

**BAB II**

**TINJAUAN UMUM TENTANG AKAD PEMBIAYAAN *MURABAHAH*,  
PERBUATAN MELAWAN HUKUM DAN  
PENYELESAIAN SENGKETA**

**A. Tinjauan Umum tentang Akad Pembiayaan Murabahah**

1. Konsep, Pengertian dan Klasifikasi Akad Pembiayaan *Murabahah*

Dalam Al-Qur'an setidaknya ada 2 (dua) istilah yang berkaitan dengan perjanjian<sup>1</sup>, yaitu kata akad (*al-'aqadu*) dan kata 'ahd (*al-'ahdu*), Al-Qur'an memakai kata pertama dalam arti perikatan atau perjanjian, sedangkan kata yang kedua dalam Al-Qur'an berarti masa, pesan, penyempurnaan dan janji atau perjanjian.<sup>2</sup> Penelitian ini lebih relevan dengan kata *al-'aqadu* dimana dalam Al-Qur'an berarti perikatan atau perjanjian.

Akad secara epistemologi bermakna mengikat, menyambung, atau menghubungkan, sedangkan secara terminologis menurut Peraturan Mahkamah Agung Nomor 02 Tahun 2008 tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah yang dimaksud dengan akad adalah kesepakatan dalam suatu perjanjian antara dua pihak atau lebih untuk melakukan atau tidak melakukan perbuatan hukum tertentu.<sup>3</sup>

Prof. Dr. Rachmad Syafei membagi definisi akad menjadi definisi umum dan definisi khusus. Definisi umum dari akad yaitu segala sesuatu yang dikerjakan

---

<sup>1</sup> Mariam Darus Badruzaman et.all., *Kompilasi Hukum Perikatan*, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2001) Hlm 247.

<sup>2</sup> Abdul Ghofur Anshori, *Hukum Perjanjian Islam di Indonesia*, (Yogyakarta: Gajah Mada University Press, 2010), hlm 22

<sup>3</sup> Mardani, *Hukum Perikatan Syariah di Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2013), hlm 52.

oleh seseorang berdasarkan keinginannya sendiri, seperti wakaf, talak, atau sesuatu yang pembentukannya membutuhkan keinginan atas dua orang seperti jual beli, perwakilan, dan gadai. Sedangkan definisi khusus dari akad, yaitu perikatan yang ditetapkan dengan ijab kabul berdasarkan ketentuan syara' yang berdampak pada obyeknya.<sup>4</sup>

Berdasarkan pengertian tersebut maka akad merupakan perjanjian tertulis kedua belah pihak untuk mengikatkan diri tentang perbuatan yang akan dilakukan dalam suatu hal yang khusus. Akad tersebut memuat *ijab* dan *kabul*. *Ijab* yakni pernyataan pihak pertama mengenai isi perikatan yang diinginkan sedangkan *kabul* yakni pernyataan pihak kedua untuk menerimanya. Apabila antara ijab dan kabul yang dilakukan oleh kedua belah pihak saling berhubungan dan bersesuaian maka terjadilah akad diantara mereka.

Para ahli hukum islam, membagi akad menjadi dua jenis, yaitu akad bernama dan akad tidak bernama. Akad bernama adalah akad yang sudah ada namanya, seperti akad mudharabah, musyarakah, *murabahah*, dan lain-lain. Sedangkan akad tidak bernama adalah akad yang belum dinamai sebab ulama belum membahasnya, seperti tuntutan orang modern dalam menjalankan kehidupan sehari-hari yaitu akad pembuatan rumah, jual beli di supermarket, jual beli secara online, dan akad-akad lainnya.<sup>5</sup>

Akad jual beli atas suatu barang antar para pihak dalam islam masuk kategori akad bernama yang disebut dengan akad *murabahah*. Dalam akad tersebut

---

<sup>4</sup>Rahmat Syafei, *Fiqh Muamalah*, (Bandung: Pustaka Setia, 2001), hlm.44

<sup>5</sup> Dewan Pengurus Nasional FORDEBI & ADESY, *Ekonomi dan Bisnis Islam: Seri Konsep dan Aplikasi Ekonomi dan Bisnis Islam/FORDEBI, ADESY*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2016), hlm 171

diperlukan adanya sebuah ijab dan kabul untuk melakukan transaksi jual beli. Penjual menyebutkan dengan jelas barang yang diperjualbelikan termasuk harga pembelian dan keuntungan yang akan diambil sedangkan pembeli menyepakatinya dengan membayar harga dan keuntungan yang diminta.

Sesuai perkembangan zaman jual beli ini mengalami perkembangan yang bisa dilakukan melalui perantara seperti lembaga keuangan syariah. Pembeli yang membutuhkan barang atau benda yang diinginkan datang langsung ke lembaga keuangan syariah dan menyampaikan keinginannya untuk membeli barang tersebut. Lembaga keuangan syariah sebagai perantara akan membelikan barang tersebut terlebih dahulu dengan menyampaikan rincian harganya kepada musytari untuk kemudian musytari membayarnya kepada lembaga keuangan syariah. Dengan kata lain lembaga keuangan syariah disini bertindak sebagai lembaga pembiayaan yang membiayai terlebih dahulu kebutuhan musytari.

Pengertian pembiayaan terdapat dalam ketentuan Pasal 1 angka 3 Peraturan Bank Indonesia Nomor 9/19//PBI/2007 yang menyatakan sebagai berikut:<sup>6</sup>

“Pembiayaan adalah penyedia dana atau tagihan/piutang yang dapat dipersamakan dengan itu dalam:

- a. Transaksi investasi yang didasarkan, antara lain, atas akad mudharabah dan atau musyarakah.
- b. Transaksi sewa yang didasarkan, antara lain, atas akad ijarah atau akad ijarah dengan opsi perpindahan hak milik (*ijjarah muntahiyah bittamlik*)
- c. Transaksi jual beli yang didasarkan antarlain atas akad *murabahah*, salam, dan *istishna'*
- d. Transaksi pinjaman yang didasarkan antara lain atas akad *qardh*
- e. Transaksi multijasa yang didasarkan antarlain atas akad ijarah atau kafalah.

---

<sup>6</sup> Lihat ketentuan Pasal 1 angka 3 Peraturan Bank Indonesia Nomor : 9/19/PBI/2007

Berdasarkan ketentuan tersebut dapat diketahui bahwa pembiayaan merupakan penyediaan dana atau tagihan/piutang yang dapat dipersamakan dengan itu dalam transaksi investasi, sewa, jual beli, pinjaman, dan multijasa.

Salah satu cara lembaga keuangan syariah menyalurkan dana kepada masyarakat adalah melalui prinsip jual beli yang didasarkan pada akad tertentu seperti *murabahah*, salam dan *istishna'*, dengan adanya jual beli maka terjadi peralihan atau perpindahan kepemilikan hak atas suatu barang atau benda dari pemiliknya (penjual) kepada pembeli sehingga terjadilah penyaluran dana dalam bentuk pembiayaan.

*Murabahah* merupakan salah satu bentuk jual beli amanah yang dikenal dalam syariat islam, karena penjual disyaratkan melakukan kontrak terlebih dahulu dengan menyatakan harga barang yang akan dibeli. Dengan demikian terdapat dua prinsip dalam pelaksanaan akad pembiayaan *murabahah*, yaitu: 1) Mengetahui harga asal. 2) Tambahan keuntungan yang telah disepakati. Dimana dalam transaksi tersebutkan mengharuskan adanya ijab kabul agar terhindar dari penipuan, cacat obyek maupun hal-hal yang tidak diinginkan seperti ingkarnya para pihak dalam ijab kabul. Maka secara umum pelaksanaannya mesti mengikuti kepada syarat dan rukun yang ada dalam akad pembiayaan *murabahah*.

Pasal 20 ayat (6) Peraturan Mahkamah Agung Nomor 02 Tahun 2008 tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah menyatakan bahwa yang dimaksud dengan akad pembiayaan *murabahah* ialah:

*“Pembiayaan saling menguntungkan yang dilakukan oleh shahib al-mal dengan pihak yang membutuhkan melalui transaksi jual beli dengan penjelasan bahwa harga pengadaan barang dan harga jual terdapat nilai lebih yang merupakan*

*keuntungan atau laba bagi shahib al-maldan pembeliannya dilakukan secara tunai atau angsuran”.*<sup>7</sup>

Pengertian tersebut dimaksudkan bahwa dalam pembiayaan *murabahah* antara lembaga keuangan syariah dengan pihak pembeli harus saling mengetahui terkait pengadaan barang dan harga jual obyek *murabahah*. Lembaga keuangan syariah dalam hal ini harus mendapatkan keuntungan dari hasil penjualan obyek *murabahah* tersebut agar usahanya tetap bisa berjalan.

Menurut Al-Syairazi yang dimaksud *murabahah* ialah penjualan di mana *shahib al-mal* memberitahukan kepada *musytari* tentang harga pembelian dan keuntungan berdasarkan kesepakatan antara keduanya. Wahbah al-Zuhaili juga menjelaskan tentang pengertian *murabahah*, beliau menyatakan bahwa yang dimaksud dengan *al-murabahah* adalah penjualan dengan harga yang sama dengan modal disertai tambahan keuntungan.<sup>8</sup>

Berdasarkan pengertian diatas tampak bahwa secara substansi pengertian *murabahah* adalah sama meskipun diformulasikan dengan redaksi yang berbeda. Hal ini berarti *shahib al-mal* menjual suatu barang dengan menegaskan harga beli barang termasuk biaya-biaya lain kepada *musytari* dan *musytari* membayarnya dengan harga yang lebih sebagai keuntungan. Keuntungan merupakan perbedaan nilai benda yang diberikan dengan nilai benda yang diperoleh. Jumlah keuntungan tersebut didasarkan pada kesepakatan kedua belah pihak. Hal ini dimaksudkan agar tidak timbul persepsi lain dikalangan masyarakat yang menyebut bahwa

---

<sup>7</sup>Lihat Ketentuan Pasal 20 ayat (6) Peraturan Mahkamah Agung Nomor 02 Tahun 2008 Tentang *Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah*.

<sup>8</sup> Atang Abdul Hakim, *Fiqh Perbankan Syariah Transformasi Fiqih Muamalah ke dalam Peraturan Perundang-undangan*, (Bandung: Refika Aditama, 2011), hlm 226

keuntungan yang diambil oleh lembaga keuangan syariah merupakan bunga sebagaimana praktik-praktik konvensional.

Jika ditelaah lebih lanjut berdasarkan pengertian *murabahah* maka terkandung hal-hal sebagai berikut:<sup>9</sup>

- a. Harga pokok barang adalah harga barang ditambah dengan beban-beban lain yang dikeluarkan sehingga barang tersebut memiliki nilai ekonomis. Masalah yang terkait dengan harga pokok barang ini adalah:
  - 1) Pengadaan barang yang diperjualbelikan
  - 2) Diskon dari pemasok (*supplier*)
  - 3) Pengadaan barang jika diwakilkan
  - 4) Nilai harga pokok (perolehan)
- b. Keuntungan yang disepakati oleh kedua belah pihak dengan tidak menganiaya salah satu pihak.
- c. Harga jual *murabahah*, yaitu harga yang disepakati yang meliputi harga perolehan ditambah dengan keuntungan yang disepakati. Yang terkait dengan harga jual *murabahah* adalah masalah:
  - 1) Hutang nasabah
  - 2) Uang muka dari nasabah
  - 3) Pembayaran angsuran
  - 4) Pembayaran pelunasan lebih awal

Dalam jual beli *murabahah* pada prinsipnya penyerahan barang dilakukan pada saat transaksi jual beli (akad) dan pembayarannya dapat dilakukan secara tunai atau angsuran. Berkenaan dengan hal tersebut maka pelaksanaan akad pembiayaan *murabahah* lembaga keuangan syariah maupun lembaga pembiayaan perlu memberikan penjelasan kepada nasabah, dengan membuat perincian harga jual beli yang diberikan.

