

BAB III

KONSEP PERJANJIAN MUDHARABAH DAN PENYELESAIAN SENGKETA OVERMACHT

A. Terminologi Mudharabah

1. Pengertian mudharabah

Pada umumnya kata mudharabah berasal dari kata dharb, yang berarti memukul atau berjalan.¹ Pengertian dari memukul atau berjalan diatas yang maksudnya adalah proses seseorang memukulkan kakinya dalam menjalankan usahanya. Sedangkan pengertian mudharabah yang secara teknis Menurut Sayyid Sabiq, dalam bukunya yang berjudul “Fiqh al- Sunnah”, adalah akad antara kedua belah pihak untuk salah seorangnya (salah satu pihak) mengeluarkan sejumlah uang kepada pihak lain untuk diperdagangkan dan keuntungannya dibagi bersama sesuai dengan kesepakatan.²

Menurut Abdurrahman al-Jaziri dalam bukunya yang berjudul “Fiqh ‘ala Madzahib al-Arba’ah”, menjelaskan bahwa mudharabah adalah akad antara dua orang yang berisi kesepakatan bahwa salah seorang dari mereka akan memberikan modal usaha produktif dan keuntungan usaha itu diberikan

¹ Hendi Suhendi. *Fiqh Muamalah*, (Jakarta : PT. Raja Grafindo Persada, 2007) cet, 3, hal 135.

² Sayyid, Sabiq, *Fiqh Sunnah*, diterjemahkan oleh Abdurrahim dan Masrukhin dalam “Fiqh al-Sunnah”, Juz 3, Beirut: Darul-Falah al-Arabiyah, t.th., hal. 297.

sebagian kepada pemilik modal dalam jumlah tertentu dengan kesepakatan yang sudah disetujui bersama.³

Keuntungan dari usahanya tersebut secara Mudharabah akan dibagi hasilnya menurut kesepakatan yang telah disepakati pada perjanjian awal, dan apabila usaha tersebut mengalami kerugian maka kerugian tersebut akan ditanggung oleh pihak pemodal selama kerugian tersebut bukan disebabkan kelalaian pengelola modal. Dan jika kerugian tersebut disebabkan karena kecurangan atau kelalaian pengelola modal, maka pengelola modal yang harus bertanggung jawab atas kerugian yang telah dialaminya.

Pengertian mudharabah secara definisi adalah suatu bentuk perniagaan di mana pemilik modal (shahibul maal) menyetorkan modalnya kepada seorang pengusaha yang sering disebut dengan (mudharib), untuk diniagakan dengan keuntungan yang akan dibagi bersama sesuai dengan kesepakatan dari kedua belah pihak sedangkan terdapat kerugian akan ditanggung oleh pemilik modal jika disebabkan olehnya, dan jika disebabkan oleh pengelola modal maka pengelola modal yang harus menanggung kerugian tersebut.⁴

Istilah mudharabah berasal dari istilah qiradh yaitu salah satu bentuk kerja sama antara pemilik modal (shahibul mal) dan pedagang atau pengusaha yang mempunyai keahlian untuk melakukan sebuah usaha bersama. Jika dari

³ Abdurrahman al-Jaziri, *Fiqh 'ala Madzahib al-Arba'ah*, Juz III, Beirut: Dar al-Qalam, t.th, hal. 34

⁴ *Ibid* hal .34

usaha tersebut mendapatkan keuntungan, keuntungan dibagi bersama sesuai dengan kesepakatan.⁵

Ketika mendefinisikan mudharabah, para fukaha menitik beratkan pada adanya partisipasi dalam keuntungan . untuk membedakan mudharabah dengan jenis-jenis kemitraan lainnya , definisi diatas di tambah dengan kata-kata : dengan modal harta dari satu pihak dan modal kerja dari pihak lain, sebagaimana definisi yang dikemukakan al-Quduri : mudharabah adalah suatu bentuk perjanjian untuk berpartisipasi dalam keuntungan dengan modal, harta dari satu mitra dan (modal) kerja dari mitra lain. Menurut para fukaha mudharabah juga di sebut muqaradah atau qiradh.⁶ Qiradh berasal dari kata al-qardhu,berarti al-qath'u (potongan) karena pemilik memotong sebagian hartanya untuk di perdagangkan dan memperoleh sebagian keuntungannya.⁷

kontrak mudhrabah pemodal dapat bekerja sama dengan lebih dari satu pengelola. Para pengelola tersebut bekerja sebagai mitra usaha terhadap pengelola yang lain. Nisbah (porsi) bagi hasil pengelola dibagi sesuai kesepakatan awal. Nisbah bagi hasil antara pemodal dan pengelola harus disepakati di awal perjanjian. Besarnya nisbah bagi hasil masing-masing pihak tidak diatur dalam syariah, tetapi tergantung kesepakatan mereka.⁸ Nisbah keuntungan harus dinyatakan dalam bentuk persentase antara kedua belah pihak,

⁵ *Ibid* hal. 35

⁶ *Ibid* hal. 35.

