penerimaan.¹⁴ Artinya, adanya pihak-pihak yang saling berkomunikasi menawarkan sesuatu yang kemudian diterima oleh pihak lainnya. Tawar menawar tersebut merupakan proses awal yang terjadi sebelum terwujudnya kata sepakat di antara para pihak yang berjanji. Dengan kata lain adanya pernyataan keinginan/kehendak yang berlawanan dari para pihak,

¹³ Nasrun Haroen, *Fiqh Muamalah*, (Jakarta: Gaya Media Pratama, 2000), hlm. 97

¹⁴ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian...*, hlm. 162

kemudian terjadilah pertemuan kehendak yang saling setuju (cocok/bersesuaian) sehingga menghasilkan suatu kesepakatan.

Suatu kesepakatan itu harus diberikan secara bebas. Dalam artian bebas dari kekhilafan, paksaan, ataupun penipuan (Pasal 1321 KUH Perdata).¹⁵ Kedua belah pihak dalam suatu perjanjian harus mempunyai kemauan yang bebas untuk mengikat diri,¹⁶ dan kemauan itu harus dinyatakan dengan tegas atau secara diam. Dengan demikian, suatu perjanjian itu menjadi tidak sah apabila dibuat atau didasarkan kepada paksaan, penipuan, atau kekhilafan, sehingga perjanjian tersebut dapat dibatalkan.

2. Kecakapan untuk Membuat Perjanjian

Menurut hukum, kecakapan termasuk kewenangan untuk melakukan tindakan hukum pada umumnya, dan menurut hukum setiap orang adalah cakap untuk membuat perjanjian kecuali orang-orang yang menurut undang-undang tidak cakap. Kecakapan untuk melakukan perbuatan hukum pada umumnya diukur dari standar berikut ini:¹⁷

- a. *Person* (pribadi), diukur dari standar usia kedewasaan (*meerderjarig*), di dalam KUHPerdata, standar usia kedewasaan adalah 21 tahun.
- b. *Rechtsperson* (badan hukum), diukur dari aspek kewenangan (*bevoegheid*).

3. Suatu Hal Tertentu

¹⁵ Rai Widjaya, *Merancang Suatu Kontrak (contract drafting)*, hlm. 47

¹⁶ R. Soeroso, *Perjanjian di Bawah Tangan Pedoman Praktis Pembuatan dan Aplikasi Hukum*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), hlm. 12

¹⁷ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian ...*, hlm. 184

Suatu hal tertentu yang dimaksudkan adalah objek tertentu yaitu berupa prestasi yang menjadi pokok kontrak yang bersangkutan. Menurut KUH Perdata hal tertentu adalah:¹⁸

- Suatu hal tertentu yang diperjanjikan dalam suatu perjanjian adalah harus suatu hal atau suatu barang yang cukup jelas atau tertentu yakni paling sedikit ditentukan jenisnya. Jumlah barang itu tidak perlu pasti, asal saja jumlah itu kemudian dapat ditentukan dan dihitung. (Pasal 1333 KUH Perdata)
- hanya barang-barang yang dapat diperdagangkan saja yang dapat menjadi pokok suatu perjanjian (Pasal 1332 KUH Perdata).

Jadi, suatu hal tertentu itu paling sedikit ditentukan jenisnya, atau asalkan kemudian jumlahnya dapat ditentukan atau dapat dihitung. Sebab apabila suatu objek perjanjian tidak tertentu, yaitu tidak jelas jenisnya dan tidak tentu jumlahnya, perjanjian demikian adalah tidak sah.¹⁹ Hal ini dimaksudkan agar sifat dan luasnya kewajiban para pihak (prestasi) dapat dilaksanakan oleh para pihak.

4. Kausa (Sebab) yang Legal (Diperbolehkan)

Meskipun siapa saja dapat membuat perjanjian apa saja, tetapi ada pengecualiannya, yaitu sebuah perjanjian itu tidak boleh bertentangan dengan undang-undang, ketentuan umum, moral, dan kesusilaan (Pasal 1335 KUH Perdata)²⁰ Adapun sebab yang diperbolehkan maksudnya adalah bahwa apa yang hendak dicapai para pihak dalam perjanjian atau kontrak tersebut

¹⁸ *Ibid.*, hlm. 13

¹⁹ Rai Widjaya, *Merancang Suatu Kontrak (contract drafting)*, hlm. 49

²⁰ R. Soeroso, *Perjanjian di Bawah Tangan...*, hlm. 14

harus disertai iktikad baik dan tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, ketertiban umum, dan kesusilaan.

Sama halnya dengan syarat sahnya berkontrak dalam KUHPerdata, dalam Hukum Islam dikenal dengan adanya rukun dan syarat berkontrak. Menurut ahli-ahli hukum Islam kontemporer, rukun dan syarat yang membentuk akad (kontrak) di antaranya:²¹

- a. Para pihak yang membuat akad (*al-‘aqidan*), syarat-syaratnya:
 1. Tamyiz, sama dengan kecakapan dalam KUH Perdata
 2. Berbilang pihak
- b. Pernyataan kehendak para pihak (*shigatul-‘aqd*), syarat-syaratnya:
 1. Sesuai ijab dan kabul (kata sepakat), sama dengan adanya kesepakatan dalam KUH Perdata
 2. Kesatuan majelis
- c. Objek akad (*mahallul-‘aqd*), sama dengan suatu hal tertentu (dalam KUH Perdata), syarat-syaratnya:
 1. dapat diserahkan
 2. tertentu atau dapat ditentukan
 3. dapat ditransaksikan
- d. Tujuan akad (*maudhu al-‘aqd*), sama dengan kausa yang diperbolehkan (dalam KUH Perdata), syaratnya adalah tidak bertentangan dengan syarak. Rukun keempat ini merupakan tambahan dari ahli-ahli hukum Islam modern.

²¹ Chairuman Pasaribu, Suhrawardi K. Lubis, *Hukum Perjanjian dalam Islam*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2004), hlm. 105

Rukun ini disamakan dengan kausa perjanjian dalam KUHPerdara. Penambahan tujuan akad ini adalah hasil ijtihad ahli-ahli hukum Islam kontemporer dengan melakukan penelitian induktif terhadap berbagai kasus kebatalan akad dalam berbagai karya pra modern hukum Islam. Terhadap rukun keempat ini, yaitu adanya tujuan pokok akad (kausa), disyaratkan tidak bertentangan dengan syarak. Apabila bertentangan dengan syarak akad menjadi batal. Di pihak lain, para ahli hukum Islam pra modern tidak menyebutkan tujuan akad sebagai rukun. Bagi mereka rukun akad hanya tiga saja.