---

<sup>9</sup> Wiroso, *Jual Beli Murabahah*, (Yogyakarta: UII Press Yogyakarta, 2005), hlm 60

Untuk memudahkan cakupan transaksi *murabahah* pada lembaga keuangan syariah dalam menjalankan usahanya, *Murabahah* dapat dibedakan menjadi dua (2) macam, yaitu:<sup>10</sup>

- a. *Murabahah* tanpa pesanan, maksudnya ada yang pesan atau tidak, ada yang beli atau tidak, lembaga keuangan syariah menyediakan barang dagangannya. Penyediaan barang pada *murabahah* tidak terpengaruh atau terkait langsung dengan ada atau tidaknya pesanan atau pembeli.
- b. *Murabahah* berdasarkan pesanan, maksudnya lembaga keuangan syariah baru akan melakukan transaksi *murabahah* atau jual beli apabila ada nasabah yang memesan barang sehingga penyediaan barang baru dilaksanakan jika ada pesanan pada *murabahah* ini, pengadaan barang sangat tergantung pada pesanan atau pembelian barang tersebut. *Murabahah* berdasarkan pesanan ini dapat dibedakan lagi menjadi 2, yaitu:
  - 1) *Murabah* berdasarkan pesanan bersifat mengikat, maksudnya apabila telah dipesan harus dibeli.
  - 2) *Murabahah* berdasarkan pesanan dan tidak mengikat, maksudnya walaupun nasabah memesan barang, tetapi nasabah tidak terikat, nasabah dapat menerima atau membatalkan barang tersebut.

Sistem pembayaran *murabahah* dapat dilakukan secara tunai maupun tangguh dan yang banyak dijalankan oleh lembaga keuangan syariah adalah *murabahah* berdasarkan pesanan yang sifatnya mengikat dan cara pembayarannya tangguh atau dengan beberapakali angsuran.

---

<sup>10</sup>*Ibid*, hlm 38

## 2. Ketentuan Hukum Akad Pembiayaan *Murabahah*

Ketentuan-ketentuan yang mengatur mengenai pembiayaan *murabahah* ialah sebagai berikut:<sup>11</sup>

### a. Al-Qur'an

- 1) *“Hai orang-orang yang beriman! Janganlah kalian saling memakan (mengambil) harta sesamamu dengan jalan yang batil, kecuali dengan jalan perniagaan yang berlaku dengan sukarela diantaramu...”* (QS An-Nisa (4):29).
- 2) *“.....Dan Allah telah menghalalkan jual beli dan mengharamkan riba...”*(QS Al-Baqarah (2) : 275).
- 3) *“Hai orang yang beriman! Penuhilah akad-akad itu..”* (QS Al-Maidah (5):1).
- 4) *“Dan jika (orang terhutang itu) dalam kesukaran maka berilah tangguh sampai ia berkepentingan...”* (QS Al-Baqarah (2): 280).
- 5) *Dan jika kamu dalam perjalanan sedang kamu tidak mendapatkan seorang penulis maka hendaklah ada barang jaminan yang dipegang. Jika sebagian kamu mempercayai sebagian yang lain hendaklah yang dipercayai itu menunaikan amanatnya (utangnya) dan hendaklah dia bertakwa kepada Allah dan janganlah kamu menyembunyikan kesaksian karena barang siapa menyembunyikan, sungguh hatinya kotor (berdosa). Allah Maha Mengetahui apa yang kamu kerjakan.* (QS. Al-Baqarah ayat (283).

---

<sup>11</sup>*Ibid*, hlm.46

b. Al-Hadits

Ketentuan Hadits yang mengatur tentang *murabahah* diantaranya ialah sebagai berikut:

- 1) Hadits Nabi dari Abu Said Al Khudri bahwa Rasulullah SAW bersabda, “*Sesungguhnya jual beli itu harus dilakukan suka sama suka*”.(HR.Al-Baihaqi dan Ibnu Majah yang dinilai *shahih* oleh Ibnu Hibban).<sup>12</sup>
- 2) Hadits Nabi riwayat Jamaah: “*Menunda-nunda (pembayaran) yang dilakukan oleh orang mampu adalah suatu kezaliman...*”<sup>13</sup>
- 3) Abu Hurairah ra bahwa nabi SAW bersabda:
 

“*Ada seseorang yang berniaga memberi pinjaman utang kepada orang-orang. Bila ia melihat orang yang tidak mampu membayar hutangnya maka berilah ia kemudahan baginya, mudah-mudahan Allah berkenan memberi kemudahan bagi kita dan Allah memberi kemudahan baginya.*”<sup>14</sup>
- 4) Abu Hurairah berkata:
 

“*Rasullah SAW melarang jual beli dengan cara melempar batu (tipuan) dan jual beli gharar (yang belum jelas mengenai harga, barang, waktu dan tempat)*”. (Hadits Riwayat Muslim).<sup>15</sup>
- 5) Hakim Ibn Hizam ra menerangkan bahwa:
 

“*Nabi SAW bersabda: Penjual dan pembeli boleh berkhiyar selama belum berpisah. Jika mereka berlaku benar dan jujur serta menerangkan keadaan barang jualan secara jujur niscaya diberikan berkat terhadap*

---

<sup>12</sup>Moh.Zuhri et. al., *Terjemahan Sunan At Tirmidzi*, (Semarang: CV Asyifa, 1992) hlm 659

<sup>13</sup>*Ibid*, hlm.664.

<sup>14</sup>Muhammad Nashiruddin Al Albani,*Ringkasan Shahih Bukhari Jilid 3*, (Jakarta: Pustaka Azzam, 2007), hlm.34.

<sup>15</sup>Moh Zuhri, *op.cit*, hlm 581.

*penjualannya dan jika mereka berdusta menyembunyikan cacat niscaya dihapuskan keberkatan penjualannya”*. (HR. Al-Bukhary dan Muslim).<sup>16</sup>

6) Hadits Nabi Riwayat Tirmidzi dari Amr bin Auf Al Muzni ra

Sesungguhnya Rasulullah SAW bersabda:“*Perdamaian dapat dilakukan diantara kaum muslimin kecuali perdamaian yang mengharamkan yang halal atau menghalalkan yang haram dan kaum muslimin terkait dengan syarat-syarat mereka kecuali syarat yang mengharamkan yang halal atau menghalalkan yang haram*”.<sup>17</sup>

c. Ijma/ijtihad

Ijma sebagai sumber hukum ketiga setelah al-quran dan as-sunnah. Ijma berarti kesepakatan atau ketetapan hati untuk melakukan sesuatu.<sup>18</sup> Ijma yang dilakukan oleh para ulama melalui ketentuan hukum akad pembiayaan *murabahah* terdapat dalam Fatwa DSN-MUI Nomor 04/DSN-MUI/IV/2000 tentang *Murabahah*.

Fatwa Dewan Syariah Nasional yang terkait dengan transaksi *murabahah* antara lain:<sup>19</sup>

- 1) Fatwa DSN-MUI Nomor 4/DSN-MUI/IV/2000 tentang *Murabahah*.
- 2) Fatwa DSN-MUI Nomor 13/DSN-MUI/IX/2000 tentang Uang Muka Dalam *Murabahah*.
- 3) Fatwa DSN-MUI Nomor 16/DSN-MUI/IX/2000 tentang Diskon dalam *Murabahah*.
- 4) Fatwa DSN-MUI Nomor 17/DSN-MUI/IX/2000 tentang Sanksi Atas Nasabah Mampu yang menunda-nunda Pembayaran dan

<sup>16</sup> Imam Al-Mundziri, *Ringkasan Shahih Muslim*, (Jakarta: Pustaka Amani, 2003) hlm 518.

<sup>17</sup> Abu Bakar Muhammad, *Hadits Tarbiyah II*, (Surabaya: Al Ikhlas, 1995), hlm. 282

<sup>18</sup> Cholil Nafis, *Teori Hukum Ekonomi Syariah*, (Jakarta: UI Press, 2011), hlm 36.

<sup>19</sup> Wiroso, *op.cit*, hlm 45.

- 5) Fatwa DSN-MUI Nomor 23/DSN-MUI/III/2002 tentang Potongan Pelunasan Dalam *Murabahah*.
- 6) Fatwa DSN-MUI Nomor 47/DSN-MUI/II/2005 tentang Penyelesaian Piutang *Murabahah* Bagi Nasabah Tidak Mampu Membayar.
- 7) Fatwa DSN-MUI Nomor 47/DSN-MUI/II/2005 tentang Penjadwalan Kembali Tagihan *Murabahah*.

Lembaga Keuangan Syariah dalam melakukan transaksi pembiayaan *murabahah* berlandaskan pada Fatwa DSN-MUI Nomor 04/DSN-MUI/IV/2000 tentang *Murabahah*. Fatwa tersebut memiliki beberapa ketentuan hukum *murabahah* sebagai berikut:<sup>20</sup>

- a. Pertama: Ketentuan umum *murabahah* dalam bank syariah
  - 1) Bank dan nasabah harus melakukan akad *murabahah* yang bebas riba.
  - 2) Barang yang diperjualbelikan tidak diharamkan oleh syariah Islam.
  - 3) Bank membiayai sebagian atau seluruh harga pembelian barang yang telah disepakati kualifikasinya.
  - 4) Bank membeli barang yang diperlukan nasabah atas nama bank sendiri dan pembelian ini harus sah dan bebas riba.
  - 5) Bank harus menyampaikan semua hal yang berkaitan dengan pembelian, misalnya jika pembelian dilakukan secara utang.
  - 6) Bank kemudian menjual barang tersebut kepada nasabah (pemesan) dengan harga jual senilai harga beli plus keuntungannya. Dalam kaitan ini bank harus memberitahu secara jujur harga pokok barang kepada nasabah berikut biaya diperlukan.
  - 7) Nasabah membayar harga barang yang telah disepakati tersebut pada jangka waktu tertentu yang telah disepakati.

