

HUKUM Perbankan Syariah



Dr. Any Nugroho, S.H., M.H., Lahir di Palangka Raya tanggal 11 Mei 1967. Pendidikan dasar dan menengah diselesaikan di kota tempat lahir. Setelah tamat di Tunjung Nyaho, kemudian melanjutkan ke SMP Negeri 1 Tunjung Nyaho, kemudian dilanjutkan ke SMA Negeri 3 Palangka Raya. Setelah tamat SMA, melanjutkan pendidikan tinggi di Fakultas Hukum Universitas Islam Kalimantan (UIN) di Banjarmasin. Kemudian dilanjutkan pada Program Magister Ilmu Hukum di Universitas Islam Kalimantan (UIN) hingga lulus tahun 2000. Pendidikan Doktor Ilmu Hukum selesai di Universitas Islam Kalimantan (UIN) pada tahun 2005. Pendidikan Doktor Ilmu Hukum selesai di Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta pada tahun 2008.

Penulis memulai karir sebagai dosen di Fakultas Hukum Universitas Palangka Raya Kalimantan Tengah, pada tahun 2005. Di samping itu Penulis juga pernah bekerja sebagai Dosen Luar Biasa di Fakultas Hukum Universitas PGRI Palangka Raya dan Universitas Muhammadiyah Palangka Raya. Selain mengajar dan penelitian, Penulis juga aktif dalam berbagai kegiatan ilmiah, seminar dan forum ilmiah baik regional maupun nasional sebagai peserta dan narasumber. Penulis juga aktif menulis artikel ilmiah di jurnal regional, nasional dan jurnal internasional.

Manfaat Buku ini membahas berbagai permasalahan dalam Hukum Perbankan Syariah yang meliputi karakteristik dan fungsi hukum Islam dalam kegiatan perbankan syariah, sistem dan struktur bank syariah, prinsip keadilan dalam pengelolaan perbankan syariah. Di samping itu juga membahas hubungan antara bank syariah dengan nasabah, serta asas keseimbangan dan kemashlahatan. Buku ini membahas hubungan hukum antara bank syariah dengan nasabah yang dijalankan menurut hukum syariah, yang tidak mengenakan bunga yang termasuk dalam kategori "riba" yang dihukumi haram dalam Islam.

Buku ini sangat penting dan perlu untuk dimiliki oleh semua kalangan masyarakat, baik muslim maupun non muslim masyarakat umum yang menaruh minat pada perbankan syariah. Mayoritas umat muslim di Indonesia adalah beragama Islam, sehingga kehadiran buku ini perlu untuk dijadikan rujukan dan panduan dalam menjalankan muamalah yang sesuai dengan nilai-nilai syariah. Bahwa hubungan muamalah yang Islami akan membawa masalah sehingga akan mendapatkan yang barakatan, yang pada akhirnya dapat memberikan ketenangan batin bagi setiap umat Islam.



Ditulis oleh
CV. ASWIJA PRESSINDO
Anggota IKAPI No. 071 / DRY / 2011
Jl. Plosokejuring V No. 73, Misonoortani, Yogyakarta
Telp. (0274) 4403372
Email: aswajapressindo@gmail.com
Website: www.aswajapressindo.co.id

Dr. Any Nugroho, SH, MH

HUKUM

Perbankan Syariah

Dr. Any Nugroho, SH, MH

HUKUM

Perbankan Syariah



Dr. Any Nugroho, SH, MH

HUKUM PERBANKAN SYARIAH

2015

Perpustakaan Nasional RI: Katalog dalam Terbitan (KDT)

HUKUM PERBANKAN SYARIAH

Dr. Any Nugroho, S.H., M.H.

All right reserved

Hak cipta dilindungi oleh undang-undang
Dilarang mengutip atau memperbanyak sebagian atau seluruh isi buku
ini dengan cara apapun, tanpa izin tertulis dari penerbit

xiv + 276 Halaman; 15,5 x 23 cm

Cetakan I: September 2015

ISBN: 978-602-6791-16-0

Editor : Dr. Akhmad Dakhoir, SHI, MHI

Cover : Agung Istiadi

Layout : Iqbal Novian

Diterbitkan pertama kali oleh:

ASWAJA PRESSINDO

Anggota IKAPI No. 071/DIY/2011

Jl. Plosokuning V/73, Minomartani,

Sleman, Yogyakarta

Telp. (0274)4462377

E-mail : aswajapressindo@gmail.com

Website : www.aswajapressindo.co.id

KATA PENGANTAR

Puji Syukur Penulis panjatkan kehadirat Allah, SWT, yang telah memberikan rahmad dan hidayah-Nya, sehingga Penulis mampu menyelesaikan buku ini, yang berjudul "*HUKUM PERBANKAN SYARIAH*". Materi buku ini diangkat dari disertasi Penulis sebagai tugas akhir dalam menempuh pendidikan Doktor Ilmu Hukum di Universitas Gadjah Mada Yogyakarta, dan telah dipertahankan dalam ujian terbuka (promosi doktor) pada tanggal 28 Mei 2015.

Buku ini diharapkan dapat bermanfaat sebagai sumbangan pemikiran secara teoritis dan praktis, khususnya mengenai hukum perbankan syariah. Hukum perbankan syariah merupakan salah satu bidang hukum yang mulai dikembangkan guna memenuhi kebutuhan umat Islam dalam rangka pemenuhan dana untuk kegiatan ekonomi yang sesuai tuntutan syariah. Dibandingkan dengan bank konvensional yang mengenakan bunga— yang dalam pandangan Islam dikualifikasikan sebagai riba— maka keberadaan perbankan syariah diharapkan dapat memberikan ketenangan, khususnya bagi umat Islam, dalam upaya memperoleh dana pembiayaan untuk kegiatan usaha ekonomi (muamalah) yang sesuai tuntutan agama.

Dalam buku ini Penulis menguraikan tentang karakteristik dan fungsi hukum Islam dalam kegiatan perbankan syariah. Dibahas pula prinsip kehati-hatian dalam pengelolaan risiko pada kegiatan perbankan syariah. Konstruksi akad *mudharabah* yang banyak digunakan sebagai produk perbankan syariah juga dibahas dalam buku ini, serta prinsip keseimbangan dalam hubungan antar pelaku ekonomi Islam, yang meliputi bentuk hubungan hukumnya, tanggung jawab hukum para pihak, dan prinsip keseimbangan bagi para pihak dalam pembuatan dan pelaksanaan perjanjian yang diterapkan pada perbankan syariah.

Penulis menyadari bahwa buku ini masih jauh dari sempurna, akan tetapi, besar harapan Penulis semoga buku ini dapat bermanfaat dan memberikan sumbangan pemikiran bagi hukum perbankan syariah di Indonesia. Lebih dari itu buku ini diharapkan dapat memberikan inspirasi dan wacana bagi para pengambil kebijakan dan para nasabah perbankan syariah untuk terus berupaya mengembangkan sistem dan prinsip hukum perbankan syariah agar dapat memberikan manfaat bagi umat secara keseluruhan.

Selesaiannya penulisan buku ini tidak lepas dari bantuan berbagai pihak berupa kritik, saran dan masukan yang sangat konstruktif. Kritik, saran, dan masukan tersebut tentu dapat memicu Penulis untuk terus berkarya menerbitkan buku referensi hukum lainnya. Secara khusus Penulis mengucapkan terima kasih kepada Penerbit *Aswaja Pressindo (Members of LaksBang Group)* yang telah berkenan menerbitkan buku ini sehingga sampai ke tangan pembaca. Akhirnya dengan segala kerendahan hati Penulis haturkan buku ini dihadapan Pembaca dengan harapan dapat bermanfaat bagi dunia akademik dan

praktik, khususnya dalam rangka untuk mengembarikan Hukum Perbankan Syariah.

Palangka Raya, Agustus 2015

Salam Penulis,

Dr. Any Nugroho, S.H., M.H.

PENGANTAR EDITOR

Penduduk Indonesia yang mayoritas beragama Islam sudah barang tentu membutuhkan sarana dan lembaga yang Islami dalam menjalani kehidupan sehari-hari. Kegiatan umat Islam tidak hanya ibadah yang berhubungan dengan Allah, SWT, akan tetapi juga perlu mengadakan hubungan dengan sesama manusia. Dalam hubungan dengan sesama manusia, khususnya dalam kegiatan ekonomi (*muamalah*) juga harus dilaksanakan berdasarkan ketentuan dalam syariah. Salah satu kebutuhan utama umat Islam dalam mengadakan hubungan dengan sesamanya di bidang ekonomi adalah kehadiran perbankan syariah.

Pengembangan Bank Syariah atau Bank Islam secara formal institusional terjadi pada era 1960-an, yaitu dalam rangka perwujudan sistem perbankan yang bebas bunga. Seperti kita pahami bersama bahwa bunga atau interest yang dikembangkan dalam perbankan konvensional adalah termasuk katagori "riba" dalam hukum syariah. Hukum riba itu sendiri adalah "haram" seperti yang telah difirmankan oleh Allah, SWT, bahwa dihalalkan jual beli dan diharamkan riba.