⁷ Hendi suhendi *Fiqih Muamalah.*, hal. 136

⁸ Thahirin Saputra dkk. *Syarah Bulughul Maram/Abdullah bin Abdurrahman Al Bassam*, (Jakarta: Pustaka Azzam, 2006), hal. 21

bukan dinyatakan dalam nilai nominal RP tertentu. Jadi nisbah keuntungan itu misalnya adalah 50:50, 70:30, atau 60:40 atau bahkan 99:1. jadi nisbah keuntungan ditentukan berdasarkan kesepakatan, bukan berdasarkan porsi setoran modal.⁹

Ketentuan diatas merupakan konsekuensi logis dari karakteristik akad mudharabah itu sendiri yang tergolong ke dalam kontrak investasi, dalam kontrak ini tergantung kepada kinerja sektor riilnya. Bila laba bisnis besar, kedua belah pihak mendapat bagian yang besar. Bila laba bisnis ini kecil, mereka mendapat bagian yang kecil juga.

Setelah diketahui beberapa pengertian yang telah dijelaskan di atas, kiranya dapat dipahami bahwa mudharabah atau qiradh adalah akad antara pemilik modal dengan pengelola modal, dengan syarat bahwa keuntungan diperoleh dua belah pihak sesuai dengan kesepakatan yang telah disepakati dan apabila terjadi kerugian, maka kerugian tersebut ditanggung oleh pemilik modal atas dasar bukan karena kelalaian pengelola, apabila kerugian disebabkan oleh pengelola maka pengelola harus bertanggung jawab.

2. Rukun dan syarat mudharabah

Menurut ulama syafiiyah , rukun-rukun qiradh ada enam yaitu :

- a. pemilik barang yang menyerahkan barang-barangnya
- b. Orang yang bekerja, yaitu mengelola barang yang diterima dari pemilik barang
- c. Aqad mudharabah, dilakukan oleh pemilik dengan pengelola barang

⁹ Adiwarman Karim. *Bank Islam Analisa Fiqih dan Keuangan*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2004), Cet. Ke-3, hal. 207.

- d. Mal, yaitu harta pokok atau modal
- e. Amal, yaitu pekerjaan pengelolaan sehingga menghasilkan laba
- f. Keuntungan

Menurut sayyid sabiq rukun mudharabah adalah ijab abul yang keluar dari orang yang memiliki keahlian.¹⁰

Syarat-syarat sah mudharabah berhubungan dengan rukun-rukun mudharabah itu sendiri. Syarat-syarat sah mudharabah adalah sebagai berikut

- a. Modal yang diserahkan itu berbentuk uang tunai. Apabila barang tersebut berbentuk emas dan perak batangan (tabar) mas hiasan atau barang dagangan lainya mudharabah tersebut batal.
- b. Bagi orang yang melakukan akad disyaratkan mampu melkukn tasharuf , maka dibatalkan akad anak-anak yang masih kecil, orang gila dan orang-orang yang berada dibawah pengampunan.
- c. Modal harus diketahui dengan jelas agar dapat dibedakan antara modal yang di perdagangkan dengan laba atau keuntungan dari perdagangan tersebut yang akan dibagikan oleh kedua belah pihak sesuai dengan perjanjian yang telah disepakati.¹¹

3. Jenis-jenis mudharabah

Secara umum, mudharabah terbagi menjadi dua jenis, yaitu :

1) Mudharabah Muthlaqah

Mudharabah muthlaqah adalah bentuk kerja sama antara penyedia modal (shahibul maal) dan pengelola modal (mudharib) yang cakupannya sangat luas

¹⁰ Sayid Sabiq, *Fiqih Sunah.*, hal 212

¹¹ *Ibid* hal, 298

dan tidak dibatasi oleh spesifikasi jenis usaha, waktu, dan daerah yang akan digunakan untuk usahanya.

2) Mudharabah Muqayyadah

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

4. Pembatalan mudharabah

Berikut Sebab-sebab Batalnya Mudharabah :

- 1) Tidak terpenuhinya syarat sahnya Mudharabah. Apabila terdapat satu syarat yang tidak dipenuhi, sedangkan mudharib sudah terlanjur menggunakan modal Mudharabah untuk bisnis perdagangan, maka dalam keadaan seperti ini mudharib berhak mendapatkan upah atas kerja yang dilakukannya, karena usaha yang dilakukannya atas izin pemilik modal dan mudharib melakukan suatu pekerjaan yang berhak untuk diberi upah. Semua laba yang dihasilkan dari usaha yang telah dikerjakan adalah hak pemilik modal. Jika terjadi kerugian maka pemilik modal juga yang menanggungnya. Karena mudharib dalam hal ini berkedudukan sebagai buruh dan tidak dapat dibebani kerugian kecuali karena kecerobohnya.
- 2) Pengelola atau mudharib sengaja tidak melakukan tugas sebagaimana mestinya dalam memelihara modal, atau melakukan sesuatu yang bertentangan dengan

tujuan akad. Jika seperti itu dan terjadi kerugian maka, pengelola berkewajiban untuk menjamin modal karena penyebab dari kerugian tersebut.