---

<sup>20</sup>Sutan Remi Sjahdeini, *Perbankan Syariah :Produk-produk dan Aspek Hukumnya*, (Jakarta: Kencana, 2014), hlm 195-197

- 8) Untuk mencegah terjadinya penyalahgunaan atau kerusakan akad tersebut, pihak bank dapat mengadakan perjanjian khusus dengan nasabah.
  - 9) Jika bank hendak mewakili kepada nasabah untuk membeli barang dari pihak ketiga maka akad jual beli *murabahah* harus dilakukan setelah barang secara prinsip menjadi milik bank.
- b. Kedua: Ketentuan *murabahah* kepada nasabah
- 1) Nasabah mengajukan permohonan dan perjanjian pembelian suatu barang atau aset kepada bank.
  - 2) Jika bank menerima permohonan tersebut maka ia harus membeli terlebih dahulu aset yang dipesannya secara sah dengan pedagang.
  - 3) Bank kemudian menawarkan aset tersebut kepada nasabah dan nasabah harus menerima (membeli)nya sesuai dengan perjanjian yang telah disepakatinya karena secara hukum perjanjian tersebut mengikat kemudian kedua belah pihak harus membuat kontrak jual beli.
  - 4) Dalam jual beli ini bank dibolehkan meminta nasabah untuk membayar uang muka saat menandatangani kesepakatan awal pemesanan.
  - 5) Jika nasabah kemudian menolak membeli barang tersebut, biaya riil bank harus dibayar dari uang muka tersebut.
  - 6) Jika nilai uang muka kurang dari kerugian yang harus ditanggung oleh bank maka bank dapat meminta kembali sisa kerugiannya kepada nasabah.
  - 7) Jika uang muka memakai kontrak *urbun* sebagai alternatif dari uang muka maka:
    - a) Jika nasabah memutuskan untuk membeli barang tersebut maka ia tinggal membayar sisa harga.
    - b) Jika nasabah batal membeli maka uang muka menjadi milik bank maksimal sebesar kerugian yang ditanggung oleh bank akibat pembatalan tersebut dan jika uang muka tidak mencukupi maka nasabah wajib melunasi kekurangannya.

- c. Ketiga: Jaminan dalam *murabahah*
- 1) Jaminan dalam *murabahah* dibolehkan agar nasabah serius dengan pesanannya.
  - 2) Bank dapat meminta nasabah menyediakan jaminan yang dipegang.
- d. Keempat: Utang dalam *murabahah*
- 1) Secara prinsip penyelesaian utang nasabah dalam transaksi *murabahah* tidak ada kaitannya dengan transaksi lain yang dilakukan nasabah dengan pihak ketiga atas barang tersebut. Jika nasabah menjual kembali barang tersebut dengan keuntungan atau kerugian, ia tetap berkewajiban untuk menyelesaikan utangnya kepada bank.
  - 2) Jika nasabah menjual barang tersebut sebelum masa angsuran berakhir maka ia tetap wajib segera melunasi seluruh angsurannya.
  - 3) Jika penjualan barang tersebut menyebabkan kerugian, nasabah tetap harus menyelesaikan utangnya sesuai kesepakatan awal. Ia tidak boleh memperlambat pembayaran angsuran atau meminta kerugian itu diperhitungkan.
- e. Kelima: Penundaan pembayaran dalam *murabahah*
- 1) Nasabah yang memiliki kemampuan tidak dibenarkan menunda penyelesaian utangnya.
  - 2) Jika nasabah menunda-nunda pembayaran dengan sengaja atau jika salah satu pihak tidak menaikan kewajibannya maka penyelesaiannya dilakukan melalui Badan Arbitrase Syariah setelah tidak tercapai kesepakatan melalui musyawarah.
- f. Keenam: Bangkrut dalam *murabahah*
- Jika nasabah telah dinyatakan pailit dan gagal menyelesaikan utangnya, bank harus menunda tagihan utang sampai ia menjadi sanggup kembali atau berdasarkan kesepakatan.

Meskipun dalam fatwa ini menyebutkan bahwa subyek *murabahah* adalah bank namun praktik di dalam lapangan ketentuan ini berlaku juga bagi lembaga keuangan syariah.

### 3. Teknis dan Operasional Akad Pembiayaan *Murabahah*

Akad pembiayaan *murabahah* merupakan salah satu investasi keuangan terbesar yang dimiliki oleh lembaga keuangan syariah. Biasanya diaplikasikan dalam bentuk pesanan beli antara nasabah dengan lembaga keuangan syariah. Akad *murabahah* dapat dilakukan antara penjual dan pembeli secara langsung atau melalui pesanan. Akan tetapi dalam situasi seperti ini penjual boleh minta tanda jadi ketika melakukan ijab kabul. Hal ini berfungsi sebagai jaminan agar penjual tidak merugi dan sekaligus juga menunjukkan keseriusan pembeli.

Berkaitan dengan jaminan ketika melakukan hutang, maka Allah telah menetapkan dalam Al-Qur'an, surat Al-Baqarah (2) ayat 283, sebagaimana diuraikan sebelumnya bahwa mereka yang berhutang untuk masa yang ditentukan, sedangkan juru tulis tidak ada, maka hendaklah diadakan jaminan atau agunan, tetapi sekiranya mereka saling percaya, maka yang berhutang hendaklah menyempurnakan janjinya untuk membayar. Jadi ayat tersebut tidak menutup kemungkinan untuk digunakan dalam menetapkan jaminan pada akad pembiayaan *murabahah*.

Prof. Dr. Ahmadi Miru dalam bukunya Kontrak Bernuansa Islam menerangkan bahwa secara teknis si penjual harus memberi tahu pembeli harga pembelian barang dan menyatakan keuntungan yang ditambahkan dalam harga pokok tersebut. Lebih jelasnya teknis akad *murabahah* dalam bank dan lembaga keuangan syariah tidak berbeda jauh, dapat dirinci sebagai berikut:<sup>21</sup>

- a. Lembaga keuangan syariah menyediakan dana pembiayaan berdasarkan perjanjian jual beli barang.

---

<sup>21</sup> Ahmadi Miru, *Hukum Kontrak Bernuansa Islam*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2012), hlm.135

- b. Jangka waktu pembayaran harga barang oleh nasabah kepada bank ditentukan berdasarkan kesepakatan antara lembaga keuangan syariah dengan nasabah.
- c. Dalam hal lembaga keuangan syariah mewakili kepada nasabah (wakalah) untuk membeli barang, maka akad *murabahah* harus dilakukan setelah barang secara prinsip menjadi milik nasabah.
- d. Lembaga keuangan syariah dapat meminta nasabah untuk membayar uang muka atau *urban* saat menandatangani kesepakatan awal pemesanan barang oleh nasabah.
- e. Lembaga keuangan syariah dapat meminta nasabah untuk menyediakan agunan tambahan selain barang yang dibiayai lembaga keuangan syariah.
- f. Kesepakatan margin harus ditentukan satu kali pada awal akad dan tidak berubah selama periode akad
- g. Angsuran pembiayaan selama periode akad harus dilakukan secara proporsional.

*Murabahah* dapat diaplikasikan dalam bentuk pesanan beli antara nasabah dengan *shahib al mal*, dimana seorang nasabah bersepakat membeli suatu barang terhadap lembaga keuangan syariah dan lembaga keuangan syariah akan menentukan barang yang dijual beserta biaya-biaya yang diperlukan. Kemudian lembaga keuangan syariah membeli barang yang dipesan dan dijual kepada nasabah dengan harga tambahan keuntungan (selalu terdapat kesepakatan antara nasabah dengan *shahib al mal*). Dalam situasi seperti ini penjual boleh meminta uang tanda jadi sejumlah tertentu sebagai jaminan pada pembeli agar penjual tidak dirugikan manakala terdapat kegagalan dalam akad. Apabila uang tanda jadi lebih kecil daripada kerugian yang akan terjadi maka penjual boleh meminta kekurangan.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> *Ibid*

Melalui praktik seperti ini lembaga keuangan syariah telah melakukan pembelian, sekaligus telah memiliki barang dan selanjutnya dijual kepada nasabah sesuai dengan akad semula. Dengan demikian akad pembiayaan *murabahah* merupakan jual beli barang yang telah ada pada penjual. Artinya penjual / *shahib al mal* telah memiliki dan punya kekuasaan untuk mengatur dan menyerahkan kepada pembeli atau nasabah. Berdasarkan hal tersebut dapat dipahami bahwa lembaga keuangan syariah melakukan transaksi apabila barang telah dimiliki, bukan berarti lembaga keuangan syariah menjual barang yang tidak dimiliki. Pemilikan tersebut adalah dengan memiliki barang atau memiliki secara hukum. Artinya memiliki surat-surat hak milik dan mempunyai kekuasaan untuk mengatur dan menyerahkan kepada pembeli. Setelah ditandatangani maka hak milik berpindah kepada nasabah. Hal ini diperbolehkan karena tidak mengandung unsur tipu daya karena menjual barang yang tidak ada dan jelas spesifikasinya.

#### 4. Rukun dan Syarat Akad Pembiayaan *Murabahah*

Agar perjanjian atau akad pembiayaan *murabahah* yang dibuat oleh para pihak memiliki daya ikat, maka akad tersebut harus memenuhi rukun dan syarat. Menurut ajaran Islam untuk sahnya suatu akad harus memenuhi rukun dan syarat dari suatu akad. Rukun akad adalah unsur mutlak yang harus ada dan merupakan esensi dalam setiap akad. Jika salah satu rukun tidak ada maka secara syariah akad dipandang tidak pernah ada, sedangkan syarat adalah suatu sifat yang harus ada pada setiap rukun tetapi bukan merupakan esensi akad.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup>Dewi Nurul Musjtari, *Penyelesaian Sengketa dalam Praktik Perbankan Syariah*: (Yogyakarta, Parama Publishing, 2012), hlm. 44.

Majelis ulama Indonesia dalam bukunya Bagya Agung Prabowo yang berjudul aspek hukum pembiayaan *murabahah* pada perbankan syariah menjelaskan terkaitempat (4) rukun dalam jual beli *murabahah*, yaitu:<sup>24</sup>

a. Pihak penjual.

Pihak penjual ialah pihak yang memiliki obyek akad dan bermaksud memindahkan hak milik dengan cara menjual obyek akad kepada pembeli. Pihak penjual dalam akad pembiayaan *murabahah* pada bank syariah ialah bank syariah (*shahib al-mal*). *Shahib al-mal* memiliki hak untuk menjual obyek akad kepada *musytari*.

b. Pihak pembeli.

Pihak pembeli ialah pihak yang berhak menerima obyek akad atas penjualan obyek dari pihak penjual. Pihak *musytari* wajib membayar sejumlah harga barang kepada *shahib al-mal* dalam jangka waktu yang telah ditentukan.

c. *Sighat*.

*Sighat* ialah pernyataan kehendak para pihak pelaku akad baik *bai'* maupun *musytari*. Para pihak harus menyatakan pernyataan *ijab qabul* pada saat akan mengadakan akad pembiayaan *murabahah*. *Ijab qabul* yang dinyatakan oleh para pihak harus tertuju pada suatu obyek akad tersebut.

d. Barang atau sesuatu yang diakadkan.

Barang atau obyek akad dalam transaksi akad pembiayaan *murabahah* tidak boleh bertentangan dengan prinsip syariah. Hal ini berarti barang yang diperjualbelikan tersebut tidak boleh mengandung unsur-unsur *maysir*, *gharar*, *riba*, *zalim* dan *haram*.

Selain rukun yang mutlak harus ada sebagaimana hal diatas, terdapat pula syarat-syarat harus diperhatikan. Syarat ada yang bersifat umum dan khusus, syarat umum dalam akad bisa dilihat dari Pasal 1320 KUHPerdara, yaitu:

---

<sup>24</sup> Agung Prabowo, *Aspek Hukum Pembiayaan Murabahah pada Perbankan Syariah*, (Yogyakarta: UII Press, 2012) hlm. 31

- a. Sepakat mengikatkan diri
- b. Cakap membuat suatu perjanjian
- c. Suatu hal tertentu
- d. Suatu sebab yang halal.