Perkembangan perbankan syariah di Indonesia dimulai pada era 1990-an, yakni ketika didirikan Bank

Muamalat Indonesia pada tahun 1992. Ketentuan normatif mengenai praktik perbankan syariah sebenarnya telah diatur dalam UU No. 10 Tahun 1998, yang di dalamnya membolehkan bank untuk menjalankan usaha berdasarkan prinsip syariah, serta diberikan kesempatan untuk mendirikan bank yang melakukan kegiatan usahanya berdasarkan prinsip syariah.

Perbankan syariah di Indonesia kemudian berkembang dengan didirikannya beberapa bank umum syariah dan beberapa unit usaha syariah. Lahirnya Undang-Undang No. 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah merupakan landasan hukum yang kuat yang secara khusus mengatur perbankan syariah serta memberikan keyakinan kepada masyarakat dalam menggunakan produk dan jasa bank syariah. Dengan demikian kegiatan operasional perbankan di Indonesia didasarkan pada dua sistem, yaitu sistem bunga dan sistem syariah.

Bank umum konvensional dapat menganut *dual banking system*, yakni dapat menjalankan dengan sistem bunga dan sistem non bunga melalui pembentukan bank syariah. Oleh karena itulah saat ini usaha bank umum selain dijalankan secara konvensional dengan menerapkan bunga (*interest*), di samping itu juga dapat menerapkan sistem non bunga melalui pendirian bank syariah. Dalam rangka pemenuhan prinsip syariah, Majelis Ulama Indonesia (MUI) juga membentuk Dewan Syariah Nasional (DSN) sebagai lembaga yang mengeluarkan fatwa tentang produk serta jasa syariah serta menetapkan Dewan Pengawas Syariah.

Buku yang ditulis oleh **Dr. Any Nugroho, S.H., M.H.**, ini membahas berbagai persoalan yang berkaitan dengan perbankan syariah. Seperti kita ketahui referensi yang membahas perbankan syariah dari sisi hukum masih

sedikit, sehingga buku ini dapat dijadikan tambahan sumber rujukan bagi upaya untuk memperdalam pengetahuan tentang perbankan syariah. Berbagai prinsip diintrodusir dalam buku ini, salah satunya yang penting adalah prinsip keadilan dan keseimbangan dalam hubungan antara bank syariah dengan nasabah. Kesemuanya itu dimaksudkan untuk mencapai kemaslahatan, yakni menempatkan kepentingan umum atau kepentingan seluruh umat Islam.

Palangkaraya, Awal September
2015

Salam Editor,

Dr. Ahmad Dakhoir, SHI, MHI.

Dosen IAIN Palangka Raya -
Kalimantan Tengah

DAFTAR ISI

Kata Pengantar	iii
Pengantar Editor	vii
BAB I PENDAHULUAN	1
1. Latar Belakang	1
2. Perumusan Masalah	18
3. Keaslian Penulisan	19
4. Manfaat Penulisan	24
5. Metode Penulisan	24
BAB II KARAKTERISTIK DAN FUNGSI HUKUM ISLAM DALAM KEGIATAN PERBANKAN SYARIAH	31
1. Hukum Islam menurut pandangan para pakar	41
2. Ciri dan sifat Hukum Islam	34
C. PRINSIP-PRINSIP HUKUM ISLAM	39
D. SISTEM DALAM PERBANKAN SYARIAH	44
1. Konsep Hukum Ekonomi Syariah/ Perbankan Syariah	44
2. Kegiatan Usaha Bank Syariah	72

3. Asas-Asas Perjanjian dalam Kontrak Perbankan Syariah	79
• Konsep Hukum dan Asas-Asas Perjanjian dalam KUHPerduta	79
• Konsep Akad Perbankan Syariah dan Asas-Asas Perjanjian dalam Hukum Islam	84
• Konsep Akad dan Asas-Asas dalam Hukum Islam	86
BAB III PRINSIP KEHATI-HATIAN DAN PENGELOLAAN RISIKO DALAM KEGIATAN USAHA PERBANKAN SYARIAH	131
F. HUKUM JAMINAN DALAM PERBANKAN	142
G. KONSEP KEMASLAHATAN DAN KEADILAN	149
1. Konsep <i>Maslahah</i> (Kemaslahatan)	149
2. Teori Keadilan dan Keseimbangan dalam Hubungan Kontraktual	156
BAB IV KONSTRUKSI HUKUM AKAD PEMBIAYAAN MUDHARABAH DAN IMPLEMENTASINYA DALAM PERBANKAN SYARIAH	169
1. <i>Mudharabah</i> Sebagai Produk Perbankan Syariah	169
2. Konstruksi Hukum Akad Pembiayaan <i>Mudharabah</i> dalam Perbankan Syariah	177
3. Akad <i>Mudharabah</i> dan Risiko Bank Syariah dalam Pembiayaan <i>Mudharabah</i>	196

4. Penerapan Prinsip Syariah dan <i>Good Corporate Governance</i>	205
5. Penyelesaian dalam Akad <i>Mudharabah</i>	223
6. Faktor- Faktor Penghambat	228
BAB V PRINSIP KESEIMBANGAN HUKUM BAGI PARA PIHAK DALAM AKAD MUDHARABAH	231
1. Bentuk dan Hubungan Hukum dalam Akad	231
2. Tanggung Jawab Hukum Para Pihak dalam Akad	240
3. Prinsip Keseimbangan dalam Pembentukan dan Pelaksanaan Akad	245
BAB VI PENUTUP	261

BAB I PENDAHULUAN

1. Latar Belakang

Perkembangan tentang Bank Islam yang terjadi sekitar tahun 1960-1970 adalah dalam rangka sistem perbankan yang bebas bunga, hal ini dilatar belakangi oleh adanya upaya gerakan Neo-Revivalis dalam memahami hukum tentang bunga sebagai riba.¹ Adapun interpretasi bunga sebagai riba dipahami oleh para pemikir perbankan Islam sebagai bunga (*interest*) dan modal yang hasilnya telah ditentukan terlebih dahulu (*pre-determined return*), dalam hal ini berupa pembiayaan modal yang diberikan.²

Sebagaimana konsep dan fungsi bank secara umum yakni *financial intermediary*, fungsi perbankan dalam sejarah Islam sejak zaman Khalifah Muawiyah (661-680) dijalankan oleh seorang individu yang disebut *jihbiz*.³ Kemudian

¹ Abdullah Saeed, 1996, *Islamic Banking and Interest A Study of The Prohibition of Riba and its Contemporary*, E.J.Brill Leiden-New York-Koln, Hlm.14.

² Ibid, Hlm.14.

³ Adiwarmanto A Karim, 2006, *Bank Islam Analisis Fiqih dan Keuangan, Edisi Ketiga*, PT.Raja Grafindo Persada, Jakarta, Hlm.20-21. Bahwa *jihbiz* (perorangan) yang melakukan penukaran uang, menerima titipan dana, meminjamkan uang dan jasa pengiriman uang.

dalam perkembangannya *jihbiz* (perorangan) dilakukan oleh institusi (bank).

Bank syariah pertama kali didirikan di Mesir yakni *Mit Ghamr Local Saving Bank*, dan pada perkembangannya *Mit Ghamr* memberikan inspirasi untuk pendirian bank Islam di negara-negara di dunia, seperti di Pakistan, Iran, Sudan, Qatar, Turki, Malaysia, Indonesia, Inggris, Denmark.⁴

Terbentuknya *Islamic Development Bank* (IDB) yang didirikan oleh OKI sebagai Organisasi Konferensi Islam pada tahun 1975 memberikan perkembangan yang berkaitan dengan perbankan dan keuangan Islam. IDB juga membantu dalam mendirikan bank-bank Islam di berbagai negara serta membangun institusi untuk riset/ penulisan dan pelatihan di bidang perbankan dan keuangan.⁵

Perbankan syariah di Indonesia dimulai pada tahun 1992, saat diundangkannya Undang-Undang No.10 Tahun 1998 atas perubahan Undang-Undang No.7 Tahun 1992 Tentang Perbankan dan didirikannya Bank Muamalat Indonesia pada tahun 1992. Dengan dikeluarkannya Undang-Undang No.10 Tahun 1998 dikatakan bahwa, bank dapat menjalankan kegiatan usahanya berdasarkan prinsip syariah serta diberikan kesempatan untuk mendirikan bank yang melakukan kegiatan usahanya berdasarkan prinsip syariah.

Dengan demikian kegiatan operasional perbankan di dasarkan pada sistem bunga dan sistem syariah, bank umum konvensional dapat menganut *dual banking system*.

⁴ Ibid, Hlm.23.

⁵ Ibid, Hlm.23.

Landasan hukum sistem perbankan syariah diperkuat dengan dikeluarkannya Undang-Undang No.23 Tahun 1999 Tentang BI yang kemudian dirubah dengan Undang-Undang No.3 Tahun 2004, yang memberikan kewenangan moneter kepada Bank Indonesia dalam menjalankan tugasnya berdasarkan prinsip syariah. Dalam rangka pemenuhan prinsip syariah, Majelis Ulama Indonesia (MUI) juga membentuk Dewan Syariah Nasional (DSN) sebagai lembaga yang mengeluarkan fatwa tentang produk serta jasa syariah serta menetapkan Dewan Pengawas Syariah. Adapun fatwa yang dikeluarkan oleh DSN tersebut selanjutnya dijelaskan dalam peraturan Bank Indonesia.