- 3) Pengelola meninggal dunia atau pemilik modalnya, maka Mudharabah akan menjadi batal. Jika pemilik modal yang wafat, pihak pengelola berkewajiban mengembalikan modal kepada ahli waris pemilik modal serta keuntungan yang diperoleh diberikan kepada ahli warisnya sebesar kadar prosentase yang disepakati. Tapi jika yang wafat itu pengelola usaha, pemilik modal dapat menuntut kembali modal itu kepada ahli warisnya dengan tetap membagi keuntungan yang dihasilkan berdasarkan prosentase jumlah yang sudah disepakati.¹² Jika Mudharabah telah batal, sedangkan modal berbentuk ‘urudh (barang dagangan), maka pemilik modal dan pengelola menjual atau membaginya, karena yang demikian itu merupakan hak berdua. Dan jika si pengelola setuju dengan penjualan, sedangkan pemilik modal tidak setuju, maka pemilik modal dipaksa menjualnya, karena si pengelola mempunyai hak di dalam keuntungan dan dia tidak dapat memperolehnya kecuali dengan menjualnya. Demikian menurut madzhab Asy Syafi’i dan Hambali.¹³

B. HUKUM MUDHARABAH

1. Hukum Islam mudharabah

Mudharabah adalah akad yang telah dikenal oleh umat Muslim sejak zaman Nabi, ketika itu Nabi melakukan akad mudharabah dengan Khadijah.

¹² Nasrun Harun, *Fiqih Muamalah*, (Jakarta: Gaya Media Pratama, 2007), Cet. Ke-2, hal.180

¹³ Sayyid Sabiq, *Fiqih Sunah.*, hal.

Dengan demikian, ditinjau dari segi hukum Islam, praktek mudharabah dibolehkan, baik menurut Al-Qur'an, Sunnah maupun Ijma'. Hukum mudharabah sah yang tergolong sah cukup banyak, diantaranya yaitu tanggung jawab pengusaha. Ulama fiqh telah sepakat bahwa pengusaha bertanggung jawab atas modal yang ada di tangannya, yakni sebagai titipan. Hal ini karena kepemilikan modal tersebut atas seizin pemiliknya. Apabila pengusaha beruntung, ia memiliki hak atas laba secara bersama-sama dengan pemilik modal. Jika mudharabah rusak karena adanya beberapa sebab yang menjadikannya rusak, pengusaha menjadi pedagang sehingga ia pun memiliki hak untuk mendapatkan upah.¹⁴

Jika hartanya rusak tanpa disengaja, ia tidak bertanggung jawab atas rusaknya modal tersebut. Jika mengalami kerugian pun ditanggung oleh pengusaha saja. Jika disyaratkan bahwa pengusaha harus bertanggung jawab atas rusaknya modal, menurut ulama Hanafiyah dan Hanabilah, syarat tersebut batal, tetapi akadnya sah. Dengan demikian, pengusaha bertanggung jawab atas modal dan berhak atas laba. Adapun ulama Malikiyyah dan Syafi'iyah berpendapat bahwa mudharabah batal.¹⁵

Ketika harta ditasharuuf oleh pengelola, harta tersebut ada dibawah kekuasaan pengelola, sedangkan harta tersebut bukan miliknya, sehingga harta tersebut kedudukan sebagai amanat (titipan). Apabila harta itu rusak bukan karena kelalain pengelola, ia tidak wajib menggantinya. Bila kerugian timbul

¹⁴ Rahmad Syafi'i, *fiqh Muamalah*, (Bandung: CV. Pustaka Setia, 2001), Cet. Ke-1, hal. 230

¹⁵ *Ibid* hal. 231

karena kelalaian pengelola maka ia wajib menggantinya. Ditinjau dari segi akad, mudharabah terdiri atas dua pihak, bila ada keuntungan dalam pengelolaan modal, laba itu dibagi dua dengan persentase yang telah disepakati. Karena bersama-sama dalam keuntungan, maka mudharabah juga sebagai syirkah. Apabila pengelola modal mengingkari ketentuan- ketentuan mudharabah yang telah disepakati dua belah pihak, maka telah terjadi kecacatan dalam mudharabah, kecacatan yang terjadi menyebabkan pengelolaan dan penguasa harta tersebut dianggap ghasab.¹⁶

C. KEWAJIBAN MUDHARIB DALAM PERJANJIAN MUDHARABAH

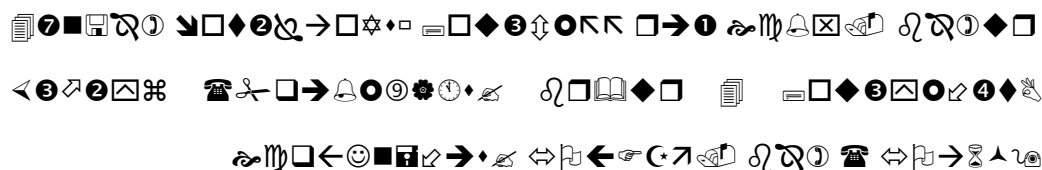
1. KEWAJIBAN MUDHARIB MENURUT HUKUM ISLAM

Dalam perjanjian mudharabah apabila debitur mengalami keadaan dharurah maka debitur terlebih dahulu menghilangkan kesulitan yang mengancam dirinya. Setelah menghilangkan kesulitan tersebut, pihak debitur dapat menanggihkan pembayaran kepada pihak kreditur sampai pihak debitur dalam keadaan dapat mampu membayar kembali. Penanggihan pembayaran yang dilakukan debitur merupakan perbuatan yang dilarang dalam perjanjian mudharabah akan tetapi boleh dilakukan apabila debitur mengalami keadaan dharurah atau *overmacht*.

Penanggihan pembayaran merupakan kemudahan yang diperoleh pihak debitur apabila mengalami keadaan dharurah. Dalam hal ini pihak kreditur juga

¹⁶ Hendi Suhendi, *Fiqih Muamalah*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2007), Cet Ke-III. hal. 140-141

memberikan kemudahan kepada pihak debitur berupa penundaan pembayaran hal ini sesuai dengan QS. Al- Baqarah 280.