Sedangkan syarat khusus ialah syarat yang khusus ada dalam sebuah akad tertentu. Menurut Wiroso dalam bukunya jual beli *murabahah*, dalam *murabahah* dibutuhkan beberapa syarat, diantaranya sebagai berikut:<sup>25</sup>

- a. Mengetahui harga pertama (harga pembelian)

Pembeli kedua hendaknya mengetahui harga pembelian karena mengetahui harga ialah syarat sah jual beli. Syarat ini juga berlaku bagi semua transaksi yang terkait dengan *murabahah* seperti pelimpahan wewenang (*tawliyah*), kerjasama (*isyra*) dan kerugian (*wadhi'ah*) karena semua transaksi berdasar pada harga pertama yang merupakan modal. Jika tidak mengetahuinya maka jual beli tersebut tidak sah hingga ditempat transaksi. Jika tidak diketahui hingga keduanya meninggalkan tempat tersebut, maka gugurlah transaksi itu.

- b. Mengetahui besarnya keuntungan

Mengetahui jumlah keuntungan adalah keharusan, karena ia merupakan bagian dari harga (*tsaman*) sedangkan mengetahui harga barang adalah syarat sah jual beli.

- c. Modal hendaknya berupa komoditas yang memiliki kesamaan dan sejenis, seperti benda-benda yang ditakar, ditimbang dan dihitung.

Syarat ini diperlukan baik ketika jual beli dilakukan dengan penjual pertama atau oranglain, serta baik keuntungan dari jenis harga pertama atau bukan, setelah jenis keuntungan disepakati berupa sesuatu yang diketahui ketentuannya. Jika modal dan benda-benda yang tidak memiliki kesamaan, seperti barang dagangan selain dirham dan dinar sebagaimana yang telah

---

<sup>25</sup>Wirosa, *Op., Cit*, 17

disepakati diawal maka tidak boleh diperjual belikan dengan cara *murabahah* oleh pihak yang tidak memiliki barang dagangan.

- d. Sistem *murabahah* dalam harta riba hendaknya tidak menisbatkan riba tersebut terhadap harga pertama.

Seperti membeli barang yang ditakar atau ditimbang dengan barang sejenis dengan takaran yang sama, maka tidak boleh menjualnya dengan sistem *murabahah*. Hal semacam ini tidak diperbolehkan karena *murabahah* adalah jual beli dengan harga pertama dengan adanya tambahan, sedangkan tambahan terhadap harta riba hukumnya adalah riba dan bukan keuntungan.

- e. Transaksi pertama haruslah sah secara syara'

Jika transaksi pertama tidak sah, maka tidak boleh dilakukan jual beli secara *murabahah*, karena *murabahah* adalah jual beli dengan harga pertama disertai dengan tambahan keuntungan. Hak milik jual beli tidak sah apabila ditetapkan nilainya bukan dengan harga karena tidak benar persamaannya.

- f. Penjual harus menyampaikan semua hal yang berkaitan dengan pembelian, misalnya jika pembelian dilakukan secara hutang.<sup>26</sup>
- g. Syarat dalam transaksi *murabahah* bahwa objek barang harus telah ada dan telah dimiliki oleh *shahib al-mal*. Barang yang baru akan ada dan belum dimiliki tidak dibenarkan untuk ditransaksikan oleh para pihak.<sup>27</sup>

#### 5. Hak dan kewajiban para pihak

Dalam sebuah perjanjian timbal balik, seperti perjanjian jual beli ini menyebabkan masing-masing pihak mempunyai hak dan kewajiban secara timbal balik, yaitu:<sup>28</sup>

##### a. Pihak Pembeli

- 1) Wajib menyerahkan uang pembelian yang besarnya sesuai dengan kesepakatan
- 2) Berhak menerima penyerahan barang objek perjanjian jual beli

<sup>26</sup>Bagya Agung Prabowo, *Op.cit*, hlm.33.

<sup>27</sup>Sutan Remy Sjahdeini, *Op.cit.*, hlm.140.

<sup>28</sup> Abdul Ghofur, *Hukum Perjanjian...*, *Op.Cit.*, hlm. 47

b. Pihak Penjual

- 1) Wajib menyerahkan barang kepada pembeli sesuai dengan kesepakatan yang telah dibuat
- 2) Wajib menanggung barang terhadap cacat tersembunyi
- 3) Berhak menerima uang pembayaran.

Dengan demikian jika salah satu pihak gagal memenuhi kewajibannya, maka ia berada dalam kondisi wanprestasi yang menyebabkan adanya tuntutan ganti kerugian maupun pemutusan jual beli. Apabila kewajiban tersebut gagal dipenuhi karena adanya hal lain diluar perjanjian tertulis yang telah disepakati sebelumnya maka bisa dikatakan pihak tersebut telah melakukan sebuah perbuatan melawan hukum. Hanya saja dalam islam tidak diperkenankan menuntut ganti kerugian berupa bunga.<sup>29</sup>

## 6. Resiko Akad Pembiayaan *Murabahah*

Adanya resiko menimbulkan konsekuensi siapa yang harus bertanggungjawab dalam akad pembiayaan *murabahah* ketika terjadi kerugian pada salah satu pihak, akan tetapi kemungkinan-kemungkinan atas resiko yang ada dalam akad pembiayaan *murabahah* bisa diantisipasi dengan melihat resiko yang biasa terjadi, diantaranya adalah:<sup>30</sup>

- a. Default atau kelalaian, nasabah sengaja tidak membayar angsuran
- b. Fluktuasi harga komparatif. Ini terjadi bila harga jual barang di pasar naik setelah bank membelinya untuk nasabah. Bank tidak bias mengubah harga jual.
- c. Penolakan nasabah. Barang yang dikirim bias saja ditolak oleh nasabah karena berbagai sebab. Bisa jadi karena rusak dalam perjalanan, sehingga nasabah tidak mau menerimanya. Karena itu sebaiknya dilindungi dengan asuransi.

---

<sup>29</sup> *Ibid*

<sup>30</sup> Mardani, *Hukum Sistem Ekonomi Islam*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2015), hlm. 188

Kemungkinan lain karena nasabah merasa spesifikasi barang tersebut berbeda dengan yang dia pesan. Bila lembaga keuangan syariah telah menandatangani kontrak pembelian dan penjualan, barang tersebut akan menjadi milik bank. Dengan demikian, bank mempunyai resiko untuk menjualnya kepada pihak lain.

- d. Dijual. *murabahah* bersifat jual beli dengan utang, maka ketika kontrak ditandatangani, barang itu menjadi milik nasabah. Nasabah bebas melakukan apapun terhadap asset miliknya tersebut, termasuk untuk menjualnya. Jika terjadi demikian, resiko untuk *default* akan besar.

## **B. Tinjauan Umum Tentang Perbuatan Melawan Hukum**

### 1. Pengertian Perbuatan Melawan Hukum

Perbuatan melawan hukum yang dimaksudkan disini adalah sebagai perbuatan melawan hukum dalam bidang keperdataan. Sebab, untuk tindakan perbuatan melawaan hukum pidana (delik) atau yang disebut dengan “perbuatan pidana” mempunyai arti, konotasi dan pengaturan hukum yang berbeda sama sekali.

Istilah perbuatan melawan hukum ini, dalam bahasa Belanda disebut dengan istilah *Onrechmatige daad* atau dalam bahasa Inggris disebut dengan istilah *Tort*. Kata *Tort* berasal dari kata latin *torquere* atau *tortus* dalam bahasa Prancis, seperti kata *wrong* berasal dari kata Prancis *wrung*, yang berarti kesalaham atau kerugian (*injury*).<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> Munir Fuady, *Op.Cit.*, hlm.2.

Perbuatan melawan hukum (*onrechtmatige daad*) dalam konteks perdata diatur dalam Buku III tentang perikatan-perikatan yang dilahirkan demi undang-undang, yaitu Pasal 1365 KUHPerdata yang berbunyi: “”*Tiap perbuatan melanggar hukum, yang membawa kerugian kepada orang lain, mewajibkan orang yang karena salahnya menerbitkan kerugian itu, mengganti kerugian tersebut.*”<sup>32</sup>

Pasal 1365 KUHPerdata tidak menyebutkan secara rinci tentang tuntutan ganti rugi dan pengertian seperti apa yang dimaksudkan di dalam KUHPerdata tersebut, sehingga perkembangan penafsiran mengenai pengertian perbuatan melawan hukum lebih detailnya diperoleh melalui yurisprudensi. Beberapa definisi lain yang pernah diberikan terhadap perbuatan melawan hukum adalah sebagai berikut:<sup>33</sup>

- a. Tidak memenuhi sesuatu yang menjadi kewajibannya selain dari kewajiban kontraktual atau kewajiban *quasi contractual* yang menerbitkan hak untuk meminta ganti rugi.
- b. Suatu perbuatan atau tidak berbuat sesuatu yang mengakibatkan timbulnya kerugian bagi orang lain tanpa sebelumnya ada suatu hubungan hukum, dimana perbuatan atau tidak berbuat tersebut, baik merupakan suatu perbuatan biasa maupun bisa juga merupakan suatu kecelakaan.
- c. Tidak memenuhi suatu kewajiban yang dibebankan oleh hukum, kewajiban mana ditujukan terhadap setiap orang pada umumnya, dan dengan tidak memenuhi kewajiban tersebut dapat dimintakan suatu ganti rugi.
- d. Suatu kesalahan perdata (*civil wrong*) terhadap mana suatu ganti kerugian dapat dituntut yang bukan merupakan wanprestasi terhadap kontrak, atau

---

<sup>32</sup> Albert Aries, *Perbuatan Melawan Hukum dalam Perbuatan Perdata dan Pidana*, 28 Maret 2013, <http://www.hukumonline.com/klinik/detail/lt5142a15699512/perbuatan-melawan-hukum-dalam-hukum-perdata-dan-hukum-pidana.>, akses 16 Juni 2017

<sup>33</sup>Munir Fuady, *Op. Cit.*, hlm. 3 dan 4.

wanprestasi terhadap kewajiban *trust*, ataupun wanprestasi terhadap kewajiban *equity* lainnya.

- e. Suatu kerugian yang tidak disebabkan oleh wanprestasi terhadap kontrak, atau lebih tepatnya, merupakan suatu perbuatan yang merugikan hak-hak orang lain yang diciptakan oleh hukum yang tidak terbit dari hubungan kontraktual.
- f. Sesuatu perbuatan atau tidak berbuat sesuatu yang secara bertentangan dengan hukum melanggar hak orang lain yang diciptakan oleh hukum, dan karenanya suatu ganti rugi dapat dituntut oleh pihak yang dirugikan.
- g. Perbuatan melawan hukum bukannya suatu kontrak, seperti juga kimia bukan suatu fisika atau matematika.