Perbankan syariah kemudian berkembang dengan didirikannya 3 bank umum syariah dan 17 unit usaha syariah serta sekitar 88 BPRS pada tahun 2005. Lahirnya Undang-Undang No.21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah merupakan landasan hukum yang kuat yang secara khusus mengatur perbankan syariah serta memberikan keyakinan kepada masyarakat dalam menggunakan produk dan jasa bank syariah.⁶

Hal ini kemudian menjadikan perkembangan perbankan syariah semakin pesat di Indonesia. Sampai dengan tahun 2014 bank syariah bertambah menjadi 11 bank umum syariah antara lain Bank Syariah Mandiri, Bank Muamalat, BNI Syariah, BRI Syariah, Bank Syariah Mega Indonesia, Bank Jabar dan Banten, Bank Panin Syariah, Bank Syariah Bukopin, Bank Victoria Syariah, BCA Syariah, Bank Mayabank Indonesia Syariah, 24 unit

⁶ www.BI.go.id.

usaha syariah dan 31 layanan syariah (*Office Channeling*) oleh Bank Umum Konvensional.⁷

Kegiatan usaha lembaga perbankan dilakukan dalam bentuk menerima simpanan berupa bentuk tabungan dan deposito serta melakukan kegiatan usaha dengan menyalurkan dana berupa pembiayaan dan memberikan jasanya yakni berupa pengiriman uang, *save deposit* dan jasa-jasa perbankan lainnya. Kegiatan penghimpunan dana dan penyaluran serta pelayanan jasa di bank syariah dilakukan berdasarkan perjanjian tertulis (akad).⁸

Untuk kegiatan penghimpunan dana dilakukan dalam bentuk simpanan berdasarkan prinsip *wadiah* dan investasi (deposito) berdasarkan prinsip *mudharabah*. Sedangkan kegiatan penyaluran dana dilakukan dalam bentuk prinsip jual beli yakni *murabahah*, *istishna*, *salam*, prinsip bagi hasil (*mudharabah*) dan *musyarakah*, prinsip sewa menyewa yakni *ijarah*, *ijarah muntahiyah bittamlik* serta prinsip pinjam meminjam berdasarkan akad *qardh*.⁹

Penggunaan prinsip *mudharabah* dan *musyarakah* merupakan prinsip yang utama bagi bank syariah.¹⁰ *Mudharabah* juga merupakan produk yang terpenting dan diandalkan di perbankan syariah. Prinsip *mudharabah* adalah prinsip dan mekanisme dengan sistem bagi hasil di bank syariah dengan perhitungan/ metode *profit and loss sharing*.

⁷ *Ibid*

⁸ Pasal 1 angka 8 PBI No.10/16/PBI/2008 Tentang Pelaksanaan Prinsip Syariah Dalam Kegiatan Penghimpunan Dana dan Penyaluran Dana Serta Pelayanan Jasa Bank Syariah Sebagai Perubahan atas PBI No.9/19/PBI/2007.

⁹ *Ibid*

Pada perbankan konvensional, bank merupakan kreditur yang memberikan pinjaman dan mensyaratkan pembayaran bunga secara tetap yang ditentukan di awal transaksi, dan nasabah yang menerima pinjaman dari bank belum tentu mendapatkan keuntungan dari suatu usaha debitur yang belum pasti dalam memperoleh hasilnya sehingga dalam hal ini dapat menimbulkan ketidakadilan bagi salah satu pihak.¹¹

Bank Islam melarang mekanisme bunga dan menggunakan mekanisme/ menyalurkan investasi dengan *mudharabah* dan *musyarakah* karena dalam produknya menawarkan dan memberikan keadilan. Dalam sistem mekanisme bagi hasil (*profit and loss sharing*) di perbankan syariah, bank merupakan mitra usaha yang akan berbagi dalam keuntungan dan kerugian yang tercipta dari adanya hubungan kerjasama yang saling membutuhkan.¹²

Mudharib adalah seorang yang memiliki keahlian/ ketrampilan, dalam melakukan usahanya *mudharib* juga memerlukan modal. Modal diberikan oleh bank dalam bentuk uang untuk membiayai usaha tersebut. Melalui kerjasama yang dilakukan, pihak yang satu memberikan modal (bank) sedangkan pihak lainnya (nasabah/ *mudharib*) menjalankan usaha yang kemudian melakukan pembagian keuntungan dari hasil usaha yang dilakukan.¹³

¹⁰ Latifa M. Algaoud dan Mervyn K. Lewis, 2003, *Perbankan Syariah : Prinsip, Praktik, dan Prospek (Islamic Banking)*, diterjemahkan oleh Burhan Wirasubrata, Serambi Ilmu Semesta, Jakarta, Hlm.13.

¹¹ *Ibid*

¹² *Ibid*

¹³ Sebagaimana dijelaskan dalam Pasal 20 dan pasal 252 *Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah*, 2009, Edisi Revisi, Cetakan 1, Prenada Media Group, Jakarta, Hlm.15

Keuntungan usaha di dapatkan dari akad *mudharabah* menurut kesepakatan yang dituangkan dalam kontrak dan biasanya dalam bentuk nisbah (persentase). *Mudharabah* adalah kerjasama antara pemilik dana atau penanam modal dengan pengelola modal untuk melakukan usaha tertentu dengan bagi hasil, adapun dalam hal terjadinya kerugian usaha merupakan tanggungan *shahibul maal* sebagai pemilik modal.¹⁴

Adapun *mudharib* sebagaimana dijelaskan dalam pasal 234 dan pasal 249 KHEB, adalah pihak yang melakukan usaha bertanggung jawab terhadap risiko kerugian karena kesalahannya atau tidak sesuai dengan ketentuan di dalam akadnya.

Penyebutan istilah kata *mudharabah* adalah berasal dari kata *daraba fil ard* yang artinya berjalan dimuka bumi seperti terlihat pada surat al-Baqarah: 273, surat ali-Imran: 156, an-Nisa: 101, surat al-Maidah: 106 dan surat al-Muzammil: 20. Kata *darb* yang diartikan *safar* (berpergian), karena perdagangan pada saat itu dilakukan dengan berpergian atau melakukan perjalanan jauh seperti firman Allah yang tercantum dalam surat an-Nisa: 101 *wa iza safartum fil ardi* (kamu sekalian telah berpergian).

Istilah kata *qirad* dan *mudharabah* terbentuk dari kata *qard* yang berarti *qat* potongan, bahwa pemilik harta memotong sebagian hartanya yang kemudian digunakan untuk memperoleh keuntungan dan pengelolanya memotong bagian perolehan keuntungannya yang menjadi hak milik dari pemilik harta.¹⁵

¹⁴ Ibid

¹⁵ Abraham L Udovitch, 2008, *Profit and Partnership in Medieval Islam*, Alih Bahasa Syafrudin Arif Marah Manuggal, Qubah, Kediri Indonesia, Hlm.xii

Mudharabah merupakan bentuk muamallah yang banyak dilakukan di wilayah Islam diantaranya, didaerah Hijaz (Mekkah-Madinah) yang dipraktikkan oleh masyarakat Arab Jahiliyah dalam perdagangan.¹⁶ Praktik *mudharabah* juga dilakukan pada zaman Nabi Muhammad SAW yakni mengelola harta Khadijah dengan melakukan perjalanan berdagang (*mudharabah*) di Mekkah, dalam hal ini digunakan kontrak *mudharabah* dimana Khadijah yang menyediakan modal.¹⁷

Hal ini kemudian menjadikan *mudharabah* terkenal di wilayah Arab sampai di wilayah Islam lainnya di Timur Tengah, Irak, Malaysia dan Indonesia. *Mudharabah* telah digunakan sejak pemerintahan Babylonia yang diulas dalam *Corpus Iuris Civilis of Justinian* kemudian digunakan juga oleh pedagang Mekkah pada periode menjelang kenabian Muhammad.¹⁸

Pada abad ke-9 dan ke-10 banyak yang menjadi saksi atas berlakunya *mudharabah* yang dijalankan oleh pedagang Yahudi yang mana mereka berada di bawah kekuasaan para tuan tanah yang beragama Islam.¹⁹ Dan sekitar abad ke-11 perjanjian *mudharabah* ini digunakan secara luas dalam bentuk perdagangan.²⁰ Merupakan bentuk usaha perdagangan yang dilakukan oleh dua pihak, dalam perjanjian *mudharabah* diperlukan adanya kepercayaan dari pemilik modal kepada pihak lain/ *mudharib*.

¹⁶ Abdullah Alwi Haji Hassan, 1994, *Sales and Contracts in Early Islamic Commercial Law*, Islamic Research Institute International Islamic University Islamabad, Hlm. 86-87.

¹⁷ Abdullah Alwi Haji Hassan, *Opcit*, Hlm.88.

¹⁸ Ibid, Hlm.7.

¹⁹ Ibid, Hlm.7

²⁰ Abraham L Udovitch, *Opcit*, Hlm.236.