Artinya: dan jika (orang yang berhutang itu) dalam kesukaran, Maka berilah tangguh sampai Dia berkelapangan. dan menyedekahkan (sebagian atau semua utang) itu, lebih baik bagimu, jika kamu mengetahui.¹⁷

Setelah debitur kembali dalam keadaan normal atau telah dalam keadaan lapang seperti sediakala maka pihak debitur menjalankan kewajibannya kepada pihak kreditur seperti semula yaitu berupa pembayaran kepada pihak kreditur. Hal ini disandarkan dalam cabang kaidah fiqh yang berbunyi:

“Jika suatu perkara itu luas, maka hukumnya menjadi sempit.”

Maksudnya, bila dalam kondisi sempit atau mendesak, maka hukumnya menjadi luas akan tetapi bila keadaan tidak mendesak atau sudah normal kembali, maka hukumnya kembali pada keadaan sudah normal kembali.¹⁸

2. KEWAJIBAN MUDHARIB MENURUT HUKUM PERDATA

Terkait dengan overmacht, maka overmacht adalah salah satu pembelaan yang dapat digunakan oleh debitur ketika ia wanprestasi. Dengan mengajukan pembelaan ini, debitur berusaha menunjukkan bahwa tidak terlaksananya apa

¹⁷ Q.S. Al-Baqarah 2: 280, Terjemahan Alqur'an, UII

¹⁸ Ridho Rokamah, *Al-Qawaid Al-Fiqhiyah Kaidah-kaidah Mengembangkan Hukum Islam* (Ponorogo: STAIN PRESS, 2010), hal. 52.

yang dijanjikan itu disebabkan hal-hal yang sama sekali tidak dapat diduga, dan dimana ia tidak dapat berbuat apa-apa terhadap keadaan atau peristiwa yang timbul di luar dugaan tadi. Dengan perkataan lain, hal tidak terlaksananya perjanjian atau kelambatan dalam pelaksanaan itu, bukanlah disebabkan karena kelalaiannya. Ia tidak dapat dikatakan salah atau alpa, dan orang yang tidak salah tidak boleh dijatuhi sanksi-sanksi. Untuk itu, sebagai sarana bagi debitur melepaskan diri dari gugatan kreditur, maka dalil adanya *overmacht* harus memenuhi syarat bahwa:

1. Pemenuhan prestasi terhalang atau tercegah
2. Terhalangnya pemenuhan prestasi tersebut di luar kesalahan debitur.
3. Peristiwa yang menyebabkan terhalangnya prestasi tersebut bukan merupakan resiko debitur.

Adanya peristiwa yang dikategorikan sebagai *overmacht* membawa konsekuensi (akibat hukum) sebagai berikut:

1. Kreditur tidak dapat menuntut pemenuhan prestasi.
2. Debitur tidak dapat lagi dinyatakan lalai.
3. Debitur tidak wajib membayar ganti rugi. Hal ini diatur dalam pasal 1244 dan pasal 1245 KUHPerdara yang berbunyi sebagai berikut: (1244) "Jika ada alasan untuk itu, debitur harus dihukum mengganti biaya, rugi, bunga apabila ia tak dapat membuktikan, bahwa hal tidak atau tidak pada waktu yang dilaksanakannya perikatan itu, disebabkan karena suatu hal tak terduga, pun tak dapat dipertanggungjawabkan padanya, kesemuanya itu

pun iktikad buruk tidaklah ada pada pihaknya”. (Pasal 1245 KUHPerdara)
 “tidaklah ada pengantian biaya, kerugian dan bunga, bila karena keadaan memaksa atau karena hal-hal yang terjadi secara kebetulan, debitur terhalang untuk memberikan atau berbuat sesuatu yang diwajibkan, atau melakukan sesuatu perbuatan yang terlarang baginya”.¹⁹

4. Risiko tidak beralih kepada debitur.
5. Kreditur tidak dapat menuntut pembatalan dalam perjanjian timbal balik.
6. Perikatan dianggap gugur. Hal ini diatur dalam pasal 1444 KUHPerdara yang berbunyi: “jika barang tertentu yang menjadi pokok persetujuan musnah, tak dapat diperdagangkan atau hilang hingga tak diketahui sama sekali apakah barang itu masih ada, atau tidak maka hapuslah perikatannya asal barang itu musnah atau hilang diluar kesalahan debitur dan sebelum ia lalai menyerahkannya”.²⁰

Teori mengenai hapusnya perikatan yang disebabkan adanya *overmacht* atau *force majeure*, juga diperkuat dengan opini Ricardo Simanjutak tentang hapusnya perjanjian yang disebabkan oleh *force majeure* sebagai berikut: “hapusnya perjanjian secara hukum dapat terjadi barang tertentu yang menjadi objek perjanjian tersebut musnah, hilang atau tidak diketahui keberadaannya, sehingga mengakibatkan pelaksanaan dari prestasi salah satu pihak sama sekali tidak lagi dapat dilaksanakan, sepanjang musnah atau hilangnya barang yang

315 ¹⁹ Soedharyo Soimin, *Kitab Undang-undang Hukum Perdata* (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), hal.