Perkembangan penafsiran perbuatan melawan hukum di negeri Belanda sangat berpengaruh di Indonesia. Hal ini didasarkan dengan adanya asas konkordansi, yaitu kaidah hukum yang berlaku di negeri Belanda juga berlaku di negeri jajahannya, termasuk Indonesia. Perkembangan penafsiran mengenai perbuatan melawan hukum dibagi menjadi 3 (tiga) fase, yaitu:<sup>34</sup>

- a. Masa sebelum tahun 1838

Kodifikasi yang terjadi sejak tahun 1838 membawa perubahan besar terhadap pengertian perbuatan melawan hukum (*onrechtmatige daad*) yang diartikan pada waktu itu sebagai (*onwetmatige daad*) perbuatan melanggar undang-undang. Maka dapat ditarik kesimpulan bahwa suatu perbuatan baru dianggap melanggar hukum, bilamana perbuatan tersebut bertentangan dengan undang-undang.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Moegni Djodirjo, *Perbuatan Melawan Hukum*, (Jakarta, Pradanya Paramita, 1979), hlm.28.

<sup>35</sup>*Ibid*

b. Masa antara tahun 1883 sampai tahun 1919

Tahun 1883 sampai sebelum tahun 1919, pengertian perbuatan melawan hukum diperluas sehingga mencakup juga pelanggaran terhadap hak subyektif orang lain, yang berarti bahwa perbuatan melawan hukum adalah berbuat atau tidak berbuat yang bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku atau melanggar hak subyektif orang lain.<sup>36</sup> Dalam hal ini Pasal 1365 KUHPerdara diartikan sebagai perbuatan melawan hukum (*culpa in commitendo*), sedangkan Pasal 1366 dipahami sebagai perbuatan melawan hukum dengan cara melalaikan (*culpa in ommitendo*), meskipun juga diakui dalam Pasal 1365 KUHPerdara juga terdapat pengertian (*culpa in ommitendo*). Apabila suatu perbuatan (berbuat atau tidak berbuat) tidak melanggar hak subyektif orang lain atau tidak melawan kewajiban hukumnya atau tidak melanggar undang-undang, maka perbuatan tersebut tidak termasuk perbuatan melawan hukum.<sup>37</sup>

Pendirian seperti ini terlihat dalam Putusan Hoge Raad (Mahkamah Agung Belanda) tentang *Singernaaimachine Mij Arrest* tanggal 6 Januari 1905. Maatschappij Singer yang menjual mesin jahit merek inger tersaingi oleh took lain yang menjual mesin jahit merk lain yang berada diseberang jalan, dengan cara memasang reklame di depan tokonya berbunyi “*Verbeterde Singernaai-machine Mij*” (tempat perbaikan mesin jahit singer). Akibat reklame ini, orang menyangka bahwa took tersebut menjual mesin jahit merk Singer yang asli, sehingga took Singer asli menjadi sepi pembeli.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup>*Ibid*

<sup>37</sup>Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, Cetakan I, Tahun 2008, Wipress

<sup>38</sup>*Ibid*

Toko Singer asli menuntut took penjual mesin jahit palsu tersebut berdasarkan Pasal 1401 BW atau yang sama dengan ketentuan Pasal 1365 KUHPerdara Indonesia, tetapi Hoge Raad menolak gugatan tersebut karena berpendirian took Singer palsu tersebut tidak melanggar undang-undang maupun hak subyektif orang lain.<sup>39</sup>

c. Masa sesudah tahun 1919

Masa sesudah Tahun 1919 terjadi suatu perkembangan yang luar biasa dalam bidang hukum tentang perbuatan melawan hukum khususnya di negeri Belanda, sehingga demikian juga di Indonesia. Perkembangan tersebut adalah dengan bergesernya makna perbuatan melawan hukum, dari semula yang cukup kaku, kepada perkembangan yang luwes. Perkembangan tersebut terjadi dengan diterimanya penafsiran luas terhadap perbuatan melawan hukum oleh Hoge Raad (Mahkamah Agung) negeri Belanda, yakni penafsiran terhadap Pasal 1365 KUHPerdara. Putusan Hoge Raad yang mendasari perkembangan makna perbuatan melawan hukum tersebut ialah kasus *Lindenbaum versus Cohen*.<sup>40</sup>

Kasus *Lindenbaum versus Cohen* tersebut pada pokoknya berkisar tentang persoalan persaingan tidak sehat dalam bisnis. Baik *Lindenbaum* maupun *Cohen* adalah sama-sama perusahaan yang bergerak dibidang percetakan yang bersaing satu sama lain. Dalam kasus ini, dengan maksud untuk menarik pelanggan-pelanggan dari *Lindenbaum*, seorang pegawai dari *Lindenbaum* di bujuk oleh perusahaan *Cohen* dengan berbagai macam hadiah agar pegawai *Lindenbaum* tersebut mau memberitahukan kepada *Cohen* salinan dari penawaran-penawaran

---

<sup>39</sup>*Ibid*

<sup>40</sup> Munir Fuadi, *Op.Cit*, hlm. 31

yang dilakukan oleh *Lindenbaum* kepada masyarakat, dan memberi tahu nama-nama dari orang-orang yang mengajukan order kepada *Lindenbaum*. Tindakan Cohen itu akhirnya tercium oleh *Lindenbaum*. Akhirnya *Lindenbaum* menggugat kepada Cohen ke pengadilan Amsterdam dengan alasan bahwa *Cohen* telah melakukan perbuatan melawan hukum (*Onrechmatige daad*) sehingga melanggar Pasal 1365 KUHPerdara.<sup>41</sup>

Langkah *Lindenbaum* untuk mencari keadilan tidak berjalan mulus. Memang di tingkat pengadilan pertama *Lindenbaum* dimenangkan, tetapi di tingkat banding justru *Cohen* yang dimenangkan, dengan alasan bahwa *Cohen* tidak pernah melanggar suatu pasal apapun dari perundang-undangan yang berlaku. Kemudian, pada tingkat kasasi turunlah putusan yang memenangkan *Lindenbaum*, suatu putusan yang terkenal dalam sejarah hukum, dan merupakan tonggak sejarah tentang perkembangan yang revolusioner tentang perbuatan melawan hukum tersebut.<sup>42</sup>

Putusan tingkat kasasi tersebut, Hoge Raad menyatakan bahwa yang dimaksud dengan perbuatan melawan hukum bukan hanya melanggar undang-undang yang tertulis seperti yang ditafsirkan saat itu, melainkan juga termasuk ke dalam pengertian perbuatan melawan hukum adalah setiap tindakan:<sup>43</sup>

- a. Yang melanggar hak orang lain yang dijamin oleh hukum
- b. Perbuatan yang bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku
- c. Perbuatan yang bertentangan dengan kesusilaan (*geode zeden*)
- d. Perbuatan yang bertentangan dengan sikap yang baik dalam bermasyarakat untuk memperhatikan kepentingan orang lain.

---

<sup>41</sup>*Ibid*

<sup>42</sup>*Ibid*

<sup>43</sup>Munir Fuady, *Op.Cit.*, hlm.32.

Terbitnya putusan Hoge Raad dalam kasus *Lindenbaum versus Cohen* tersebut, merupakan alasan yang menjadikan perbuatan melawan hukum tidak hanya dimaksudkan sebagai perbuatan yang bertentangan dengan pasal-pasal dalam perundang-undangan yang berlaku, tetapi juga termasuk perbuatan yang melanggar kepatutan dalam masyarakat.

Sejak tahun 1919 setelah terjadinya kasus *Lindenbaum versus Cohen* yang diputus oleh Hoge Raad Belanda tanggal 31 Januari 1919 arti kata melawan hukum telah mengalami perkembangan atau perluasan makna. Perbuatan melawan hukum bukan hanya sebagai pelanggaran perundang-undangan tertulis, melainkan juga meliputi atas setiap pelanggaran terhadap kesusilaan atau kepantasan dalam pergaulan hidup masyarakat.<sup>44</sup>

Perkembangan yang revolusioner dari perbuatan melawan hukum di negeri Belanda sejak tahun 1919 tersebut, kemudian juga masuk ke Indonesia (dahulu Hindia Belanda) berdasarkan asas konkordansi, yakni asas yang memberlakukan setiap hukum di negeri Belanda ke negeri jajahannya, termasuk Indonesia.<sup>45</sup>

Secara klasik, yang dimaksud dengan “perbuatan” dalam istilah perbuatan melawan hukum adalah:<sup>46</sup>

- a. *Nonfeasance*, yakni merupakan tidak berbuat sesuatu yang diwajibkan oleh hukum.

---

<sup>44</sup> Appe Hamonangan, *Suatu Kajian Pengertian Perbuatan Melawan Hukum*, 11 Februari 2015, <http://appehutaaruk.blogspot.com/2013/08/suatu-kajian-pengertian-perbuatan.html>. akses 16 Juni 2017

<sup>45</sup>Munir Fuady, *Op.Cit.*, hlm.33.

<sup>46</sup>*Ibid*, hlm.5.

- b. *Misfeasance*, yakni merupakan perbuatan yang dilakukan secara salah, perbuatan mana merupakan kewajibannya atau merupakan perbuatan yang dia mempunyai hak untuk melakukannya.
- c. *Malfeasance*, yakni merupakan perbuatan yang dilakukan padahal pelakunya tidak berhak untuk melakukannya.

Dahulu, pengadilan menafsirkan “melawan hukum” hanya sebagai pelanggaran dari pasal-pasal hukum tertulis semata-mata (pelanggaran perundang-undangan yang berlaku), tetapi sejak tahun 1919 terjadi perkembangan di negeri Belanda, dengan mengartikan perkataan “melawan hukum” bukan hanya untuk pelanggaran perundang-undangan tertulis semata-mata, melainkan juga melingkupi atas setiap pelanggaran terhadap kesusilaan atau kepantasan dalam pergaulan hidup masyarakat. Dengan demikian sejak tahun 1919 tindakan *onrechmatige daad* tidak lagi dimaksudkan hanya sebagai *onwenmatige daad* (pelanggaran atas undang-undang tertulis) saja.

Sejak tahun 1919, baik di negeri Belanda maupun di Indonesia, perbuatan melawan hukum telah diartikan secara luas, yaitu mencakup salah satu dari perbuatan-perbuatan sebagai berikut:<sup>47</sup>

- a. Perbuatan yang bertentangan dengan hak orang lain.
- b. Perbuatan yang bertentangan dengan kewajiban hukumnya sendiri.
- c. Perbuatan yang bertentangan dengan kesusilaan.
- d. Perbuatan yang bertentangan dengan kehati-hatian atau keharusan dalam pergaulan masyarakat yang baik.

---

<sup>47</sup>*Ibid.*, hlm.6.

Berikut kategori penjelasan untuk masing-masing kategori tersebut:

a. Perbuatan yang bertentangan dengan hak orang lain.

Perbuatan yang bertentangan dengan hak orang lain (*inbreuk op eens anders recht*) termasuk salah satu perbuatan yang dilarang oleh Pasal 1365 KUHPerdara. Hak-hak yang dilanggar tersebut adalah hak-hak seseorang yang diakui oleh hukum, tetapi tidak terbatas pada hak-hak sebagai berikut:<sup>48</sup>

- 1) Hak-hak pribadi (*persoonlijkheidsrechten*).
- 2) Hak-hak kekayaan (*vermogensrech*).
- 3) Hak-hak kebebasan
- 4) Hak atas kehormatan dan nama baik.