Di riwayatkan oleh Ibnu Abbas bahwa Abbas telah mempraktikkan *mudharabah* ketika ia memberi uang kepada temanya dan mempersyaratkan agar mitranya menggunakannya dengan jalan mengarungi lautan, menuruni lembah atau membelikan sesuatu yang hidup (ternak), apabila menyalahi persyaratan tersebut maka pengelola dana bertanggung jawab atas dana tersebut (HR.Tabrani).²¹

Risiko di dalam perbankan merupakan suatu kejadian yang tidak dapat diperkirakan. Risiko dapat terjadi dalam pemberian pembiayaan, oleh karenanya perlu untuk dilakukan pencegahan dan mengantisipasinya. Untuk kelayakan dalam penyaluran dana atau pembiayaan, bank syariah memberikan penilaian terhadap unsur-unsur berupa modal, kemampuan nasabah, watak atau *character* dari calon nasabah, jaminan serta prospek usaha nasabah penerima pembiayaan yang disebut dengan *the five C's of credit* (*character, capital, capacity, collateral dan condition of economy*). Dengan demikian jaminan menjadi salah satu unsur dalam syarat pemberian pembiayaan.

Pada kegiatan usaha penyaluran dana, resiko yang mungkin dapat ditimbulkan adalah terjadinya pembiayaan bermasalah/macet yang dapat berdampak pada kelangsungan usaha bank serta nasabah penyimpan dana, sehingga perlu untuk mengendalikan resiko tersebut dalam rangka menghindari terjadinya resiko kegagalan usaha.

Dikatakan menurut Sutan Remy Sjahdeini bahwa pembiayaan *mudharabah* adalah pembiayaan yang mempunyai resiko, hal ini karena pada pembiayaan *mudharabah* bank syariah hanya memperhatikan *first way*

²¹ Wahbah al-Zuhaili, 1989, *al-Fiqh al-Islami wa Adillatuhu*, Juz ke-IV, Dar al-Fikr, Hlm.837.

out.²² Sedangkan menurut Muhammad Syafe'i Antonio, risiko yang dapat terjadi dalam akad pembiayaan *mudharabah* adalah :²³

- a. *Side streaming*, yakni nasabah menggunakan dana tersebut bukan seperti yang disebutkan di dalam kontrak.
- b. Lalai dan kesalahan yang disengaja.
- c. *Moral hazard* (tindakan yang tidak dapat diamati) dan *adverse selection* (etika pengusaha yang secara melekat tidak dapat diketahui oleh pemilik modal).²⁴

Sehubungan dengan adanya risiko tersebut, bank menerapkan prinsip manajemen risiko. Hal ini diterapkan pada perbankan Indonesia dengan memperhatikan rekomendasi dari yang dikeluarkan oleh *Bank for International Settlements* melalui *Basel Committe on Banking Supervision*

²² Sutan Remy Sjahdeini, 1999, *Perbankan Islam Dan Kedudukannya Dalam Tata Hukum Perbankan Indonesia*, Pustaka Utama Grafiti, Jakarta, Hlm.172. Sebagaimana dijelaskan dalam PBI No.13/9/2011 Tentang perubahan atas PBI No.10/PBI/2008 Tentang Restrukturisasi Pembiayaan Bagi Bank Syariah dan Unit Usaha Syariah, bahwa *First way out* di kenal dengan 3R. Berdasarkan SEBI No.13/18/DPbS tanggal 30 Mei 2011 yang dimaksud dengan Penjadwalan kembali (*rescheduling*), yaitu perubahan jadwal pembayaran kewajiban nasabah atau jangka waktunya, tidak termasuk perpanjangan atas pembiayaan *mudharabah* atau *musyarakah* yang memenuhi kualitas lancar dan telah jatuh tempo serta bukan disebabkan nasabah mengalami penurunan kemampuan membayar. *Reconditioning dan Restructuring* (*restrukturisasi*).

²³ Muhammad Antonio Syafe'i, 2002, *Bank Syariah Dari Teori Ke Praktek*, Cetakan Ke IV, Gema Insani Press dan Tazkia Cendekia, Jakarta, Hlm.94.

²⁴ Muhammad, *Opcit*, Hlm. 169.

mengenai pengaturan standar bagi perbankan untuk dapat beroperasi secara berhati-hati, antara lain dengan dikeluarkannya Basel 1 pada tahun 1988 *accord* yakni penerapan kerangka pengukuran bagi resiko kredit dengan mensyaratkan standar modal minimum adalah 8%.²⁵

Syarat tersebut disempurnakan lagi dengan dikeluarkannya Basel II yang memberikan kerangka perhitungan modal yang bersifat lebih sensitif terhadap resiko (*risk sensitive*) serta memberikan insentif terhadap peningkatan kualitas penerapan manajemen risiko di bank, yang dicapai dengan cara penyesuaian persyaratan modal dengan resiko dari kerugian kredit dengan memperkenalkan perubahan perhitungan modal dari eksposur yang disebabkan oleh resiko dari kerugian akibat kegagalan operasional.²⁶

Lembaga perbankan adalah lembaga yang berfungsi sebagai *financial intermediary*,²⁷ mempunyai prinsip kepercayaan (*fiduciary principle*), kerahasiaan (*confidential principle*), kehati-hatian (*prudential principle*) dan mengenal nasabah (*know your customer principle*).²⁸ Ketentuan dalam undang-undang perbankan syariah menyebutkan bahwa, dalam melakukan kegiatan usahanya perbankan syariah

²⁵ *Implementasi Basel II di Indonesia*, Direktorat Penulisan dan Pengaturan Perbankan, Bank Indonesia, Jakarta, September 2006, Hlm.1-2.

²⁶ *Ibid*

²⁷ Nindyo Pramono, 2006, *Bunga Rampai Hukum Bisnis Aktual*, PT.Citra Aditya Bakti, Bandung, Hlm.210. Sebagaimana dikatakan adalah intermediasi keuangan kepada nasabah, dengan mengumpulkan/ menyimpan dan menyalurkannya dalam bentuk kredit/ pembiayaan.

²⁸ *Ibid*, Hlm.243

berasaskan prinsip syariah, demokrasi ekonomi dan prinsip kehati-hatian.²⁹

Prinsip syariah adalah sesuai dengan aturan dalam hukum Islam yang melarang adanya *riba*, *maisir*, *gharar*, *haram* dan *zalim* dalam kegiatan usaha perbankan syariah. Adanya nilai keadilan, kebersamaan, pemerataan dan kemanfaatan merupakan asas demokrasi ekonomi. Sedangkan prinsip kehati-hatian mengharuskan pihak bank untuk selalu berhati-hati dalam menjalankan kegiatan usahanya. Termasuk dalam hal ini adalah akad pembiayaan *mudharabah* sebagai produk penyaluran dana.

Pada akad pembiayaan *mudharabah*, bank syariah sebagai *shahibul maal* (pemilik modal) sedangkan nasabah sebagai *mudharib* (pengelola). Dalam prakteknya di perbankan syariah, *mudharabah* merupakan produk pembiayaan yang diimplementasikan dalam bentuk akad/ kontrak. Menurut teori percampuran (*real asset* dan *financial asset*), terdapat kontrak yang dikategorikan sebagai *uncertainty contract* (tidak pasti atau tidak memberikan kepastian pendapatan/ *return*), yang menyebutkan bahwa keuntungan dan kerugian sebaiknya ditanggung bersama.³⁰

Para ulama mazhab mendefinisikan konsep *mudharabah* antara lain adalah, menurut ulama Imam Abu Hanifah definisi *mudharabah* adalah suatu akad kerjasama (perkongsian) dengan harta/ modal dari salah satu di antara kedua belah pihak yang sedang bertransaksi, dan di pihak

²⁹ Sebagaimana dijelaskan dalam Pasal 2 Undang-Undang No.21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah.

³⁰ Adiwarman A. Karim, 2006, *Opcit*, Hlm.61 -75.

lain dengan *skill* (keahlian/ ketrampilan/ pekerjaan).³¹ Menurut Imam Maliki *mudharabah* adalah memberikan modal kepada seseorang yang mempunyai keahlian dari usaha yang jelas secara tunai untuk menghasilkan keuntungan sedikit atau banyak dengan prinsip sukarela (*ridho*).³²

Imam al-Syafe'i mendefinisikan *mudharabah* sebagai suatu akad penyerahan modal usaha kepada pihak lain untuk usaha (bisnis) dan untuk mendapatkan keuntungan diantara kedua belah pihak, sedangkan menurut Imam Hambali *mudharabah* adalah seseorang memberikan modal usaha kepada pihak lain untuk tujuan bisnis dan untuk mendapatkan keuntungan diantara kedua belah pihak dengan ketentuan tertentu (*syarat*).³³

Definisi lain dijelaskan oleh Ibnu Qudamah sebagaimana dikutip Wahbah al-Zuhaily bahwa *mudharabah* dibagi dua yakni *mudharabah mutlaqah* dan *mudharabah muqayyadah*. *Mudharabah mutlaqah* adalah akad kerjasama usaha pemberian modal antara dua pihak yakni pihak pertama sebagai pemilik modal dan pihak kedua sebagai pengelola (peminjam) modal dengan keuntungan dibagi kedua belah pihak yakni 1/3 untuk peminjam modal dan 2/3 untuk pemilik modal.³⁴

Pada *mudharabah mutlaqah* pemilik modal (*shahibul maal*) menyerahkan harta (modal) kepada pengelola (*mudharib*) dengan tidak ada ketentuannya, hak *mudharib*

³¹ Muhammad bin Ibrahim al-Musa, 1997, *Syirkah al-Asykhah Baina al-Syari'ah wa al-Qanun*, Universitas Ibnu Mas'ud Riyadl-Arab Saudi, Hlm.192.

