

LAPORAN HASIL PENELITIAN TERAPAN KAJIAN STRATEGIS NASIONAL

**PERBANDINGAN SISTEM HUKUM CIVIL LAW, COMMON LAW, DAN
HUKUM ISLAM TENTANG KEADAAN MEMAKSA DI LEMBAGA
KEUANGAN SYARIAH (STUDI DI INDONESIA, MALAYSIA, DAN
BRUNEI DARUSSALAM)**



Tim Peneliti:

Nisrina Mutiara Dewi
Hasanudin
Hidayatulloh

**PUSAT PENELITIAN DAN PENERBITAN (PUSLITPEN) LP2M UIN
SYARIF HIDAYATULLAH JAKARTA
2020**

LEMBAR PENGESAHAN

Laporan penelitian yang berjudul “**PERBANDINGAN SISTEM HUKUM CIVIL LAW, COMMON LAW, DAN HUKUM ISLAM TENTANG KEADAAN MEMAKSA DI LEMBAGA KEUANGAN SYARIAH (STUDI DI INDONESIA, MALAYSIA, DAN BRUNEI DARUSSALAM)**”, merupakan laporan akhir pelaksanaan yang dilakukan oleh “**Nisrina Mutiara Dewi, Hasanudin, dan Hidayatulloh**”, dan telah memenuhi ketentuan dan kriteria penulisan laporan akhir yang ditetapkan oleh Pusat Penelitian dan Penerbitan (PUSLITPEN), LP2M UIN Syarif Hidayatullah Jakarta.

Jakarta, September 2020

Peneliti,



NISRINA MUTIARA DEWI

Mengetahui,

Kepala Pusat,
Penelitian dan Penerbitan
(PUSLITPEN)
LP2M UIN Syarif Hidayatullah Jakarta

Kepala Lembaga,
Penelitian dan Pengabdian kepada
Masyarakat (LP2M)
UIN Syarif Hidayatullah Jakarta

DR. IMAM SUBCHI, MA.
NIP. 19670810 200003 1 001

JAJANG JAHRONI, MA., PhD
NIP. 19670612 19940 3 1006

PERNYATAAN BEBAS PLAGIASI

Yang bertanda tangan di bawah ini;

Nama:

Jabatan:

Unit Kerja:

Alamat:

dengan ini menyatakan bahwa:

1. Judul penelitian **“PERBANDINGAN SISTEM HUKUM CIVIL LAW, COMMON LAW, DAN HUKUM ISLAM TENTANG KEADAAN MEMAKSA DI LEMBAGA KEUANGAN SYARIAH (STUDI DI INDONESIA, MALAYSIA, DAN BRUNEI DARUSSALAM)”** merupakan karya orisinal saya.
2. Jika dikemudian hari ditemukan fakta bahwa judul, hasil atau bagian dari laporan penelitian saya merupakan karya orang lain dan/atau plagiasi, maka saya akan bertanggung jawab untuk mengembalikan 100% dana hibah penelitian yang telah saya terima, dan siap mendapatkan sanksi sesuai ketentuan yang berlaku serta bersedia untuk tidak mengajukan proposal penelitian kepada Puslitpen LP2M UIN Syarif Hidayatullah Jakarta selama 2 tahun berturut-turut.

Demikian pernyataan ini dibuat untuk digunakan sebagaimana mestinya.

Jakarta, September 2020

Yang Menyatakan,



NISRINA MUTIARA DEWI

DAFTAR ISI

LEMBAR PENGESAHAN.....

PERNYATAAN BEBAS PLAGIASI.....

DAFTAR ISI.....

BAB I PENDAHULUAN

- A. Latar Belakang Masalah.....
- B. Pertanyaan Penelitian.....
- C. Tujuan Penelitian.....
- D. Manfaat Penelitian.....
- E. Metode Penelitian.....

BAB II TINJAUAN UMUM TENTANG KEADAAN MEMAKSA DAN SISTEM HUKUM

- A. Keadaan Memaksa.....
- B. Sistem Hukum.....

BAB III PERKEMBANGAN PERBANKAN SYARIAH

- A. Perbankan Syariah di Indonesia.....
- B. Perbankan Syariah di Malaysia.....
- C. Perbankan Syariah di Brunei Darusalam.....

BAB IV PERBANDINGAN KEADAAN MEMAKSA DI INDONESIA, MALAYSIA DAN BRUNEI DARUSALAM

- A. Pelaksanaan Keadaan Memaksa pada Lembaga Keuangan Syariah.....
 - 1. Sistem Hukum Civil Law.....
 - 2. Sistem Hukum Common Law.....
 - 3. Sistem Hukum Islam.....
- B. Dampak Hukum Keadaan Memaksa.....

BAB V PENUTUP

- A. Kesimpulan.....
- B. Saran.....

DAFTAR PUSTAKA.....

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Menerapkan prinsip Islam dalam transaksi di perbankan syariah merupakan perbedaan mendasar dari perbankan konvensional. Perbedaan tersebut dapat dilihat dalam istilah dan isi kontrak atau akad. Dari data penyaluran dana pada perbankan Syariah tahun 2019, penyaluran dana dengan menggunakan akad mudharabah dan akad musyarakah sebanyak Rp 82. 223 Milyar sedangkan penyaluran dana dengan piutang sebesar 130.100 Milyar. Dalam penyaluran dana dengan piutang kepada non bank akad murabahah sebesar Rp 125.478 Milyar, sebesar Rp 3.774 Milyar menggunakan akad qard dan akad istisna sebesar Rp 821 Milyar. Adapun piutang kepada pihak bank lain akad murabahah sebanyak Rp 27 Milyar, qard dan istisna tidak ada. Kemudian pembiayaan dengan akad ijarah sebanyak 9.126 Milyar. Maka dalam penyaluran dana kepada non bank dalam hal ini adalah nasabah/masyarakat akad murabahah dominan digunakan oleh perbankan syariah dan nasabah. Berbeda dengan risiko pada akad mudharabah dan musyarakah jika terjadi suatu kegagalan dalam mengelola pembiayaan maka bank syariah dan nasabah harus ikut menanggung kerugian. Karena, akad mudharabah dan musyarakah menggunakan profit and loss sharing dan kedua akad tersebut merupakan kategori akad kerjasama sehingga keuntungan dan kerugian harus ditanggung bersama.

Sistem ekonomi modern pun juga turut tumbuh seiring berkembangnya zaman, sehingga bermunculanlah berbagai varian dalam transaksi perekonomian, yang mana perkembangan tersebut kadang-kadang memiliki unsur-unsur yang sedikit berbeda dengan akad-akad yang dikenal dalam hukum Islam. Salah satunya adalah klausa force majeure yang biasa terdapat dalam akad di perbankan syariah.

Pasal dalam KUH Perdata yang dapat digunakan sebagai pedoman ketentuan force majeure selain Pasal 1244 KUH Perdata yang sudah disebutkan di atas, antara lain pada KUH Perdata Pasal 1245 KUH Perdata yang berbunyi: “Tidaklah biaya rugi dan bunga, harus digantinya, apabila lantaran keadaan memaksa atau lantaran suatu kejadian tidak disengaja si berhutang berhalangan memberikan atau berbuat sesuatu yang diwajibkan, atau lantaran hal-hal yang sama telah melakukan perbuatan yang terlarang”.

Keadaan memaksa di perbankan syariah juga mengacu pada Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 02 Tahun 2008 tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah pada Pasal 40 yang berbunyi: “Keadaan memaksa atau darurat adalah keadaan dimana salah satu pihak yang mengadakan akad terhalang untuk melaksanakan prestasinya”. Sedangkan menurut KHES, yakni pada Pasal 43 ayat 1, yang rumusannya sebagai berikut: “Kewajiban menanggung kerugian yang disebabkan kejadian di luar kesalahan salah satu pihak dalam perjanjian sepihak dipikul oleh peminjam”, kemudian ayat selanjutnya: “Kewajiban menanggung kerugian yang disebabkan kejadian di luar kesalahan salah satu pihak dalam perjanjian timbal balik, dipikul oleh pihak yang meminjamkan”.

Hazerchi Abderrahman yang berjudul *Atsar al-'Udzr wa al-Jawaa'ih 'ala al-Iltizaamat al-'Aqdiyyah fii al-Fiqh al-Islami*, fikih Islam belum memiliki konsep tentang keadaan memaksa dalam bentuk teori umum yang koheren sebagaimana konsep yang ditawarkan oleh hukum modern. Selama ini, fikih memberikan penjelasan atas suatu persoalan hukum secara parsial. Meskipun fikih dan hukum modern memiliki kesepakatan bahwa teori keadaan memaksa dan penerapannya bersandar kepada satu asas yakni menghilangkan bahaya bagi pihak yang dirugikan. Selanjutnya, fikih memiliki pertimbangan alasan keadaan memaksa lebih luas dibandingkan dengan hukum modern. Hukum modern merumuskan keadaan memaksa kepada tindakan alam (*good act*) seperti bencana alam dan perang, sedangkan fikih menjelaskan bahwa keadaan memaksa dapat terjadi bukan hanya secara umum tetapi secara khusus seperti kehilangan aset karena pencurian, kebakaran, bahkan pailit. Hal ini memotivasi penulis untuk membandingkan sistem hukum civil law, common law, dan hukum Islam tentang keadaan memaksa di lembaga keuangan syariah dengan mengambil studi perbandingan Indonesia, Malaysia dan Brunei Darussalam.

B. Pertanyaan Penelitian

Pertanyaan penelitian tersebut peneliti rinci dalam bentuk pertanyaan penelitian sebagai berikut:

1. Bagaimana praktik keadaan memaksa di lembaga keuangan syariah dalam sistem hukum civil law, common law dan hukum Islam?
2. Apa dampak hukum keadaan memaksa dalam praktik system hukum civil law, common law dan hukum Islam?

C. Tujuan Penelitian

Tujuan penelitian ini relevan dengan rumusan masalah diatas.

1. Membandingkan dan menganalisis praktik keadaan memaksa di lembaga keuangan syariah dalam system hukum civil law, common law dan hukum Islam.
2. Membandingkan dan menganalisis dampak hukum keadaan memaksa dalam system hukum civil law, common law dan hukum Islam.

D. Manfaat Penelitian

Lembaga Keuangan Syariah di Indonesia telah memiliki pedoman implementasi dalam menjalankan kegiatan bisnis berupa fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia. Namun fatwa masih bersifat responsif atas pertanyaan dan permintaan industri jasa keuangan syariah, sehingga belum merumuskan konsep fundamental yang bersifat umum dalam transaksi bisnis seperti teori keadaan memaksa. Faktanya saat ini, meskipun formulasi transaksi keuangan syariah telah menggunakan akad-akad syariah, tetapi proses bisnis masih meminjam teori hukum perdata Barat dalam kasus keadaan memaksa, wanprestasi, dan penyelesaian sengketa. Fikih sebagai sumber fatwa belum menyajikan teori-teori umum yang memberikan pedoman transaksi bisnis syariah.

Penelitian ini berupaya menggali titik perbedaan dan persamaan teori keadaan memaksa dalam sistem civil law, common law dan Islamic law. Hasil

penelitian ini akan menjadi referensi otoritas jasa keuangan syariah untuk mengeluarkan kebijakan tentang kondisi keadaan memaksa yang bersumber dari hukum Islam dan sesuai dengan maqashid keuangan syariah yakni keadilan dan kemaslahatan.

E. Metode Penelitian

1. Jenis dan Sifat Penelitian

Jenis penelitian ini adalah normatif. Menurut Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji penelitian hukum normatif adalah:

“Sebagai penelitian doctrinal (doctrinal research), yaitu suatu penelitian yang menganalisis hukum, baik yang tertulis di dalam buku (law as it is written in the book), maupun hukum yang diputuskan oleh hakim melalui proses pengadilan (law as it is decided by the judge through judicial proces).” (Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, 2004).

Penelitian ini bersifat deskriptif, tujuan dari penelitian deskriptif adalah untuk membuat pencandraan secara sistematis, factual dan akurat mengenai fakta-fakta. Di samping itu penelitian hukum yang dilakukan dengan meneliti data sekunder berupa bahan-bahan hukum primer, sekunder, dan tersier, yang mencakup putusan dan data-data lain yang terkait dan mendukung secara ilmiah permasalahan yang Penulis angkat, seperti buku-buku, artikel-artikel ilmiah, tulisan-tulisan ahli hukum di internet, serta berbagai peraturan perundang-undangan yang sesuai dan berkaitan dengan penelitian ini.

2. Teknik Pengumpulan Data

Dalam penelitian ini, teknik pengumpulan data yang digunakan adalah dengan penelitian pustaka (Library Research) yang bertujuan untuk memperoleh data sekunder, yang bersumber dari:

- a. Bahan hukum primer, merupakan bahan-bahan hukum yang mengikat, dan terdiri dari KUHP Perdata Pasal 1244 dan 1245, juga Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 02 Tahun 2008 tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah pada Pasal 40 dan regulasi tentang keadaan memaksa di Singapura dan Arab Saudi
- b. Bahan hukum sekunder, merupakan bahan-bahan hukum yang isinya memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer, seperti buku-buku hukum, hasil-hasil penelitian, hasil karya dari kalangan hukum dan lain-lain.
- c. Bahan hukum tersier, merupakan bahan-bahan yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder, seperti kamus hukum, kamus bahasa Indonesia, ensiklopedia, indeks kumulatif dan lain-lain.

3. Teknik Pengolahan Data

Bahan hukum dikumpulkan melalui prosedur inventarisasi dan identifikasi peraturan perundang-undangan, serta klasifikasi dan sistematisasi bahan hukum sesuai permasalahan penelitian. Data yang telah terkumpul, baik dari bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, maupun

bahan hukum tersier diolah dan dibahas dengan menggunakan analisis normatif kualitatif, yakni suatu pembahasan yang dilakukan dengan cara memilah, menafsirkan, membandingkan, dan mendiskusikan data-data yang telah diperoleh berdasarkan aturan hukum (sumber data) kedalam suatu bentuk pernyataan (deskripsi).

4. Analisis Data

Setelah data dikumpulkan, selanjutnya diperiksa atau diteliti kembali untuk mencari kebenarannya yang ada hubungannya dengan masalah yang dibahas dalam penelitian ini. Berikutnya dilakukan analisis data, di mana analisis itu akan dilakukan secara kualitatif yaitu data yang telah diedit dan dipilih menurut katagori masing-masing dan kemudian dihubungkan satu sama lain dan/atau ditafsirkan dalam usaha mencari jawaban atas masalah penelitian.

BAB II

TINJAUAN UMUM TENTANG KEADAAN MEMAKSA DAN SISTEM HUKUM

A. Keadaan Memaksa

1. Definisi Keadaan Memaksa

Frase keadaan memaksa berasal dari istilah *overmacht* atau *force majeure*.

Beberapa ahli hukum Indonesia memberikan penjelasan tentang makna keadaan memaksa. Meskipun dengan penjelasan kalimat yang berbeda tetapi esensinya adalah sama karena merujuk kepada ketentuan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (disingkat KUH Perdata).

Pertama, R. Subekti menjelaskan bahwa debitur menunjukkan tidak terlaksananya apa yang dijanjikan itu disebabkan oleh hal-hal yang sama sekali tidak dapat diduga, dan di mana 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 yang diancamkan atas kelalaiannya.⁸ Untuk dapat dikatakan suatu “keadaan memaksa” (*overmacht*), selain keadaan itu “di luar kekuasaannya” si debitur dan “memaksa”, keadaan yang telah timbul itu juga harus berupa keadaan yang tidak dapat diketahui pada waktu perjanjian itu dibuat, setidaknya tidaknya tidak dipikul risikonya oleh si debitur.¹

Kedua, Sri Soedewi Masjchoen Sofwan yang mengutip H.F.A. Vollmar: *overmacht* adalah keadaan di mana debitur sama sekali tidak mungkin memenuhi perutangan (*absolute overmacht*) atau masih memungkinkan memenuhi perutangan, tetapi memerlukan pengorbanan besar yang tidak seimbang atau kekuatan jiwa di luar kemampuan manusia atau dan menimbulkan kerugian yang sangat besar (*relative overmacht*).²

Ketiga, Purwahid Patrik mengartikan *overmacht* atau keadaan memaksa adalah debitur tidak melaksanakan prestasi karena tidak ada kesalahan maka akan berhadapan dengan keadaan memaksa yang tidak dapat dipertanggungjawabkan kepadanya.³

Keempat, I.G. Rai Widjaya menyatakan bahwa *force majeure* adalah klausula yang biasa digunakan dalam pembuatan perjanjian dengan maksud melindungi para pihak. Hal ini terjadi apabila terdapat bagian dari perjanjian yang tidak dapat dilaksanakan karena sebab-sebab yang berada di luar kontrol para pihak dan tidak bisa dihindarkan dengan melakukan tindakan yang sewajarnya. Dalam pencantuman klausula *overmacht* atau *force majeure* biasanya terdapat penekanan kepada keadaan memaksa yang berada di luar kekuasaan para pihak (*due to causes which are reasonably beyond the parties power and control*). Dalam keadaan yang demikian, tidak ada pihak yang dibebankan tanggung jawab atau resiko untuk setiap kegagalan atau penundaan terhadap pelaksanaan kewajiban sesuai dengan perjanjian.⁴

¹ R. Subekti. *Hukum Perjanjian* (Jakarta: PT Intermedia, 1992), hlm.55.

² R. Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata* (Jakarta: PT Intermedia, 2001), cet. ke-29, hlm.150.

³ Purwahid Patrik, *Dasar-Dasar Hukum Perikatan* (Bandung: Mandar Maju, 1994), hlm.18.

⁴ I.G. Rai Widjaya, *Merancang Suatu Kontrak (Contract Drafting)*, (Jakarta: Kesaint Blanc, 2004), cet-3, hlm. 75.