Beberapa hal tersebut merupakan putusan Mahkamah Agung Negeri Belanda (*Hoge Raad*) tanggal 10 Maret 1972 tentang perbuatan melawan hukum yang menyangkut dengan perbuatan yang melanggar hak orang lain. Putusan ini mempertimbangkan apakah akibat negatif dari tindakan seseorang sedemikian besar sehingga dapat dikategorikan sebagai suatu perbuatan melawan hukum.

b. Perbuatan yang bertentangan dengan kewajiban hukumnya sendiri.

Perbuatan ini juga termasuk ke dalam kategori perbuatan melawan hukum jika perbuatan tersebut bertentangan dengan kewajiban hukum (*rechtsplicht*) dari pelakunya. Dengan istilah “kewajiban hukum” (*rechtsplicht*) ini, yang dimaksudkan adalah bahwa suatu kewajiban yang diberikan oleh hukum terhadap seseorang, baik hukum tertulis maupun hukum tidak tertulis. Jadi, bukan hanya bertentangan dengan hukum tertulis (*wettelijk plicht*), melainkan juga bertentangan

---

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

dengan hak orang lain menurut undang-undang (*wettelijk recht*). Karena itu pula, istilah yang dipakai untuk perbuatan melawan hukum adalah *onrechmatige daad*, bukan *onwetmatige daad*.<sup>49</sup>

c. Perbuatan yang bertentangan dengan kesusilaan.

Tindakan yang melanggar kesusilaan yang oleh masyarakat telah diakui sebagai hukum tidak tertulis juga dianggap sebagai perbuatan melawan hukum. Karena itu, manakala dengan tindakan melanggar kesusilaan tersebut telah terjadi kerugian bagi pihak lain, maka pihak yang menderita kerugian tersebut dapat menuntut ganti rugi berdasarkan atas perbuatan melawan hukum (Pasal 1365 KUHPerdara). Dalam putusan terkenal *Lindenbaum versus Cohen*. (1919). Hoge Raad menganggap tindakan *Cohen* untuk membocorkan rahasia perusahaan dianggap sebagai perbuatan yang bertentangan dengan kesusilaan, sehingga dapat digolongkan sebagai perbuatan melawan hukum.<sup>50</sup>

d. Perbuatan yang bertentangan dengan kehati-hatian atau keharusan dalam pergaulan masyarakat yang baik

Perbuatan yang bertentangan dengan kehati-hatian atau keharusan dalam pergaulan masyarakat yang baik ini atau yang disebut dengan istilah *zorgvuldigheid* juga dianggap sebagai suatu perbuatan melawan hukum. Jadi, jika seseorang melakukan tindakan yang merugikan orang lain, tidak secara melanggar pasal-pasal dari hukum tertulis, mungkin masih dapat dijerat dengan perbuatan melawan hukum, karena tindakannya tersebut bertentangan dengan prinsip kehati-hatian atau keharusan dalam pergaulan masyarakat. Keharusan dalam masyarakat

---

<sup>49</sup>*Ibid*, hlm. 8

<sup>50</sup>*Ibid*

tersebut tentunya tidak tertulis, tetapi diakui oleh masyarakat yang bersangkutan.<sup>51</sup>

## 2. Unsur-Unsur Perbuatan Melawan Hukum

Apabila seseorang ingin menggugat oranglain karena perbuatan melawan hukum, maka dia (penggugat) harus memenuhi persyaratan yang ditentukan dalam dalam Pasal 1365 KUHPerdara, dari ketentuan tersebut dapat ditarik beberapa unsur yang sekaligus merupakan persyaratan gugatan ganti rugi karena perbuatan melawan hukum.<sup>52</sup> Diantaranya harus mengandung unsur-unsur sebagai berikut:

- a. Adanya suatu perbuatan.
- b. Perbuatan tersebut melawan hukum.
- c. Adanya kesalahan dari pihak pelaku.
- d. Adanya kerugian bagi korban.
- e. Adanya hubungan kausal antara perbuatan dengan kerugian.<sup>53</sup>

Unsur-unsur perbuatan melawan hukum dalam ketentuan Pasal 1365 KUHPerdara dapat dijelaskan sebagai berikut:

- a. Adanya suatu perbuatan.

Suatu perbuatan melawan hukum diawali oleh suatu perbuatan dari si pelakunya. Umumnya diterima anggapan bahwa dengan perbuatan di sini dimaksudkan, baik berbuat sesuatu (dalam arti aktif) maupun tidak berbuat sesuatu (dalam arti pasif), misalnya tidak berbuat sesuatu, padahal dia mempunyai kewajiban hukum untuk membuatnya, kewajiban mana timbul dari hukum yang

---

<sup>51</sup>*Ibid.*, hlm. 8-9

<sup>52</sup>Ridwan Khaerandi., *Op. Cit.*, hlm.302.

<sup>53</sup>Munir Fuadi., *Op. Cit.*, hlm.11

berlaku (karena ada juga kewajiban yang timbul dari suatu kontrak). Karena itu, terhadap perbuatan melawan hukum, tidak ada unsur “persetujuan kata sepakat” dan tidak ada juga unsur “*causa* yang diperbolehkan” sebagaimana yang terdapat dalam kontrak.<sup>54</sup> Namun dapat juga dikatakan sebagai perbuatan melawan hukum ketika ia mengabaikan kewajiban hukumnya dengan tidak berbuat sesuatu. Singkatnya dapat dikatakan bahwa perbuatan tersebut bermakna luas yang dapat mencakup perbuatan positif maupun negatif.<sup>55</sup>

b. Perbuatan tersebut melawan hukum.

Perbuatan yang dilakukan tersebut haruslah melawan hukum. Sejak tahun 1919, unsur melawan hukum ini diartikan dalam arti yang seluas-luasnya, yakni meliputi hal-hal sebagai berikut:

- 1) Perbuatan yang melanggar undang-undang yang berlaku
- 2) Yang melanggar hak orang lain yang dijamin oleh hukum, atau
- 3) Perbuatan yang bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku, atau
- 4) Perbuatan yang bertentangan dengan kesusilaan (*geode zeden*), atau
- 5) Perbuatan yang bertentangan dengan sikap yang baik dalam bermasyarakat untuk memperhatikan kepentingan orang lain (*indruist tegen de zorgvuldigheid, welke in het maatschap pelijk verkeer betaamt ten aanzien van anders person of goed*).<sup>56</sup>

sehingga sejak tahun 1999 sampai sekarang suatu perbuatan bisa dikatakan sebagai perbuatan melawan hukum apabila memenuhi semua 5 (lima) unsur tersebut diatas.

---

<sup>54</sup>*Ibid*, hlm 10-11

<sup>55</sup> Ridwan Khairandy, *Hukum Kontrak Indonesia Dalam Prespektif Perbandingan (Bagian Pertam)*, (Yogyakarta, FH UII Press, 2013), hlm. 303.

<sup>56</sup>Munir Fuadi., *Op. Cit.*, hlm 11

c. Adanya kesalahan dari pihak pelaku.

Agar dapat dikenakan Pasal 1365 tentang Perbuatan Melawan Hukum tersebut, undang-undang dan yurisprudensi mensyaratkan agar pada pelaku haruslah mengandung unsur kesalahan (*schuldelement*) dalam melaksanakan perbuatan tersebut. Karena itu, tanggung jawab tanpa kesalahan (*strict liability*) tidak termasuk tanggung jawab berdasarkan kepada Pasal 1365 KUHPerdota. Jikapun dalam hal tertentu diberlakukan tanggung jawab tanpa kesalahan tersebut (*strict liability*), hal tersebut tidaklah didasari atas Pasal 1365 KUHPerdota, tetapi didasarkan kepada undang-undang lain.<sup>57</sup>

Pasal 1365 KUHPerdota mensyaratkan adanya unsur “kesalahan” (*schuld*) dalam suatu perbuatan melawan hukum, maka perlu diketahui bagaimana cakupan dari unsur kesalahan tersebut. Suatu tindakan dianggap oleh hukum mengandung unsur kesalahan sehingga dapat dimintakan pertanggungjawabnya secara hukum jika memenuhi unsur-unsur sebagai berikut:<sup>58</sup>

- 1) Ada unsur kesengajaan, atau
- 2) Ada unsur kelalaian (*negligence, culpa*),
- 3) Tidak ada alasan pembenar atau alasan pemaaf (*recht-vaardigingsgrond*), seperti keadaan *overmacht*, membela diri, tidak waras, dan lain-lain.

Dicantumkan syarat kesalahan dalam Pasal 1365 KUHPerdota, pembuat undang-undang berkehendak menekankan bahwa pelaku perbuatan melawan

---

<sup>57</sup>*Ibid*

<sup>58</sup>*Ibid.*, hlm.12.

hukum hanyalah bertanggung jawab atas kerugian yang ditimbulkannya apabila perbuatan tersebut dapat dipersalahkan kepadanya.<sup>59</sup>

Ditinjau dari segi berat ringannya, derajat kesalahan dari pelaku perbuatan melawan hukum, maka dibandingkan dengan perbuatan melawan hukum yang dilakukan dengan unsur kelalaian, maka perbuatan melawan hukum yang dilakukan dengan unsur kesengajaan derajat kesalahannya lebih tinggi. Jika seseorang yang dengan sengaja merugikan orang lain (baik untuk kepentingannya sendiri atau bukan), berarti dia telah melakukan perbuatan melanggar hukum tersebut dalam arti yang sangat serius ketimbang dilakukannya hanya sekedar kelalaian belaka.<sup>60</sup>

Dalam hal ini timbul pertanyaan apakah perlu dipersyaratkan unsur “kesalahan” di samping unsur “melawan hukum” dalam suatu perbuatan melawan hukum, apakah tidak cukup dengan unsur “melawan hukum” saja. Untuk menjawab pertanyaan ini, berkembang tiga aliran sebagai berikut:<sup>61</sup>

- 1) Aliran yang menyatakan cukup hanya dengan unsur melawan hukum saja  
Aliran ini menyatakan bahwa dengan unsur melawan hukum terutama dalam artinya yang luas, sudah inklusif untuk unsur kesalahan di dalamnya, sehingga tidak diperlukan lagi unsur kesalahan terhadap suatu perbuatan melawan hukum. Di Belanda aliran ini dianut oleh Van Oven
- 2) Aliran yang menyatakan cukup hanya unsur kesalahan saja  
Sebaliknya, aliran ini menyatakan bahwa dengan unsur kesalahan, sudah mencakup juga unsur perbuatan melawan hukum di dalamnya, sehingga tidak

---

<sup>59</sup> *Ibid*

<sup>60</sup> *Ibid*, hlm.45-46.

<sup>61</sup> *Ibid*, hlm.12.

diperlukan lagi unsur “melawan hukum” terhadap suatu perbuatan melawan hukum. Di Belanda aliran ini dianut oleh Van Goudever

- 3) Aliran yang menyatakan diperlukannya unsur melawan hukum dan kesalahan Aliran ketiga ini mengajarkan bahwa suatu perbuatan melawan hukum mesti mensyaratkan unsur melawan hukum dan unsur kesalahan sekaligus, karena dalam unsur melawan hukum saja belum tentu mencakup unsur kesalahan. Di Belanda aliran ini dianut oleh Meyers.

Kesalahan yang disyaratkan oleh hukum dalam perbuatan melawan hukum, baik kesalahan dalam arti “kesalahan hukum” maupun “kesalahan sosial”. Dalam hal ini hukum menafsirkan kesalahan sebagai suatu kegagalan seseorang untuk hidup dengan sikap yang ideal, yakni sikap yang biasa dan normal dalam suatu pergaulan masyarakat.