²⁰ *Ibid.*, hal.353

diperjanjikan tersebut tidak terjadi akibat dari kesalahan si berutang, dan tidak juga terjadi setelah ia lalai dalam melaksanakan kewajibannya. Kemusnahan objek perjanjian tersebut pada dasarnya memberikan konsekuensi dari tidak dapatnya dilakukan pelaksanaan hak dan kewajiban yang timbul dari perjanjian tersebut oleh para pihak. Misalnya disebabkan oleh peristiwa force majeure.²¹

Pada pasal 1244-1245 KUHPerdara, sebagai dasar pikiran pembuat Undang-Undang keadaan memaksa ialah suatu alasan untuk dibebaskan dari kewajiban membayar ganti rugi. Berikut rumusannya:

1. Pasal 1244 KUHPerdara Jika ada alasan untuk itu, si berutang harus dihukum untuk mengganti biaya, rugi, dan bunga apabila ia tidak dapat membuktikan, bahwa tidak pada waktu yang tepat dilaksanakannya perikatan itu, disebabkan oleh sesuatu hal yang tak terduga, pun tak dapat dipertanggung jawabkan padanya, kesemuanya itu jika tidak ada itikad buruk padanya.
2. (Pasal 1245 KUHPerdara) Tidak ada penggantian biaya, rugi dan bunga, bila karena keadaan memaksa atau karena suatu kejadian yang tidak disengaja, si berutang debitur terhalang untuk memberikan atau berbuat sesuatu yang diwajibkan atau karena hal-hal yang sama telah melakukan perbuatan yang terlarang.

Dari kedua rumusan pasal tersebut sudah dapat dikatakan bahwa kedua pasal tersebut mengatur hal yang sama, yaitu dibebaskannya si debitur dari kewajiban

²¹ Ricardo Simanjutak, *Hukum Kontrak*, hal. 263

mengganti kerugian, karena suatu keadaan yang dinamakan keadaan memaksa. Bedanya adalah pada Pasal 1245 KUHPerdara, menyebutkan keadaan tersebut dengan nama „keadaan memaksa“. Perbedaan lain adalah pada Pasal 1244 KUHPerdara lebih menunjukkan „keadaan memaksa“ itu sebagai suatu pembelaan, KUHPerdara lebih menunjukkan „keadaan memaksa“ itu sebagai suatu pembelaan bagi seorang debitur yang dituduh lalai, yang mengandung pula suatu beban pembuktian kepada debitur, yaitu beban untuk membuktikan tentang adanya peristiwa yang dinamakan „keadaan memaksa“ itu.

Memang debitur itu wajib membuktikan tentang terjadinya hal yang tak dapat diduga dan tak dapat dipertanggungjawabkan kepadanya, yang menyebabkan perjanjian itu tak dapat dilaksanakan. Selain itu, dari kedua pasal tersebut dapat dilihat bahwa memang keadaan memaksa adalah suatu kejadian yang tak terduga, tak disengaja dan tak dapat dipertanggung jawabkan kepada debitur serta memaksa dalam arti debitur terpaksa tidak dapat menepati janjinya.

Pada rumusan pasal 1244 dan pasal 1245 KUHPerdara, walaupun mengenai pembayaran ganti kerugian, juga terkait dengan masalah beban pembuktian, yaitu apabila terjadi wanprestasi, debitur dihukum membayar ganti kerugian jika ia tidak dapat membuktikan bahwa terjadinya wanprestasi itu disebabkan oleh keadaan yang tidak terduga atau diluar kemampuan debitur.

Bagi seorang debitur yang dituduh lalai, yang mengandung pula suatu beban pembuktian kepada debitur, yaitu beban untuk membuktikan tentang adanya peristiwa yang dinamakan „keadaan memaksa“ itu.

Disamping wanprestasi itu disebabkan oleh keadaan yang tak terduga atau diluar kemampuan debitur, untuk dibebaskan dari ganti kerugian akibat wanprestasi, debitur pun harus tidak dalam beritikad buruk. Karena kalau debitur tersebut beritikad buruk, dia tetap dibebani untuk membayar ganti kerugian.

Masalah pembebanan pembuktian disini diletakkan kepada debitur Sehingga apabila dia tidak dapat membuktikan alasan-alasan yang dapat membebaskan dari pembayaran ganti kerugian sebagaimana disebut di atas, maka debitur tersebut harus membayar ganti kerugian. Jadi kreditur tidak perlu dibebani pembuktian untuk dapat menuntut ganti kerugian kepada debitur yang wanprestasi.²²

D. PENYELESAIAN SENGKETA OVERMACHT DALAM PERJANJIAN MUDHARABAH

1. PENYELESAIAN SENGKETA OVERMACHT MENURUT HUKUM ISLAM

Dalam bisnis sering terjadi adanya konflik antar pelaku ekonomi, baik secara individu maupun secara kelembagaan untuk mengatasi konflik tersebut.

Sengketa muamalah adalah sengketa yang terjadi antara dua pihak atau lebih yang mana objek sengketa adalah transaksi keharta bendaan. Mahmud Hilmy memandang sengketa muamalah dengan sengketa yang terjadi dalam lingkup pemindahan harta dan hak, dari satu pihak kepada pihak lain melalui proses

²² Ahmadi Miru, Sakka Pati, *Hukum Perikatan Penjelasan Makna Pasal 1233 Sampai 1456 BW* (Jakarta : PT. Raja Grafindo Persada, 2011), hal. 14

akad.²³ Dalam ajaran Islam terdapat tiga sistem penyelesaian sengketa atau perselisihan yang disediakan dalam rangka penyelesaian sengketa atau perselisihan yaitu damai (al-shulh), arbitrase (al-tahkim), dan peradilan (al-qadha).

a. Damai (al-shulh).