Kelima, Abdulkadir Muhammad menyatakan bahwa keadaan memaksa (*force majeure*) adalah keadaan tidak dipenuhinya prestasi oleh debitur karena terjadi peristiwa yang tidak dapat diketahui atau tidak dapat diduga akan terjadi ketika membuat perikatan. Dalam keadaan memaksa, debitur tidak dapat dipersalahkan karena keadaan ini timbul diluar kemauan dan kemampuan debitur.⁵

Keenam, Munir Fuady, *force majeure* atau yang sering diterjemahkan sebagai keadaan memaksa merupakan keadaan dimana seorang debitur terhalang untuk melaksanakan prestasinya karena keadaan atau peristiwa yang tidak terduga pada saat dibuatnya perjanjian, keadaan atau peristiwa tersebut tidak dapat dipertanggungjawabkan kepada debitur, sementara debitur tersebut tidak dalam keadaan beritikad buruk.⁶

Ketujuh, menurut Rahmat S.S. Soemadipradja, berdasarkan pemahaman Pasal 1244 dan Pasal 1245 KUH Perdata, keadaan memaksa adalah suatu keadaan di mana debitur terhalangan memberikan sesuatu atau melakukan sesuatu atau melakukan perbuatan yang dilarang di dalam perjanjian. Selanjutnya, dari kedua pasal dimaksud, ada 3 (tiga) unsur/kriteria keadaan memaksa yaitu: 1) adanya peristiwa yang tak terduga; 2) tidak dapat dipertanggungjawabkan kepada debitur; dan 3) debitur tidak beritikad buruk.⁷

Kedelapan, Riduan Syahrani menjelaskan frase keadaan memaksa berasal dari kata *overmacht* yang sering juga disebut *force majeure* yang lazimnya diterjemahkan dengan keadaan memaksa dan ada pula yang menyebut dengan “sebab kahar”. Meskipun KUH Perdata tidak menyebutkan definisinya, dari pemahaman Pasal 1244, Pasal 1245, keadaan memaksa adalah suatu keadaan sedemikian rupa, karena keadaan mana suatu perikatan terpaksa tidak dapat dipenuhi dan peraturan hukum terpaksa tidak diindahkan sebagaimana mestinya.⁸

Kesembilan, R. Setiawan menerangkan bahwa keadaan memaksa adalah suatu keadaan yang terjadi setelah dibuatnya persetujuan, yang menghalangi debitur untuk memenuhi prestasinya, di mana debitur tidak dapat dipersalahkan dan tidak harus menanggung resiko serta tidak dapat menduga pada waktu persetujuan dibuat. Kesemuanya itu sebelum debitur lalai untuk memenuhi prestasinya pada saat timbulnya keadaan tersebut.⁹

2. Ketentuan Keadaan Memaksa dalam Peraturan Perundang-undangan

Pasal 1244 KUH Perdata: Debitur harus dihukum untuk mengganti biaya, kerugian dan bunga. bila ia tak dapat membuktikan bahwa tidak

⁵ Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perdata Indonesia*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2010), hlm. 243.

⁶ Munir Fuady, *Hukum Kontrak (dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001), hlm. 117.

⁷ Rahmat S.S. Soemadipradja, *Penjelasan Hukum Tentang Keadaan Memaksa*, (Jakarta: National Legal Reform Program, 2010), hlm. 31.

⁸ Riduan Syahrani, *Seluk-Beluk dan Asas-Asas Hukum Perdata*, (Bandung: Penerbit Alumni, 2006), hlm. 225.

⁹ R. Setiawan, *Pokok-pokok Hukum Perikatan*, (Bandung: Bina Cipta, 1999), hlm.27.

dilaksanakannya perikatan itu atau tidak tepatnya waktu dalam melaksanakan perikatan itu disebabkan oleh sesuatu hal yang tak terduga, yang tak dapat dipertanggungjawabkan kepadanya. walaupun tidak ada itikat buruk kepadanya.

Pasal 1245 KUH Perdata: Tidak ada penggantian biaya, kerugian dan bunga, bila karena keadaan memaksa atau karena hal yang terjadi secara kebetulan, debitur terhalang untuk memberikan atau berbuat sesuatu yang diwajibkan, atau melakukan suatu perbuatan yang terlarang baginya.

Pasal 1444 KUH Perdata: 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 di luar kesalahan debitur dan sebelum ia lalai menyerahkannya.

Bahkan meskipun debitur lalai menyerahkan suatu barang, yang sebelumnya tidak ditanggung terhadap kejadian-kejadian yang tak terduga, perikatan tetap hapus jika barang itu akan musnah juga dengan cara yang sama di tangan kreditur, seandainya barang tersebut sudah diserahkan kepadanya. Debitur diwajibkan membuktikan kejadian tak terduga yang dikemukakannya.

Dengan cara bagaimanapun suatu barang hilang atau musnah, orang yang mengambil barang itu sekali-kali tidak bebas dan kewajiban untuk mengganti harga.

Pasal 1445 KUH Perdata: Jika barang yang terutang musnah, tak lagi dapat diperdagangkan, atau hilang di luar kesalahan debitur, maka debitur, jika ia mempunyai hak atau tuntutan ganti rugi mengenai barang tersebut, diwajibkan memberikan hak dan tuntutan tersebut kepada kreditur.

3. Keadaan Memaksa Objektif dan Subjektif

Kusumadi, sebagaimana dikutip oleh Rahmat S.S. Soemadipradja, mengemukakan dua ajaran tentang *overmacht*, yaitu ajaran lama yang disebut *Overmacht* Objektif dan ajaran baru, yaitu *Overmacht* Subjektif. Makna *Overmacht* objektif adalah setiap orang sama sekali tidak mungkin memenuhi *verbintenis* (perikatan) yang disebut sebagai *Impossibilitas*, sedangkan *Overmacht* subjektif adalah tidak terpenuhinya *verbintenis* karena faktor “*difficult*” (yang merupakan lawan dari *impossibilitas*).¹⁰

Lebih lanjut lagi, R. Setiawan juga menjelaskan bahwa ada dua teori yang membahas tentang keadaan memaksa, yaitu: teori objektif dan teori subjektif. Menurut teori objektif, debitur hanya dapat mengemukakan tentang keadaan memaksa, jika pemenuhan prestasinya bagi setiap orang mutlak tidak mungkin dilaksanakan. Suatu keadaan tidak mungkin melakukan prestasi yang diperjanjikan karena ketidakmampuan debitur untuk menghadapi kenyataan. Pada hal ini debitur sama sekali tidak mungkin melakukan prestasinya pada kreditur. Misalnya penyerahan sebuah rumah

¹⁰ Rahmat S.S. Soemadipradja, *Penjelasan Hukum Tentang Keadaan Memaksa*, (Jakarta: National Legal Reform Program, 2010), hlm. 32.

tidak mungkin dilaksanakan karena rumah tersebut musnah akibat gempa bumi atau bencana alam lainnya. Dalam perkembangan selanjutnya teori ini terus berkembang, yakni tidak lagi berpegang kepada ketidakmungkinan yang mutlak, tetapi menganggap juga sebagai keadaan memaksa apabila barangnya hilang atau di luar perdagangan.

Sedangkan, menurut teori subjektif terdapat keadaan memaksa, jika debitur yang bersangkutan mengingat keadaan pribadi daripada debitur tidak dapat memenuhi prestasinya. Maksudnya yaitu apabila terjadi keadaan memaksa pada debitur, terhapuslah keadaan debitur. Dengan demikian debitur tidak dapat dimintai pertanggungjawaban kreditur karena tidak memikul kesalahan apapun. Misalnya A seorang pemilik industri kecil harus menyerahkan sejumlah barang kepada B, di mana barang-barang tersebut masih harus dibuat dengan bahan-bahan tertentu. Tanpa diduga bahan-bahan tersebut harganya telah naik berlipat ganda, sehingga jika A harus memenuhi prestasinya ia akan menjadi miskin. Dalam hal ini ajaran subjektif mengakui adanya keadaan memaksa. Akan tetapi jika ini menyangkut industri besar maka tidak terdapat keadaan memaksa.¹¹

Senada dengan 2 (dua) pendapat ahli dimaksud, Mariam Darus Badruzaman juga mengintrodusir teori keadaan memaksa yang terbagi menjadi 2 (dua) ajaran, yakni ajaran keadaan memaksa objektif (*de objectieve overmachtsleer*) dan ajaran keadaan memaksa subjektif (*de subjectieve overmachtsleer*). Menurut ajaran keadaan memaksa objektif, debitur berada dalam keadaan memaksa apabila pemenuhan prestasi itu tidak mungkin (ada unsur imposibilitas) dilaksanakan oleh siapa pun atau oleh setiap orang. Contoh: A harus menyerahkan kuda kepada B. Kuda di tengah jalan disambar petir, hingga oleh siapa pun penyerahan kuda itu tidak mungkin dilaksanakan. Menurut Mariam Darus Badruzaman, maksud Pasal 1444 KUH Perdata adalah jika barang tertentu yang menjadi bahan persetujuan musnah, tidak lagi dapat diperdagangkan, atau hilang, sedemikian hingga sama sekali tak diketahui apakah barang itu masih ada. Maka hapuslah perikatannya, asal barang itu musnah atau hilang di luar salahnya si berutang dan sebelum ia lalai menyerahkannya.¹²

Sedangkan menurut ajaran keadaan memaksa subjektif, menurut ajaran keadaan memaksa subjektif (relatif), keadaan memaksa itu ada apabila debitur masih mungkin melaksanakan prestasi, tetapi praktis dengan kesukaran atau pengorbanan yang besar (ada unsur difikultas) sehingga dalam keadaan yang demikian itu kreditur tidak dapat menuntut pelaksanaan prestasi. Contoh: seorang penyanyi yang berjanji untuk mengadakan pertunjukan. Sebelum pertunjukan diadakan, ia mendengar berita tentang kematian anaknya hingga sukar bagi debitur untuk melaksanakan perjanjian itu.¹³

¹¹ R. Setiawan, *Pokok-pokok Hukum Perikatan*, (Bandung: Bina Cipta, 1999), hlm.29.

¹² Mariam Darus Badruzaman, *Hukum Perikatan dalam KUH Perdata Buku Ketiga: Yurisprudensi, Doktrin serta Penjelasan*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2015), hlm. 36.

¹³ Mariam Darus Badruzaman, *Hukum Perikatan dalam KUH Perdata Buku Ketiga: Yurisprudensi, Doktrin serta Penjelasan*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2015), hlm. 37.

4. Sifat Keadaan Memaksa

Abdulkadir Muhammad membagi sifat keadaan memaksa menjadi 2 (dua), yaitu sifat mutlak dan sifat relatif. Dalam menentukan sifat mutlak atau relatif dalam peristiwa keadaan memaksa, perlu memperhatikan rumusan sebagai berikut:¹⁴

Pertama, keadaan yang menunjukkan tidak dapat dipenuhi prestasi karena suatu peristiwa yang membinasakan (memusnahkan) dan menghancurkan benda objek perjanjian. Keadaan ini menunjukkan sifat mutlak dari force majeure.

Kedua, keadaan yang menunjukkan tidak dapat dipenuhinya prestasi karena suatu peristiwa yang dapat menghalangi perbuatan debitur untuk memenuhi prestasi. Keadaan ini dapat bersifat mutlak atau relatif.

Ketiga, keadaan yang menunjukkan ketidakpastian karena tidak dapat diketahui atau diduga akan terjadi pada saat mengadakan perjanjian baik oleh debitur maupun kreditur. Keadaan ini menunjukkan bahwa kesalahan tidak berada pada kedua pihak khususnya debitur.

Tak berbeda dengan Abdulkadir Muhammad, R. Subekti berpendapat bahwa keadaan memaksa dapat bersifat mutlak dan tidak mutlak. Secara mutlak artinya sama sekali sudah tidak mungkin lagi bagi si debitur untuk memenuhi kewajibannya. Bencana alam atau kecelakaan-kecelakaan yang sebegitu hebatnya hingga menyebabkan debitur tidak mungkin menepati janjinya, misalnya karena musnahnya barang yang menjadi objek perjanjian. Adapun keadaan memaksa yang tidak mutlak ketika debitur masih mungkin melaksanakan perjanjian, tetapi dengan pengorbanan yang sangat besar. Sehingga kreditur tidak lagi layak menuntut pelaksanaan perjanjian. Contohnya, tiba-tiba Pemerintah mengeluarkan peraturan yang melarang jenis barang masuk ke suatu daerah dengan ancaman sanksi pidana berat bagi pelanggarnya. Debitur dapat mengirimkan barang yang dilarang masuk ke suatu daerah tetapi secara melawan hukum dan ia menghadapi bahaya ditangkap dan dihukum berat.¹⁵

Agak sedikit berbeda dengan pendapat 2 (dua) ahli tersebut, Mariam Darus Badruzaman membagi sifat keadaan memaksa menjadi 4 (empat), yaitu sifat definitif, sifat sementara, sifat sempurna dan sifat sebagian. *Pertama*, sifat definitif terjadi jika pelaksanaan perjanjian tidak dapat dipenuhi sama sekali. *Kedua*, sifat sementara terjadi jika kewajiban memenuhi prestasi berhenti sementara dan jika keadaan memaksa selesai, maka kewajiban itu lahir kembali. Jika terjadi perubahan keadaan dalam rentang waktu pelaksanaan satu perjanjian (klausula *rebus sic stantibus*), maka para pihak dapat bernegosiasi untuk menyesuaikan perjanjian sesuai dengan perubahan itu. *Ketiga*, sifat sempurna atau total. *Keempat*, sifat

¹⁴ Abdulkadir Muhammad, Hukum Perikatan, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1992), hlm. 28

¹⁵ R. Subekti. *Hukum Perjanjian* (Jakarta: PT Intermasa, 1992), hlm. 56.

sebagian jika memaksa terjadi untuk sebagian, maka prestasi wajib dilakukan debitur untuk bagian yang masih dapat dipenuhinya.¹⁶

5. Keadaan Memaksa Sebagai Pembelaan Debitur yang Dituduh Lalai

Debitur yang tidak melaksanakan isi perjanjian akan digugat oleh kreditur dengan tuduhan lalai atas kesepakatan perjanjian. Menurut R. Subekti, ada 3 (tiga) cara yang dapat ditempuh oleh debitur yang dituduh lalai, yaitu: 1) mengajukan tuntutan adanya keadaan memaksa (*overmacht* atau *force majeure*); 2) mengajukan bahwa si berpiutang (kreditur) sendiri juga telah lalai (*exceptio non adimpleti contractus*); dan 3) mengajukan bahwa kreditur telah melepaskan haknya untuk menuntut ganti rugi (pelepasan hak atau *rechtsverwerking*).¹⁷ Dari ketiga cara dimaksud, bagian tulisan ini hanya menerangkan tentang keadaan memaksa sebagai pembelaan debitur yang dituduh lalai oleh kreditur.

Menurut R. Subekti, dasar pikiran pembuat KUH Perdata terkait ketentuan Pasal 1244 dan Pasal 1245 yang mengatur ganti rugi adalah keadaan memaksa menjadi suatu alasan untuk dibebaskan dari kewajiban membayar ganti rugi. Kedua pasal dimaksud merupakan suatu *doublure*, yaitu dua pasal yang mengatur hal yang sama. Sebagai suatu pembelaan, debitur berkewajiban membuktikan tentang adanya peristiwa keadaan memaksa yang menyebabkan perjanjian itu tidak dapat dilaksanakan.¹⁸

Dari pendapat R. Subekti, dapat dipahami bahwa debitur memiliki beban pembuktian bahwa tidak terlaksananya perjanjian bukan disebabkan oleh kelalaiannya, tetapi adanya keadaan atau peristiwa di luar dugaannya yang menyebabkan ia tidak dapat melaksanakan isi kesepakatan. Sehingga keadaan memaksa merupakan suatu peristiwa yang dialami oleh debitur secara tidak terduga, tidak disengaja dan tidak dapat dipertanggungjawabkan.

6. Bentuk Keadaan Memaksa

Keadaan memaksa memiliki 2 (dua) bentuk, yaitu bentuk yang umum dan khusus. Bentuk umum keadaan memaksa antara lain keadaan iklim, kehilangan dan tingkah laku pihak ketiga. Sedangkan bentuk khusus keadaan memaksa antara lain undang-undang atau peraturan pemerintah, sumpah dan pemogokan. Dalam hal keadaan memaksa disebabkan undang-undang atau peraturan pemerintah tidak berarti bahwa prestasi itu tidak dapat dilakukan, tetapi prestasi itu tidak boleh dilakukan akibat adanya undang-undang atau peraturan pemerintah dimaksud. Adapun keadaan memaksa timbul akibat sumpah, misalnya seorang kapten kapal partikelir yang netral dipaksa bersumpah untuk tidak menyerahkan barang-barang yang diangkutnya ke negara musuh. Sumpah demikian ini dapat menimbulkan keadaan memaksa karena si kapten kapal telah dipaksa bersumpah untuk tidak melakukan

¹⁶ Mariam Darius Badruzaman, *Hukum Perikatan dalam KUH Perdata Buku Ketiga: Yurisprudensi, Doktrin serta Penjelasan*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2015), hlm. 33.

¹⁷ R. Subekti, *Hukum Perjanjian* (Jakarta: PT Intermedia, 1992), hlm. 55.