- d. Adanya kerugian bagi korban.

Adanya kerugian (*schade*) bagi korban juga merupakan syarat agar gugatan berdasarkan Pasal 1365 KUHPerdara dapat dipergunakan. Berbeda dengan kerugian karena wanprestasi yang hanya mengenal kerugian materil, maka kerugian karena perbuatan melawan hukum disamping kerugian materil, yurisprudensi juga mengakui konsep kerugian immateril, yang juga akan dinilai dengan uang.<sup>62</sup>

#### 1) Kerugian materiil

Pada umumnya, si pembuat perbuatan melawan hukum harus mengganti kerugian tidak hanya untuk kerugian yang nyata-nyata diderita, melainkan juga harus mengganti keuntungan yang seharusnya diperoleh penggugat. Sehingga, berkaitan dengan kerugian materiil ada ganti rugi dalam bentuk uang atas

---

<sup>62</sup>*Ibid*, hlm.13.

berkurangnya harta kekayaan seseorang karena adanya perbuatan melawan hukum.

## 2) Kerugian immaterial

Kerugian immaterial merupakan kerugian yang berhubungan dengan tekanan mental, seperti ketakutan, sakit dan kehilangan kesenangan. Berkaitan dengan kerugian immaterial ada ganti rugi immaterial yaitu pemberian sejumlah uang, yang jumlahnya tidak dapat diperhitungkan secara matematis, tetapi lebih merupakan kebijaksanaan hakim, tetapi juga dengan syarat bahwa jumlah ganti rugi tersebut haruslah wajar.<sup>63</sup>

### e. Adanya hubungan kausal antara perbuatan dengan kerugian.

Hubungan kausal antara perbuatan yang dilakukan dengan kerugian yang terjadi juga merupakan syarat dari suatu perbuatan melawan hukum. Untuk hubungan sebab akibat ada 2 (dua) macam teori, yaitu:<sup>64</sup>

#### 1) Teori hubungan faktual

Hubungan sebab akibat secara faktual (*causation in fact*) hanyalah merupakan masalah “fakta” atau apa yang secara fakta telah terjadi. Setiap penyebab yang menyebabkan timbulnya kerugian dapat merupakan penyebab secara faktual, asalkan kerugian (hasilnya) tidak akan pernah terdapat tanpa penyebabnya. Dalam hukum tentang perbuatan melawan hukum, sebab akibat jenis ini sering disebut dengan hukum mengenai “*but for*” atau “*sine qua non*” .

---

<sup>63</sup>*Ibid*, hlm. 143.

<sup>64</sup>*Ibid*, hlm. 257.

## 2) Teori penyebab kira-kira.

Agar lebih praktis dan agar tercapainya elemen kepastian hukum dan hukum yang lebih adil, maka diciptakan konsep “sebab kira-kira” (*proximate cause*). *Proximate cause* merupakan bagian yang paling membingungkan dan paling banyak pertentangan pendapat dalam hukum tentang perbuatan melawan hukum. Kadang-kadang, untuk penyebab jenis ini disebut juga dengan istilah *legal cause* atau dengan berbagai penyebutan lainnya.

### 3. Akibat Hukum Dalam Hal Adanya Perbuatan Melawan Hukum

Akibat dari adanya perbuatan melawan hukum adalah timbulnya kerugian bagi korban. Kerugian tersebut harus diganti oleh orang-orang yang dibebankan oleh hukum untuk mengganti kerugian tersebut.<sup>65</sup>

Bentuk dari ganti rugi terhadap perbuatan mealwan hukum yang dikenal oleh hukum adalah sebagai berikut:<sup>66</sup>

1. Ganti Rugi Nominal
- b. Ganti Rugi Kompensasi
- c. Ganti Rugi Penghukuman

Berikut ini penjelasan bagi masing-masing kategori tersebut:

- a. Ganti Rugi Nominal

Jika adanya perbuatan melawan hukum yang serius, seperti perbuatan yang mengandung unsur kesengajaan, tetapi tidak menimbulkan kerugian nyata bagi korban, maka kepada korban dapat diberikan sejumlah uang tertentu sesuai dengan rasa keadilan tanpa menghitung berapa sebenarnya kerugian tersebut.

---

<sup>65</sup>*Ibid.*, hlm. 133.

<sup>66</sup>*Ibid.*, hlm. 134 dan 135.

b. Ganti Rugi Kompensasi

Ganti rugi kompensasi merupakan ganti rugi yang merupakan pembayaran kepada korban atas dan sebesar kerugian yang benar-benar telah dialami oleh pihak korban dari suatu perbuatan melawan hukum. Karena itu, ganti rugi seperti ini disebut juga dengan ganti rugi actual. Misalnya, ganti rugi atas segala biaya yang dikeluarkan oleh korban, kehilangan keuntungan/gaji, sakit dan penderitaan, termasuk penderitaan mental seperti stress, malu, jatuh nama baik, dan lain-lain.<sup>67</sup>

c. Ganti Rugi Penghukuman

Ganti rugi penghukuman (*punitive damages*) merupakan suatu ganti rugi dalam jumlah besar melebihi dari jumlah kerugian yang sebenarnya. Besarnya jumlah ganti rugi penghukuman ini banyak diterapkan terhadap kasus-kasus kesengajaan yang berat atau sadis. Misalnya diterapkan terhadap penganiayaan berat atas seseorang tanpa rasa perikemanusiaan.<sup>68</sup>

Menurut KUHPperdata, ketentuan tentang ganti rugi karena akibat dari perbuatan melawan hukum tidak jauh berbeda dengan ganti rugi karena wanprestasi terhadap kontrak. Persyaratan-persyaratan terhadap ganti rugi menurut KUHPperdata, khususnya ganti rugi karena perbuatan melawan hukum adalah sebagai berikut:<sup>69</sup>

1) Komponen kerugian

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

2) Starting point dari ganti rugi

Saat mulai dihitung adanya ganti rugi adalah sebagai berikut:

---

<sup>67</sup>*Ibid*, hlm 135

<sup>68</sup>*Ibid*

<sup>69</sup>*Ibid.*, hlm. 139.

- a) Pada saat dinyatakan wanprestasi, debitur tetap melalaikan kewajibannya,
  - b) Jika prestasinya adalah sesuatu yang harus diberikan, sejak saat dilampauinya tenggang waktu dimana sebenarnya debitur sudah dapat membuat atau memberikan prestasi tersebut.<sup>70</sup>
- 3) Bukan karena alasan force majeure
- Ganti rugi baru dapat diberikan kepada pihak korban jika kejadian yang menimbulkan kerugian tersebut tidak tergolong ke dalam tindakan force majeure.<sup>71</sup>
- 4) Saat terjadinya kerugian
- Suatu ganti rugi hanya dapat diberikan terhadap kerugian sebesar berikut:
- a) Kerugian yang telah benar-benar dideritanya.
  - b) Terhadap kerugian karena kehilangan keuntungan atau pendapatan yang sedianya dapat dinikmati oleh korban.<sup>72</sup>
- 5) Kerugian dapat diduga
- Kerugian yang wajib diganti oleh pelaku perbuatan melawan hukum adalah kerugian yang dapat diduga terjadinya. Maksudnya adalah bahwa kerugian yang timbul tersebut haruslah diharapkan akan terjadi, atau patut diduga akan terjadi, dugaan mana sudah ada pada saat dilakukannya perbuatan melawan hukum tersebut.<sup>73</sup>

---

<sup>70</sup>*Ibid*

<sup>71</sup>*Ibid*

<sup>72</sup>*Ibid, hlm. 40*

<sup>73</sup>*Ibid*

### **C. Penyelesaian Sengketa Perbuatan Melawan Hukum**

Pada dasarnya setiap transaksi keuangan pada lembaga keuangan syariah akad yang terjadi antara dua pihak atau lebih berpotensi menimbulkan permasalahan hukum, seperti tidak terlaksananya kesepakatan dan menyebabkan timbul sengketa. Sengketa yang terjadi perlu diberikan jalan keluar agar tidak menimbulkan kerugian pada salah satu pihak. Alternatif Penyelesaian Ekonomi Syariah yang dapat dipilih oleh para pihak ketika terjadi sengketa bisa melalui jalur litigasi maupun non litigasi. Penyelesaian melalui jalur litigasi berupa musyawarah atau mufakat harus didahulukan untuk menyelesaikan sengketa dalam bentuk apapun. Apabila jalur non litigasi yang ditempuh tidak berhasil maka mau tidak mau kedua belah pihak harus menyelesaikannya melalui jalur litigasi.

Pasal 49 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama dan Pasal 55 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah yang telah di yudisial review dengan putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 93/PUU-X/2012 tentang Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah<sup>74</sup>, menerangkan bahwa pada prinsipnya perkara ekonomi syariah merupakan kompetensi absolute peradilan agama, namun demikian sebelum memasuki penyelesaian secara litigasi para pihak dapat menyelesaikannya terlebih dahulu melalui jalur non litigasi sesuai

---

<sup>74</sup> Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 93/PUU-X/2012 atas Yudisial Review Pasal 55 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang *Perbankan Syariah*

kesepakatan diawal akad. Adapun cara yang dapat ditempuh untuk menyelesaikan sengketa ekonomi syariah yaitu:<sup>75</sup>

## 1. Jalur Non Litigasi

### a. Musyawarah

Intinya adalah penyelesaian permasalahan secara dialogis antara kedua belah pihak yang bersengketa dengan mengutamakan asas kekeluargaan. Beberapa kemungkinan hasil musyawarah yaitu:<sup>76</sup>

- a) *First Way Out* : Para pihak sepakat melaksanakan revitalisasi pembiayaan, berupa penjadwalan kembali (*rescheduling*), penataan kembali (*restructuring*), dan perubahan persyaratan (*reconditioning*).
- b) *Second Way Out*: dilakukan dalam hal *first way out* tidak mungkin lagi dilaksanakan, makalangkah kedua adalah pelaksanaan eksekusi jaminan.

### b. Mediasi

Istilah mediasi dalam bahasa arab adalah *shulh* yang secara etimologis berarti meredam pertikaian. Secara terminologis *shuluh* berarti suatu jenis akad untuk mengakhiri pertikaian atau perselisihan secara damai. Dengan kata lain mediasi adalah negosiasi antara kedua pihak yang dibantu oleh pihak ketiga yang bersifat netral, namun ia tidak berfungsi sebagai hakim yang berwenang mengambil keputusan. Inisiatif penyelesaian sengketa tetap berada pada pada tangan para pihak yang bersengketa.<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup>Abdul Ghofur, *Penerapan... Op.Cit.* hlm. 216

<sup>76</sup>*Ibid.*

<sup>77</sup> Abdul Manan, *Penerapan... Op.Cit.*, hlm. 450

Mediasi harus selalu diupayakan untuk mencapai damai diantara kedua pihak yang bersengketa, oleh karena pentingnya mediasi maka cara ini harus ditempuh baik pada saat menggunakan jalur non litigasi maupun litigasi. Pedoman penyelesaian sengketa di pengadilan melalui mediasi dapat melihat Peraturan Mahkamah Agung (PERMA) No. 01 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan. Hakim wajib mengikuti prosedur penyelesaian sengketa melalui mediasi. Bila hakim melanggar atau enggan menerapkan proses mediasi maka putusan hakim dianggap tidak sah dan konsekuensi sebagaimana Pasal 3 Ayat 4 Apabila putusan tersebut diajukan upaya hukum, maka Pengadilan Tingkat Banding atau Mahkamah Agung dengan putusan sela memerintahkan Pengadilan Tingkat Pertama untuk melakukan proses Mediasi terlebih dahulu.

c. Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS)

Arbitrase adalah penyelesaian sengketa perdata di luar pengadilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa (Pasal 1 angka 1 UU No. 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Jadi sebelum proses arbitrase dilaksanakan para pihak harus membuat perjanjian arbitrase, baik yang dibuat sebelum sengketa terjadi berupa pencantuman klausula arbitrase dalam perjanjian pokoknya (*Pactum de Compromitendo*), maupun perjanjian yang dibuat setelah sengketa terjadi (Akta Kompromis). Legitimasi penyelesaian sengketa ini bahwa perjanjian yang dilakukan mengikat sebagai undang-undang bagi para pihaknya.