Al-shulh secara bahasa berarti merendam pertikaian, sedangkan menurut istilah “sulh” berarti suatu jenis akad atau perjanjian untuk mengakhiri perselisihan atau pertengkaran antara dua pihak yang bersengketa secara damai.²⁴

Al-Husaini mengemukakan bahwa perdamaian (al-shulh) adalah akad yang memutuskan perselisihan dua pihak yang berselisih. Sedangkan As- Sidiq bahwa yang dimaksud dengan al-sulh adalah akad yang disepakati dua orang yang berselisih atau berkonflik dalam hal untuk melaksanakan sesuatu dengan akad itu dapat hilang perselisihan menurut Sabiq yang dimaksud dengan al-sulh adalah suatu jenis akad untuk mengakhiri pertentangan antara dua orang yang berlawanan. Pendapat lain dikemukakan oleh Al-Jazairi al- sulh ialah akad diantara dua pihak yang berperkara untuk memecahkan perselisihan yang terjadi diantara keduanya.²⁵

Rukun-rukun al-sulh:

²³ Syahrizal Abbas, *Mediasi Dalam Hukum Syariah, Hukum Adat, Dan Hukum Nasional* (Jakarta: Kencana Prenada Group, 2011), 203.

²⁴ Abdul Manan, *Hukum Ekonomi Syariah Dalam Perspektif Kewenangan Pengadilan Agama* (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2012), hal. 427

²⁵ Ismail Nawawi, *Fikih Muamalah*, hal. 323.

1. Mushalih, yaitu masing-masing pihak yang melakukan akad perdamaian untuk menghilangkan permusuhan atau sengketa.
2. Mushalih Anhu, yaitu persoalan-persoalan yang diperselisihkan atau disengketakan.
3. Mushalih Alaih, yaitu hal-hal yang dilakukan oleh salah satu para pihak terhadap lawannya untuk memutuskan perselisihan. Hal ini disebut juga istilah badal As-sulh.
4. Sigat atau ijab kabul diantara kedua belah pihak yang melakukan akad perdamaian.²⁶

b. Tahkim

Tahkim secara bahasa berasal dari kata “Hakkama” secara terminologi, tahkim berarti menjadikan seseorang sebagai pencegah sesuatu sengketa. Secara umum, tahkim memiliki pengertian yang sama dengan arbitrase yang dikenal dewasa ini yakni pengangkatan seseorang atau lebih sebagai wasit oleh dua orang yang berselisih atau lebih, guna menyelesaikan perselisihan mereka secara damai, orang yang menyelesaikan disebut dengan “hakam”.²⁷

Menurut Abu Al-Ainain Fatah Muhammad, pengertian tahkim menurut istilah fiqh sebagai bersandarnya dua orang yang bertikai kepada seseorang yang mereka ridhoi keputusannya untuk menyelesaikan pertikaian para pihak yang bersengketa. Adapun menurut Said Agil Husein Al-Munawar, pengertian tahkim menurut kelompok ahli hukum Islam madzhab Hanafiyah

²⁶ *Ibid* hal, 324.

²⁷ Abdul Manan, *Hukum Ekonomi*, hal. 429

adalah memisahkan persengketaan atau menetapkan hukum di antara manusia dengan ucapan yang mengikat kedua belah pihak yang bersumber dari pihak yang mempunyai kekuasaan secara umum. Adapun pengertian tahkim menurut ahli hukum dari kelompok syafiiyah yaitu memisahkan pertikaian antara pihak yang bertikai atau lebih dengan hukum Allah atau menyatakan dan menetapkan hukum Syara' terhadap suatu peristiwa yang wajib dilaksanakannya.²⁸

Ruang lingkup tahkim hanya terkait dengan persoalan yang menyangkut "huququl ibad" (hak-hak perorangan) secara penuh, yaitu aturan-aturan hukum yang mengatur hak-hak perseorangan yang berkaitan dengan harta bendanya. Umpamanya kewajiban mengganti rugi atas diri seseorang yang telah merusak harta orang lain, hak seseorang pemegang gadai dalam pemeliharaannya, hak-hak yang menyangkut jual beli, sewa menyewa, dan utang piutang. Oleh karena tujuan tahkim itu hanya menyelesaikan dengan jalan damai itu hanya yang menurut sifatnya menerima untuk didamaikan yaitu sengketa yang menyangkut dengan harta dan yang sama sifatnya.²⁹

Para ahli hukum Islam di kalangan madzab Hanafiyah, Malikiyah, dan Hanabilah sepakat bahwa segala apa yang menjadi keputusan hakam (arbitrase) langsung mengikat kepada pihak-pihak yang bersengketa, tanpa lebih dahulu meminta persetujuan belah pihak. Pendapat ini juga didukung oleh sebagian ahli hukum di kalangan mazhab Syafi'i. Alasan mereka ini didasarkan kepada hadits Rasulullah SAW yang menyatakan bahwa apabila mereka sudah sepakat

²⁸ *Ibid* hal. 430

²⁹ *Ibid* hal. 433

mengangkat hakim untuk menyelesaikan persengketaan yang diperselisihkannya, kemudian keputusan hakim itu tidak mereka patuhi, maka bagi orang yang tidak mematuhi akan mendapat siksa dari Allah SWT. Di samping itu, barang siapa yang diperbolehkan oleh syariat untuk memutuskan suatu perkara, maka putusnya adalah sah, oleh karena itu putusnya mengikat, sama halnya dengan hakim di pengadilan yang telah diberi wewenang oleh penguasa untuk mengadili suatu perkara.³⁰

c. Al-Qadha.