¹⁸ R. Subekti, *Hukum Perjanjian* (Jakarta: PT Intermedia, 1992), hlm. 56.

prestasi. Sedangkan pemogokan adakalanya menimbulkan keadaan memaksa, adakalanya tidak.¹⁹

7. Fungsi Force Majeure dalam Hukum Kontrak di Indonesia

Klausula force majeure dalam suatu kontrak ditujukan untuk mencegah terjadinya kerugian salah satu pihak dalam suatu perjanjian karena act of God, seperti kebakaran, banjir gempa, hujan badai, angin topan, (atau bencana alam lainnya), pemadaman listrik, kerusakan katalisator, sabotase, perang, invasi, perang saudara, pemberontakan, revolusi, kudeta militer, terorisme, nasionalisasi, blokade, embargo, perselisihan perburuhan, mogok, dan sanksi terhadap suatu pemerintahan.²⁰

Unsur-unsur yang menyatakan bagaimana suatu keadaan dapat dinyatakan sebagai force majeure (vis maior, act of God, etc.), lazimnya memiliki kesamaan dalam setiap aturan hukum dan putusan pengadilan dalam setiap interpretasi terhadap kata ini. Unsur-unsur tersebut antara lain: Pertama, peristiwa yang terjadi akibat suatu kejadian alam. Kedua, peristiwa yang tidak dapat diperkirakan akan terjadi. Ketiga, peristiwa yang menunjukkan ketidakmampuan untuk melaksanakan kewajiban terhadap suatu kontrak baik secara keseluruhan maupun hanya untuk waktu tertentu.²¹

B. Sistem Hukum

1. Hukum Islam

Pengertian hukum Islam atau syariat Islam adalah sistem kaidah-kaidah yang didasarkan pada wahyu Allah SWT dan Sunnah Rasul mengenai tingkah laku mukallaf (orang yang sudah dapat dibebani kewajiban) yang diakui dan diyakini, yang mengikat bagi semua pemeluknya. Dan hal ini mengacu pada apa yang telah dilakukan oleh Rasul untuk melaksanakannya secara total. Syariat menurut istilah berarti hukum-hukum yang diperintahkan Allah Swt untuk umat-Nya yang dibawa oleh seorang Nabi, baik yang berhubungan dengan kepercayaan (aqidah) maupun yang berhubungan dengan amaliyah.²²

Syariat Islam menurut bahasa berarti jalan yang dilalui umat manusia untuk menuju kepada Allah Ta'ala. Dan ternyata Islam bukanlah hanya sebuah agama yang mengajarkan tentang bagaimana menjalankan ibadah kepada Tuhannya saja. Keberadaan aturan atau sistem ketentuan Allah swt untuk mengatur hubungan manusia dengan Allah Ta'ala dan hubungan

¹⁹ Mariam Darus Badruzaman, *Hukum Perikatan dalam KUH Perdata Buku Ketiga: Yurisprudensi, Doktrin serta Penjelasan*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2015), hlm. 34.

²⁰ Thomas S. Bishoff and Jeffrey R. Miller, Force Majeure and Commercial Impracticability: Issues to Consider Before the Next Hurricane or Natural Disaster Hits, *The Michigan Business Law Journal*, Volume 1, Issue 1, Spring 2009, pg. 17

²¹ Werner Melis, Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration, Report presented by the author at an ICC Seminar on East West Arbitration held in Paris on December 6-9, 1983, pg. 215.

²² Eva Iryani, Hukum Islam, Demokrasi dan Hak Asasi Manusia, dalam *Jurnal Ilmiah Universitas Batanghari Jambi* Vol.17 No.2 Tahun 2017. Halaman 24.

manusia dengan sesamanya. Aturan tersebut bersumber pada seluruh ajaran Islam, khususnya Al-Quran dan Hadits.²³

Definisi hukum Islam adalah syariat yang berarti aturan yang diadakan oleh Allah untuk umat-Nya yang dibawa oleh seorang Nabi SAW, baik hukum yang berhubungan dengan kepercayaan (aqidah) maupun hukum-hukum yang berhubungan dengan amaliyah (perbuatan) yang dilakukan oleh umat Muslim semuanya.

Hukum Islam bukan hanya sebuah teori saja namun adalah sebuah aturan-aturan untuk diterapkan di dalam sendi kehidupan manusia. Karena banyak ditemui permasalahan-permasalahan, umumnya dalam bidang agama yang sering kali membuat pemikiran umat Muslim yang cenderung kepada perbedaan. Untuk itulah diperlukan sumber hukum Islam sebagai solusinya, yaitu Al-Qur'an, Hadits, Ijma', dan Qiyas²⁴

Sistem hukum di setiap bangsa memiliki sifat, karakter, dan ruang lingkungannya sendiri. Begitu halnya dengan sistem hukum dalam Islam. Islam memiliki sistem hukum sendiri yang dikenal dengan sebutan hukum Islam. Sementara hukum dalam sebuah sistem berfungsi sebagai aturan dalam mengelola sistem.

Istilah hukum Islam dalam literatur Islam tidak ditemukan, dan pada prinsipnya para pakar hukum Islam tidak mempergunakan kata "hukum Islam," untuk menterjemahkan sistem hukum yang bersumber dari ajaran Islam. Para pakar lebih cenderung menggunakan istilah Syari'ah, Fikih, dan Qanun, untuk menyebut hukum yang diderivasikan dari ajaran Islam.²⁵ Kata hukum Islam baru muncul ketika para orientalis Barat mulai mengadakan penelitian terhadap ajaran Islam termasuk sistem hukumnya dengan menggunakan terma Islamic Law yang secara harfiah dapat diterjemahkan dalam bahasa Indonesia dengan hukum Islam.

Perlu juga dipahami bahwa, menurut Abdul Ghofur Anshori, pada mulanya para orientalis berpendapat bahwa pengertian 'syari'ah' dan 'fikih' itu adalah sama, juga pengertian syari'ah (dalam artian luas) dengan dinul Islam memiliki makna yang sama, yaitu paham tentang ajaran-ajaran Islam secara keseluruhan. Namun pendapat ini dalam perkembangannya kemudian mengalami perubahan, para ahli hukum Islam kemudian memberikan pengertian yang berbeda dan spesifik antara syari'ah dan fikih, yakni syariah merupakan hukum Allah yang bersifat qath'i (absolut), sedangkan fikih, merupakan bagian (turunan) dari syariah yang bersifat dzanni (relatif).²⁶

Istilah Islam sendiri mempunyai arti penyerahan diri (submission), dan aktor yang beserah diri disebut muslim. Seorang Muslim adalah orang yang menyerah kepada kehendak Allah swt, dengan menjalankan perintah

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

²⁵ Mardani, "Kedudukan Hukum Islam dalam Hukum Nasional," dalam *Jurnal Hukum*, Vol. 2, 16 April 2009, h. 270.

²⁶ Abdul Ghofur Ansori, *Hukum Islam; Dinamika dan pelaksanaannya Di Indonesia* (Yogyakarta: Total Media, 2008), h. 15-18.

dan larangannya yang tertuang dalam kitab suci al-Qur'an. Disini jelas betapa sejak awal karakter normatif telah melekat dalam ajaran-ajaran Islam. Dengan demikian esensi memeluk Islam adalah ketundukan kepada Allah, dan mengikuti dengan sadar hukum-hukum-Nya. Dalam ajaran Islam, hukum tidak sekadar bangunan sekular untuk mengatur kehidupan manusia di dunia, tetapi juga sebagai jalan lurus menuju akhirat.²⁷

Elemen di atas menguatkan karakter Islam sebagai "agama hukum." Hukum dan teologi pada dasarnya merupakan sesuatu yang integral. Secara teologis, setiap orang Islam diperintahkan untuk tidak mengambil dari luar Islam jawaban hukum terhadap permasalahan yang ada, karena secara teoritik semua permasalahan tersebut sudah ada solusinya dalam tuntutan agama. Wahyu Allah diturunkan untuk memecahkan permasalahan manusia, artinya hukum Islam memberikan perhatian secara khusus terhadap tanggung jawab manusia, karena dari tanggung jawab itulah hak-hak pesonal dan komunal seseorang akan dapat diberikan.²⁸

Hukum Islam diturunkan sebagai wahyu dari Allah, tetapi dalam proses transformasinya diperlukan 'agen' penyampai untuk menjadi mediator antara sumber sakral dari langit dengan kehidupan manusia. Dalam konteks inilah, Muhammad saw. dipercaya sebagai Nabi untuk menjadi agen penyampai yang mampu membahaskan ajaran Islam dalam bahasa masyarakat awam.²⁹ Dengan demikian peran nabi dalam Islam sangatlah besar. Ia tidak hanya sebagai utusan Tuhan tetapi juga teladan manusia dalam menjalankan hukum Tuhan. Pada aspek inilah kemudian perilaku dan sabda nabi juga menjadi bagian penting dalam sistem hukum Islam, atau yang disebut sunnah atau hadist. Sehingga juga menjadi sumber hukum kedua setelah al-Qur'an.

Dari kedua sumber itulah para ahli hukum Islam mengembangkan sistem hukum yang dalam literatur Islam disebut syari'ah.³⁰ Diambil dari istilah bahasa Arab yang bermakna jalan. Syari'ah merepresentasikan jalan hidup yang telah didesain oleh Allah dan rasul-Nya untuk kehidupan umat Islam.³¹ Syari'ah didefinisikan sebagai apa yang disyariatkan oleh Allah kepada hamba-Nya baik berupa akidah, ibadah, akhlak, muamalah, maupun aturan-aturan hidup manusia dalam berbagai aspek kehidupannya untuk mengatur hubungan umat manusia dengan Tuhan mereka dan mengatur hubungan mereka dengan sesama mereka serta untuk mewujudkan kebahagiaan mereka di dunia dan di akhirat.³² Di samping itu, syari'ah juga mencakup hukum-hukum Allah bagi tiap-tiap perbuatan manusia, yakni halal, haram, makruh, sunnah, dan mubah. Derivasi dari syariah dalam

²⁷ Ratno Lukito, *Hukum Sakral dan Hukum Sekuler* (Jakarta: Alvaber, 2010), h. 73-74.

²⁸ *Ibid.*, h. 75

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Kata syari'ah dan derivasinya di gunakan lima kali dalam al-Qur'an yakni (Surat Al-Syurā, 42 :13, 21. Al-A'raf, (7) :163, Al- Maidah (5) :48, dan Al-Jasiyah (45) :18).

³¹ Ratno Lukito, *Hukum Sakral dan Hukum Sekuler*, (Jakarta: Alvaber, 2010), h. 76.

³² Marzuki, *Hukum Islam* (Yogyakarta: FIS UNY, 2011). Lihat pula Muhammad Yusuf Musa, *Islam; Suatu Kajian Komprehensif*, (Jakarta: Rajawali, 1988), h. 131.

berbagai konsep hukum teknis dan aplikatif ini kemudian disebut fiqh atau fikih.³³

Jadi, semula syari'ah mempunyai arti luas yang mencakup akidah (teologi, prinsip-prinsip moral (etika dan karakter Islam, akhlak), dan peraturan-peraturan hukum (fikih). Pada abad kedua hijriah (abad ke-9 Masehi), ketika formulasi teologi dikristalkan untuk pertama kali dan kata syariah mulai dipakai dalam pengertian yang sistematis, syariah dibatasi pemakaiannya untuk menyebut hukum (peraturan-peraturan hukum) saja, sedang teologi dikeluarkan dari cakupannya. Jadi, syariah menjadi konsep integratif tertinggi dalam Islam. Pengkhususan syari'ah pada hukum 'amaliyyah saja atau dibedakannya dari dīn (agama), karena agama pada dasarnya adalah satu dan berlaku secara universal, sedang syariah berlaku untuk masing-masing umat dan berbeda dengan umat-umat sebelumnya.³⁴

Dengan demikian, syari'ah lebih khusus dari agama, atau dengan kata lain agama mempunyai cakupan yang lebih luas dari syari'ah, bahkan bisa dikatakan bahwa syari'ah merupakan bagian kecil dari agama. Hal ini selaras dengan definisi yang diberikan para pakar hukum Islam semisal Wahbah al-Zuhaili,³⁵ Muhammad Yusuf Musa,³⁶ dan al-Tahanwy, terkait syari'ah sebagai setiap hukum yang disyariatkan oleh Allah kepada hamba-Nya baik melalui al-Qur'an maupun Sunnah. Artinya, syari'ah lebih khusus dari agama. Definisi inilah yang juga diberikan Mahmud Syaltout terhadap syari'ah. Namun, Syaltout menambahkan bahwa syariah merupakan cabang dari aqidah yang merupakan pokoknya. Keduanya mempunyai hubungan yang sangat erat, integral dan tidak bisa dipisahkan.³⁷

Syari'ah Islam dalam perjalanan sejarahnya memiliki kedudukannya yang amat penting. Hukum Islam tidak kehilangan fungsinya dalam kehidupan masyarakat yang terus menerus berkembang dengan terus bertransformasi dalam sesuai kultur dan budaya, sehingga dengan sendirinya dapat memenuhi kebutuhan masyarakat Islam. Karakteristik hukum Islam memang sangat fleksibel dalam segala aspek dan dapat mengikuti perkembangan jaman, walaupun didasarkan pada al-Qur'an yang sudah dibuat beribu-ribu tahun yang lalu dan tidak dapat diubah. Persebaran negara-negara yang menganut sistem hukum Islam banyak dijumpai di negara-negara jazirah Arab. Tidak hanya itu, negara-negara di Asia dan

³³ Kata fikih dalam al-Qur'an digunakan dalam bentuk kerja (fi'il) dan disebut sebanyak 20 kali. Kata fikih bermakna memahami, sebagaimana tercantum dalam Surat Al-An'am ayat 65 yang artinya "Perhatikanlah, betapa kami mendatangkan tanda-tanda kebesaran, kami silih berganti, agar mereka memahaminya". Fikih secara etimologis, bermakna paham. Namun berbeda dengan 'ilm yang artinya mengerti. Ilmu bisa diperoleh secara nalar atau wahyu, fikih menekankan pada penalaran, meski penggunaannya terikat kepada wahyu. Lihat Muhammad Abu Zahrah, *Ushul Fiqh*, (Jakarta: Pustaka Firdaus, 2006), h. 3-4.

³⁴ Amir Syarifuddin, *Pembaharuan Pemikiran dalam Hukum Islam*, (Padang: Angkasa Raya, 1993), h. 14.

³⁵ Wahbah al-Zuhaili, *Usul Fiqh al Islam*, (Beirut: Dar al Fikr, 1985), h. 18.

³⁶ Muhammad Yusuf Musa, *Islam; Suatu Kajian Komprehensif*, (Jakarta: Rajawali, 1988), h. 131-132

³⁷ Mahmud Syaltut, *Al-Islam Aqidah wa Syari'ah*, Cet. III (Mesir: Dar al-Qalam, 1966), h. 12-13.

Afrika Timur banyak yang menganut sistem Hukum Islam baik secara langsung maupun mengalami proses resepsi dengan sistem hukum lainnya.

Sumber hukum utama dan tertinggi hukum Islam adalah al-Qur'an, kitab suci umat muslim yang berasal dari Tuhan. Berikutnya dalam hierarki sumber hukum Islam terdapat Sunnah, yang merupakan penjelasan tentang ucapan, perbuatan, dan tingkah laku Nabi (termasuk sikap diam beliau terhadap pertanyaan-pertanyaan tertentu). Sunnah kerap dijadikan aturan untuk persoalan-persoalan yang tidak disebutkan dalam al-Qur'an. Sumber hukum selanjutnya adalah Ijma', yaitu pendapat-pendapat yang diterima secara umum di kalangan ulama, terutama cendekiawan hukum dalam menafsirkan dua sumber hukum utama tadi.³⁸ Selain itu juga terdapat terdapat sumber hukum yang disebut Qiyas, yaitu penalaran dengan logika, terutama terkait persoalan-persoalan kontemporer untuk menghasilkan regulasi untuk situasi yang tidak secara langsung dicakup sumber-sumber dasar.³⁹

Oleh karenanya hukum Islam dipahami sebagai institusi yang tidak berakar maupun dicangkokkan pada sosiologi. Hukum Islam merupakan sarana mengabdikan kepada Tuhan, dan bukan kepada masyarakat. meskipun pada aspek teknisnya sangat memahami kondisi masyarakat. Prinsip yang bekerja disini adalah manusialah yang harus menaati hukum dan bukan hukum yang harus diciptakan sesuai dengan keinginan manusia. Oleh karena itu hukum Islam didesain sangat konprehensif dan berlaku sepanjang zaman.⁴⁰ Ide hukum sebagai entitas yang mencakup segalanya menjadi karakter utama bagaimana Islam memandang kehidupan ini.⁴¹ Termasuk persoalan hubungan dengan Tuhan (h}abl min Allāh), hubungan sesama manusia (h}abl min an-nās), termasuk refleksi hubungan manusia dengan Tuhan.⁴² Konsep inilah yang sulit dipahami oleh sebagian besar orang Barat.

Dengan kondisi demikian, Hukum Islam adalah hukum yang berkarakter, Ia mempunyai ciri-ciri khas. Beberapa karakter yang umum misalnya, takamul (utuh), kamīl (sempurna), universal, dinamis, sistematis, humanis, dll. Berbagai karakter itulah yang kemudian membentuk Islam dalam sebuah sistem hukum yang komprehensif dengan titik tekan pada implementasi nilai dan moral agama, karena untuk membentuk suatu interaksi sosial kemanusiaan dalam sebuah sistem hukum negara, tentu manusia harus memiliki aspek moral (akhlak) yang baik.

Membicarakan syariat dalam arti hukum Islam, maka terjadi pemisahan-pemisahan bidang hukum sebagai disiplin ilmu hukum.

³⁸ Michael Bogdan, *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum*, terj. Derta Sri Widowatie, (Bandung: Nusa Media, 2010), h. 289-300.

³⁹ Selain sumber hukum yang disepakati, dalam Islam juga dikenal sumber hukum yang tidak disepakati, diantara, Istihsan (kebaikan), 'Urf (tradisi), Istishab, Maslahah al-Mursalah, Syadd al-Dzara'i, Syar'u man Qablana (Syari'at umat sebelumnya), dan Qaul Shahabi (perkataan sahabat). Lihat "Sumber-Sumber Hukum Islam," dalam [http:// id.wikipedia.org](http://id.wikipedia.org), akses pada 11 Februari 2014. Lihat pula Fathurrahman Djamil, *Filsafat Hukum Islam* (Jakarta: Logos Wacana Ilmu, 1999), h. 82.