Sedangkan menurut Sayyid Sabiq, secara umum yang menjadi syarat sahnya suatu perjanjian adalah:²²

1. Tidak Menyalahi Hukum Syariah yang Disepakati Adanya.

Maksudnya bahwa perjanjian yang diadakan oleh para pihak itu bukanlah perbuatan yang bertentangan dengan hukum atau perbuatan yang melawan hukum syariah, sebab perjanjian yang bertentangan dengan ketentuan hukum syariah adalah tidak sah, dan dengan sendirinya tidak ada kewajiban bagi masing-masing pihak untuk menepati atau melaksanakan perjanjian tersebut, atau dengan perkataan lain apabila isi perjanjian itu merupakan perbuatan yang melawan hukum (Hukum Syariah), maka perjanjian diadakan dengan sendirinya batal demi hukum. Dasar hukum tentang kebatalan suatu perjanjian yang melawan hukum ini dapat dirujuk ketentuan hukum yang terdapat dalam Hadis Rasulullah SAW., yang artinya berbunyi sebagai berikut: “*segala bentuk*

²² *Ibid.*, hlm. 2-3

persyaratan yang tidak ada dalam kitab Allah adalah bathil, sekalipun seribu syarat”.

2. Harus Sama Ridha dan Ada Pilihan

Maksudnya perjanjian yang diadakan oleh para pihak haruslah didasarkan kepada kesepakatan kedua belah pihak, yaitu masing-masing pihak ridha/rela akan isi perjanjian tersebut, atau dengan perkataan lain harus merupakan kehendak bebas masing-masing pihak. Dalam hal ini berarti tidak boleh ada paksaan dari pihak yang satu kepada pihak yang lain, dengan sendirinya perjanjian yang diadakan tidak mempunyai kekuatan hukum apabila tidak didasarkan kepada kehendak bebas pihak-pihak yang mengadakan perjanjian.

3. Harus Jelas dan Gamblang.

Maksudnya apa yang diperjanjikan oleh para pihak harus terang tentang apa yang menjadi isi perjanjian, sehingga tidak mengakibatkan terjadinya kesalahpahaman di antara para pihak tentang apa yang telah mereka perjanjikan di kemudian hari.

2.1.3. Asas-Asas Perjanjian

Hukum kontrak mengenal beberapa asas yang merupakan dasar hukum kontrak. Adanya asas-asas dalam berkontrak bertujuan untuk menjamin kepastian hukum dan membatasi dominasi salah satu pihak dalam perjanjian. Selain itu, asas-asas ini juga berfungsi sebagai pedoman bagi para pihak dalam membuat kontrak. Asas-asas dalam berkontrak sebagaimana diuraikan berikut:²³

a. Asas Konsensualisme

²³ Abdul Rasyid Saliman, *Hukum Bisnis untuk Perusahaan*, hlm. 50

Asas konsensualisme menganut paham dasar bahwa suatu perjanjian itu sudah lahir sejak saat tercapainya kesepakatan.²⁴ Konsensualisme adalah perjanjian itu telah terjadi jika telah ada konsensus (kata sepakat) antara pihak-pihak yang mengadakan kontrak. Sesuai dengan artinya konsensualisme adalah kesepakatan, maka asas ini menetapkan bahwa terjadinya suatu perjanjian setelah terjadi kata sepakat dari kedua belah pihak yang mengadakan perjanjian. Dengan kesepakatan maka perjanjian menjadi sah dan mengikat kepada para pihak dan berlaku sebagai undang-undang bagi mereka. Asas ini dijumpai dalam Pasal 1320 KUH Perdata.²⁵

Asas ini mengandung kehendak para pihak untuk saling mengikatkan diri dan menimbulkan kepercayaan (*vertrouwen*) di antara para pihak terhadap pemenuhan perjanjian.²⁶ Di sini yang ditekankan adalah adanya persesuaian kehendak. Sebelum adanya persesuaian kehendak, biasanya para pihak mengadakan negosiasi sebelum mencapai kata sepakat. Apabila terdapat cacat kehendak yang meliputi tiga hal yaitu kesesatan/kekhilafan, penipuan dan paksaan, maka akibat hukumnya adalah kontrak itu dapat dimintakan pembatalan kepada pengadilan.²⁷

b. Asas Kebebasan Berkontrak

Artinya seseorang bebas untuk mengadakan perjanjian, bebas mengenai apa yang diperjanjikan, bebas pula menentukan bentuk kontraknya. Akan tetapi, kebebasan tersebut dibatasi oleh tiga hal, yaitu tidak dilarang undang-

²⁴ Widjaya, I.G. Rai, *Merancang Suatu Kontrak (Contract Drafting)*, hlm. 35

²⁵ Gatot Supramono, *Perbankan dan Masalah Kredit*, hlm. 164

²⁶ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian ...*, hlm. 121

²⁷ Abdul Kadir Muhammad, *Hukum Perdata Indonesia*, hlm. 301

undang, tidak bertentangan dengan ketertiban umum, dan tidak bertentangan dengan kesusilaan. Asas kebebasan berkontrak ini dapat ditemui dalam Pasal 1338 KUHPdt yang mengemukakan sebagai berikut:²⁸

- (1) Semua persetujuan yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya
- (2) Perjanjian itu tidak dapat ditarik kembali selain dengan sepakat kedua belah pihak atau karena alasan-alasan yang oleh undang-undang dinyatakan cukup untuk itu.
- (3) Persetujuan harus dilaksanakan dengan iktikad baik

Dari ketentuan di atas, ada beberapa hal yang harus diperhatikan bagi para pihak yang hendak menandatangani kontrak, yakni pertama mencermati seluruh isi kontrak sebab jika sudah ditandatangani berarti menyetujui seluruh isi kontrak. Hal kedua adalah perjanjian yang telah ditandatangani tidak dapat ditarik kembali ataupun dibatalkan oleh sebelah pihak, harus dengan persetujuan kedua belah pihak. Hal yang ketiga adalah perjanjian harus dilaksanakan dengan iktikad baik. Dalam doktrin yang dikemukakan oleh para ahli hukum, pelaksanaan persetujuan dengan iktikad baik sebenarnya sama dengan penafsiran persetujuan berdasarkan kepatutan dan keadilan.²⁹

Namun yang penting diperhatikan adalah asas kebebasan berkontrak ini didasarkan pada asumsi bahwa para pihak dalam berkontrak memiliki posisi tawar (*bargaining position*) yang seimbang, adil, dan tidak berat sebelah.³⁰ Selain itu, asas ini menempatkan para pihak sebagai partner atau mitra kontrak dalam

²⁸ Suparni Niniek, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*, (Jakarta: Rineka Cipta, 1998), hlm.