³² Ibid, Hlm.190.

³³ Ibid, Hlm.192.

³⁴ Wahbah al-zuhaily, *Opcit*, Hlm. 840-841.

adalah bebas mengelola modal tersebut untuk jenis usaha, waktu dan tempat *mudharabah*. Adapun untuk kewajiban *mudharib* adalah menjalankan usaha semaksimal mungkin dan *shahibul maal* mempunyai hak terhadap pengembalian harta (modal). Hal ini seperti dijelaskan oleh Imam Syafe'i dan Imam Hambali, bahwa *shahibul maal* diperbolehkan meminta pengembalian modal usaha tersebut.³⁵

Ketentuan pada *mudharabah muqayyadah*, *shahibul maal* mempunyai hak terhadap modalnya dan menentukan ketentuan-ketentuan seperti jenis usaha, waktu dan tempat *mudharabah* tersebut dilakukan sedangkan *mudharib* mempunyai kewajiban untuk menjalankan usaha semaksimal mungkin dengan terikat pada ketentuan yang diberikan oleh *shahibul maal* terhadap tempat, jenis usaha dan waktu.³⁶ Dari definisi tersebut dapat disimpulkan bahwa *mudharabah* terbagi atas dua yakni *mudharabah mutlaqah* dan *mudharabah muqayyadah*.

Akad pembiayaan *mudharabah* merupakan bentuk perjanjian kerjasama antara dua pihak yakni *shahibul maal* dan *mudharib* maka *mudharabah* adalah bentuk perjanjian kerjasama untuk mendapatkan keuntungan dari sebuah usaha, sedangkan kerugian menjadi tanggung jawab pemilik modal (*shahibul maal*), atau dengan kata lain *mudharabah*.

Mudharabah adalah suatu akad yang memuat penyerahan modal dari seorang pemilik modal (*shahibul maal*) kepada pengelola (*mudharib*) untuk dipergunakan dalam sebuah usaha dengan ketentuan jika usaha tersebut mendatangkan keuntungan (laba) maka keuntungan

³⁵ Ibid

³⁶ Ibid, Hlm.840.

tersebut dibagi berdasarkan kesepakatan dan apabila mengalami kerugian (bangkrut) ditanggung oleh pemilik modal dengan syarat dan ketentuan tertentu.³⁷

Bentuk kerjasama yang memuat penyerahan modal ini didasarkan kepada bentuk kerjasama yang diikat dengan akad, karena dengan akad/perjanjian inilah kedua belah pihak terikat dan mempunyai konsekuensi-konsekuensi yang harus ditaati. Pada kontrak/akad pembiayaan mudharabah, terdapat unsur atau rukun yakni *Ijab* dan *Qabul*, artinya adanya kesesuaian keinginan dan maksud dari kedua belah pihak tersebut untuk menjalin ikatan kerjasama.³⁸

Terdapat unsur dan syarat sahnya dari *mudharabah* menurut para ulama mazhab, yang mana unsur (*rukun*) tersebut harus ada dalam akad pembiayaan *mudharabah*, yakni :

- a. *Ijab* dan *qabul*
- b. Adanya dua pihak (pihak penyedia dana dan pengusaha)
- c. Adanya modal/ barang.
- d. Adanya keuntungan

Berdasarkan Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 7/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Pembiayaan *Mudharabah*, pada prinsipnya dalam pembiayaan *mudharabah* tidak ada jaminan namun agar *mudharib* tidak melakukan penyimpangan, maka Lembaga Keuangan Syariah (LKS)

³⁷ Ibid, Hlm.836-837.

³⁸ Imran Ahsan Khan Nyazee, 1997, *Islamic Law of Business Organization*, The International, Institute of Islamic Thought, Islamabad, Hlm.248.

dapat meminta jaminan dari *mudharib* atau pihak ketiga. Jaminan ini hanya dicairkan apabila *mudharib* terbukti melakukan pelanggaran terhadap hal-hal yang telah disepakati bersama dalam akad.

Pendapat para fuqaha sebenarnya tidak setuju terhadap keharusan adanya jaminan dalam *mudharabah*, karena *mudharabah* adalah merupakan kerjasama saling menanggung dimana satu pihak menanggung modal sedangkan pihak lain menanggung kerja dan mereka saling mempercayai sehingga jika terjadi kerugian maka kedua belah pihak akan menanggung kerugian tersebut, oleh karenanya jaminan harus ditiadakan.³⁹

Namun demikian jaminan menjadi perlu ketika modal rusak akibat kesalahan/kelalaian *mudharib* yang menimbulkan terjadinya kerugian.⁴⁰ Menurut Imam Malik dan Imam Syafe'i jika *shahibul maal* memaksa adanya jaminan dan menetapkannya dalam kontrak karena ada kekhawatiran ketidakjelasan (*gharar*) dalam kontrak *mudharabah* yang telah disepakati, maka kontrak menjadi tidak sah.⁴¹

Hukum Islam menjelaskan bahwa *mudharabah* yang sah adalah mengembalikan usaha termasuk jenis usaha yang ada pada *mudharib*, serta kepemilikan modal kepada *shahibul maal*. Hal ini seperti dikutip oleh Wahbah al-Zuhailly menurut Imam Hanafi dan Imam Hambali jika jaminan disyaratkan kepada *mudharib* dan mengakibatkan terjadinya kerugian, maka batal syarat jaminan terhadap

³⁹ Adiwarmanto A.Karim, 2006, *Bank Islam : Analisis Fiqih dan Keuangan*, Edisi 3, Cetakan 3, PT.Raja Grafindo Persada, Jakarta, Hlm.208.

⁴⁰ Muhammad, 2005, *Konstruksi Mudharabah Dalam Bisnis Syariah*, Edisi Pertama, BPFE, Yogyakarta, Hlm.65.

⁴¹ Ibid, Hlm.65.

akad *mudharabah* tersebut. Akan tetapi akad *mudharabah* menjadi sah apabila jaminan mengakibatkan kedua belah pihak mendapatkan keuntungan (bagi hasil).⁴²

Adapun menurut Imam Maliki dan Imam Syafe'i kerusakan akad *mudharabah* terjadi ketika jaminan di syaratkan pada transaksi akad yang tidak transparan (*gharar*).⁴³ Bahwa dalam akad pembiayaan *mudharabah* hubungan kontrak terjadi antara penyedia dana (*shahibul maal*) dan pengusaha atau pengelola (*mudharib*). *Mudharib* adalah menjadi wakil atas modal tersebut, *mudharib* merupakan orang yang dipercaya dan *mudharib* sebagai mitra dalam laba.⁴⁴

Pada konsepnya tidak ada jaminan di dalam akad pembiayaan *mudharabah*, hal ini dipahami bahwa bank syariah tidak diperkenankan meminta jaminan apapun dari *mudharib* yang bertujuan untuk menjamin modal dari bank kepada *mudharib*. Pemilik modal memberikan amanah dan kepercayaan kepada pengelola (*mudharib*) atas modal tersebut untuk dikelola dengan baik dengan ketentuan di bagi kedua belah pihak berdasarkan kesepakatan. Apabila usaha yang dijalankan mengalami kerugian, maka kerugian menjadi tanggungan pemilik modal sepanjang kerugian itu bukan akibat kelalaian *mudharib*.⁴⁵

⁴² Wahbah al-Zuhaily, *Opcit*, Hlm.854.

⁴³ *Ibid*, Hlm, 854.

⁴⁴ Muhammad, *Opcit*, Hlm.65-67

⁴⁵ Wahbah al-Zuhaily, *Opcit*, Hlm.836, Sebagaimana dijelaskan dalam Pasal 6 huruf (h) PBI No.7/46/PBI/2005 Tentang Pelaksanaan Prinsip Syariah Dalam Kegiatan Penghimpunan Dana Dan Penyaluran Dana Serta Pelayanan Jasa Bank Syariah Yang Kemudian dirubah dengan PBI No.9/19/PBI/2007 dan PBI No.10/16/PBI/2008.

Bentuk kerjasama menurut Ibnu Khaldun diistilahkan dengan *asabiyyah* atau solidaritas sosial yang di dasari atas keyakinan adanya kejujuran dan keterbukaan dan saling percaya dalam perjanjian.⁴⁶ Hal ini sebagaimana dijelaskan menurut Udovietch, bahwa sistem saling kerjasama karena adanya praktek pembiayaan bisnis besar seperti *partnership* (*mudharabah* dan *musyarakah*), yang mana kepentingan penggunaan dana dilakukan dengan adanya keyakinan saling percaya dan terdapatnya nilai-nilai moral serta hubungan kerjasama.⁴⁷

Merupakan produk pembiayaan, *mudharabah* adalah kontrak yang dapat memberikan bantuan bagi salah satu pihak yang mempunyai keahlian dan kemampuan untuk menjalankan (mengelola) usaha, namun terhadap pengelolaan usaha tersebut terkendala dengan ketiadaan modal.