⁴⁰ *Ibid.*, h. 79.

⁴¹ Ratno Lukito, *Hukum Sakral dan Hukum Sekuler*, (Jakarta: Alvaber, 2010), h. 76.

⁴² *Ibid.*, h. 77.

Sesungguhnya hukum Islam tidak membedakan secara tegas antara wilayah hukum privat dan hukum publik, seperti yang dipahami dalam ilmu hukum Barat. Hal ini karena dalam hukum privat Islam terdapat segi-segi hukum publik; demikian juga sebaliknya. Ruang lingkup hukum Islam dalam arti fiqih Islam meliputi: ibadah dan muamalah.

Ibadah mencakup hubungan antara manusia dengan Tuhannya. Sedangkan muamalat dalam pengertian yang sangat luas terkait dengan hubungan antara manusia dengan sesamanya. Dalam konteks ini, muamalah mencakup beberapa bidang, di antaranya: (a) munâkahat, (b) wirâtsah, (c) mu'âmalat dalam arti khusus, (d) jinâyat atau uqûbat, (e) al-ahkâm as-shulthâniyyah (khilafah), (f) siyâr, dan (g) mukhâsamat.⁴³

Apabila Hukum Islam disistematisasikan seperti dalam tata hukum Indonesia, maka akan tergambar bidang ruang lingkup muamalat dalam arti luas sebagai berikut:

a. Hukum Perdata

Hukum perdata Islam meliputi:

- (1) Munâkahât, mengatur segala sesuatu yang berhubungan dengan perkawinan dan perceraian serta segala akibat hukumnya;
- (2) Wirâtsat, mengatur segala masalah mengenai dengan pewaris, ahli waris, harta peninggalan, serta pembagian warisan. Hukum warisan Islam ini disebut juga hukum farâidh;
- (3) Mu'âmalah dalam arti yang khusus, mengatur masalah kebendaan dan hak-hak atas benda, tata hubungan manusia dalam masalah jual beli, sewa-menyewa, pinjam-meminjam, perserikatan, kontrak, dan sebagainya.

b. Hukum Publik

Hukum publik Islam meliputi:

- (1) Jinâyah, yang memuat aturan-aturan mengenai perbuatan-perbuatan yang diancam dengan hukuman, baik dalam jarîmah hudûd (pidana berat) maupun dalam jarîmah ta'zîr (pidana ringan). Yang dimaksud dengan jarîmah adalah tindak pidana. Jarîmah hudûd adalah perbuatan pidana yang telah ditentukan bentuk dan batas hukumnya dalam al-Quran dan as-Sunnah (hudûd jamaknya hadd, artinya batas). Jarîmah ta'zîr adalah perbuatan tindak pidana yang bentuk dan ancaman hukumnya ditentukan oleh penguasa sebagai pelajaran bagi pelakunya (ta'zîr artinya ajaran atau pelajaran);
- (2) Al-Ahkâm as-Shulthâniyyah, membicarakan permasalahan yang berhubungan dengan kepala negara/pemerintahan, hak pemerintah pusat dan daerah, tentang pajak, dan sebagainya;
- (3) Siyâr, mengatur urusan perang dan damai, tata hubungan dengan pemeluk agama lain dan negara lain;
- (4) Mukhâsamat, mengatur soal peradilan, kehakiman, dan hukum acara.

2. Common Law

⁴³ M.Rasyidi, *Keutamaan Hukum Islam*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1971), hlm. 25.

Sistem hukum Anglo Amerika atau common law system diterapkan dan mulai berkembang sejak abad ke-16 di negara Inggris. Di dukung keadaan geografis serta perkembangan politik dan sosial yang terus menerus, sistem hukum ini dengan pesat berkembang hingga di luar wilayah Inggris, seperti di Kanada, Amerika, dan negara-negara bekas koloni Inggris (negara persemakmuran/ commonwealth).⁴⁴ Dalam sistem ini tidak dikenal sumber hukum baku seperti halnya di Civil law. Sumber hukum tertinggi hanyalah kebiasaan masyarakat yang dikembangkan di pengadilan / telah menjadi keputusan pengadilan. Sumber hukum yang berasal dari kebiasaan inilah yang kemudian menjadikan sistem hukum ini disebut common law system atau unwritten law (hukum tidak tertulis).

Dalam sejarah Common law, sistem hukum ini berkembang di bawah pengaruh sistem yang bersifat Adversial dalam sejarah England, berdasarkan keputusan pengadilan yang berdasarkan tradisi custom dan preseden.⁴⁵ Kemudian sistem hukum ini melandasi pula hukum positif di negara-negara Amerika Utara dan beberapa negara Asia yang termasuk negara-negara persemakmuran Inggris dan Australia.⁴⁶

Nama lain dari sistem hukum Anglo-Saxon adalah “Anglo Amerika” atau Common Law”. Merupakan sistem hukum yang berasal dari Inggris yang kemudian menyebar ke Amerika Serikat dan negara-negara bekas jajahannya. Kata “Anglo Saxon” berasal dari nama bangsa yaitu bangsa Angel-Sakson yang pernah menyerang sekaligus menjajah Inggris yang kemudian ditaklukan oleh Hertog Normandia, William. William mempertahankan hukum kebiasaan masyarakat pribumi dengan memasukkannya juga unsur-unsur hukum yang berasal dari sistem hukum Eropa Kontinental.⁴⁷

Nama Anglo-Saxon, sejak abad ke-8 lazim dipakai untuk menyebut penduduk Britania Raya, yakni bangsa Germania yang berasal dari suku-suku Anglia, Saks, dan Yut. Konon, pada tahun 400 M mereka menyeberang dari Jerman Timur dan Skandinavia Selatan untuk menaklukkan bangsa Kelt, lantas mendirikan 7 kerajaan kecil yang disebut Heptarchi. Mereka dinasranikan antara 596-655 M.⁴⁸

Sistem hukum anglo saxon merupakan suatu sistem hukum yang didasarkan pada yurispudensi, yaitu keputusan-keputusan hakim terdahulu yang kemudian menjadi dasar putusan hakim-hakim selanjutnya. Sistem Hukum Anglo Saxon cenderung lebih mengutamakan hukum kebiasaan, hukum yang berjalan dinamis sejalan dengan dinamika masyarakat.

⁴⁴ Peter de Cruz, *Comparative Law in a Changing World*, Cavendish Publishing Limited, London-Sydney, 1999, h. 142

⁴⁵ John Gillessen, Frits Gorle. *Sejarah Hukum*. (Bandung: Refika Aditama. 2005), hlm. 348.

⁴⁶ Adang. *Pembaharuan Hukum Pidana : Reformasi Hukum*. (Grasindo, 2008), hlm. 95.

⁴⁷ Sunaryati Hartono, *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*, (Bandung: Alumni, 1991), hlm. 73.

⁴⁸ Handoyo, Hestu Cipto, *Hukum Tata Negara Indonesia*, (Yogyakarta: Universitas Atma Jaya, 2009) hlm. 58.

Pembentukan hukum melalui lembaga peradilan dengan sistem jurisprudensi dianggap lebih baik agar hukum selalu sejalan dengan rasa keadilan dan kemanfaatan yang dirasakan oleh masyarakat secara nyata. Sistem hukum ini diterapkan di Irlandia, Inggris, Australia, Selandia Baru, Afrika Selatan, Kanada (kecuali Provinsi Quebec) dan Amerika Serikat (walaupun negara bagian Louisiana mempergunakan sistem hukum ini bersamaan dengan sistem hukum Eropa Kontinental Napoleon). Selain negara-negara tersebut, beberapa negara lain juga menerapkan sistem hukum Anglo-Saxon campuran, misalnya Pakistan, India dan Nigeria yang menerapkan sebagian besar sistem hukum Anglo Saxon, namun juga memberlakukan hukum adat dan hukum agama.⁴⁹

Putusan hakim/pengadilan merupakan Sumber hukum dalam sistem hukum Anglo Saxon. Dalam sistem hukum ini peranan yang diberikan kepada seorang hakim sangat luas. Hakim berfungsi tidak hanya sebagai pihak yang bertugas menetapkan dan menafsirkan peraturan-peraturan hukum saja. Hakim juga berperan besar dalam membentuk seluruh tata kehidupan masyarakat. Hakim mempunyai wewenang yang sangat luas untuk menafsirkan peraturan hukum yang berlaku. Selain itu, bisa menciptakan hukum baru yang akan menjadi pegangan bagi hakim-hakim lain untuk menyelesaikan perkara sejenis. Sistem hukum ini menganut doktrin yang dikenal dengan nama "the doctrine of precedent / Stare Decisis". Doktrin ini pada intinya menyatakan bahwa dalam memutuskan suatu perkara, seorang hakim harus mendasarkan putusannya pada prinsip hukum yang sudah ada dalam putusan hakim lain dari perkara sejenis sebelumnya (preseden).⁵⁰

Dalam perkembangannya, sistem hukum ini mengenal pembagian hukum publik dan hukum privat. Hukum privat dalam sistem hukum ini lebih ditujukan pada kaidah-kaidah hukum tentang hak milik, hukum tentang orang, hukum perjanjian dan tentang perbuatan melawan hukum. Hukum publik mencakup peraturan-peraturan hukum yang mengatur kekuasaan dan wewenang penguasa/negara serta hubungan-hubungan antara masyarakat dan negara. Sistem hukum ini mengandung kelebihan dan kekurangan. Kelebihannya hukum Anglo Saxon yang tidak tertulis ini lebih memiliki sifat yang fleksibel dan sanggup menyesuaikan dengan perkembangan zaman dan masyarakatnya karena hukum-hukum yang diberlakukan adalah hukum tidak tertulis (Common law). Kelemahannya, unsur kepastian hukum kurang terjamin dengan baik, karena dasar hukum untuk menyelesaikan perkara/masalah diambil dari hukum kebiasaan masyarakat/hukum adat yang tidak tertulis.⁵¹

Negara-negara yang biasanya diklasifikasikan sebagai yurisdiksi common law adalah Inggris dan Wales, Australia, Nigeria, Kenya, Zambia,

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ <http://nuravik.wordpress.com/2014/10/27/kedudukan-hukum-administrasi-negara-dalam-tata-hukum/>

⁵¹ *Ibid.*

Amerika Serikat, Selandia Baru, Kanada dan beberapa dari negara-negara kelompok Timur Jauh, seperti Singapura, Malaysia dan Hongkong.⁵²

Sistem hukum Common Law, merupakan sistem hukum yang berkembang di bawah pengaruh sistem yang bersifat adversarial dalam sejarah England berdasarkan keputusan pengadilan yang berdasarkan tradisi, custom, dan *pre-seden*. Bentuk reasoning yang digunakan dalam Common Law dikenal dengan *casuistry* atau *case based reasoning*. Common Law dapat juga berbentuk hukum tak tertulis ataupun hukum tertulis seperti tertuang dalam *statutes* maupun *codes*.

Sistem Common Law merupakan sistem hukum yang memakai logika berpikir induktif dan analogi. Sistem hukum Common Law memiliki konsep *Rule of Law* yang menekankan pada tiga tolak ukur:

- a. Supremasi aturan-aturan hukum (*supremacy of the law*), yaitu tidak adanya suatu kekuasaan yang sewenang-wenang (*absence of arbitrary power*), dalam artian seseorang hanya boleh dihukum kalau melanggar hukum.
- b. Kedudukan yang sama dalam menghadapi hukum (*equality before the law*), ketentuan ini berlaku bagi orang biasa ataupun pejabat.
- c. Terjaminnya hak-hak manusia oleh undang-undang, serta keputusan pengadilan.⁵³

Sumber hukum sistem hukum Common Law adalah:

- a. Putusan-putusan pengadilan atau hakim (*judicial decision*), yaitu hakim tidak hanya berfungsi sebagai pihak yang bertugas menetapkan dan menafsirkan peraturan-peraturan hukum, tetapi tidak juga membentuk seluruh tata kehidupan dan menciptakan prinsip-prinsip baru (*yurisprudensi*);
- b. Kebiasaan dan peraturan-peraturan tertulis undang-undang dan peraturan administrasi Negara.

Dengan berdasarkan sumber hukum tersebut, kaidah hukum dalam sistem Common Law adalah

- a. Hukum merupakan lembaga kebudayaan yang terus mengalami perkembangan;
- b. Hukum merupakan hasil daya cipta manusia;
- c. Hukum tidak memerlukan kodifikasi, karena hukum yang terkodifikasi hanyalah sebagian saja dari hukum;
- d. Putusan pengadilan adalah hukum.⁵⁴

Sistem hukum Common Law lebih mengacu kepada hukum kebiasaan (*customary law*) yang cenderung tidak tertulis. Sistem hukum Common Law, sumber hukum utamanya adalah *yurisprudensi* (*judge made by law/binding force of precedent*), dimana masalah-masalah hukum

⁵² Peter de Cruz, *Perbandingan Sistem Hukum Common Law, Civil Law dan Socialist Law*, (Bandung: Nusa Media), hlm. 49.

⁵³ Mariam Budiardjo, *Dasar-dasar Ilmu Politik*, (Gramedia, 1982), hlm.58

⁵⁴ Ahmad Kamil dan M. Fauzan, *Kaidah-Kaidah Hukum Yurisprudensi*, (Jakarta: Kencana, 2004), Ed. 1.

diselesaikan kasus perkasus dan hasilnya tercermin dalam putusan-putusan hakim (yurisprudensi). Oleh karenanya kemampuan analisis yang kuat dari para hakim negara-negara Anglo Saxon menjadi salah satu ciri positif, karena mereka sudah terbiasa memecahkan masalah dengan melihat kasus-kasus terdahulu. Proses peradilan dengan sistem juri dikenal dalam sistem hukum Common Law tidak dikenal dalam sistem Civil Law.⁵⁵

Sistem common law menggunakan putusan hakim sebelumnya sebagai sumber hukum atau yang lebih dikenal dengan doktrin *stare decisis*. Negara common law yang berasal dari tradisi Inggris memiliki lembaga pengadilan yang independen. Oleh karenanya kekuasaan untuk menentukan hukum berada pada Mahkamah Agung sebagai pengadilan tertinggi.⁵⁶

Common Law: Berdasar pada putusan-putusan hakim/ pengadilan (judicial decisions). Melalui putusan-putusan hakim yang mewujudkan kepastian hukum, walaupun tetap mengakui peraturan yang dibuat oleh legislatif.

Common Law: sumber-sumber hukumnya tidak tersusun secara sistematis dalam hirarki tertentu seperti pada sistem hukum Eropa Kontinental. Dalam sistem hukum Anglo Saxon adanya „peranan“ yang diberikan kepada seorang hakim yang berfungsi tidak hanya sebagai pihak yang bertugas menetapkan dan menafsirkan peraturan-peraturan hukum saja, melainkan peranannya sangat besar yaitu membentuk seluruh tata kehidupan masyarakat. Hakim mempunyai wewenang yang sangat luas untuk menafsirkan peraturan hukum yang berlaku dan menciptakan prinsip-prinsip hukum baru yang akan menjadi pegangan bagi hakim-hakim lain untuk memutuskan perkara yang sejenis (pola pikir induktif). Dalam sistem ini, diberikan prioritas yang besar pada yurisprudence dan menganut prinsip *judge made precedent* sebagai hal utama dari hukum.

Common law mengenal pula pembagian hukum publik dan hukum privat. Pengertian yang diberikan kepada hukum publik hampir sama dengan pengertian yang diberikan oleh sistem hukum Eropa Kontinental. Sedangkan hukum privat lebih dimaksudkan sebagai kaidah-kaidah hukum tentang hak milik (law of property), hukum tentang orang (Law of person), hukum perjanjian (law of contract) dan hukum tentang perbuatan melawan hukum (law of torts) yang tersebar di dalam peraturan-peraturan tertulis, putusan-putusan hakim dan hukum. 20

Common Law: Sistem ini belaku di Inggris dan sebagian besar negara jajahannya, negara-negara persemakmuran antara lain Bahama, Barbados, Kanada, Dominica, Kep. Fiji, Gibraltar, Jamaika, Selandia Baru, TOGO, dan lain-lain.⁵⁷

⁵⁵ Lawrence M. Friedman, “American Law : as an Introduction”, Jurnal Keadilan Vol. 2 No. 1 Tahun 2002.

⁵⁶ Lloyd Mc Cullough, Robbins, “The Common Law and Civil Law Tradition .”(On-line) Tersedia di WWW : <http://www.law.berkeley.edu/library/robins/commonLawCivilLawTraditions.html>.7

⁵⁷ Mupied Madridista, “ Sistem Hukum Civil Law dan Common Law.” (On Line) Tersedia di WWW: <http://mupiedmadridista.blogspot.com/2011/11/system-hukum-civil-law-dan-common-law.html>

3. Civil Law

Hukum Romawi merupakan cikal bakal dari sistem hukum Eropa Kontinental, meskipun hukum Romawi merupakan roh dari sistem hukum Eropa Kontinental, tetapi pengaruh hukum Romawi tersebut juga sangat kuat terasa dalam perkembangan sistem hukum Anglo Saxon. Karena banyak pencipta kaidah dalam sistem hukum anglo saxon sudah terlebih dahulu mempelajari sistem hukum Romawi atau sistem hukum Eropa Kontinental. Dari sana, akhirnya sistem hukum Eropa Kontinental biasa disebut sebagai sistem hukum Romano-Germania, atau juga sering disebut civil law system.⁵⁸ Sistem hukum Eropa Kontinental berkembang di Negara-negara Eropa, seperti Perancis, Jerman, Italia, Swiss, Austria, Negara-negara Amerika Latin, Turki, beberapa Negara Arab, Afrika Utara, dan Madagaskar.⁵⁹ Sistem hukum ini juga menyebarkan ke Asia karena dibawa oleh para penjajah, seperti Belanda yang akhirnya membuat Indonesia juga memakai sistem hukum ini.