²⁹ Sentosa Sembiring, *Hukum Dagang, Cetakan Ketiga*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2008), hlm. 129

³⁰ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian ...*, hlm. 111

pertukaran kepentingan mereka.³¹ Para pihak bukanlah sebagai lawan kontrak yang saling menjatuhkan atau mengamankan diri sendiri, akan tetapi saling menguntungkan, menghargai, dan mengamankan tujuan para pihak sebagaimana yang tertuang dalam kontrak. Karena itu dalam diri para pihak yang berkontrak harus terdapat pemahaman dan penghormatan terhadap hak masing-masing agar pertukaran hak dan kewajiban dapat berlangsung secara proporsional (seimbang).

c. Asas Daya Mengikat Kontrak (*Pacta sunt servanda*)

Pada dasarnya janji itu mengikat, sehingga perlu diberikan kekuatan untuk berlakunya. Untuk memberikan kekuatan daya berlaku atau daya mengikatnya kontrak, maka kontrak yang dibuat secara sah mengikat serta dikualifikasikan mempunyai kekuatan mengikat setara dengan daya berlaku dan mengikatnya undang-undang. Asas daya mengikat kontrak dipahami sebagai mengikatnya kewajiban kontraktual (mencakup isi perjanjian dan prestasi) yang harus dilaksanakan para pihak. Kekuatan mengikat kontrak pada dasarnya hanya menjangkau sebatas para pihak yang membuatnya. Hal ini dalam beberapa literatur, khususnya di-*common law*, disebut *privity of contract*.³²

Asas-asas berkontrak dalam hukum Islam:³³

1. Asas konsensualisme (*Mabda" ar-Radha"iyyah*)

Asas ini menyatakan bahwa untuk terciptanya suatu perjanjian cukup dengan tercapainya kata sepakat antara para pihak tanpa perlu dipenuhinya formalitas- formalitas tertentu. Dalam hukum Islam pada umumnya perjanjian-

³¹ *Ibid.*, hlm. 116

³² *Ibid.*, hlm. 124

³³ Syamsul Anwar, *Hukum Perjanjian Syariah*, hlm. 87

perjanjian itu bersifat konsensual. Para ahli hukum Islam biasanya menyimpulkan asas konsensualisme dari dalil-dalil hukum berikut:

- a. Firman Allah, *“Wahai orang-orang yang beriman, janganlah kamu makan harta sesamamu dengan jalan bathil, kecuali (jika makan harta sesama itu dilakukan) dengan cara tukar-tukar berdasarkan perizinan timbal balik (kata sepakat) di antara kamu”* (QS. An-Nisaa’: 29).
- b. 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. An-Nisaa’: 4).
- c. Sabda Nabi Saw., *Sesungguhnya jual beli itu berdasarkan kata sepakat* (Hadits riwayat Ibn Hibban dan Ibn Majah).

Hadits ini menunjukkan bahwa akad jual beli didasarkan kepada perizinan timbal balik (kata sepakat). Meskipun hanya akad jual beli saja yang disebutkan dalam hadits 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.

- d. Kaidah hukum Islam, *Pada dasarnya perjanjian (akad) itu adalah kesepakatan para pihak dan akibat hukumnya adalah apa yang mereka tetapkan melalui janji”*.

Kaidah di atas amat tegas menyatakan bahwa perjanjian itu pada dasarnya adalah kesepakatan para pihak, sehingga bila telah tercapai kata sepakat para pihak, maka terciptalah suatu perjanjian.³⁴

2. Asas *Ibahah* (*Mabda’ al-Ibahah*),
Asas ini dirumuskan dalam adagium *“Pada dasarnya segala sesuatu itu boleh dilakukan sampai ada dalil yang melarangnya”*. Bila dikaitkan dengan

³⁴ *Ibid.*, hlm. 89

tindakan hukum, khususnya perjanjian, maka ini berarti bahwa tindakan hukum dan perjanjian apa pun dapat dibuat sejauh tidak ada larangan khusus mengenai perjanjian tersebut.

3. Asas Kebebasan Berakad (*Mabda" Hurriyah at-Ta"aqud*)

Asas kebebasan berkontrak yaitu suatu prinsip hukum yang menyatakan bahwa setiap orang dapat membuat akad jenis apapun tanpa terikat pada nama-nama yang telah ditentukan dalam undang-undang Syariah dan memasukkan klausul apa saja ke dalam akad yang dibuatnya itu sesuai dengan kepentingannya sejauh tidak berakibat makan harta sesama dengan jalan bathil.

Dalam kaidah hukum Islam, "*Pada asasnya akad itu adalah kesepakatan para pihak dan akibat hukumnya adalah apa yang mereka tetapkan atas diri mereka melalui janji*" ini jelas menunjukkan kebebasan berakad karena perjanjian itu dinyatakan berdasarkan kata sepakat para pihak dan akibat hukumnya adalah apa yang mereka tetapkan melalui janji. Kebebasan membuat akad dalam hukum Islam tidaklah mutlak, melainkan dibatasi.

Dalam hukum Islam, pembatasan itu dikaitkan dengan "larangan makan harta sesama dengan jalan bathil". Maksud dari makan harta sesama dengan jalan bathil adalah makan harta orang lain dengan cara yang tidak dibenarkan dan tidak sah menurut hukum Syariah, baik yang dilarang secara langsung di dalam nas maupun berdasarkan ijtihad atas nas. Secara umum dapat dikatakan bahwa makan harta dengan jalan bathil adalah bertentangan dengan ketertiban umum dan kesusilaan. Hanya saja ketertiban umum dan kesusilaan dalam hukum Islam

lebih luas cakupannya, karena mencakup larangan riba, gharar dan syarat penyerta akad yang fasid.³⁵

4. Asas Kemaslahatan (Tidak Memberatkan)

Asas ini bertujuan untuk mewujudkan kemaslahatan bagi mereka dan tidak boleh menimbulkan kerugian (*mudharat*) atau keadaan memberatkan (*masyaqqah*). Apabila dalam pelaksanaan akad terjadi suatu perubahan keadaan yang tidak dapat diketahui sebelumnya serta membawa kerugian yang fatal bagi pihak bersangkutan sehingga memberatkannya, maka kewajibannya dapat diubah dan disesuaikan kepada batas yang masuk akal.³⁶

5. Asas Amanah

Asas amanah ini dimaksudkan bahwa masing-masing pihak haruslah beriktikad baik dalam bertransaksi dengan pihak lainnya dan tidak dibenarkan salah satu pihak mengeksploitasi ketidaktahuan mitranya.³⁷ Dalam kehidupan masa kini banyak sekali objek transaksi yang dihasilkan oleh satu pihak melalui suatu keahlian yang amat spesialis dan profesionalisme yang tinggi sehingga ketika ditransaksikan, pihak lain yang menjadi mitra transaksi tidak banyak mengetahui seluk beluknya. Oleh karena itu, ia sangat bergantung kepada pihak yang menguasainya. Sehingga dalam hukum perjanjian Islam dituntut adanya sikap amanah pada pihak yang menguasainya untuk memberi informasi yang sejujurnya kepada pihak lain yang tidak banyak mengetahuinya.