Perbankan syariah akan menyediakan modal usaha dan nasabah (*mudharib*) sebagai partner/mitra menyediakan keahlian dan kemampuannya untuk mengelola usaha. Sehingga ada baiknya akad pembiayaan *mudharabah* dapat diberikan kepada pengusaha kecil dan menengah.

Hal ini dikarenakan pengusaha kecil dan menengah dalam menjalankan usaha biasanya mempunyai hambatan antara lain terbatasnya atau kurangnya modal yang dimiliki. Melalui akad pembiayaan *mudharabah* hambatan berupa terbatasnya modal menjadi dapat diatasi.

Akad pembiayaan *mudharabah* dalam praktiknya di perbankan syariah digunakan untuk modal kerja

⁴⁶ M.Umer Chapra and Ahmed, 2002, *Corporate Governance in Islamic Financial Institution*, Jeddah, Islamic Research and Training Institute, Hlm.4.

⁴⁷ *Ibid*.

perdagangan dan jasa sedangkan untuk investasi khusus (*mudharabah muqayyadah*) *shahibul maal* menetapkan syarat-syarat dan ketentuannya.⁴⁸ Kepercayaan dalam transaksi pembiayaan *mudharabah* merupakan unsur yang terpenting yaitu kepercayaan dari *shahibul maal* kepada *mudharib*. Bahwa *shahibul maal* percaya, *mudharib* akan mengembalikan dana/ modal yang diserahkan.

Mudharabah adalah kegiatan usaha dan produk pembiayaan yang dilakukan antara bank syariah dan nasabah sebagai akad persekutuan/kerjasama usaha dengan bagi hasil. Terhadap risiko kerugian adalah tanggungan bank syariah. Merupakan produk yang berisiko tinggi, *mudharabah* adalah produk yang unik dan rumit karena bank akan menanggung risiko kerugian.

Berkembangnya *contract standard* dalam akad/perjanjian menjadikan dikenalnya istilah standar perjanjian bank yang dibuat dengan standar dalam pembuatan serta isinya oleh salah satu pihak. Ada baiknya hubungan kontraktual memberikan batasan yang jelas dalam pembuatan serta isinya juga dalam hak dan kewajibannya sehingga tidak merugikan salah satu pihak. Sebagai produk yang menawarkan dan memberikan keadilan bagi kedua belah pihak, maka dalam hal ini perlu diteliti mengenai konstruksi hukum *mudharabah* serta prinsip keseimbangan dalam hubungan kontraktualnya.

2. Perumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang tersebut diatas, permasalahan dalam penulisan ini adalah sebagai berikut

⁴⁸ Muhammad Syafi'i Antonio, 2001, *Bank Syariah Dari Teori Ke Praktik*, Gema Insani, Jakarta, Hlm. 97.

pertama, bagaimana konstruksi hukum akad pembiayaan *mudharabah* di perbankan syariah, *kedua*, bagaimana implementasi prinsip keseimbangan dalam hubungan hukum antara bank dan nasabah pada akad pembiayaan *mudharabah*.

3. Keaslian Penulisan

Penulisan mengenai prinsip keseimbangan dalam konstruksi hukum *mudharabah* pada perbankan syariah di Indonesia, sepanjang pengetahuan peneliti belum ada yang meneliti mengenai judul dan permasalahan tersebut. Terdapat dalam penulisan yang pernah dilakukan membahas tentang akad *mudharabah* yakni :

1. Disertasi yang ditulis oleh Muhammad dari Fakultas Ekonomi Universitas Islam Indonesia Yogyakarta yakni penulisan mengenai "Atribut proyek dan *mudharib* dalam pembiayaan *mudharabah* pada bank syariah di Indonesia". Terdapat perbedaan antara penulisan yang dilakukan peneliti dengan disertasi Muhammad. Penulisan Muhammad menekankan dan menganalisa tentang pencegahan terjadinya *Adverse Selection* dalam pembiayaan *mudharabah* yakni melakukan *Screening Atribut* proyek dan *mudharib* dalam rangka memperkecil masalah keagenan.

Sebagai kontrak yang dapat memunculkan *Adverse Selection* dan *Moral Hazard*, maka bank syariah harus mempunyai *Screening* terhadap nasabah yang dibiayai, *Screening* atas proyek dan membuat kontrak yang lengkap yang menyangkut jangka waktu, nisbah bagi hasil dan jaminan. Untuk mencegah *moral hazard* dilakukan dengan monitoring biaya dan proyek. Dalam

penulisannya melakukan *Screening* terhadap faktor atribut proyek.

2. Disertasi yang ditulis oleh Hirsanuddin dari Fakultas Hukum Universitas Indonesia dengan judul "Kemitraan Dalam Bisnis: Prespektif Hukum Islam (Studi Terhadap Pelaksanaan Perjanjian Pembiayaan Bisnis Dengan Prinsip *Mudharabah* di Perbankan Syariah)." Sebagai permasalahannya adalah :
 - a. apa yang melatarbelakangi lahirnya bank syariah dan bagaimanakah bentuk hubungan hukum antara bank syariah dengan nasabah penyimpan dana maupun nasabah pengguna dana?
 - b. Bagaimanakah menurut prespektif hukum Islam pembiayaan bisnis dengan pola kemitraan di perbankan syariah ?
 - c. Bagaimanakah pelaksanaan perjanjian pembiayaan bisnis dengan prinsip kemitraan (*mudharabah* dan *musyarakah*) di perbankan syariah ?
 - d. Bagaimanakah pembiayaan bisnis dengan prinsip *mudharabah*, dan faktor-faktor apakah yang mempengaruhi dominasi pembiayaan non bagi hasil di perbankan syariah?

Dijelaskan dalam penulisannya bahwa pembiayaan bisnis dengan prinsip *mudharabah* di perbankan syariah masih rendah. Hal tersebut disebabkan karena kesulitan untuk mencari pengusaha atau calon mitra usaha yang amanah, jujur dan bidang usaha yang beresiko rendah tapi menguntungkan. Adapun untuk menyeleksi mitra usaha yang menggunakan pembiayaan *mudharabah* biasanya di dahului dengan pembiayaan *murabahah*, dan untuk mengantisipasi terjadinya *moral hazard* dari pihak *mudharib*

bank menerapkan sistem jaminan serta konsultan pengawas yang selalu memonitor *mudharib*.

Namun karena hal tersebut memberatkan *mudharib*, maka dalam rangka menjamin keamanan dana serta keuntungan yang dapat diperoleh dengan pasti bank cenderung lebih bermitra dengan suatu instansi. Hal tersebut dikarenakan juga bahwa pembiayaan *mudharabah* mempunyai resiko tinggi yakni terdapatnya dana 100% yang berasal dari bank, serta membuat bank juga berhati-hati dalam mencari mitra kerja. Menyebutkan bahwa hubungan bank dengan nasabah dilandasi oleh asas kepercayaan *Fiduciary relation*, dan kewajiban *fiducia* dapat timbul karena adanya hubungan antara dua pihak. Suatu bank memiliki hubungan dengan nasabahnya sehingga apabila bank merugikan nasabahnya dengan melakukan *Unsafe and Unsound Practice*, bank dapat digugat karena melanggar *fiduciary duty*.

Adapun pada penulisan buku ini adalah mengenai konstruksi hukum *mudharabah* dalam implementasinya di perbankan syariah serta keseimbangan para pihak dalam akad *mudharabah*. Bahwa dalam konstruksi pembiayaan *mudharabah*, bank menerapkan prinsip kehati-hatian. Hal ini dikarenakan risiko kerugian dalam *mudharabah* akan ditanggung bank syariah. Adapun *mudharib* bertanggung jawab terhadap kerugian yang disebabkan kesalahan/kelalaiannya. Jaminan digunakan dan di syaratkan pada akad *mudharabah* untuk menjamin karakter nasabah/*mudharib*.