Sistem hukum Eropa Kontinental menggunakan kitab undang-undang atau undang-undang sebagai sumber hukum utamanya.⁶⁰ Sekalipun bersumber pada hukum yang tertulis dalam undang-undang yang dibuat oleh lembaga legislatif, dalam beberapa Negara penganut sistem hukum ini, putusan-putusan kadang juga dijadikan sebagai rujukan sumber hukum meskipun hanya sebagai pelengkap dari apa yang telah ada dalam undang-undang. Perubahan dan perkembangan hukum dalam sistem hukum Eropa Kontinental pada prinsipnya sangat bergantung pada parlemen. Hal ini yang kemudian menjadikan hukum yang ada pada Negara-negara penganut sistem hukum Eropa Kontinental tidak lepas dari unsur politis yang kuat meskipun juga menjadi lebih teoritis, koheren, dan terstruktur.⁶¹

Dalam sejarahnya, hukum sipil atau Civil law ini dapat didefinisikan sebagai suatu tradisi hukum yang berasal dari hukum Roma yang terkodifikasikan dalam Corpus juris Civilis yang dibuat pada jaman Kaisar Justinianus dan tersebar ke seluruh benua Eropa dan seluruh dunia.⁶² Dalam sistem Civil law, prinsip utama yang menjadi dasar sistem ini adalah hukum memperoleh kekuatan mengikat karena diwujudkan dalam peraturan yang berbentuk undang-undang dan tersusun secara sistematis di dalam kodifikasi atau kompilasi tertentu.⁶³

Sistem hukum Civil Law berkembang di negara-negara Eropa daratan yang semula berasal dari kodifikasi hukum yang berlaku di

⁵⁸ Munir Fuady, *Perbandingan Ilmu Hukum*, (Bandung: PT. Refika Aditama, 2007), hlm. 32.

⁵⁹ Peter de Cruz, *Comparative Law in a Changing World*, (London-Sydney: Cavendish Publishing Limited, 1999), hlm. 37.

⁶⁰ Munir Fuady, *Op.cit.*, hlm. 31.

⁶¹ *Ibid.*, h. 34.

⁶² William Tetlet, *Common Law versus Civil Law: Codified and Uncodified*, (Law Department of Columbia College, 1999), hlm. 60.

⁶³ Adang, *Pembaharuan Hukum Pidana : Reformasi Hukum*. (Grasindo, 2008), hlm. 91.

kekaisaran romawi pada masa pemerintahan Kaisar justinianus abad VI sebelum masehi.⁶⁴

Sistem Civil Law mempunyai tiga karakteristik, yaitu adanya kodifikasi, hakim tidak terikat kepada presiden sehingga undang-undang menjadi sumber hukum yang terutama, dan sistem peradilan bersifat inkuisitorial. Karakteristik utama yang menjadi dasar sistem Hukum Civil Law adalah hukum memperoleh kekuatan mengikat, karena diwujudkan dalam peraturan-peraturan yang berbentuk undang-undang dan tersusun secara sistematis di dalam kodifikasi. Karakteristik dasar ini dianut mengingat bahwa nilai utama yang merupakan tujuan hukum adalah kepastian hukum. Kepastian hukum hanya dapat diwujudkan kalau tindakan-tindakan hukum manusia dalam pergaulan hidup diatur dengan peraturan-peraturan hukum tertulis. Dengan tujuan hukum itu dan berdasarkan sistem hukum yang dianut, hakim tidak dapat leluasa menciptakan hukum yang mempunyai kekuatan mengikat umum. Hakim hanya berfungsi menetapkan dan menafsirkan peraturan-peraturan dalam batas-batas wewenangnya. Putusan seorang hakim dalam suatu perkara hanya mengikat para pihak yang berperkara saja (Doktrins Res Ajudicata).⁶⁵

Karakteristik kedua pada sistem Civil Law tidak dapat dilepaskan dari ajaran pemisahan kekuasaan yang mengilhami terjadinya Revolusi Perancis. Menurut Paul Scolten, bahwa maksud sesungguhnya pengorganisasian organ-organ negara Belanda adalah adanya pemisahan antara kekuasaan pembuatan undang-undang, kekuasaan peradilan, dan sistem kasasi adalah tidak dimungkinkannya kekuasaan yang satu mencampuri urusan kekuasaan lainnya. Penganut sistem Civil Law memberi keleluasaan yang besar bagi hakim untuk memutus perkara tanpa perlu meneladani putusan-putusan hakim terdahulu. Yang menjadi pegangan hakim adalah aturan yang dibuat oleh parlemen, yaitu undang-undang.⁶⁶

Karakteristik ketiga pada sistem hukum Civil Law adalah apa yang oleh Lawrence Friedman disebut sebagai digunakannya sistem Inkuisitorial dalam peradilan. Di dalam sistem itu, hakim mempunyai peranan yang besar dalam mengarahkan dan memutuskan perkara; hakim aktif dalam menemukan fakta dan cermat dalam menilai alat bukti. Menurut pengamatan Friedman, hakim di dalam sistem hukum Civil Law berusaha untuk mendapatkan gambaran lengkap dari peristiwa yang dihadapinya sejak awal. Sistem ini mengandalkan profesionalisme dan kejujuran hakim.⁶⁷

Bentuk-bentuk sumber hukum dalam arti formal dalam sistem hukum Civil Law berupa peraturan perundang-undangan, kebiasaan- kebiasaan, dan yurisprudensi. Dalam rangka menemukan keadilan, para yuris dan lembaga-lembaga yudisial maupun quasi-judisial merujuk kepada sumber-

⁶⁴ Dedi Soemardi, *Pengantar Hukum Indonesia*, (Jakarta: Indhillco, 1997), hlm. 73.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Jeremias Lemek, *Mencari Keadilan: Pandangan Kritis Terhadap Penegakan Hukum DiIndonesia*. Jakarta: Galang Press, 2007), hlm. 45.

⁶⁷ *Ibid.*

sumber tersebut. Dari sumber-sumber itu, yang menjadi rujukan pertama dalam tradisi sistem hukum Civil Law adalah peraturan perundang-undangan. Negara-negara penganut civil law menempatkan konstitusi pada urutan tertinggi dalam hirarki peraturan perundang-undangan. Semua negara penganut civil law mempunyai konstitusi tertulis.⁶⁸

Dalam perkembangannya, sistem hukum ini mengenal pembagian hukum publik dan hukum privat. Hukum publik mencakup peraturan-peraturan hukum yang mengatur kekuasaan dan wewenang penguasa/negara serta hubungan-hubungan antara masyarakat dan negara (sama dengan hukum publik di sistem hukum Anglo-Saxon). Hukum Privat mencakup peraturan-peraturan hukum yang mengatur tentang hubungan antara individu-individu dalam memenuhi kebutuhan hidup demi hidupnya.⁶⁹

Sistem hukum ini memiliki segi positif dan negatif. Segi positifnya adalah hampir semua aspek kehidupan masyarakat serta sengketa-sengketa yang terjadi telah tersedia undang-undang/hukum tertulis, sehingga kasus-kasus yang timbul dapat diselesaikan dengan mudah, disamping itu dengan telah tersedianya berbagai jenis hukum tertulis akan lebih menjamin adanya kepastian hukum dalam proses penyelesaiannya. Sedang segi negatifnya, banyak kasus yang timbul sebagai akibat dari kemajuan zaman dan peradaban manusia, tidak tersedia undang-undangnya. Sehingga kasus ini tidak dapat diselesaikan di pengadilan. Hukum tertulis pada suatu saat akan ketinggalan zaman karena sifat statisnya. Oleh karena itu, sistem hukum ini tidak menjadi dinamis dan penerapannya cenderung kaku karena tugas hakim hanya sekedar sebagai alat undang-undang. Hakim tak ubahnya sebagai abdi undang-undang yang tidak memiliki kewenangan melakukan penafsiran guna mendapatkan nilai keadilan yang sesungguhnya.⁷⁰

Dalam perbandingan sistem hukum di dunia, Civil law dianggap sistem hukum tertua sekaligus paling berpengaruh di dunia.⁷¹ Ciri utama dari civil law adalah terbaginya hukum ke dalam dua kelompok hukum, yaitu: Pertama, hukum yang mengatur kesejahteraan masyarakat dan kepentingan umum. Kedua, hukum yang mengatur hubungan perdata (hubungan antar perorangan). Pembagian kelompok ini berasal dari pemikiran ahli hukum Yunani Gajus Ulpianus yang menyatakan “hukum publik adalah hukum yang berhubungan dengan kesejahteraan negara Romawi, hukum perdata adalah hukum yang mengatur orang secara khusus; karena sesungguhnya ada hal yang merupakan kepentingan umum, ada pula hal yang merupakan kepentingan perdata.”⁷²

Para pakar hukum menyebut bahwa sistem civil law tidak sepenuhnya merupakan adopsi dari hukum Romawi. Alan Watson lebih cenderung sepakat dengan asumsi bahwa civil law merupakan karya besar

⁶⁸ Soerojo Wignjodipoero, *Pengantar dan Asas-asas Hukum Adat*, (Jakarta: Gunung Agung, 1983), hlm. 27-31.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Satjibto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Cet. VIII (Bandung: Citra Aditya Bahkti, 2012), hlm. 246.

⁷² R. Soeroso, *Perbandingan Hukum Perdata* (Jakarta: Sinar Grafika, 2005).

Justinian I, melalui Kode Justinian, *Corpus Juris Civilis*,⁷³ yang diterbitkan pada 529 M saat ia memimpin Byzantium. Kemudian, penemuan Justinianus semakin mendapat tempat pada masa pencerahan dan rasionalisme (abad XV-XVII M). Menurut sistem civil law ini, hukum haruslah dikodifikasi sebagai dasar berlakunya hukum dalam suatu negara. Ketika wilayah Eropa merdeka dan memiliki pemerintahan sendiri, hukum Romawi digunakan sebagai dasar dari hukum nasional masing-masing negara.

Dalam sistem civil law, hakim tidak memiliki keleluasaan untuk menciptakan hukum yang mempunyai kekuatan mengikat masyarakat, dan hanya boleh menafsirkan peraturan-peraturan yang telah ada berdasarkan wewenang yang melekat. Putusan hakim atau yurisprudensi dalam suatu perkara hanyalah mengikat pihak yang berperkara saja (Doktrins Res Ajudicata). Selain itu, yurisprudensi hanya menjadi pelengkap ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam kodifikasi hukum.⁷⁴

Sistem civil law cenderung menganut mazhab legisme dan positivisme.⁷⁵ Mazhab legisme menganggap bahwa semua hukum terdapat dalam Undang-Undang tertulis. Hakim dalam melakukan tugasnya terikat pada Undang-Undang, sehingga pekerjaannya hanya melakukan pelaksanaan Undang-Undang belaka (*wetstoepassing*). Sedangkan Aliran Positivisme (*rechtspositivisme*) mengharuskan hukum positif sebagai hukum tertulis. Semua persoalan masyarakat diatur dalam hukum tertulis, dan undang-undang harus ditaati oleh masyarakat.

Hal ini tentu sangat bertolak belakang dengan perkembangan sistem common law di AS atau negara-negara persemakmuran Inggris yang lebih mengedepankan peran para hakim, praktisi dan administrator.⁷⁶ Kondisi inilah yang juga menjadi alasan mengapa realitas hukum Indonesia memiliki karakter hukum yang positivistik dan kaku. Hukum Indonesia tertransformasikan dari sistem hukum Belanda yang bersumber dari Perancis yang berabad-abad menjajah Indonesia.

Civil law system memiliki kelemahan karena sifatnya yang tertulis sehingga menjadi tidak fleksibel, kaku dan statis. Kepastian hukum menjadi tujuan utama dengan mengesampingkan kemanfaatan dan keadilan. Dalam konteks Indonesia implementasi hukum yang positivistik ini terlihat setidaknya dengan kinerja hukum yang justru menjerat rakyat kecil.⁷⁷ Dengan demikian fenomena legal gap (keterpisahan nilai-nilai masyarakat Indonesia dengan nilai-nilai peraturan perundang-undangan) merupakan

⁷³ Ratno Lukito, *Hukum Sakral dan Hukum Sekuler* (Jakarta: Alvaber, 2010), hlm. 117.

⁷⁴ Yura Pratama, & Elsa Marlina, "Penggunaan Data Putusan Pengadilan dalam Diskursus Ilmu Hukum di Fakultas Hukum," dalam Buletin Fiat Justitia, Vol. 1 No. 4, November 2013, hlm. 16.

⁷⁵ Yahyanto & Lukman Santoso Az, *Pengantar Ilmu Hukum* (Yogyakarta: Trussmedia, 2014), hlm. 30-132.

⁷⁶ Satjibto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Cet. VIII (Bandung: Citra Aditya Bahkti, 2012), hlm. 247-249

⁷⁷ Misalkan kodifikasi hukum yang di adopsi Indonesia dari Belanda, diantaranya Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUHPer), Kitab Undang-Undang Hukum Dagang (KUHD), dll.

persoalan yang mendasar hukum Indonesia, sehingga hukum tidak memiliki keterkaitan erat dengan jiwa bangsanya yang humanis.

Kelemahan civil law lainnya menurut beberapa pakar dilatari oleh proses legislasi yang bersinggungan dengan proses pergulatan berbagai kepentingan politik, ekonomi, sosial budaya dan lain sebagainya, sehingga civil law system adalah undang-undang yang penuh berbagai unsur kepentingan, hal ini sebagaimana dikemukakan oleh Roberto Mangabera Unger, bahkan civil law system sebagai media kaum kapitalisme dan kaum politik liberal dengan cara memasukkan kepentingan-kepentingan dalam peraturan perundang-undangan untuk mencapai tujuan-tujuan kapital dan kekuasaan.⁷⁸

Dengan perkembangan dunia modern saat ini, hukum sipil (civil law system), yang sejak awal menjadi sumber hukum utama di Eropa dan negara-negara maju kemudian mengalami persinggungan yang beragam. Ada yang disingkirkan, diresepsi, diadopsi atau diambil sebagian untuk kemudian disesuaikan dengan kondisi negara masing-masing.⁷⁹ Bahkan beberapa negara yang awalnya banyak dipengaruhi civil law system, justru mulai membuka diri untuk mengkombinasikan dengan berbagai sistem hukum yang ada, semisal mengambil unsur-unsur common law dan Islamic law.⁸⁰

Negara-negara civil law termasuk Perancis, Jerman, Italia, Swiss, Austria, negara-negara Amerika Latin, Turki, beberapa negara Arab, Afrika Utara dan Madagaskar.⁸¹

Istilah civil law punya kemungkinan untuk diartikan dalam beberapa makna berbeda. Civil law, dalam satu pengertian, merujuk ke seluruh sistem hukum yang saat ini diterapkan pada sebagian besar negara Eropa Barat, Amerika Latin, negara-negara di Timur dekat dan sebagian besar wilayah Afrika, Indonesia dan Jepang. Sistem ini diturunkan dari hukum Romawi kuno dan pertama kali diterapkan di Eropa berdasarkan jus civile Romawi (hukum privat yang dapat diaplikasikan terhadap warga negara dan diantara warga negara di dalam batasan sebuah negara dalam konteks domestik). Sistem ini disebut juga Jus quiritum sebagai lawan dari Jus Gentium (hukum yang dapat diaplikasikan secara internasional atau antar negara. Selanjutnya, hukum ini dikompilasikan dan dikodifikasikan, sehingga

⁷⁸ Mustaghfirin, "Sistem Hukum Barat, Sistem Hukum Adat, dan Sistem Hukum Islam Menuju Sebagai Sistem Hukum Nasional; Sebuah Ide Yang Harmoni," dalam *Jurnal Dinamika Hukum*, Vol. 11, Edisi Februari 2011, h. 91

⁷⁹ Ratno Lukito, *Hukum Sakral dan Hukum Sekuler*, (Jakarta: Alvaber, 2010), hlm. 117-121.

⁸⁰ Negara-negara dengan konsep dominan civil law yaitu: Austria, Belanda, Belgia, Bulgaria, Brasil, Chili, Republik Ceko, Denmark, Finlandia, Guatemala, Indonesia, Italia, Jepang, Jerman, Kolombia, Kroasia, Latvia, Lituania, Luxemburg, Makau, Meksiko, Norwegia, Panama, Perancis, Peru, Polandia, Portugal, Rusia, Slovakia, Spanyol, Swedia, Swiss, Thailand, Taiwan, Vietnam, Yunani, dan beberapa negara bekas jajahan Belanda, Perancis dan Portugis. Lihat "Sistem Hukum di Dunia," dalam <http://id.wikipedia.org>, akses 9 Februari 2013.

⁸¹ Peter de Cruz, *Perbandingan Sistem Hukum Common Law, Civil Law dan Socialist Law*, (Bandung: Nusa Media), hlm. 49.

banyak pengamat yang merujuk civil law sebagai hukum kodifikasi yang paling utama.

Sistem hukum civil sebagai sistem hukum Barat merupakan konsep hukum modern yang diadopsi hampir oleh masyarakat bangsa-bangsa di dunia. Sebelum memmanifestasi sebaagai sistem hukum yang mapan, ternyata di Eropa pada awalnya sistem hukum sipil juga mengalami suatu proses transisi dari sistem hukum yang tidak teratur, kacau, tumpang tindih dan sulit diterapkan.