³⁵ *Ibid.*, hlm. 87

³⁶ *Ibid.*, hlm. 90

³⁷ *Ibid.*, hlm. 91

6. Asas Keadilan

Keadilan adalah tujuan yang hendak diwujudkan oleh semua hukum. Dalam hukum Islam, keadilan langsung merupakan perintah Al-Quran yang menegaskan, “*Berlaku adillah, karena adil itu lebih dekat kepada takwa*” (QS. *Al-Maidah: 8*). Keadilan merupakan sendi setiap perjanjian yang dibuat oleh para pihak. Sering kali dizaman modern akad ditutup oleh satu pihak dengan pihak lain tanpa ia memiliki kesempatan untuk melakukan negosiasi mengenai klausul akad tersebut, karena klausul akad tersebut 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.³⁸

Berdasarkan dalil dalam QS. Al-Hadid (57): 25 disebutkan, bahwa Allah berfirman “*Sesungguhnya Kami telah mengutus rasul-rasul Kami dengan membawa bukti-bukti yang nyata dan telah kami turunkan bersama mereka Al-Kitab dan Neraca (keadilan) supaya manusia dapat melaksanakan keadilan*”. Dan QS. Al-A'raaf (7) : 29, disebutkan bahwa “*Katakanlah: “Tuhanku menyuruh supaya berlaku adil*”.

Istilah keadilan tidaklah dapat disamakan dengan suatu persamaan. Menurut Yusuf Qardhawi, keadilan adalah keseimbangan antara berbagai potensi individu, baik moral ataupun materiil, antara individu dan masyarakat, dan antara masyarakat satu dengan lainnya yang berlandaskan pada syariah Islam. Dalam asas ini, para pihak yang melakukan perikatan dituntut untuk

³⁸ *Ibid.*, hlm. 92

berlaku benar dan pengungkapan kehendak dan keadaan, memenuhi perjanjian yang telah mereka buat, dan memenuhi semua kewajibannya.³⁹

Dalam QS. An-Nahl (16): 90, Allah SWT., berfirman “*Sesungguhnya Allah menyuruh (kamu) berlaku adil dan berbuat kebajikan, memberi kepada kaum kerabat, dan Allah melarang dari perbuatan keji, kemungkaran, dan permusuhan*”.

Sikap adil harus tercermin dalam perbuatan muamalat. Oleh karena itu, Islam mengatur hal-hal yang bertentangan dengan sikap adil yang tidak boleh dilakukan oleh manusia. Hal ini disebut juga dengan *kezaliman*. Beberapa hal yang termasuk dalam kezaliman antara lain adalah perbuatan riba, timbangan yang tidak adil, penangguhan pembayaran utang bagi yang mampu, dan masih banyak lagi perbuatan zalim lainnya.⁴⁰

2.2. PERJANJIAN BAKU

2.2.1. Pengertian Perjanjian Baku

Istilah kontrak atau perjanjian baku merupakan terjemahan dari bahasa Inggris, yaitu *standard contract*. Dalam kamus Inggris-Indonesia kata *standard* mempunyai berbagai arti yaitu tiang (panji), kelas dan atau ukuran (sebagai pedoman). Sedangkan kata *contract* artinya perjanjian atau hubungan. Dengan memperhatikan arti kedua kata tersebut, maka *standard contract* artinya perjanjian dengan menggunakan ukuran tertentu. Sehubungan dengan hal itu, Ahmadi Miru mengemukakan bahwa, kontrak baku adalah perjanjian yang klausul-klausulnya telah ditetapkan atau dirancang oleh salah satu pihak.⁴¹

³⁹ Gemala Dewi, *Hukum Perikatan Islam di Indonesia*, (Jakarta: Kencana, 2007), hlm. 34

⁴⁰ *Ibid.*, hlm. 35

⁴¹ Ahmadi Miru, *Hukum Perancangan Kontrak*, Cetakan Kelima, (Jakarta: Raja Grafindo, 2016), hlm. 39

Hondius juga memberikan pengertian terhadap kontrak baku sebagai perjanjian dengan syarat-syarat konsep tertulis yang dimuat dalam perjanjian yang masih akan dibuat, yang jumlahnya tidak tentu, tanpa membicarakan isinya terlebih dahulu.⁴²

Kontrak baku adalah kontrak yang telah dibuat secara baku (*form standard*), yang dituangkan dalam bentuk formulir dan dicetak dalam jumlah yang banyak dengan beberapa bagian yang menjadi objek transaksi, seperti besarnya nilai transaksi, jenis, dan jumlah barang yang ditransaksikan dan sebagainya sehingga tidak membuka kesempatan kepada pihak lain untuk melakukan negosiasi mengenai apa yang akan disepakati untuk dituangkan dalam kontrak.⁴³ Sehingga kontrak baku ini sering disebut dengan nama *take it or leave it contract*⁴⁴. Artinya, pihak konsumen/kreditur masih diberi hak untuk menyetujui (*take it*) atau menolak kontrak/perjanjian yang diajukan kepadanya (*leave it*).

Sutan Remi Sjahdeini mengartikan kontrak baku sebagai perjanjian yang hampir seluruh klausul-klausulnya dibakukan oleh pemakainya dan pihak yang lain pada dasarnya tidak mempunyai peluang untuk merundingkan atau meminta perubahan.⁴⁵ Di satu sisi, bentuk perjanjian seperti ini sangat menguntungkan jika dilihat dari berapa banyak waktu, tenaga dan biaya yang dapat dihemat. Akan tetapi, di sisi lain bentuk perjanjian ini menempatkan pihak yang tidak ikut membuat klausul-klausul dalam kontrak itu sebagai pihak

⁴² Az Nasution, *Hukum Perlindungan Konsumen Suatu Pengantar*, (Jakarta: Diadit Media, 2002), hlm. 94,

⁴³ Hasanuddin Rahman, *Contract Drafting*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2003), hlm. 197