Menurut arti bahasa, al-qadha berarti memutuskan atau menetapkan. Menurut istilah berarti menetapkan hukum syara pada suatu peristiwa atau sengketa untuk menyelesaikannya secara adil dan mengikat. Adapun kewenangan yang dimiliki oleh lembaga ini adalah masalah al-ahwal asy-syaksiyah yaitu masalah keperdataan, termasuk di dalamnya hukum keluarga dan masalah jinayat yakni hal-hal yang menyangkut pidana.³¹ Orang yang diberi wewenang menyelesaikan perkara disebut dengan qadhi (hakim).³²

2. PENYELESAIAN SENGKETA OVERMACHT MENURUT HUKUM PERDATA

Manusia dalam kehidupannya selalu dihadapkan pada masalah atau sengketa, hal ini tidak dapat dihindari selama manusia masih menghirup udara dalam kehidupan. Sengketa dapat terjadi karena adanya suatu perubahan yaitu

³⁰ *Ibid* hal. 434

³¹ *Ibid*, hal. 435

³² *Ibid*, hal. 436

sesuatu yang berbeda dari sebelumnya, bisa juga terjadi karena adanya perbedaan antara keinginan atau perasaan dengan kenyataan yang terjadi.

Dalam hal terjadinya sengketa terhadap perikatan maka pada umumnya para pelaku perikatan akan berupaya untuk mencari jalan penyelesaian secara damai tanpa harus melibatkan pengadilan (*out off court settlement*). Akan tetapi, ketika permasalahan ataupun sengketa tersebut tidak lagi dapat diselesaikan secara damai, maka pengadilan sebagai lembaga penyelesaian sengketa yang disepakati para pihak dalam menyelesaikan permasalahan tersebut dengan terpaksa harus dilibatkan sebagai upaya akhir (*litigation process*).

Oleh karena itulah, klausula pilihan hukum, dan cara penyelesaian serta domisili ataupun yurisdiksi penyelesaian sengketa menjadi sangat penting bagi para pihak untuk memastikan langkah-langkah yang harus ditempuh dalam membela dan memperjuangkan perlindungan haknya, baik melalui pengadilan maupun melalui langkah-langkah alternatif penyelesaian sengketa diluar dari pengadilan (*alternative dispute settlement*), untuk memastikan upaya pembelaan hak masing-masing pihak dapat dilakukan dengan lebih terencana baik dari pengguna waktu ataupun biaya.³³

1. Penyelesaian sengketa melalui non litigasi (PSA).

Alternative Dispute Resolution (ADR) yang jika diterjemahkan kedalam bahasa Indonesia berarti Penyelesaian Sengketa Alternatif adalah suatu proses penyelesaian sengketa non litigasi dimana para pihak yang bersengketa dapat

³³ Ricardo Simanjutak, *Hukum Kontrak*, hal. 265-266.

membantu atau dilibatkan dalam penyelesaian persengketaan tersebut atau melibatkan pihak ketiga yang bersifat netral.

Pengertian Alternatif Dispute Resolution atau Penyelesaian Sengketa Alternatif disini adalah lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati oleh para pihak, yakni penyelesaian diluar pengadilan dengan cara konsultasi, negoisasi, mediasi, konsiliasi atau penilaian ahli.

Pengertian menurut Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, Pasal 1 ayat 1: “arbitrase adalah cara penyelesaian sengketa perdata diluar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa”.³⁴

Dengan demikian, jelaslah yang dimaksud dengan Alternatif Dispute Resolution atau Penyelesaian Sengketa Alternatif dalam perspektif undang-undang No. 30 tahun 1999 telah menyediakan beberapa pranata pilihan penyelesaian sengketa secara damai yang dapat ditempuh oleh para pihak untuk menyelesaikan sengketa perdata mereka, apakah mendayagunakan pranata negoisasi, konsiliasi, mediasi atau penilaian ahli.

Penyelesaian yang dapat diselesaikan para pihak melalui pilihan penyelesaian sengketa hanyalah dibidang perdata saja. Secara filosofis penyelesaian sengketa alternatif bertujuan menolong para pihak yang berpekar

³⁴ Ishaq, *Pendidikan Keadvokatan* (Jakarta: Sinar Grafika, 2012), hal. 29.

menyelesaikan sendiri perkaranya. Penyelesaian perkara alternatif berusaha menemukan dan menyetujui suatu cara pemecahan masalah dimana para pihak yang bersangkutan menerima hasilnya dengan perasaan sama-sama menang (win solution).³⁵

Macam-macam penyelesaian sengketa alternatif menurut Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 yang dapat menyelesaikan sengketa Overmacht dalam perjanjian mudharabah, sebagai berikut:

a. Negosiasi.

Negosiasi adalah penyelesaian sengketa yang dilaksanakan sendiri oleh pihak para pihak yang bersengketa tanpa melibatkan pihak ketiga (UU No 30 tahun 1999 pasal 6 ayat2). Kesepakatan mengenai penyelesaian sengketa tersebut selanjutnya harus dituangkan dalam bentuk tertulis yang ditandatangani oleh kedua belah pihak.