David dan Brierly menyebut Civil law sebagai bagian dari keluarga Romano-Germanic, karena meliputi hukum Romawi dan kontribusi dari ilmu hukum Jerman dalam perkembangan gaya yuristik. Negara-negara civil law didasarkan pada kriteria sumber-sumber hukumnya (peraturan, undang-undang dan legislasi utama yang berlaku), karakteristik mode pemikirannya berkenaan dengan masalah hukum, institusi hukum yang berbeda (struktur yudisial, eksekutif, legislatif), ideologi hukum yang fundamental.⁸²

Civil Law adalah sistem hukum Barat yang merupakan sistem hukum modern yang diadopsi hampir oleh mayoritas bangsa-bangsa di dunia. Prinsip utama yang mendasari sistem hukum Eropa Kontinental atau Civil Law adalah bahwa hukum memperoleh kekuatan mengikat karena diwujudkan. Menurut Frederich Julius Stahl⁸³, konsep sistem hukum ini ditandai oleh empat unsur pokok, yaitu:

- a. Perlindungan Hak Asasi Manusia,
- b. Pemisahan atau pembagian kekuasaan untuk menjamin hak-hak itu,
- c. Pemerintahan berdasarkan peraturan perundang-undangan,
- d. Peradilan administrasi dalam perselisihan.

Kekuatan mengikat karena diwujudkan artinya bahwa hukum memperoleh kekuatan mengikat karena diwujudkan dalam peraturan yang berbentuk undang-undang dan tersusun secara sistematis di dalam kodifikasi dan kompilasi tertentu semata-mata untuk kepastian hukum. Kepastian hukum hanya dapat diwujudkan kalau pergaulan atau hubungan dalam masyarakat di atur dalam peraturan-peraturan tertulis. Sehingga Hakim menurut sistem hukum Civil Law tidak leluasa untuk menciptakan hukum yang mengikat masyarakat, putusan Hakim dalam suatu perkara, hanyalah mengikat pihak yang berperkara saja (doctrins Rea Ajudicata).

Sumber hukum pada sistem Civil Law meliputi:

- a. Undang-undang yang dibentuk pemegang kekuasaan legislatif;
- b. Peraturan-peraturan yang dibuat pegangan kekuasaan eksekutif berdasarkan wewenang yang telah ditetapkan oleh undang-undang;
- c. Kebiasaan-kebiasaan yang hidup dan diterima sebagai hukum oleh masyarakat selama tidak bertentangan dengan undang-undang.

Berdasarkan sumber hukum tersebut, maka kaidah hukum dalam sistem Civil Law adalah:

⁸² *Ibid*, hlm. 63

⁸³ Mariam Budiardjo, 1982, *Dasar-dasar Ilmu Politik*, (Gramedia, 1982), hlm. 58.

- a. Hukum bersifat konservatif;
- b. Hakim hanya menerapkan isi rumusan hukum tertulis;
- c. Hakim hanya sebagai cerobong undang-undang;
- d. Jika terjadi pertentangan antara undang-undang dengan yurispruensi, maka dimenangkan undang-undangnya;
- e. Indonesia menganut sistem Common Law dan Civil Law dengan skala prioritas Civil Law diiringi Common Law.

Dalam sistem hukum Civil Law mengambil bentuk tertulis yang dikodifikasikan dalam perundang-undangan, sehingga rigid dalam perubahan. Segi positifnya lebih menjamin kepastian hukum. Sumber hukum utama dari Civil Law adalah peraturan perundang-undangan walaupun terdapat sumber hukum lain, seperti kebiasaan, yurisprudensi dan doktrin. Ahli hukum di negara Eropa Kontinental lebih kuat dalam hal penafsiran karena terbiasa mengacu kepada peraturan perundang-undangan, disamping itu juga membutuhkan penafsiran hukum, antara lain penafsiran gramatikal, historis, otentik dan konstruksi hukum.⁸⁴

Sistem civil law menggunakan kodifikasi sebagai sumber hukum. Di negara civil law hakim merupakan bagian dari pemerintah. Sebelum revolusi, para hakim Perancis menjadi musuh masyarakat daripada pembela kepentingan masyarakat karena lebih mendukung kepentingan Raja. Kondisi inilah yang kemudian memicu revolusi Perancis yang dipimpin oleh Napoleon. Pengalaman sebelum masa revolusi tersebut menjadi inspirasi bagi Napoleon dalam meletakkan hakim di bawah pengawasan pemerintahan untuk mencegah “pemerintahan oleh hakim” seperti yang pernah terjadi sebelum revolusi. Hal ini membuat kekuasaan pemerintah di negara civil law menjadi sangat dominan.⁸⁵

Perbedaan ini tetap dipertahankan dalam sistem civil law di daerah continental yang mewarisi tradisi Hukum Romawi. Di Perancis misalnya, pengadilan membedakan antara kasus-kasus yang berhubungan dengan pemerintah dan memberlakukan hukum yang berbeda dengan hukum yang mengatur hubungan sektor privat. Posisi ini membuat pengadilan biasa di Perancis secara prosedural tidak mempunyai wewenang untuk mengkaji kebijakan pemerintah. Sebaliknya,⁸⁶

Civil Law: “Civil Law” merupakan sistem hukum yang tertua dan paling berpengaruh di dunia. Sistem hukum ini berasal dari tradisi Roman-Germania. Sekitar abad 450 SM, Kerajaan Romawi membuat kumpulan peraturan tertulis mereka yang pertama yang disebut sebagai “Twelve Tables of Rome”. Sistem hukum Romawi ini menyebar ke berbagai belahan dunia bersama dengan meluasnya Kerajaan Romawi. Sistem hukum ini kemudian dikodifikasikan oleh Kaisar Yustinus di abad ke 6. The Corpus Juris Civilis diselesaikan pada tahun 529 M. Ketika Eropa mulai mempunyai

⁸⁴ Lawrence M. Friedman, “American Law : as an Introduction”, Jurnal Keadilan Vol. 2 No. 1 Tahun 2002.

⁸⁵ Lloyd Mc Cullough, Robbins, “The Common Law and Civil Law Tradition .”(On-line) Tersedia di WWW : <http://www.law.berkeley.edu/library/robins/commonLawCivilLawTraditions.html>.7

⁸⁶ Ibid.

pemerintahan sendiri, hukum Romawi digunakan sebagai dasar dari hukum nasional masing-masing negara. Napoleon Bonaparte di Prancis dengan Code Napoleonya di tahun 1804 dan Jerman dengan Civil Codenya di tahun 1896.⁸⁷

Civil Law, Berbasis pada hukum tertulis (written law) dan Menuangkan semaksimal mungkin norma ke dalam aturan hukum. Yang menjadi sumber hukum adalah undang-undang yang dibentuk oleh pemegang kekuasaan legislatif dan kebiasaan yang hidup dimasyarakat sepanjang tidak bertentangan dengan peraturan yang ada.⁸⁸

Civil Law: adalah hukum yang memperoleh kekuatan mengikat, karena sumber-sumber hukumnya diwujudkan dalam peraturan- peraturan yang berbentuk undang-undang dan tersusun secara sistematis di dalam kodifikasi atau kompilasi tertentu. Prinsip utama ini dianut mengingat nilai utama yang merupakan tujuan hukum adalah kepastian hukum. Sehingga berdasarkan sistem hukum yang dianut tersebut, hakim tidak dapat leluasa untuk menciptakan hukum yang mempunyai kekuatan mengikat umum. Putusan seorang hakim dalam suatu perkara hanya mengikat para pihak yang berperkara saja (pola pikir deduktif). Memberikan prioritas yang lebih pada doktrin dan mengadopsi teori Montesquieu tentang pemisahan kekuasaan dimana fungsi legislator adalah melakukan legislasi, sedangkan pengadilan berfungsi menerapkan hukum.

Civil Law: dibagi dalam bidang hukum publik dan bidang hukum privat. Hukum publik mencakup peraturan-peraturan hukum yang mengatur kekuasaan dan wewenang penguasa / negara serta hubungan-hubungan antara masyarakat dan negara. Yang termasuk dalam hukum publik meliputi hukum tata negara, hukum administrasi negara dan hukum pidana. Hukum privat mencakup peraturan-peraturan hukum yang mengatur tentang hubungan antara individu-individu dalam memenuhi kebutuhan hidupnya. Yang termasuk dalam hukum privat adalah hukum perdata yang meliputi juga hukum sipil dan hukum dagang.

Civil Law: Sistem ini berlaku di banyak negara Eropa dan jajahannya seperti Angola, Argentina, Armenia, Austria, Belgium, Bosnia and Herzegovina, Brazil, Jerman, Yunani, Haiti, Honduras, Italia, Belanda, Indonesia dan lain-lain.

⁸⁷ Mupied Madridista, " Sistem Hukum Civil Law dan Common Law." (On Line) Tersedia di WWW: <http://mupiedmadridista.blogspot.com/2011/11/system-hukum-civil-law-dan-common-law.html>

⁸⁸ Ibid.

BAB III

PERKEMBANGAN PERBANKAN SYARIAH

A. Perbankan Syariah di Indonesia

1. Definisi Perbankan Syariah

Perbankan syariah adalah lembaga perbankan yang selaras dengan sistem nilai dan etos Islam. Dengan kata lain, bank syariah ialah “lembaga keuangan/perbankan yang operasional dan produknya dikembangkan berlandaskan syariat Islam (Al-Qur’an dan Hadis Nabi SAW) dan menggunakan kaidah-kaidah fiqh.⁸⁹

Prinsip dasar perbankan syariah berdasarkan pada al-Quran dan sunnah. Setelah dikaji lebih dalam Falsafah dasar beroperasinya bank syariah yang menjiwai seluruh hubungan transaksinya berprinsip pada tiga hal yaitu efisiensi, keadilan, dan kebersamaan. Efisiensi mengacu pada prinsip saling membantu secara sinergis untuk memperoleh keuntungan/margin sebesar mungkin. Keadilan mengacu pada hubungan yang tidak dicurangi, ikhlas, dengan persetujuan yang matang atas proporsi masukan dan keluarannya. Kebersamaan mengacu pada prinsip saling menawarkan bantuan dan nasihat untuk saling meningkatkan produktivitas.⁹⁰

⁸⁹ Syukri, *Sistem Perbankan Syariah di Indonesia*, (Yogyakarta: Fajar Media Press, 2012), hlm. 50.

⁹⁰ Edy Wibowo, dkk, *Mengapa Memilih Bank Syariah?*, (Bogor: Ghalia Indonesia, 2005), cet.I, hlm. 33.

Dalam mewujudkan arah kebijakan suatu perbankan yang sehat, kuat dan efisien, sejauh ini telah didukung oleh enam pilar dalam Arsitektur Perbankan Indonesia (API) yaitu, struktur perbankan yang sehat, sistem pengaturan yang efektif, system pengawasan yang independen dan efektif, industri perbankan yang kuat, infrastruktur pendukung yang mencukupi, dan perlindungan konsumen.

Daya tahan perbankan syariah dari waktu ke waktu tidak pernah mengalami negative spread seperti bank konvensional pada masa krisis moneter dan konsistensi dalam menjalankan fungsi intermediasi karena keunggulan penerapan prinsip dasar kegiatan operasional yang melarang bunga (riba), tidak transparan (gharar), dan (maisir) spekulatif.⁹¹

Perbankan syariah berperan sebagai lembaga intermediasi keuangan antara unit-unit ekonomi yang mempunyai kelebihan dana dengan unit-unit lain yang mengalami kekurangan dana. Karenanya untuk menjalankan fungsi intermediasi tersebut, lembaga perbankan syariah akan melakukan kegiatan usaha berupa penghimpun dana, penyalur dana, serta menyediakan berbagai jasa transaksi keuangan kepada masyarakat.⁹²

2. Sejarah Perbankan Syariah di Indonesia

Perkembangan perekonomian nasional yang dihadapi dunia usaha saat ini sangat cepat dan dinamis.⁹³Awal mulanya perbankan hanya ada di Eropa yang penyebarannya sampai ke Asia Barat, karena perluasan dan perkembangan dari daerah jajahan maka sistem perbankan banyak diterapkan pada negara jajahannya. Sama halnya dengan negara yang pernah dijajah oleh negara Belanda, sehingga negara Belanda mendirikan bank seperti De Post Paar Bank, De Javasche Bank serta masih ada lagi bank-bank milik bangsa Indonesia sendiri. Perbankan Indonesia sudah menunjukkan kemajuan pada zaman kemerdekaan baik bank yang didirikan oleh pemerintah maupun bank milik swasta.⁹⁴

Sudah lama masyarakat Islam Indonesia memiliki keinginan untuk didikannya bank syariah dengan syariat Islam yang di prakarsai tokoh ulama, para cendekiawan dan pakar ekonomi Islam. Hasrat dan keinginan untuk mendirikan konsep ekonomi Islam sebenarnya sudah mulai dipikirkan oleh para tokoh ulama di tahun 1930-an. Pada masa kepemimpinan K.H Mansur sebagai ketua PP Muhammadiyah pada tahun 1937 sampai tahun 1944 beliau menginginkan serta menyerukan suatu pendapat terhadap haramnya produk bank konvensional bagi masyarakat dan umat Islam. Pada

⁹¹ Jundiani, *Pengaturan Hukum Perbankan Syariah di Indonesia*, (Malang: UIN Malang Press, 2009), hlm. 64

⁹² Burhanuddin, *Aspek Lembaga Keuangan Syariah*, (Yogyakarta: Graha Ilmu, 2010), hlm. 57.

⁹³ Dedi Suhendro, "Pengaruh Kualitas Sistem, Kualitas Informasi, Kualitas Pelayanan Dan Ekspektasi Kinerja Terhadap Kepuasan Pengguna Dalam Penerapan Sistem Teknologi Informasi Pada Koperasi Di Kota Pematang Siantar", *JURASIK (Jurnal Riset Sistem Informasi & Teknik Informatika)*1(1), 2016, hlm. 33–40.

⁹⁴ Nofinawati, "Perkembangan Perbankan Syariah Di Indonesia", *Jurnal JURIS* 14(2), 2016, hlm. 168–83.

saat itu beliau mengemukakan pendapat dan gagasan untuk mendirikan bank Islam di Indonesia.⁹⁵

Peran pemerintah, para tokoh ulama, cendikiawan dan pakar ekonomi Islam sangat penting. Seperti peran mantan presiden Suharto, B.J. Habibie sebagai ketua umum ICMI atau Rahmat Saleh sebagai mantan Gubernur Bank Indonesia pada saat itu. Tokoh penting inilah yang mampu untuk menarik para investor, BUMN dan yayasan.⁹⁶ Indonesia merupakan negara dengan penduduk Islam terbesar dunia, selayaknya menjadi pelopor dalam perkembangan dan pertumbuhan perbankan syariah.⁹⁷

Sementara di Indonesia, pada awal tahun 1990-an bank syariah berdiri yang dikenal dengan nama Bank Muamalat Indonesia. Dalam praktiknya bank syariah mampu dalam memenuhi kebutuhan di masyarakat Indonesia dengan pelayanan jasa perbankan sesuai dengan prinsip syariah agama Islam, hal-hal yang berkaitan dengan pelarangan terhadap riba, ketidakjelasan, penyaluran dalam pembiayaan/investasi pada kegiatan usaha yang etis halal secara syariah, pelanggaran prinsip keadilan dalam bertransaksi serta kegiatan yang bersifat spekulatif yang non-produktif (perjudian).

Perkembangan bank syariah secara pesat semenjak era reformasi pada akhir tahun 1990-an, setelah pemerintah dan Bank Indonesia memberikan kebijakan dalam mengembangkan bank syariah, dengan dikeluarkannya undang-undang perbankan dengan UU No. 10 tahun 3 1998 yang mana kebijakan tersebut tidak hanya tentang perluasan operasi bank-bank syariah dan jumlah kantor untuk meningkatkan sisi penawaran, tetapi juga menyangkut pengembangan pemahaman dan kesadaran masyarakat untuk meningkatkan sisi permintaan.

3. Regulasi Perbankan Syariah di Indonesia

Setelah 16 tahun beroperasinya bank syariah di Indonesia, regulasi perbankan syariah baru diundangkan pada tahun 2008. Sebelumnya, tidak ada regulasi khusus yang mengatur perbankan syariah di Indonesia. Ini mungkin terdengar aneh, tapi itulah faktanya. Sebelum itu, hanya beberapa aspek penting operasional perbankan syariah diatur oleh BI. Pada saat BMI didirikan, dasar hukum pembentukan bank syariah adalah UU No. 7 (1992) tentang Perbankan. UU ini merupakan amandemen dari UU No. 14 (1967) tentang Prinsip Perbankan (UU Pokok Perbankan).

Pengaturan tentang perbankan di Indonesia sudah dimulai sejak zaman penjajahan Belanda. Untuk menertibkan praktik lembaga pelepas uang yang banyak terjadi waktu itu dikeluarkanlah pengaturan, baik dalam bentuk undang-undang (*wet*) maupun berupa surat-surat keputusan resmi dari pihak pemerintah. Di antara lembaga keuangan yang telah berdiri sejak

⁹⁵ Muhammad Iqbal Fasa, "Tantangan Dan Strategi Perkembangan Perbankan Syariah Di Indonesia", *Jurnal Ekonomi Islam* VII(2), 2013, hlm. 19–40.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ Halim Alamsyah, "Perkembangan Dan Prospek Perbankan Syariah Indonesia: Tantangan Dalam Menyongsong MEA 2015", *Milad ke-8 Ikatan Ahli Ekonomi Islam (IAEI)*, April 2012, hlm. 1–8.

zaman penjajahan tersebut, yaitu De Javashe Bank N. V, tanggal 10 Oktober 1827 yang kemudian dikeluarkan undang-undang De Javashe Bank Wet 1922.⁹⁸ Bank inilah yang kemudian menjadi Bank Indonesia, setelah melalui proses nasionalisasi pada Tahun 1951, dengan dikeluarkannya Undang-Undang No. 24 Tahun 1951 yang mulai berlaku tanggal 6 Desember 1951.