⁴⁴ Celina Tri Siwi Kristiyanti, *Hukum Perlindungan Konsumen*, hlm. 140

⁴⁵ Celina Tri Siwi Kristiyanti, *Hukum Perlindungan Konsumen*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2009), hlm. 139

baik secara langsung maupun tidak langsung pihak yang dirugikan, yakni di satu sisi ia sebagai salah satu pihak dalam kontrak itu memiliki hak untuk memperoleh kedudukan seimbang dalam menjalankan perjanjian tersebut, di sisi lain ia harus menurut terhadap isi kontrak yang disodorkan kepadanya.⁴⁶

Kontrak atau perjanjian pada dasarnya dibuat berdasarkan pada asas kebebasan berkontrak di antara dua pihak yang memiliki kedudukan seimbang dan kedua pihak berusaha mencapai kata sepakat melalui proses negosiasi. Dalam perkembangannya, banyak perjanjian dalam transaksi bisnis bukan terjadi melalui negosiasi yang seimbang di antara para pihak. Salah satu pihak telah menyiapkan syarat-syarat baku pada formulir perjanjian yang sudah ada kemudian disodorkan kepada pihak lain untuk disetujui dengan hampir tidak memberikan kebebasan sama sekali kepada pihak lainnya untuk melakukan negosiasi atas syarat-syarat yang disodorkan. Perjanjian yang demikian disebut sebagai perjanjian baku atau perjanjian *standard* atau perjanjian *adhesi*.⁴⁷

Panggabean dengan mengutip pendapat Mr. H.J. Sluiter mengatakan, pengertian *standard contract* merupakan kontrak yang bersifat paksaan, bersifat lebih dipaksakan berdasarkan ketentuan ekonomi yang lebih kuat, sedang salah satu pihak kurang cukup pengertian tentang kontrak tersebut atau mungkin juga karena kecerobohan pada pihak lain. Dengan pengertian itu Panggabean melihat Sluiter tampaknya mempersamakan *standard contract* dengan *adhesie contract*, dimana salah satu pihak dipaksa oleh pihak lain.⁴⁸

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Sutan Remy Sjahdeini, *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan yang Seimbang Bagi Para Pihak dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia*, (Jakarta: Institut Bankir Indonesia, 1993), hlm. 65-66

⁴⁸ Gatot Supramono, *Perbankan dan Masalah Kredit*, hlm. 173

Mengenai kontrak baku (*standard contract*) ini, Badruzaman menggolongkan perjanjiannya ke dalam dua golongan, yaitu: ⁴⁹

1. Perjanjian standar umum, yaitu perjanjian yang bentuk dan isinya telah dipersiapkan terlebih dahulu oleh kreditur kemudian disodorkan kepada debitur.
2. Perjanjian standar khusus, yaitu perjanjian yang standarnya telah ditetapkan oleh pemerintah. Pada perjanjian standard khusus baik bentuk dan berlakunya perjanjian ditetapkan secara sepihak oleh pemerintah.

Dalam kontrak baku yang menentukan isi perjanjian adalah produsen/kreditur, karena selama ini dalam membuat perjanjian dipengaruhi oleh asas hukum yang mengatakan siapa yang memiliki kedudukan sosial ekonomi yang kuat maka dialah yang mengatur pihak lainnya yang kedudukannya lemah sewaktu berhubungan dengannya.⁵⁰ Sudah banyak diterapkan asas tersebut dalam praktik kehidupan di masyarakat. Contohnya hubungan pengacara dengan kliennya berlaku hukum pengacara. Hubungan buruh dan majikan berlaku hukum majikan. Hubungan bank dengan nasabah berlaku hukum bank. Di samping itu, dari sisi administrasi, terdapat alasan-alasan lain seperti menghemat waktu, praktis, dan sebagai pelayanan yang baik kepada debitur.

Dari pengertian-pengertian di atas maka kontrak baku (*standard contract*) merupakan suatu perjanjian yang terjadi antara para pihak yang dibuat

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*, hlm. 174

dalam bentuk atau format yang telah dibakukan oleh salah satu pihak umumnya pihak yang memiliki kedudukan ekonomi yang lebih kuat, dan tidak membuka peluang kepada pihak lainnya untuk menegosiasikan isi kontrak maupun merubah isi kontrak.

2.2.2. Ciri-Ciri Kontrak Baku

Kontrak baku dalam perkembangannya mengikuti dan menyesuaikan dengan perkembangan masyarakat. Karena lahir dari kebutuhan efisiensi serta efektivitas kerja, maka bentuk kontrak baku ini pun memiliki karakteristik yang khas yang tidak dimiliki oleh kontrak yang lain pada umumnya, antara lain kontrak baku dibuat salah satu pihak saja dan tidak melalui suatu bentuk perundingan, isi kontrak telah distandarisasi, klausula yang ada di dalamnya biasanya merupakan klausul yang telah menjadi kebiasaan secara luas dan berlaku secara terus menerus dalam waktu yang lama. Kontrak baku menurut Sudaryatmo mempunyai ciri-ciri sebagai berikut:⁵¹

1. Perjanjian sepihak yang dibuat oleh produsen yang posisinya lebih kuat dari konsumen;
2. Konsumen sama sekali tidak dilibatkan dalam menentukan isi perjanjian;
3. Dibuat dalam bentuk tertulis dan massal;
4. Konsumen terpaksa menerima isi perjanjian karena didorong oleh kebutuhan.

⁵¹ Sudaryatmo, *Masalah Perlindungan Konsumen di Indonesia*, (Bandung : Citra Aditya Bakti, 1996), hal. 93

Mariam Darus Badruzaman juga mengemukakan ciri-ciri kontrak baku yang sama seperti di atas, yaitu:⁵²

1. Isinya ditetapkan secara sepihak oleh pihak yang posisi (ekonominya) kuat;
2. Masyarakat (debitur) sama sekali tidak ikut bersama-sama menentukan isi perjanjian;
3. Terdorong oleh kebutuhannya debitur terpaksa menerima perjanjian itu;
4. Bentuk tertentu (tertulis);
5. Dipersiapkan secara massal dan kolektif.

2.2.3 Hubungan Nasabah Dan Bank Dalam Perjanjian

Pertumbuhan ekonomi yang sangat pesat serta kompleks melahirkan berbagai bentuk kerja sama bisnis. Kerja sama bisnis yang terjadi sangat beraneka ragam tergantung pada bidang bisnis yang sedang dijalankan. Keanekaragaman kerjasama bisnis ini tentu saja melahirkan masalah serta tantangan baru karena hukum harus siap untuk dapat mengantisipasi setiap perkembangan yang muncul.