Menurut Mark E. Roszkowski, negosiasi adalah suatu proses penyelesaian sengketa dimana dua belah pihak yang memiliki tuntutan berbeda membuat suatu kesepakatan melalui kompromi dan konsensi.³⁶

b. Mediasi.

Lembaga Penyelesaian Sengketa Alternatif lain yang sering digunakan dalam berbagai penanganan jenis sengketa perdata adalah mediasi. Menurut Gary Goodpaster, “ mediasi adalah proses negosiasi

³⁵ Ismantoro Dwi Yuwono, *Panduan Memilih dan Menggunakan Jasa Advokat* (Yogyakarta: Pustaka Yustisia, 2011), hal. 141.

³⁶ Abu Rohmad, *Paradigma Resolusi Konflik Agraria* (Semarang: Walisongo Press, 2008), hal 133

pemecah masalah dimana pihak luar yang tidak memihak dan netral bekerja dengan pihak yang bersengketa untuk membantu mereka memperoleh kesepakatan dengan memutuskan”.³⁷

Menurut definisi diatas bahwa hakekat mediasi adalah negosiasi atau perundingan untuk menemukan pemecahan permasalahan yang dihadapi dengan didampingi pihak ketiga (Mediator) yang imparsial dan netral.

c. Konsultasi.

Konsultasi adalah upaya penyelesaian sengketa dengan cara meminta masukan dari pihak yang diyakini sebagai Narasumber berdasarkan pengetahuan dan pengalaman dapat memfasilitasi penyelesaian sengketa untuk mencapai tujuan bersama. Biasanya, Narasumber yang dimintai konsultasi oleh para pihak adalah narasumber yang levelnya lebih tinggi dan memiliki kompetensi yang jelas.

Tidak ada suatu rumusan ataupun penjelasan yang diberikan di dalam undang-undang No. 30 tahun 1999 mengenai makna maupun arti dari konsultasi pada prinsipnya konsultasi merupakan suatu tindakan yang bersifat personal antara suatu pihak tertentu yang disebut dengan klien dengan pihak lain yang merupakan pihak konsultan yang memberikan pendapatnya kepada klien tersebut. Tidak ada suatu rumusan yang menyatakan sifat keterkaitan atau kewajiban untuk memenuhi dan mengikuti pendapat yang disampaikan oleh pihak konsultan.

³⁷ *Ibid.*, hal.134

d. Penilaian ahli

Penilaian ahli adalah suatu upaya mempertemukan pihak yang berselisih dengan cara menilai pokok sengketa yang dilakukan oleh seorang atau beberapa orang ahli di bidang terkait dengan pokok sengketa untuk mencapai persetujuan. Penilaian ahli berupa keterangan tertulis yang merupakan hasil telaahan ilmiah berdasarkan keahlian yang dimiliki untuk

membuat terang pokok sengketa yang sedang dalam proses. Penilaian ahli ini dapat diperoleh dari seseorang atau Tim ahli yang dipilih secara ad hoc.³⁸

Undang-undang no. 30 tahun 1999 juga mengenal istilah pendapat ahli sebagai bagian dari ADR, pemberian opini atau pendapat hukum dapat merupakan suatu masukan dari berbagai pihak dalam menyusun atau membuat perjanjian maupun dalam memberikan penafsiran ataupun pendapat terhadap salah satu atau lebih ketentuan dalam perjanjian yang telah dibuat oleh para pihak untuk memperjelas pelaksanaannya.

2. Litigasi.

Peran pengadilan dalam memeriksa dan memutuskan sengketa- sengketa perdata merupakan peran sentral, hingga pada lahirnya bentuk- bentuk penyelesaian sengketa alternatif lainnya, seperti misalnya lembaga arbitrase, konsiliasi, dan mediasi. Berdasarkan pasal 1 undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman ditegaskan bahwa kekuasaan kehakiman

³⁸ Bu Rohmad, *Paradigma Resolusi*, hal. 140.

adalah kekuasaan negara dalam melakukan penegakan hukum dan keadilan melalui penyelenggaraan peradilan di Indonesia. Kekuasaan negara dalam menyelenggarakan peradilan inilah yang menjadi dasar berpikir dari pelaksanaan pasal 1266 KUHPerdara yang mengharuskan penyelesaian sengketa dari suatu kontrak dilakukan melalui putusan hakim.³⁹

Ketika sengketa yang terjadi diantara para pihak tersebut tidak dapat diselesaikan secara damai, maka ketika sengketa tersebut masuk ke pengadilan melalui gugatan perdata badan peradilan yang berwenang untuk memeriksa dan memutuskan adalah Pengadilan Negeri. Tata cara penanganan perkara perdata tersebut di Pengadilan Negeri.

Dalam pasal 118 HIR secara tegas diatur bahwa pengadilan yang berwenang untuk memeriksa dan memutuskan sengketa kontrak adalah pengadilan yang berada di domisili tergugat, kecuali bila diperjanjikan sebaliknya. Ketentuan pasal 118 HIR ini sangat penting untuk dipahami oleh seorang perancang kontrak untuk memastikan bahwa, dalam halnya terjadinya sengketa diantara para pihak yang harus melibatkan pengadilan, maka dapat dipastikan pengadilan mana yang akan berwenang untuk mengadili perkara tersebut.⁴⁰

³⁹ Ricardo Simanjutak, *Hukum Kontrak*, hal. 267.

⁴⁰ *Ibid.*, hal. 269