Sesudah Indonesia merdeka regulasi perbankan secara sistematis dimulai pada tahun 1967 dengan dikeluarkannya Undang-Undang No. 14 Tahun 1967 tentang Pokok-pokok Perbankan. Undang-undang ini mengatur secara komprehensif sistem perbankan yang berlaku pada masa itu. Namun demikian undang-undang ini belum mengatur tentang bank syariah.⁹⁹

Sejak Indonesia merdeka, telah disusun tiga undang-undang yang mengatur tentang Perbankan, yaitu UU No 14 Tahun 1967 tentang Pokok-Pokok Perbankan, UU No 7 Tahun 1992 tentang Perbankan, dan UU No 10 tahun 1998 tentang Perubahan UU No 7 Tahun 1992 tentang Perbankan. Selain peraturan dalam bentuk Undang-undang juga telah dikeluarkan berbagai Paket Kebijakan.¹⁰⁰

Satu-satunya ketentuan yang memberikan kemungkinan untuk pengoperasian perbankan syariah adalah Bagian 1(12) yang mendefinisikan bahwa «bagi hasil» yang berlaku dalam operasi perbankan di Indonesia. Berdasarkan ketentuan inilah, BMI beroperasi. Sedangkan peraturan yang terkait dengan pengawasan syariah dan produk bank diatur dalam Keputusan Gubernur BI dan Peraturan BI.

Ketika krisis keuangan tahun 1998 menerpa Indonesia, beberapa bank dan UU Perbankan telah diubah. UU No.7 (1992) tentang Perbankan telah diubah menjadi UU No. 10 (1998) tentang Perbankan. Amendemen UU ini telah memungkinkan bank konvensional untuk membuka layanan keuangan syariah. Jadi, kerangka hukum utama dari setiap regulasi perbankan syariah di Indonesia merujuk pada UU No. 7 (1992) tentang Perbankan yang kemudian diamendemen menjadi UU No. 10 (1998) tentang Perbankan. Implementasi praktis dari UU ini disediakan oleh Peraturan BI, meliputi berbagai aspek yang berkaitan dengan produk dan operasional perbankan syariah.

4. Perkembangan Perbankan Syariah di Indonesia

Perkembangan bank syariah dalam sejarah Indonesia semenjak dikeluarkannya ketentuan dari Bank Indonesia tentang pemberian izin untuk membuka bank syariah atau memberikan izin terhadap bank konvensional untuk mendirikan Unit Usaha Syariah (UUS). Bank syariah merupakan lembaga perbankan penyedia jasa keuangan yang beroperasi berdasarkan etika dan sistem nilai Islam, khususnya yang bebas dari bunga (riba), bebas

⁹⁸ Abdul Hay, SH., *Hukum Perbankan*, (Jakarta: Pradnya Paramita, 1997), hlm. 36.

⁹⁹ Gemala Dewi, *Aspek-aspek Hukum dalam Perbankan dan Perasuransian Syariah di Indonesia*, (Jakarta: Kencana, 2004), hlm. 149-154.

¹⁰⁰ Edward W. Reed dan Edward K. Gill, *Commercial Bank Prentice, Hall, Inc.* (penerjemah St. Dianjung), (Jakarta: Bumi Aksara, 1995), hlm. 29.

dari kegiatan spekulatif yang nonproduktif seperti perjudian (maysir), bebas dari hal-hal yang tidak jelas dan meragukan (gharar), berprinsip keadilan, dan hanya membiayai kegiatan usaha yang halal.¹⁰¹

Bank Syariah sering dipersamakan dengan bank tanpa bunga yang mulai banyak berkembang ibaratkan jamur dimusim hujan. Selain menghindari bunga, juga secara aktif turut serta dalam berpartisipasi untuk mencapai sasaran dan tujuan dari ekonomi Islam yang berorientasi pada kesejahteraan sosial.

Industri perbankan syariah di Indonesia mengalami pertumbuhan yang bervariasi sesuai dengan pertumbuhan ekonomi nasional. Pengembangan industri perbankan syariah di Indonesia dilandasi oleh Undang-Undang (UU) yang dikeluarkan oleh Pemerintah, maupun kebijakan-kebijakan yang dikeluarkan oleh otoritas perbankan. Salah satu UU yang melandasi awal perkembangan Perbankan syariah adalah Undang-Undang No.21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah yang terbit tanggal 16 Juli 2008. Dengan Undang-Undang tersebut, maka pengembangan industri perbankan syariah nasional memiliki landasan hukum yang cukup kuat, sehingga mendorong pertumbuhan industri ini lebih cepat. Percepatan Pertumbuhan perbankan syariah di Indonesia, sampai saat ini terus didorong oleh otoritas perbankan, yaitu Otoritas Jasa keuangan menuju industri perbankan syariah yang sehat, berkelanjutan, dan berkontribusi positif dalam mendukung pembangunan ekonomi yang berkualitas.

Dengan progres perkembangannya yang impresif, yang mencapai rata-rata pertumbuhan aset lebih dari 65% pertahun dalam lima tahun terakhir, peran industri perbankan syariah dalam mendukung perekonomian nasional semakin signifikan. Peran strategis ini terus didorong dengan beberapa kebijakan yang telah ditetapkan oleh lembaga yang berwenang. Hal ini terbukti bahwa salah satu prioritas kebijakan OJK pada tahun 2016 sektor perbankan, adalah peningkatan pilar utama dalam pengembangan perbankan syariah. Upaya ini dapat menjadikan perbankan syariah sebagai alternatif sistem perbankan yang kredibel dan dapat diminati oleh seluruh golongan masyarakat Indonesia tanpa terkecuali. Inovasi produk yang sejalan dengan pemenuhan kebutuhan masyarakat dapat melahirkan produk kontribusi perbankan syariah.¹⁰²

B. Perbankan Syariah di Malaysia

Perkembangan perbankan syariah di Malaysia berawal pada saat pemerintah membentuk Tabung Haji pada tahun 1963. Lembaga ini dibentuk untuk investasi tabungan masyarakat lokal pada instrumen bebas bunga khususnya bagi mereka yang ingin menunaikan ibadah haji. Lembaga Tabung Haji menggunakan skema mudharabah, musyarakah dan ijarah dalam pembiayaan investasi di bawah petunjuk dan pengawasan Komite Fatwa Nasional

¹⁰¹ H. Munawir, "Perencanaan Strategi Pengembangan Bank Syariah Di Indonesia", Jurnal Ilmiah Teknik Industri 4(1), 2005, hlm. 41–48.

¹⁰² OJK, *Booklet Perbankan Indonesia*, 2016.

Malaysia (National Fatawah Committee of Malaysia). Akan tetapi lembaga Tabung Haji hanya sebagai lembaga penyimpanan dan memiliki berbagai kekurangan inovasi dan insentif keuangan.¹⁰³ Lalu selanjutnya dikenal konsep perbankan Islam di Malaysia pada awal tahun 80-an dengan tujuan yang mulia yaitu untuk membantu umat Islam dengan memberikan sistem yang lebih baik dibandingkan Tabung Haji.¹⁰⁴

Awal 1980-an adalah awal langkah diperkenalkannya perbankan syariah di Malaysia atas inisiatif Perdana Menteri Mahathir Muhammad, yaitu ketika Malaysia secara resmi memperkenalkan Undang-undang Perbankan Syariah 1983 (IBA 1983), dan UU Takaful 1984. Kemudian Bank Syariah yang menerapkan konsep syariah secara lengkap juga didirikan sebagai perusahaan umum pada tahun 1983. Bank Islam Berhad adalah bank pertama yang didirikan pada 1 Maret 1983.¹⁰⁵ yang sepenuhnya menawarkan produk dan layanan perbankan syariah. Ini akan tetap untuk waktu 10 tahun.¹⁰⁶

Seperti negara berpenduduk Muslim lainnya, gerakan pembentukan bank syariah di Malaysia diinisiasi oleh elemen masyarakat. Permintaan resmi pertama terjadi pada saat kongres ekonomi bumi putra (indigenous people) pada tahun 1990. Kongres ini menghasilkan sebuah resolusi yang meminta pemerintah untuk membolehkan lembaga Tabung Haji mendirikan sebuah bank syariah. Dalam sebuah seminar di Universitas Kebangsaan Malaysia tahun 1981, para peserta meminta pemerintah untuk membentuk undang-undang khusus yang dapat memungkinkan dibentuknya sebuah bank baru berdasarkan prinsip-prinsip Islam. Atas dasar permintaan tersebut, pihak pemerintah kemudian menunjuk sebuah Stering Komite Nasional untuk pembentukan Bank Syariah. Adapun rekomendasi dari komite tersebut yang selanjutnya dipresentasikan di hadapan Perdana Menteri Malaysia pada tanggal 5 Juli 1982 adalah sebagai berikut: (i) pemerintah harus membentuk sebuah bank Islam yang beroperasi sesuai dengan prinsip-prinsip syariah; (ii) bank Islam yang diajukan tersebut didasarkan pada Undang-Undang Korporasi Tahun 1965; (iii) Undang-Undang Perbankan Tahun 1973 tidak dapat mengakomodir operasional bank syariah. Oleh karena, UU Perbankan Syariah yang baru mendesak untuk dikeluarkan sebagai payung hukum bank Islam. Pembuatan UU baru tersebut menjadi kewenangan Bank Negara Malaysia; dan (iv) bank Islam harus membentuk dewan syariah sendiri yang berfungsi untuk memastikan operasinya sesuai syariah.¹⁰⁷ Pada periode inilah perbankan syariah di Malaysia berada pada tahap awal dan tahap percobaan dan partisipasi dari non-muslim pada perbankan syariah sangat

¹⁰³ Abdullah, R. Mohamed, *Development of Islamic Banking in Malaysia*, KLRC Newsletter January 2011.

¹⁰⁴ Sjahdeini, Sutan Remy, *Perbankan Syariah Produk-Produk dan Aspek-Aspek Hukumnya*, (Jakarta: Prenadamedia Group, 2014), hlm. 74.

¹⁰⁵ Basalamah, Muhammad Ridwan, Rizal, Muhammad, *Perbankan Syariah*, (Malang: Empatdua Media, 2018), hlm. 138.

¹⁰⁶ Thani, Nik Norzul, et.al, *Law and Practice of Islamic Banking and Finance, 2nded*, (Petaling Jaya: Sweet & Maxwell Asia, 2010), hlm. 103.

¹⁰⁷ Haron, Sudin, "Towards Developing A Successful Islamic Financial System: A Lesson from Malaysia", Working Paper Series 003, Creating Dynamic Leaders, 2004.

minim. Beberapa tahun kemudian, Bank Muamalat Malaysia Berhad berdiri yaitu pada tahun 1999.¹⁰⁸

Seperti yang telah disebutkan sebelumnya inisiatif pembentukan bank syariah pertama di Malaysia juga tidak terlepas dari kebijakan pemerintahan Mahathir Muhammad sebagai Perdana Menteri pada saat itu yang berusaha untuk mengintegrasikan nilai-nilai Islam dalam kebijakan pemerintah dalam rangka untuk memberikan pengaruh positif dalam pengembangan negara.¹⁰⁹ Sebagai tindak lanjut atas kebijakan tersebut, Dewan Penasehat Islam (Islamic Consultative Board) mengumumkan penekanan bahwa setiap usaha pembangunan negara harus sesuai dengan nilai-nilai Islam. Pendirian Bank Islam Malaysia Berhad pada tahun 1983 adalah manifestasi atas kebijakan pemerintah tersebut.

Sebagai respon atas keinginan masyarakat dan pemerintah, UU Perbankan Syariah Tahun 1983 diterbitkan. UU ini menjadi pijakan dasar pendirian bank syariah pertama di Malaysia. UU tersebut memberikan kewenangan Bank Negara Malaysia sebagai Bank Sentral untuk mengawasi dan mengatur bank Islam di Malaysia. Di tahun yang sama, pemerintah Malaysia juga menerbitkan UU Investasi Pemerintah yang memungkinkan pemerintah untuk menerbitkan sertifikat investasi pemerintah, yaitu sebagai surat utang pemerintah yang sesuai dengan prinsip Islam.

Bank Islam Malaysia Berhad (BIMB) adalah merupakan bank syariah pertama yang didirikan pada tanggal 1 Maret 1983. Pendirian BIMB menjadi milestone perkembangan sistem keuangan syariah di Malaysia. BIMB menawarkan suatu bentuk bisnis perbankan yang sama dengan bank komersial lainnya tetapi sesuai dengan prinsip-prinsip syariah. Beberapa tahun kemudian, Bank Muamalat Malaysia Berhad berdiri pada tahun 1999.

Dalam rangka meningkatkan jumlah pemain dalam system perbankan syariah, BNM memperkenalkan suatu bentuk skema dengan nama “Skema Perbankan tanpa Bunga” atau “Interest Free Banking Scheme”. Dalam kebijakan yang biasa disebut sebagai “Islamic Window” ini, semua bank komersil diberikan peluang untuk menawarkan produk dan layanan perbankan syariah di samping layanan konvensional mereka. Di bawah kebijakan ini, Malaysia menjadi negara pertama yang menerapkan dual banking system dimana bank syariah dan konvensional hidup berdampingan dalam suatu sistem keuangan nasional. Namun pada prakteknya, skema ini mengharuskan lembaga keuangan untuk memisahkan dana dan aktivitas yang berhubungan dengan transaksi perbankan syariah dipisahkan dengan bisnis perbankan konvensional, tidak boleh terjadi percampuran dana dari kedua jenis transaksi tersebut. Bank komersil yang berpartisipasi dalam model skema „Islamic window“ ini diantaranya HSBC Bank Malaysia Berhad, OCBC Bank Malaysia Berhad dan Standard Chartered Bank Malaysia Berhad.

¹⁰⁸ Basalamah, Muhammad Ridwan, Rizal, Muhammad, *loc.cit.*

¹⁰⁹ Kayadibi, Saim, *The Growth of Islamic Banking and Finance in Malaysia*, Islamic Finance – Chapter III, 2010.

Selanjutnya, pada tahun 1999, BNM memperkenalkan konsep subsidiary perbankan syariah (Islamic banking subsidiary) yang membolehkan lembaga keuangan yang menerapkan skema „Islamic Window“ untuk mengkonversi dan membentuk bank umum syariah (full-fledged Islamic bank). Pada era ini, sistem perbankan syariah di Malaysia mulai tumbuh subur dan menjadi lebih kompetitif yang kemudian mendorong bank asing masuk ke Malaysia. Pada tahun 2004, pemerintah Malaysia menerapkan kebijakan liberalisasi keuangan dimana lembaga keuangan asing diberikan izin untuk mendirikan bank asing syariah di Malaysia. Keberadaan bank asing syariah tersebut diatur melalui Islamic Banking Act 1983. Tujuan dari strategi ini adalah untuk menciptakan kondisi persaingan dan untuk meningkatkan kinerja industri perbankan syariah secara keseluruhan. Adapun hasil dari kebijakan liberalisasi sistem ini adalah masuknya lembaga keuangan dari negara Timur Tengah dalam pasar perbankan Malaysia, yaitu Al Rajhi Banking & Investment Corporation, Asian Finance Bank dan Kuwait Finance House.¹¹⁰

Central Bank Act (CBA) 1958 yang selanjutnya pada tahun 2009 diterbitkan Central Bank Act yang baru sebagai pengganti CBA 1958 juga sangat berkontribusi dalam pengembangan perbankan syariah di Malaysia terkhusus perihal regulasi, supervisi dan monitoring pelaksanaan bank syariah. Adanya perubahan atas CBA 1958 ini juga usaha dalam penyempurnaan dan pengembangan pasal sesuai dengan kondisi perkembangan perbankan dan keuangan.¹¹¹

Lebih lanjut, pengesahan Bank Central Act tahun 2009 juga memberikan kejelasan yang lebih besar mengenai peran Dewan Penasehat Syariah Nasional sebagai otoritas tertinggi dan pusat untuk segala masalah dan pertanyaan perbankan syariah dan lembaga keuangan syariah dan juga pengadilan hukum. Dan berdasarkan BCA 2009, keputusan apapun yang dibuat oleh Dewan Penasehat Syariah Nasional akan mengikat lembaga keuangan syariah, pengadilan dan arbiter.¹¹²

Perkembangan yang lebih baru oleh Bank Central Malaysia yaitu melayani perbaikan tata kelola (kerangka kerja) syariah lembaga keuangan syariah (Islamic Financial Institution) di Malaysia. Di bawah kerangka ini merupakan sebuah tugas dan tanggung jawab IFI dalam membangun tata kelola syariah yang sehat dan kuat. Ini bertujuan untuk meningkatkan peran Dewan Direksi, Dewan Penasehat Syariah, dan Manajemen dalam kaitannya mengenai permasalahan syariah, termasuk meningkatkan organ-organ kunci yang relevan yang mempunyai tanggung jawab untuk melaksanakan fungsi-fungsi kepatuhan dan penelitian syariah (<http://www.bnm.gov.my>)

Selain itu, salah satu momentum penting dalam upaya menguatkan sekaligus harmonisasi aspek regulasi sistem keuangan syariah di Malaysia adalah

¹¹⁰ Ruziana, M., dan Norilawati, I., “The Development of Islamic Banking Laws in Malaysia: An Overview”, Jurnal Undang-Undang, 2008, hal. 191-205.

¹¹¹ Rama, Ali, “Analisis Deskriptif Perkembangan Perbankan Syariah Di Asia Tenggara”, The Journal of Tauhidinomics, Vol. 1, No. 2, 2015, hal. 116.

¹¹² Kunhibava, Sherin, “Islamic Banking in Malaysia”, International Journal of Legal Information, Spring-Summer, 2012, hal. 4.

dikeluarkannya undang-undang baru yang bernama Islamic Financial Services (IFSA) Act pada tahun 2013 dan Financial Services Act di tahun yang sama. Kedua UU ini menggantikan BAFIA 1989, IBA 1983, dan Takaful Act 1984. Aturan ini menempatkan pemberian mandat kepada BNM untuk memberlakukan kebijakan yang fair, bertanggungjawab dan professional kepada para pelaku lembaga keuangan.¹¹³

Setelah 10 tahun anak perusahaan yang berlandaskan Islam mulai muncul seiring dengan diperkenalkannya RHB Islamic Berhad, dan Hong Leong Islamic Berhad yang diluncurkan pada tahun 2005. Anak perusahaan ini didirikan oleh bank komersial domestik dan dilisensikan sebagai bank syariah dibawah IBA 1983.¹¹⁴ Dalam periode yang sama bank-bank syariah asing yang ada di Malaysia diberi izin untuk melakukan praktik perbankan syariah di Malaysia. Bank-bank Islam asing ini termasuk di dalamnya, Kuwait Finance House, Bank Al-Rajhi dan Asian Finance House.¹¹⁵ Saat ini, terdapat lebih dari 17 bank syariah lokal dan 5 bank Islam Internasional yang telah beroperasi di Malaysia. Sementara terdapat 15 bank yang berpartisipasi dalam mengembangkan skema perbankan syariah.