Aspek yang juga penting dalam upaya penegakan hukum bisnis adalah etika bisnis. Menurut Von der Embse dan R.A. Wagley dalam artikaelnya di Advance Managemen journal (1988) yang berjudul Managerial Ethics Hard Decesions on Soft Criteria, terdapat tiga bagian pendekatan dasar dalam merumuskan etika bisnis yang ideal, yaitu.

⁵² Salim HS, *Perkembangan Hukum Kontrak di Luar KUH Perdata*, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2006), hal 146

- a. *Utilitarian Approach* setiap tindakan harus didasarkan pada konsekuensinya. Oleh karena itu dalam bertindak pelaku bisnis seharusnya mengikuti cara-cara yang dapat memberi manfaat sebesar-besarnya kepada masyarakat, dengan cara yang tidak membahayakan dan dengan biaya serendah-rendahnya.
- b. *Individual Rights Approach* setiap pelaku bisnis dalam tindakan dan kelakuannya memiliki hak dasar yang harus dihormati. Namun tindakan ataupun tingkah laku tersebut harus dihindari apabila diperkirakan akan menyebabkan terjadi benturan dengan orang lain.
- c. *Justice Approach* para pelaku bisnis mempunyai kedudukan yang sama, dan bertindak adil dalam memberikan pelayanan kepada pelanggan baik secara perseorangan ataupun secara kelompok.⁵³

Dalam menjalankan tugasnya bank perlu memperhatikan asas-asas yang berlaku dalam perbankan. Asas-asas yang dimaksud antara lain:

1. *Asas hukum*, bank dalam menjalankan tugasnya berdasarkan atas hukum, baik hukum tertulis maupun tidak tertulis
2. *Asas keadilan*, dalam melayani masyarakat, bank tidak boleh memberikan fasilitas kepada pihak tertentu saja;
3. *Asas kepercayaan*, hubungan bank dengan nasabahnya adalah atas dasar kepercayaan. Nasabah merasa percaya pada bank bahwa uang yang disimpan dapat dikelola dengan baik oleh bank. Bank

⁵³ Lukman Santoso, *Hukum Perikatan: Teori Hukum dan Teknis Pembuatan Kontrak Kerja Sama Dan Bisnis* (Malang: Setara Press, 2016) hal. 46

memegang teguh kepercayaan tersebut dengan siap membayar nasabah apabila sebagian atau seluruh simpanannya sewaktu-waktu ditarik.

4. *Asas keamanan*, bank memberikan keamanan terhadap simpanan paranasabahnya agar terhindar dari suatu kejahatan. Selain itu bank juga memberikan rasa aman kepada nasabahnya saelama berada dikantor atau pekarangan bank ketika melakukan sebuah transaksi dengan bank.
5. *Asas kehati-hatian*, asas ini diatur dalam UU perbankan namun namun undang-undang tidak memberikan penjelasan tentang asas tersebut.
6. *Asas ekonomi*, bank sebagai perusahaan yang tujuannya memperoleh keuntungan tidak dapat dipisahkan dengan prinsip ekonomi.⁵⁴

Hubungan bank dengan nasabahnya dilandasi dengan sebuah perjanjian yang dibuat dengan kata sepakat. Perjanian yang dimaksudkan dapat berupa tentang perjanjian penyimpanan uang atau perjanjian utang piutang. Sengketa bank dengan nasabah dapat terjadi apabila terdapat perbedaan dan hal tersebut dipandang tidak sejalan dengan yang telah dijanjikan.

Dalam hubungannya dengan rahasia bank, pasal 43 UU Perbankan mengatur bahwa dalam perkara prdata antara bank dengan nasabahnya, direksi bank yang bersangkutan dapat menginformasikan pada pengadilan tentang keadaan

⁵⁴ Gatot Supramono, *Perbankan Dan Masalah Kredit; Suatu Tinjauan Di Bidang Yuridis* (Jakarta.Rineka Cipta, 2009) hal. 45-47

keuangan nasabah yang bersangkutan dan memberikan keterangan lain yang relevan dalam perkara tersebut. Dalam ketentuan tersebut ruang lingkupnya terbatas hanya untuk perkara bank dan nasabahnya. Disini bank memberikan keterangan tentang data keuangan nasabah adalah bukan sebuah kewajiban. Jika dipandang perlu untuk kepentingan pembuktian dengan tujuan untuk terangnya perkara perdata dapat dilakukan. Sebaliknya, jika dipandang tidak perlu dan cukup bukti pada pembuktian perkara yang sedang dihadapinya maka bank tidak perlu membuka rahasia bank.

Pada dasarnya seseorang berhubungan dengan bank sifatnya bebas. Seseorang dapat menjadi nasabah pada jumlah bank. Nasabah boleh menyimpan uangnya di beberapa bank di daerah mana pun. Di lain pihak, bank juga demikian, tidak dapat menolak kedatangan seseorang yang sudah menjadi nasabah bank lain karena transaksi yang dilakukan sejalan dengan asas kebebasan berkontrak.⁵⁵ Dalam pasal 1233 KUHPERdata disebutkan, bahwa tiap-tiap perikatan dilahirkan baik karena persetujuan, atau karena undang-undang. Artinya bahwa persetujuan atau perjanjian merupakan salah satu sumber timbulnya suatu perikatan.

Dalam konteks ini, dasar hubungan hukum antara bank dan nasabahnya adalah perjanjian yang merupakan perjanjian pembukaan rekening atau perjanjian mengenai hal yang merupakan pilihan nasabah untuk menggunakan salah satu jenis jasa pelayanan jasa perbankan lainnya. Perjanjian tersebut telah dibuat dengan tertulis yang dicetak dan berbentuk satu formulir, dimana perjanjian

⁵⁵ *Ibid*, hal 70

tersebut memuat ketentuan• ketentuan dan syarat-syarat yang dibuat oleh salah satu pihak yaitu pihak bank. Dengan demikian nasabah hanya tinggal memilih untuk menerima atau menolak menggunakan jasa perbankan di bank tersebut. nasabah tidak mempunyai kewenangan untuk mengajukan syarat-syarat yang diinginkannya. Perjanjian ini disebut juga perjanjian standar atau perjanjian baku yang sifatnya "*take it or leave it*".