No	Peneliti dan Penulisannya	Judul dan Pembahasan
1	Hirsanuddin a. Rumusan Masalah b. Kerangka Teoritis dan Tinjauan Pustaka c. Metode Penulisan	<p>Kemitraan Dalam Bisnis : Perspektif Hukum Islam (Studi Terhadap Pelaksanaan Perjanjian Pembiayaan Bisnis dengan Prinsip <i>Mudharabah</i>)</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Apa yang melatarbelakangi lahirnya bank syariah dan bagaimanakah bentuk hubungan hukum antara bank syariah dengan nasabah penyimpan dana maupun nasabah pengguna dana ? 2. Bagaimanakah menurut prespektif hukum Islam pembiayaan bisnis dengan pola kemitraan di perbankan syariah ? 3. Bagaimanakah pelaksanaan perjanjian pembiayaan bisnis dengan prinsip kemitraan (<i>mudharabah</i> dan <i>musyarakah</i>) di perbankan syariah ? 4. Bagaimanakah pembiayaan bisnis dengan prinsip <i>mudharabah</i> dan faktor-faktor apakah yang mempengaruhi dominasi pembiayaan non bagi hasil di perbankan syariah ? <ol style="list-style-type: none"> 1. Konsep <i>mudharabah</i> 2. Akad/ perjanjian <p>Penulisan dengan hukum normatif dan sosiologis. Pendekatan yang dilakukan adalah studi perbandingan (<i>comparative study</i>), yakni melakukan perbandingan antara negara-negara yang menerapkan sistem perbankan syariah dengan maksud untuk mengetahui kondisi perbankan syariah serta praktek perbankan syariah di negara lain (sudan dan</p>

	d. Hasil Penulisan/ Temuan	<p>malaysia). Bahan perbandingan diperoleh dari literatur dan dari hasil penulisan yang dilakukan BI</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Dalam praktik bank syariah di Indonesia operasionalnya masih menitikberatkan pada prinsip <i>murabahah</i> ketimbang <i>mudharabah</i> dan <i>musyarakah</i> karena sulit untuk mencari pengusaha/ calon mitra usaha yang amanah, jujur. 2. Dalam praktek, temuan dalam penulisan. Bank lebih suka bermitra dengan suatu instansi (koperasi) karena lebih dapat menjamin keamanan dana dan keuntungan dapat diperoleh dengan pasti.
2	Any Nugroho a. Rumusan Masalah b. Kerangka Teoritis dan Tinjauan Pustaka c. Metode Penulisan	<p>Prinsip Keseimbangan Dalam Konstruksi Hukum <i>al- Mudharabah</i> Pada Perbankan Syariah di Indonesia</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Bagaimanakah konstruksi hukum akad pembiayaan <i>mudharabah</i> di perbankan syariah ? 2. Bagaimanakah implementasi prinsip keseimbangan dalam hubungan hukum antara bank dan nasabah dalam akad pembiayaan <i>mudharabah</i> ? <ol style="list-style-type: none"> 1. Tinjauan pustaka tentang konsep <i>mudharabah</i> dan akad pembiayaan <i>mudharabah</i> sebagai produk perbankan syariah 2. Prinsip kehati-hatian pada kegiatan usaha perbankan syariah 3. Konsep <i>kemaslahatan</i> 4. Teori keadilan dan keseimbangan dalam hubungan kontrak <ol style="list-style-type: none"> 1. Jenis penulisan ini adalah kualitatif dan merupakan

d. Hasil Penulisan/ Temuan	<p>penulisan hukum normatif</p> <p>2. Pengolahan dan analisis dalam pembahasan yang digunakan adalah dengan pendekatan perundang-undangan, pendekatan konsep serta hubungan hukum dalam kontrak/akad pembiayaan <i>mudharabah</i></p> <p>1. Keseimbangan (<i>at-tawazun</i>) dalam kontrak/ akad pembiayaan <i>mudharabah</i></p>
-------------------------------	---

4. Manfaat Penulisan

Secara teoritis, hasil penulisan yang dilakukan ini diharapkan dapat memberikan dan menambah pengetahuan serta wawasan berfikir mengenai prinsip keseimbangan serta memahami nilai-nilai hukum Islam bagi para pihak dalam hubungan hukum antara bank dan nasabah dalam akad pembiayaan *mudharabah* pada perbankan syariah.

Secara praktis, hasil penulisan ini diharapkan dapat memberikan masukan dan konstribusi yang berkaitan dengan prinsip keseimbangan (*at-tawazun*) dalam kontrak/akad pembiayaan *mudharabah*.

5. Metode Penulisan

Metode penulisan merupakan faktor yang penting dalam penulisan ilmiah. Suatu karya ilmiah harus mengandung kebenaran yang dapat dipertanggungjawabkan secara ilmiah sehingga hasil karya ilmiah tersebut dapat mendekati suatu kebenaran yang sesungguhnya.

Menurut Peter Machmud Marzuki⁴⁹ metode penulisan adalah sebagai proses untuk menemukan aturan hukum, prinsip-prinsip hukum, maupun doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu hukum yang dihadapi, dan juga untuk menghasilkan argumentasi, teori atau konsep baru sebagai preskripsi dalam menyelesaikan masalah yang dihadapi.

Metodologi merupakan cara kerja bagaimana menemukan atau memperoleh sesuatu, atau menjalankan suatu kegiatan untuk memperoleh hasil yang konkrit dan juga metode tersebut merupakan cara utama untuk mencapai tujuan. Adapun metode penulisan yang dipergunakan adalah sebagai berikut :

Jenis penulisan buku ini adalah penulisan hukum normatif yang bersifat deskriptif analitis, yang memberikan gambaran mengenai kebenaran hukum melalui analisis terhadap substansi hukum yang berkaitan dengan masalah pertama, adanya hubungan hukum antara bank dengan nasabah dalam pembiayaan *mudharabah*. Maksud dari penulisan hukum yaitu mencari kebenaran hukum yang terdapat dalam hukum positif.⁵⁰

Mengenai isi ketentuan hukum positif adalah mengenai ketentuan hukum yang berlaku atau diistilahkan dengan dogmatika hukum, yakni anggapan bahwa ketentuan hukum itu sebagai suatu pernyataan atau keputusan yang tidak dapat dibantah lagi kebenarannya suatu dogma. Metode yang digunakan untuk mengungkapkan kebenaran hukum adalah metode penafsiran, yakni suatu cara untuk mengungkapkan kebenaran dengan mengukur kesesuaian isi ketentuan hukum berdasarkan

⁴⁹ Peter Mahmud Marzuki, 2005, *Penulisan Hukum*, Jakarta: Prenada Media Group, Hlm.35

⁵⁰ F.Sugeng, 2007, *Penulisan Hukum Ganda*, Yogyakarta, Hlm.31-47.

prinsip gramatikal, obyektif, prinsip konsistensi dan prinsip efektifitas.⁵¹

Untuk mendapatkan kesahihan/ validitas dalam penulisan buku ini digunakan metode yuridis empiris dimana data primer digunakan sebagai data pelengkap dalam studi penulisan hukum. Mengungkapkan kebenaran dalam pembentukan hukum positif, dalam hal ini adalah kajian mengenai realisasi ketentuan hukum positif menjadi kenyataan dalam kehidupan masyarakat. Kajian ini bertujuan untuk mencari kebenaran pembentukan hukum positif berdasarkan kenyataan dalam kehidupan masyarakat tempat berlakunya hukum tersebut.⁵²

Metode induktif, yakni cara pengungkapan kebenaran dengan mengukur kesesuaian ketentuan hukum yang dibuat (genus) dengan peristiwa yang dijadikan dasar bagi penetapan hukum yang dibuat. Sebagaimana permasalahan kedua yakni, bagaimana implementasi prinsip keseimbangan dalam hubungan hukum antara bank dan nasabah dalam akad pembiayaan *mudharabah*.

Pertanyaan ini dijawab dengan melihat contoh akad/kontrak pembiayaan *mudharabah*. Dengan melihat kesesuaian dan pengaturan dalam peraturan perundang-undangan perbankan syariah, peraturan bank Indonesia serta fatwa dewan syariah. Diharapkan dapat ditemukan implementasi prinsip keseimbangan dalam hubungan antara bank dan nasabah.

Pada penulisan hukum terdapat beberapa pendekatan yang dapat digunakan untuk memperoleh informasi atau jawaban mengenai isu hukum yang dicoba untuk dicari

⁵¹ Ibid, Hlm.32.

⁵² Ibid, Hlm.36.

jawabannya. Pendekatan yang digunakan dalam penulisan hukum ini adalah pendekatan perundang-undangan, pendekatan konseptual yakni pandangan yang berkaitan dengan *mudharabah* serta hubungan hukum dalam kontrak/akad pembiayaan *mudharabah*.

Pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dilakukan dengan menelaah semua undang-undang, regulasi, PBI, Fatwa DSN. Pendekatan undang-undang akan membuka kesempatan bagi peneliti untuk mempelajari konsistensi dan kesesuaian antara suatu undang-undang dengan undang-undang lainnya atau antara undang-undang dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Negara Republik Indonesia atau antara regulasi dan undang-undang.⁵³

Sedangkan pendekatan konseptual (*conceptual approach*) ialah pendekatan yang berkaitan dengan pandangan yang berkaitan dengan *mudharabah* serta pandangan dalam ilmu hukum serta hubungan hukum dalam kontrak/akad pembiayaan *mudharabah*. Dengan mempelajari pandangan-pandangan serta doktrin-doktrin yang berkembang, penulis akan menemukan ide-ide yang melahirkan pengertian hukum, konsep-konsep hukum dan asas-asas hukum yang relevan. Pemahaman akan pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin tersebut merupakan sandaran bagi penulis dalam membangun suatu argumentasi hukum dalam memecahkan isu yang dihadapi.⁵⁴

Melakukan analisis dan memahami konsep *mudharabah* sebagai produk pembiayaan dalam perbankan

⁵³ Peter Mahmud Marzuki, 2005, *Opcit*, Jakarta: Prenada Media Group, Hlm.93.