Bentuk-bentuk Arbitrase berdasarkan ketentuan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 dapat dibedakan menjadi dua macam, yaitu:<sup>78</sup>

- a) Arbitrase *Ad Hoc*, adalah bentuk arbitrase yang bukan lembaga, melainkan dibentuk pada saat sengketa terjadi sehingga akan bubar ketika sengketa sudah dapat diselesaikan.
- b) Arbitrase Institutional, adalah bentuk arbitrase berupa lembaga, misalnya Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI), Badan Arbitrase Pasar Modal Indonesia (BAPMI), dan Badan Arbitrase Muamalah Indonesia (BAMUI) yang saat ini namanya telah diganti menjadi Badan Arbitrase Syariah Nasional Indonesia (BASYARNAS).

BASYARNAS merupakan arbitrase institutional khusus yang dapat dijadikan sebagai alternative forum untuk menyelesaikan sengketa dibidang ekonomi syariah. Institusi ini diintrodusir oleh Dewan Syariah Nasional 53/DSN-MUI/III/2006. Akan tetapi fatwa ini justru membatasi/memberikan pilihan penyelesaian sengketa hanya melalui BASYARNAS.<sup>79</sup>

Prosedur beracara di lembaga Arbitrase, khususnya pada BASYARNAS dengan mengacu pada ketentuan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian sengketa, prosedur beracara di lembaga arbitrase antara lain adalah sebagai berikut;<sup>80</sup>

- a) Pendaftaran
  - (1) Sebelum sengketa (*pactum de compromittendo*), dengan mencantumkan “*Arbitration Clause*” atau perjanjian arbitrase yang terpisah dari perjanjian pokok.
  - (2) Setelah sengketa (Akta kompromis)

---

<sup>78</sup>*Ibid*, hlm. 225

<sup>79</sup>Derta Rahmanto, 2007, *Perlindungan Tertanggung: Kewajiban Pemeliharaan Solvency Margin Bagi Usaha Perasuransian Konvensional dan Syariah di Indonesia*, Makalah pada Seminar Internasional Menyoal Aplikasi Ekonomi Dalam Hukum Indonesia-malaysia yang diselenggarakan oleh Fakultas Hukum Universitas YARSI Jakarta, Kamis 30 Agustus 2007

<sup>80</sup>Abdul Ghofur, *Penerapan.... Op.Cit*, hlm. 226

b) Prosedur Penyelesaian

- (1) Pendaftaran surat permohonan arbitrase yang memuat: Nama lengkap dan tempat tinggal atau tempat kedudukan para pihak, uraian singkat tentang sengketa dan tuntutan.
- (2) Dengan melampirkan perjanjian khusus yang menyerahkan penyelesaian sengketa kepada BASYARNAS atau perjanjian pokok yang memuat *arbitration clause*
- (3) Penetapan/penunjukan arbiter (tunggal/majelis)
- (4) Penawaran perdamaian, yang apabila diterima arbiter membuat akta perdamaian dan apabila tidak diterima, maka dilanjutkan dengan pemeriksaan.
- (5) Pemeriksaan sengketa
- (6) Putusan arbitrase

c) Eksekusi Putusan Arbitrase

- (1) Putusan yang sudah ditandatangani arbiter bersifat *final and binding*
- (2) Salinan otentik putusan diserahkan dan didaftarkan di kepanitraan pengadilan tingkat pertama
- (3) Bilamana putusan tidak dilaksanakan berdasarkan perintah ketua pengadilan tingkat pertama.

Putusan BASYARNAS selaku badan arbitrase khusus sebagai lembaga penyelesaian sengketa dibidang ekonomi syariah bersifat *final and binding*. Dengan adanya putusan yang *final and binding* ini, maka apabila pihak yang wajib berprestasi tidak melakukannya secara sukarela, pihak yang lain berhak meminta kepada pengadilan untuk membuat suatu penetapan yang dapat memaksa pihak lain berprestasi sebagaimana mestinya.<sup>81</sup>

---

<sup>81</sup> Mardani, *Hukum Perikatan Syariah di Indonesia*, (Jakarta, Sinar Grafika, 2013), hlm.266

Beberapa keunggulan dari penyelesaian sengketa secara non litigasi diidentifikasi sebagai berikut:<sup>82</sup>

- a) Sikap kesukarelaan dalam proses
- b) Prosedur cepat
- c) Putusan nonyudisial
- d) Prosedur rahasia (*confidential*)
- e) Fleksibel dalam merancang syarat-syarat penyelesaian masalah
- f) Hemat waktu dan biaya
- g) Pemeliharaan hubungan baik
- h) Kontrol dan lebih mudah memperkirakan hasil
- i) Putusan cenderung lebih lama karena penyelesaian sengketa secara kooperatif dibandingkan pendekatan adversial atau pertentangan

## 2. Jalur Litigasi

Sengketa yang tidak dapat diselesaikan melalui *sulh* (Perdamaian) maupun secara tahkim (arbitrase) dapat diselesaikan melalui jalur litigasi, yaitu lembaga pengadilan. Menurut ketentuan Pasal 10 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 Jo Undang Undang Nomor 35 Tahun 1999 Tentang Pokok-Pokok Kekuasaan Kehakiman, secara eksplisit menyebutkan bahwa di Indonesia terdapat empat lingkungan lembaga peradilan yaitu peradilan umum, peradilan agama, peradilan militer dan peradilan tata usaha negara.<sup>83</sup>

Mengenai kompetensi pengadilan umum berdasarkan ketentuan Pasal 50 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2004 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang

---

<sup>82</sup> Abdul Ghofur Anshori, *Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah*, (Yogyakarta, UGM Press, 2010), hlm. 36-38

<sup>83</sup> Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 Jo Undang Undang Nomor 35 Tahun 1999 *Tentang Pokok-Pokok Kekuasaan Kehakiman*

Nomor 2 Tahun 1986 tentang Peradilan Umum<sup>84</sup>, disebutkan bahwa “*Pengadilan Negeri bertugas dan berwenang memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara pidana dan perdata pada tingkat pertama.*” Sedangkan dalam konteks ekonomi syariah, lembaga peradilan agama melalui Pasal 49 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 yang telah dirubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 dirubah kedua kali dengan Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009<sup>85</sup> Tentang Peradilan Agama telah menetapkan hal-hal yang menjadi kewenangan lembaga peradilan agama. Adapun tugas dan wewenangnya adalah memeriksa memutus dan menyelesaikan perkara tertentu bagi yang beragama islam dalam bidang perkawinan, waris, wasiat, hibah wakaf, zakat, infak, sedekah dan ekonomi syariah.

Dalam penjelasan undang-undang ini disebutkan bahwa yang dimaksud dengan ekonomi syariah adalah perbuatan atau kegiatan usaha yang dilaksanakan menurut prinsip syariah yang meliputi bank syariah, asuransi syariah, reasuransi syariah, reksadana syariah, obligasi syariah, dan surat-surat berharga berjangka menengah syariah, sekuritas syariah, pembiayaan syariah, pegadaian syariah dan dana pensiun syariah, lembaga keuangan syariah, dan lembaga keuangan mikro syariah yang tumbuh dan berkembang di Indonesia. Penegasan tersebut dimaksudkan untuk memberikan dasar kuat bagi pengadilan agama untuk menyelesaikan perkara ekonomi syariah atau bisnis syariah.

---

<sup>84</sup>Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2004 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 *Tentang Peradilan Umum*

<sup>85</sup>Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 yang telah dirubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 dirubah kedua kali dengan Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009 *Tentang Peradilan Agama*

Penyelesaian sengketa bisnis yang dilaksanakan atas dasar prinsip-prinsip syariah melalui mekanisme litigasi pengadilan masih terdapat beberapa kendala, antara lain belum tersedianya hukum materiil baik yang berupa undang-undang maupun kompilasi sebagai pegangan para hakim dalam memutus perkara. Disamping itu masih banyak para aparat hukum yang belum mengerti lebih jauh tentang ekonomi syariah atau hukum bisnis syariah.<sup>86</sup>

### 3. Sumber Hukum Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah

#### a. Sumber Hukum Acara Formil

Hukum Acara yang berlaku di Pengadilan Agama untuk mengadili sengketa ekonomi syariah adalah hukum acara yang berlaku dan digunakan pada lingkungan peradilan umum. Ketentuan ini berdasarkan pada Pasal 54 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 jo Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006.<sup>87</sup> Sementara ini hukum acara yang berlaku di lingkungan di peradilan umum adalah *Herzeinee Inlandsch Reglement (HIR)* untuk Jawa dan Madura, *Rechtreement Voor De Buittengewesten (R.Bg)* untuk luar Jawa dan Madura.

Kedua aturan hukum acara ini diberlakukan di lingkungan peradilan agama, kecuali hal-hal yang telah diatur secara khusus dalam Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 jo Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 Tentang Peradilan Agama.<sup>88</sup> Disamping itu diberlakukan juga *Burgelijk Wetboek Voor Indonesia (BW)* atau Kitab Undang-Undang Hukum perdata sebagaimana ketentuan yang

---

<sup>86</sup> Abdul Manan, *Op., Cit.*, hlm. 472

<sup>87</sup> *Ibid*, 474

<sup>88</sup> *Ibid*

terdapat pada Pasal 54 Undang-Undang Nomor 7 tahun 1989 jo Undang-Undang Nomor 3 tahun 2006 Tentang Peradilan Agama.<sup>89</sup>

b. Sumber Hukum Acara Materiil

Disamping hukum acara formil yang di gunakan dalam lingkup peradilan agama sama dengan yang digunakan di lingkup peradilan umum, diimbangi juga dengan hukum acara materiil. Hukum acara materiil yang digunakan dalam lingkup peradilan agama ialah hukum syariah. Hal itu dikarenakan agar putusan yang dibuat tidak bertentangan terhadap ajaran islam, yaitu Nash Al-Qur'an, Hadist dan Peraturan Perundang-undangan yang mempunyai titik singgung dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006. Oleh karena itu hakim harus memahami sebagai pedoman dalam memutus perkara ekonomi syariah. Seperti Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah maupun Fatwa-fatwa DSN MUI.

---

<sup>89</sup> *Ibid*