Perjanjian baku adalah perjanjian yang isinya telah dibakukan dan dituangkan dalam bentuk formulir. Dapat juga dikatakan bahwa perjanjian baku adalah suatu perjanjian yang berlaku dan akan mengikat antara para pihak yang saling berkepentingan dan yang isinya dituangkan dalam suatu bentuk tertentu yang dijadikan tolak ukur oleh pihak yang satu tanpa membicarakan isinya terlebih dahulu dengan pihak yang lain, tetapi para pihak dianggap telah menyetujuinya.⁵⁶ Dalam konteks ini, ada dua cara berakhirnya perjanjian yang ditentukan dalam isi perjanjian tersebut. cara pertama yaitu karena lampau masa berlaku, yaitu dua tahun sejak diterbitkan oleh pihak bank. Cara yang kedua yaitu, karena adanya salah satu pihak membatalkan perjanjian.⁵⁷

2.3. MUDHARABAH

2.3.1. Pengertian dan Landasan Hukum Mudharabah

Dalam fikih mu'amalah *Mudharabah* dinamakan juga dengan *Qiradh*, yaitu bentuk kerja sama antara pemilik modal (*shohibul mal/rabbul mal*) dengan

⁵⁶ Lukman Santoso, *Hak Dan Kewajiban Hukum Nasabah Bank* (Yogyakarta: Pustaka Yustisia, 2011), hal. 70- 71.

⁵⁷ *Ibid*, hal. 72

pengelola (*mudharib*) untuk melakukan usaha dimana keuntungan dari usaha tersebut dibagi diantara kedua pihak tersebut, dengan rukun dan syarat tertentu.

Secara etimologi kata *mudharabah* adalah kata benda (*isim masdar*) yang berasal dari akar kata *dharb*⁵⁸ yang berarti secara harfiah adalah bepergian atau berjalan. Al-Qur'an tidak secara langsung menunjuk istilah *mudharabah*, melainkan melalui akar kata *dha-ra-ba* yang diungkapkan sebanyak lima puluh delapan kali. Dari beberapa kata ini lah yang kemudian mengilhami konsep *mudharabah*.⁵⁹

Menurut pandangan ulama ahli fiqih (*fuqaha*) *Mudharabah* adalah akad antara kedua belah pihak untuk salah seorangnya mengeluarkan sejumlah uang kepada pihak lainnya untuk diperdagangkan dan laba dibagi sesuai dengan kesepakatan.⁶⁰

Madzhab Syafi'i mendefinisikan *mudharabah* sebagai pemilik modal menyerahkan sejumlah uang kepada pengusaha untuk dijalankan dalam suatu usaha dagang dengan keuntungan menjadi milik bersama antara keduanya.⁶¹

Sedangkan madzhab Hambali mendefinisikan *mudharabah* dengan pengertian penyerahan barang atau sejenisnya dalam jumlah yang jelas dan

⁵⁸ Ahmad Warsun Munawir, *kamus al-'ashr*, (Yogyakarta: Ali Maksum, 2008), hal. 418

⁵⁹ Abdullah Saeed, *Bank Islam Dan Bunga Studi Kritis Dan Interpretasi Kontemporer tentang Riba dan Bunga*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2008), hal. 91

⁶⁰ Al-Jarzani, *Fiqih Madzahibu al-Arba'ah*, (Beirut, Dar al-Fikr, 1980), juz 3, hlm. 34

⁶¹ Muhammad, *Konstruksi Mudharabah dalam Bisnis Syariah*, (Yogyakarta: BPFE, 2005), hal.51.

tertentu kepada orang yang mengusahakannya dengan mendapatkan bagian tertentu dari keuntungannya.⁶²

Sementara itu KHES dalam pasal 20 ayat (4) mendefinisikan *mudharabah* adalah kerjasama antara pemilik dana atau penanam modal dengan pengelola modal untuk melakukan usaha tertentu dengan pembagian keuntungan berdasarkan nisbah.⁶³

Mudharabah sebagai sebuah kegiatan kerjasama ekonomi antara dua pihak mempunyai ketentuan-ketentuan yang harus dipenuhi dalam rangka mengikat jalinan kerjasama tersebut dalam kerangka hukum. Menurut madzhab Hanafi dalam kaitannya dengan kontrak tersebut unsur yang paling penting adalah *ijab qabul*, artinya bersesuaiannya keinginan dan maksud dari dua pihak tersebut untuk menjalin ikatan kerjasama.⁶⁴ Namun madzab Syafi'i mengajukan beberapa unsur mudharabah yang tidak hanya adanya *ijab* dan *qabul* saja, tetapi juga adanya dua pihak, adanya kerja, adanya laba dan adanya modal.⁶⁵

Sebagai salah satu produk Lembaga Keuangan Syariah, *mudharabah* tentu perlu memiliki regulasi yang tegas dan jelas, sehingga tidak menimbulkan ambiguitas jika suatu hari antara pihak bank dan nasabah terjadi perselisihan atau wanprestasi oleh salah satu pihak. Oleh karenanya, dalam hal unsur atau rukun *mudharabah*, penulis sependapat dengan madzhab syafi'i yang tidak hanya mendasarkan mudharabah pada *ijab* dan *qabul* (serah terima) saja, tetapi perlu

⁶² *Ibid*, hal. 51

⁶³ Direktorat Jenderal Badan Peradilan Agama MA RI, *Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah, edisi revisi*, (Jakarta: Dirjen Badilag, 2011) hal.10

⁶⁴ Al-Ramli, *Nihayat al-Muhtaj*, vol V, hal. 219.

⁶⁵ Muhammad, *Konstruksi Mudharabah dalam Bisnis Syariah*, (Yogyakarta: BPFE, 2005), hal.55-61

juga tambahan adanya dua pihak, kerja/usaha, laba/keuntungan dan modal, dimana ketiga unsur terakhir merupakan unsur yang masuk dalam kategori objek akad yang notabene adalah rukun dasar akad yang kedua sebagaimana dimaksud pasal 22 Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah.

Objek akad adalah sesuatu yang dijadikan objek dan dikenakan padanya akibat hukum yang ditimbulkannya. Objek akad dapat berupa benda, manfaat benda, jasa atau pekerjaan atau suatu hal lainnya yang tidak bertentangan dengan syariat.

Dalam konteks akad *mudharabah*, maka yang dimaksud dengan objek akad *mudharabah* adalah modal, usaha, dan keuntungan. Eksistensi tiga unsur dasar tersebut mutlak harus ada dalam sebuah akad *mudharabah*. Modal adalah dana atau barang yang dijadikan sebagai penggerak sebuah usaha demi mencapai tujuan pokok akad yaitu keuntungan yang pada akhirnya akan dinikmati oleh kedua belah pihak yang berakad. Sedangkan usaha merupakan unsur yang harus ada ketika akad berlangsung. Pada prakteknya, transaksi *mudharabah* yang terjadi pada perbankan syariah misalnya, pihak bank (*shahibul mal*) tidak akan menyetujui pengajuan pembiayaan *mudharabah* jika *mudharib* tidak memiliki usaha.⁶⁶ Bahkan untuk mengabulkan sebuah pengajuan pembiayaan *mudharabah*, pihak bank masih harus melakukan penilaian potensi dan prospek usaha yang dijalankan oleh *mudharib*. Artinya pihak bank sebagai penyandang modal memiliki kewenangan untuk mengabulkan atau menolak pengajuan pembiayaan *mudharabah* berdasarkan penilaian tersebut. Hal ini merupakan bentuk asas

⁶⁶ Muhammad, *Manajemen Pembiayaan Mudharabah di Bank Syariah*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada. 2008), hal. 5.

kebebasan berkontrak, kebebasan para pihak yang akan melakukan akad untuk memilih melanjutkan atau membatalkan sebuah akad,⁶⁷ atau yang disebut dalam istilah fiqh muamalah adalah akad dengan *khiyar*.