⁵⁴ Ibid, hlm.95

syariah. Menganalisis serta memahami prinsip kehati-hatian dalam kegiatan usaha perbankan syariah, konsep kemaslahatan serta keadilan dan keseimbangan dalam hubungan kontrak.

Sumber data yang digunakan dalam penulisan ini adalah data sekunder. Data sekunder dilakukan dengan kepustakaan untuk mendapatkan bahan hukum berupa norma atau kaidah yang terdiri atas asas-asas hukum dan nilai-nilai hukum.

a. Bahan hukum primer

Bahan hukum primer adalah bahan hukum yang bersifat autoritatif, artinya mempunyai otoritas, yang terdiri dari perundang-undangan, catatan-catatan resmi atau risalah dalam pembuatan undang-undang dan putusan hakim⁵⁵, dalam hal ini adalah:

- 1) KUHPerduta
- 2) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 Tentang Perbankan
- 3) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah
- 4) Peraturan Mahkamah Agung RI Nomor 02 Tahun 2008 Tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah
- 5) PBI NO.9/19/PBI/2007 Tentang Pelaksanaan Prinsip Syariah Dalam Kegiatan Penghimpunan Dana Dan Penyaluran Dana Serta Pelayanan Jasa Bank Syariah
- 6) PBI NO.10/16/PBI/2008 Tentang Perubahan Atas Peraturan BI NO.9/19/PBI/2007 Tentang Pelaksanaan Prinsip Syariah Dalam Kegiatan Penghim-

⁵⁵ Ibid, Hlm. 141

punan Dana Dan Penyaluran Dana Serta Pelayanan Jasa Bank Syariah

- 7) PBI NO.10/18/PBI/2008 Tentang Restrukturisasi Pembiayaan Bagi Bank Syariah Dan Unit Usaha Syariah
 - 8) PBI NO.10/17/PBI/2008 Tentang Produk Bank Syariah Dan Unit Usaha Syariah
 - 9) PBI NO.13/23/PBI/2011 Tentang Penerapan Manajemen Risiko Bagi Bank Umum Syariah Dan Unit Usaha Syariah
 - 10) PBI NO.13/9/PBI/2011 Tentang Perubahan Atas Peraturan Bank Indonesia NO.10/18/PBI/2008 Tentang Restrukturisasi Pembiayaan Bagi Bank Syariah Dan Unit Usaha Syariah
 - 11) Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 7/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Pembiayaan *Mudharabah*,
- b. Bahan Hukum Sekunder,
- Bahan hukum sekunder meliputi semua publikasi tentang hukum yang bukan merupakan dokumen resmi. Publikasi tentang hukum ini meliputi buku-buku teks, skripsi, tesis, disertasi, kontrak.
- c. Bahan Hukum Tersier, yakni bahan yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder yakni kamus, ensiklopedia.⁵⁶

Analisis Bahan Hukum menjadi sebuah proses yang harus dilalui dalam rangka menemukan jawaban dari pokok permasalahan yang ditulis. Analisa data dilakukan dengan cara pengumpulan data sekunder yakni bahan

⁵⁶ Soerjono Soekanto, 2007, *Pengantar Penulisan Hukum*, Jakarta, UI Press, Hlm.52.

hukum primer, bahan hukum sekunder dan tersier serta metode pendekatan kualitatif.

BAB II KARAKTERISTIK DAN FUNGSI HUKUM ISLAM DALAM KEGIATAN PERBANKAN SYARIAH

1. Hukum Islam dalam Pandangan Para Pakar

Hukum Islam merupakan bagian dan bersumber dari Agama Islam serta sebagai hukum yang bersumber dari Agama Islam, Hukum Islam adalah sebagai sistem yang mempunyai istilah *syariat* dan *fiqh*. *Syariat* atau disebut juga sebagai *syariah* secara harfiah memiliki arti jalan ke sumber (mata) air yakni jalan lurus yang diikuti oleh setiap orang Islam.⁵⁷ Secara istilah pengertian *syariah* menurut Mahmud Syaltut adalah hukum-hukum dan aturan-aturan yang telah ditetapkan oleh Allah, Swt yang ditujukan bagi segenap hamba-Nya untuk diikuti.⁵⁸

Menurut Yusuf al-Qardhawi, *syariah* adalah hukum-hukum yang tetap yang disyariatkan oleh Allah, Swt melalui dalil-dalil yang terdapat dalam al-qur'an dan sunnah dan hal-hal yang merupakan cabang darinya seperti *Ijma*, *Qiyas*, *Maslahah Mursalah* serta dalil-dalil

⁵⁷ Dahlan Tamrin, 2007, *Filsafat Hukum Islam*, UIN Malang Press, Malang, Hlm.6.

⁵⁸ Syaltut Mahmud, tt, *Al-Islam: Akidah wa Syari'ah*, Dar al-Qalam, Hlm.21

baik dan azas kebebasan berkontrak yang menempatkan para pihak secara seimbang (*at-tawazun*) terhadap hak dan kewajiban dari tahap proses pembuatan/pembentukan akad (pra kontrak) sampai tahap pelaksanaan akad (tahap kontraktual). Adapun dalam hal ini ditunjukkan dengan memberikan kesempatan bagi nasabah/ *mudharib* melakukan negoisasi terhadap penentuan nisbah bagi hasil.

DAFTAR PUSTAKA

- Al Qur'an dan Terjemahan, Sari Agung, Jakarta, 2002.
- Abbas Salim, *Manajemen Risiko*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1998
- Abdullah Saeed, *Islamic Banking and Interest A Study of The Prohibition of Riba and Its Contemporary*, E.J.Brill Leiden- New York- Koln, 1996.
- Abdul Ghofur Anshori, *Perbankan Syariah di Indonesia*, Gajah Mada University Press, Yogyakarta, 2007.
- , *Gadai Syariah di Indonesia: Konsep Implementasi dan Institusionalisasi*, Gajah Mada Press, University Press, Yogyakarta, 2006.
- Abdul Mannan, *Teori dan Praktek Ekonomi Islam*, Dana Bhakti Wakaf, Yogyakarta, 1997.
- Abdul Wahab Khalaf alih bahasa Muh.Zuhri dan Ahmad Qarib, *Ilmu Ushul Fiqh*, Dina Utama, Semarang, 1994.
- Abdullah Alwi Haji Hassan, *Sales and Contracts in Early Islamic Commercial Law*, Islamic Research Institute International Islamic University Islamabad, 1994.

- Baraba Achmad, *Prinsip Dasar Operasional Perbankan Syariah*, dikutip dari Publikasi Bank Indonesia, Vol.2, Edisi Desember Tahun 1999.
- Hirsanuddin, *Kemitraan Dalam Bisnis: Prespektif Hukum Islam (Studi Terhadap Pelaksanaan Perjanjian Pembiayaan Bisnis Dengan Prinsip Mudharabah di Perbankan Syariah)*, Disertasi, Universitas Indonesia, 2005.
- Suma Muhammad Amin, *Ekonomi Syariah Sebagai Alternatif Sistem Ekonomi Konvensional*, Jurnal, Hukum Bisnis xx, 2002.
- Usanti Prasastinah Trisadini, *Karakteristik Prinsip Kehati-hatian pada Kegiatan Usaha Perbankan Syariah*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum Program Pasca Sarjana Universitas Airlangga, Surabaya, 2010.
- Bank Indonesia, *Cetak Biru Pengembangan Perbankan Syariah*, 2002.
- Muhammad Amin Suma, *Ekonomi Syariah Sebagai Alternatif Sistem Ekonomi Konvensional*, Jurnal, Hukum Bisnis xx, 2002.
- Zainul Arifin, *Prinsip-Prinsip Operasional Bank Islam*, Tazkia Cendekia, Shariah Life.
- Muflihah, *Tanggung Gugat Terhadap Wanprestasi Pembiayaan Mudharabah Kepada Koperasi Di PT Bank Muamalat Indonesia, Tbk Kantor Cabang Surabaya Darmo*, Fakultas Hukum Universitas Trunojoyo Madura.

CURRICULUM VITAE PENULIS



Dr. Any Nugroho, S.H., M.H., Lahir di Palangka Raya tanggal 15 Oktober 1975. Pendidikan dasar dan menengah diselesaikan di kota kelahirannya, yaitu di SD Inpres Tunjung Nyaho, kemudian melanjutkan ke SMP Negeri 2 Palangka Raya dan dilanjutkan ke SMA Negeri 3 Palangka Raya. Penulis kemudian melanjutkan pendidikan tinggi di Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia (UII) di Yogyakarta, kemudian dilanjutkan pada Program Magister Ilmu Hukum di universitas yang sama (UII) hingga lulus tahun 2000. Pendidikan Doktor Ilmu Hukum diselesaikan oleh Penulis di Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta pada tahun 2015.

Penulis memulai karir sebagai dosen di Fakultas Hukum Universitas Palangka Raya, Kalimantan Tengah, pada tahun 2005. Di samping itu Penulis juga pernah bekerja sebagai Dosen Luar Biasa di Fakultas Hukum Universitas PGRI Palangka Raya dan Universitas Muhammadiyah Palangka Raya. Selain mengajar dan penelitian, Penulis juga aktif dalam berbagai kegiatan ilmiah, seminar dan simposium baik regional maupun