Landasan hukum *mudharabah* dalam Al-Quran antara lain terdapat pada:

1. an-Nisa ayat 29 yang artinya "*Hai orang yang beriman! Janganlah kalian saling memakan (mengambil) harta sesamamu dengan jalan yang batil, kecuali dengan jalan perniagaan yang berlaku dengan sukarela di antaramu...*".
2. Surat al-Maidah ayat 1 yang artinya " *Hai orang yang beriman! Penuhilah akad-akad itu....*"
3. QS. al-Baqarah ayat 283: "*...Maka, jika sebagian kamu mempercayai sebagian yang lain, hendaklah yang dipercayai itu menunaikan amanatnya dan hendaklah ia bertakwa kepada Allah Tuhannya...*".

Dasar Hukum *Mudharabah* Dalam Sunnah Nabi

1. Hadis Nabi riwayat Thabrani:

"Abbas bin Abdul Muthallib jika menyerahkan harta sebagai mudharabah, ia mensyaratkan kepada mudharib-nya agar tidak mengarungi lautan dan tidak menuruni lembah, serta tidak membeli hewan ternak. Jika persyaratan itu dilanggar, ia (mudharib) harus menanggung resikonya. Ketika persyaratan yang ditetapkan Abbas itu didengar Rasulullah, beliau membenarkannya." (HR. Thabrani dari Ibnu Abbas).

2. Hadis Nabi riwayat Ibnu Majah dari Shuhaib:

"Nabi bersabda, 'Ada tiga hal yang mengandung berkah: jual beli tidak secara tunai, muqaradhah (mudharabah), dan mencampur gandum dengan jewawut untuk keperluan rumah tangga, bukan untuk dijual." (HR. Ibnu Majah dari Shuhaib).

3. Hadis Nabi riwayat Tirmizi dari 'Amr bin 'Auf:

⁶⁷ Dalam kerangka fiqh muamalah, asas ini biasa dikenal dengan istilah *khiyar* majlis. Memang pengertiannya adalah bahwa seseorang memiliki hak untuk melanjutkan atau membatalkan sebuah akad sebelum meninggalkan majelis. Namun dalam konteks kekinian, tidak seharusnya pengertian tersebut diartikan secara literal. Abu Bakar bin Muhammad al-Khusaini, *Kifayatul Akhyar*. (Surabaya: Dar al-'Ilm, t.t.) I:203.

“Perdamaian dapat dilakukan di antara kaum muslimin kecuali perdamaian yang mengharamkan yang halal atau menghalalkan yang haram; dan kaum muslimin terikat dengan syarat-syarat mereka kecuali syarat yang mengharamkan yang halal atau menghalalkan yang haram.”

4. Hadis Nabi riwayat Ibnu Majah:

“Tidak boleh membahayakan diri sendiri maupun orang lain” (HR, Ibnu Majah, Daraquthni, dan yang lain dari Abu Sa’id al-Khudri).

Dasar Hukum Mudharabah Dalam *Ijma*.⁶⁸

1. *Diriwayatkan, sejumlah sahabat menyerahkan (kepada orang, mudharib) harta anak yatim sebagai mudharabah dan tak ada seorang pun mengingkari mereka. Karenanya, hal itu dipandang sebagai ijma’ (Wahbah Zuhaili, al-Fiqh al-Islami wa Adillatuhu, 1989, 4/838).*

Dasar Hukum Mudharabah Dalam *Qiyas*.⁶⁹

1. *Transaksi mudharabah diqiyaskan kepada transaksi musaqah.*⁷⁰

Dasar Hukum Mudharabah Dalam Kaidah fiqh:

1. “Pada dasarnya, semua bentuk muamalah boleh dilakukan, kecuali ada dalil yang mengharamkannya.”

⁶⁸ *Ijma* merupakan sumber hukum Islam yang ketiga setelah hadis. *Ijma’* ialah kesepakatan atau konsensus hukum yang diambil dari Fatwa atau musyawarah para ulama mujtahid tertentu tentang suatu perkara ukum syara' untuk suatu peristiwa (kejadian) yang tidak ditemukan hukumnya didalam Al qur'an ataupun Hadis . Tetapi rujukannya pasti ada didalam Al-qur'an dan hadis. Lihat Wahbah al-Zuhaili, *Ushul Al Fiqh Al Islami*, (Dar Al Fikr, Beirut: 1986) jilid 1,hal.490. Lihat juga Abu Hamid al-Ghazali, *Al Mustashfa fi 'ilm al ushul*,(Dar al Kutub al 'ilmiyah, Beirut: 1983) jilid 1, hal.110

⁶⁹ *Qiyas* ialah suatu proses penyingkapan kesamaan hukum suatu kasus yang tidak disebutkan dalaam suatu *nash*, dengan suatu hukum yangg disebutkan dalaam *nash* karena adanya kesamaan dalaam *illat*-nya. Lihat Rachmat Syafe'i, *Ilmu Ushul Fiqih*, (Bandung: CV. Pustaka Setia, 2010), hal. 86-87.

⁷⁰ *Musaqah* merupakan kerja sama antara pemilik kebun atau tanaman dan pengelola atau penggarap untuk memelihara dan merawat kebun atau tanaman dengan perjanjian bagi hasil yang jumlahnya menurut kesepakatan bersama dan perjanjian itu disebutkan dalam aqad.

2.3.2. Rukun dan Syarat Mudharabah

Dalam fatwa DSN MUI nomor: 07/DSN-MUI/IV/2000 objek akad termaktub secara jelas pada rukun mudharabah yang terdiri dari 5 unsur yang antara lain:

1. Penyedia dana (*sahibul 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 mudhara-bah, dan harus mematuhi kebiasaan yang berlaku dalam aktifitas itu.

Jika kita perhatikan, maka objek akad sebagai salah satu rukun dasar akad dalam fatwa DSN MUI telah tercakup dalam rukun ke tiga hingga ke lima, sedangkan ke tiga unsur objek akad dalam KHES belum terakomodir.