C. Perbankan Syariah di Brunei Darussalam

Brunei Darussalam merupakan salah satu negara di Asia Tenggara yang memiliki hubungan ekonomi yang erat dengan Inggris dan Singapura. Brunei termasuk negara produsen minyak terbesar ketiga di Asia Tenggara dengan tingkat produksi sekitar 200,000 barel per hari. Negara berpenduduk mayoritas Muslim ini juga termasuk sebagai produser gas terbesar keempat di dunia (Mohamad, dkk., 2013).¹¹⁶ Brunei mengeksport tiga komoditas utama, yaitu minyak mentah (crude oil), produk minyak bumi (petroleum products) dan gas alam (liquefied natural gas) ke negara-negara ASEAN, Amerika Serikat dan Jepang (Venardos, 2005).¹¹⁷ Dengan kekayaan sumber daya alam yang melimpah, negara Brunei menikmati standar hidup yang relatif tinggi. Brunei menganut sistem monarki dalam sistem pemerintahan, dimana dipimpin oleh seorang Sultan.

Brunei Darussalam adalah Negara dengan sistem kesultanan Islam independen yang terletak di pantai utara pulau Kalimantan. Gaya hidup di Brunei sangat kental dengan mendasarkan pada agama. Negara ini bersih dari club malam, tidak memperbolehkan konsumsi alcohol di restoran dan tempat umum, dan kehalalan makanan dijamin oleh departemen pemerintahan yang berwenang. Dilihat dari gaya kehidupan yang diterapkan seperti konsep utama Melayu Islam Beraja (MIB) atau Monarki Islam melayu akan dipertahankan dan ditegakkan oleh kesultanan. Oleh karena itu tidak heran bahwa sultan Brunei memutuskan

¹¹³ Rama, Ali, *loc.cit.*

¹¹⁴ Sjahdeini, Sutan Remy, *op.cit.*, hal. 79

¹¹⁵ Thani, Nik Norzul, et.al, *op.cit.*, hal. 101-102.

¹¹⁶ Mohammad, Muhammad Taqiuddin, et.al, "The Historical Development of Modern Islamic Banking: A study in South-East Asia Country", *Academic Journals*, 1 November, 2013.

¹¹⁷ Venardos, Angelo M., *Islamic Banking and Finance in South-East Asia: Its Development and Future* (Singapore: World Scientific Publishing, 2005).

untuk meluncurkan bank Islam pertama di Brunei. Bank ini memberikan warga Brunei langkah besar menuju kehidupan yang berlandaskan syariah. Bank Islam tidak hanya menghapus elemen riba atau interest tetapi juga memberikan fondasi sosio-ekonomi yang lebih baik untuk Negara (Latiffin Ali& Ahmad,(n.d): 277-278).¹¹⁸

Bank pertama di Brunei berdiri pada tahun 1935 dengan nama Post Office Saving Bank. Bank ini berdiri sebelum terjadinya kolonisasi oleh Inggris. Dokumen tentang bank ini tidak bisa banyak ditelusuri dikarenakan rusak saat terjadi pendudukan koloni di Brunei. Bank Hong Kong & Shanghai berdiri saat terjadinya kolonisasi oleh Inggris sekitar tahun 1940-an. Bank tersebut didukung sepenuhnya oleh negara koloni dengan menggunakan sistem perbankan konvensional berdasarkan Hukum Inggris (British Law). Beberapa bank selanjutnya berdiri, yaitu Malaya Banking (1960), United Malayan Banking Corporation (1963), National Bank of Brunei (1964), Citibank (1971), Islamic Development Bank (1980), Baiduri Bank (1992), Tabung Amanah Islamic Brunei (1992), dan Development Bank of Brunei (1995) (lihat Ebrahim, 2001).¹¹⁹

Dan pada pertengahan tahun 1980-an, Bank National of Brunei menggabungkan diri dengan Island Development Bank (IDB) dengan nama International Bank of Brunei. Bank ini merupakan satu-satunya bank local yang berdiri di Brunei pada saat itu (Ebrahim, 2001: 327)¹²⁰

Keberadaan bank Islam menurut Sultan Hassanal Bolkih adalah suatu instansi penting untuk menunjang kehidupan perekonomian bangsa. Pengurusan bank konvensional yang mengandung riba harus digantikan dengan bank Islam sehingga umat muslim dapat melakukan kegiatan ekonomi tanpa takut akan dosa riba. Bank Islam sudah berdiri di berbagai negara-negara yang mayoritas muslim, sehingga Brunei Darussalam juga dianggap perlu mendirikan bank Islam.

Dari titah tersebut mengisyaratkan bahwa Sultan benar-benar ingin mengamalkan ajaran Islam dalam berbagai aspek kehidupan, terkhusus bidang ekonomi. Sebagaimana terdapat dalam kitab suci al-Quran surat Al-Baqarah ayat 275 yang terjemahannya menyebutkan tentang haramnya riba.

Orang-orang yang memakan riba tidak dapat berdiri melainkan seperti berdirinya orang yang kemasukan setan karena gila. Yang demikian itu karena mereka berkata bahwa jual beli itu sama dengan riba, padahal Allah telah menghalalkan jual beli dan mengharamkan riba.

Kerjasama dengan Malaysia dilakukan oleh Sultan Hassanal Bolkih guna melancarkan usaha pembentukan bank Islam di Brunei Darussalam. Sultan Brunei Darussalam berharap Malaysia dapat memberi bantuan tenaga-tenaga ahli untuk mengajari masyarakat Brunei Darussalam tentang pengelolaan bank Islam yang didirikan di Brunei Darussalam.

¹¹⁸ Latiff, Salma Hj Abdul, *Islamic Banking in Brunei and The Future Role of Centre For Islamic Banking, Finance and Management (CIBFM), Islamic Banking and Finance Fundamentals and Contemporary Issues* by Syed Ali dan Ausaf Ahmad, hlm. 277-278.

¹¹⁹ Ebrahim, Shahid M., "Islamic Banking in Brunei Darussalam", *Internasional Jurnal of Social Economics*, Vol. 28 No. 4, 2001, hal. 314-337.

¹²⁰ *Ibid*, hlm. 327.

Pendirian bank Islam dimulai dari pembentukan Jawatankuasa Penubuhan Bank Islam Brunei Darussalam (JPBIBD) yang kemudian melakukan pertemuan-pertemuan. Pada September 1991 M, Sultan Hassanal Bolkiah meresmikan pembentukan bank Islam yang dinamakan Tabung Amanah Islam Brunei (TAIB). Pembentukan TAIB ini dituangkan dalam sebuah dokumen yang dinamakan “Perbadanan Tabung Amanah Islam Brunei Darussalam 1991”.²³ Pembukaan resmi TAIB dilakukan di Bangunan Perdagangan Bumiputera, Jalan Cator, Bandar Seri Begawan. Tujuan utama pembentukan TAIB ini tidak terlepas dari usaha Sultan dalam menerapkan Islam sebagai cara hidup dan juga usaha untuk mengembangkan sosio-ekonomi umat Islam. Selain itu, Sultan juga hendak mengarahkan umat Islam agar uang yang akan digunakan berangkat haji dapat disimpan di lembaga keuangan yang bebas riba.²⁴ Pada perkembangannya, TAIB juga dibangun di beberapa wilayah lain di Brunei Darussalam seperti Belait, dan Tutong.

Dari segi regulasi, kerangka regulasi sistem keuangan di Brunei Darussalam terdiri dari aspek legal dan teknis. Kerangka legal adalah undang-undang yang mengatur tentang operasional dan administrasi lembaga keuangan. Sementara kerangka teknis terdiri dari garis petunjuk, standar dan prosedur untuk mendukung undang-undang pada area yang bersifat teknis yang tidak terakomodir dalam undang-undang yang ada (Hasan dan Chachi, 2010).¹²¹

Bank-bank di Brunei Darussalam dipantau oleh Undang-Undang Perbankan dan Keuangan dan Undang-undang Perusahaan melalui Departemen Keuangan. Tidak ada bank nasional di Brunei tetapi tugas pemantauan berada di bawah yurisdiksi Moneter Keuangan melalui Dewan Mata Uang Brunei, Departemen Layanan Keuangan dan Badan Investasi Brunei. Dari semua bank Brunei, hanya Bank Islam Brunei (IBB) dan Tabung Amanah Islam Brunei (Islamic Trust Fund of Brunei) yang menawarkan layanan perbankan Islam, sementara yang lain menawarkan jasa keuangan berdasarkan praktik perbankan konvensional.¹²²

Komitmen pertama Brunei yang signifikan untuk mengembangkan sistem Islam yang lengkap dimulai pada bulan September 1992, hal ini dinyatakan dengan pembukaan resmi Tabung Amanah Islam Brunei (TAIB) yang menggantikan International Bank Of Brunei (IBB).¹²³

Islamic Development Bank Berhad (IDBB) pada awalnya didirikan sebagai bank konvensional pada Maret 1995, kemudian dikenal sebagai Bank Pembangunan Brunei (DBB), sebuah lembaga perbankan yang sepenuhnya milik pemerintah. Pada tanggal 4 April 2000, Sultan menginstruksikan bank untuk beroperasi sesuai prinsip-prinsip Islam.¹²⁴

Sultan Hassanal Bolkiah tidak hanya mendirikan TAIB sebagai bank yang berbasis syariah Islam, Ia kemudian mengubah sistem bank konvensional

¹²¹ Hassan, Abul dan Chachi, Abdelkader, “Corporate Governance of the Islamic Financial Services Industry in Brunei Darussalam”, *Journal of Islamic Economics, Banking and Finance*, 2010, hlm. 40-59.

¹²² Mohammad, Muhammad Taqiuddin, et.al, *op.cit*, hlm, 7.

¹²³ Sjahdeini, Sutan Remy, *op.cit*, hal. 83.

¹²⁴ Latiff, et.al, *op.cit*, hal. 282.

yang sudah ada dengan sistem yang berdasarkan syariah Islam. Legalisasi kebijakan ini dituangkan dalam undang-undang baru yang dibuat tahun 1992 M yakni “The Islamic Banking Order, 1992”. Pasca pembentukan undang-undang ini yakni tahun 1993 M, Sultan memerintahkan The International Bank of Brunei untuk merujuk pada sistem berdasarkan syariah Islam, dan kemudian mengganti namanya menjadi Bank Islam Brunei Darussalam Berhad atau The Islamic Bank of Brunei Berhad (IBB). Tahun 2000 M, Bank Pembangunan Brunei (DBB) juga diganti namanya menjadi Bank Pembangunan Islam Brunei (IDBB).

Industri keuangan syariah di Brunei Darussalam diatur di bawah otoritas “Autoriti Monetari Brunei Darussalam (AMBD)” atau Monetary Authority of Brunei Darussalam. AMBD dibentuk dan diresmikan pada tahun 2011 melalui peraturan Autoriti Monetari Brunei Darussalam Order 2010. AMBD berfungsi sebagai bank sentral di Brunei Darussalam (lihat keterangan resmi di situs AMBD). Sebelum pembentukan AMBD sebagai otoritas bank sentral, industri perbankan dibawah pengawasan kementerian keuangan (Finance Ministry).

Hingga kini, terdapat tiga belas tahun sejak lembaga keuangan Islam pertama didirikan di Brunei. Selama periode ini dapat disaksikan pertumbuhan yang pesat sebagaimana terbukti dengan jumlah cabang yang telah dibuka di seluruh penjuru Brunei.¹²⁵

BAB IV

PERBANDINGAN PELAKSANAAN KEADAAN MEMAKSA (*FORCE MAJEURE*) DI LEMBAGA KEUANGAN SYARIAH PERSPEKTIF SISTEM HUKUM CIVIL LAW, COMMON LAW DAN HUKUM ISLAM

¹²⁵ *Ibid.*, hal. 284.

1. Pelaksanaan Keadaan Memaksa di Lembaga Keuangan Syariah pada Sistem Civil Law

Keadaan Memaksa (*forcemajeure*) pengaturannya di Indonesia terdapat dalam Pasal 1244 dan 1245 KUHPerduta. Keadaan memaksa (*forcemajeure*) dalam hukum perdata diatur dalam buku III B.W dalam pasal 1244 dan 1245 KUHPerduta. Pasal 1244 KUHPerduta.”Jika ada alasan untuk itu, si berutang harus dihukum mengganti biaya, rugi, dan bunga apabila ia tak dapat membuktikan, bahwa hal tidak atau tidak pada waktu yang tepat dilaksanakannya perikatan itu, disebabkan suatu hal yang tak terduga, pun tak dapat dipertanggungjawabkan padanya, kesemuanya itu pun jika itikad buruk tidaklah ada pada pihaknya”

Dalam KUH Perdata Pasal 1244 diatas dapat dijelaskan beberapa yang menjadi kunci dan dapat diketahui secara jelas apa yang dimaksud keadaan memaksa dalam pasal tersebut. Si berutang (debitur) akan dibebaskan kewajiban mengganti biaya, rugi dan bunga maksudnya adalah hubungan debitur dan kreditur jika terjadi keadaan memaksa maka debitur terlepas segala bentuk biaya, rugi dan bunga. Maka debitur tetap harus membayar kewajiban pokoknya, misalnya kreditur dan debitur memiliki hubungan utang-piutang, debitur berhutang kepada kreditur sebanyak Rp 50.000.000, 00 (lima puluh juta rupiah) kemudian terjadi keadaan memaksa maka debitur tidak diwajibkan untuk membayar biaya, rugi dan bunga namun, tetap memiliki kewajiban membayar atau melunasi Rp 50.000.000,00. Adapun kondisi yang dikatakan suatu peristiwa keadaan memaksa adalah hal tidak atau tidak pada waktu yang tepat dilaksanakannya perikatan, Disebabkan suatu hal yang tak terduga, dan Tidak ada itikad buruk.

Kemudian keadaan memaksa juga terdapat pada Pasal 1245 KUHPerduta: “Tidaklah biaya rugi dan bunga, harus digantinya, apabila lantaran keadaan memaksa atau lantaran suatu kejadian tak disengaja si berutang berhalangan memberikan atau berbuat sesuatu yang diwajibkan, atau lantaran hal-hal yang sama telah melakukan perbuatan yang terlarang.” Dapat dipaparkan dari pasal tersebut yaitu sebagai berikut:

- a. Lantaran suatu kejadian tak disengaja si berutang berhalangan memberikan atau berbuat sesuatu yang diwajibkan, maksudnya adalah debitur tidak secara sengaja untuk melakukan wanprestasi karena suatu hal diluar kendali debitur.
- b. Lantaran hal-hal yang sama telah melakukan perbuatan yang terlarang, maksudnya adalah suatu hal perjanjian yang sudah disepakati ternyata dilarang oleh hukum yang berlaku di Indonesia.

Keadaan memaksa dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah terdapat pada Pasal 40 keadaan memaksa atau darurat adalah: “Keadaan dimana salah satu pihak yang mengadakan akad terhalang untuk melaksanakan prestasinya” dalam pengertian keadaan memaksa dalam Pasal 40 Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah yaitu salah satu pihak dari yang menyepakati suatu perjanjian terhalang untuk melaksanakan prestasi. Terhalang disini adalah ada kesulitan dari salah satu pihak. Dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah

terdapat lanjutan tentang keadaan memaksa yaitu pada Pasal 42 yang berbunyi: “Kewajiban memikul kerugian yang tidak disebabkan kesalahan salah satu pihak dinyatakan sebagai risiko.” Maksudnya adalah keadaan memaksa merupakan sebuah risiko bagi para pihak yang menyepakati kontrak.

Syarat-syarat Keadaan Memaksa (*ForceMajeure*) Hukum Perdata dan Hukum Islam

Adapun syarat-syarat keadaan memaksa pada KUH Perdata 1244 yaitu:

- a. Debitur dapat membuktikan, maksud dari debitur dapat membuktikan adalah kewajiban debitur untuk membuktikan jika terjadi peristiwa keadaan memaksa. Misalnya seorang debitur melaporkan telah terjadi keadaan memaksa sehingga terjadi kesulitan untuk membayar kewajibannya. Maka untuk memastikan kebenaran dari laporannya, debitur harus membuktikan secara rinci dihadapan kreditur dan atau di Pengadilan. Jika dapat membuktikannya maka debitur akan di bebaskan akan membayar kewajiban biaya, rugi dan bunga.
- b. Bahwa hal tidak atau tidak pada waktu yang tepat dilaksanakannya perikatan, maksudnya adalah terdapat perbedaan waktu saat terjadinya peristiwa keadaan memaksa denga disepakatinya perjanjian. Dapat dipaparkan maka jika suatu transaksi jual beli secara tunai debitur tidak dapat melaporkan terjadi keadaan memaksa karena perjanjian tersebut sudah selesai ketika debitur menyerahkan uang sesuai dengan harga yang disepakati dan kreditur menyerahkan barang kepada debitur. Debitur dapat melaporkan peristiwa keadaan memaksa jika suatu perjanjian yang sudah disepakati tetapi pelaksanaannya belum selesai. Misalnya, seorang debitur datang ke bank untuk mengajukan kredit rumah, kemudian pengajuan tersebut di ACC oleh pihak bank. Debitur dan kreditur menyepakati isi perjanjian kredit rumah tersebut dengan membayar setiap bulan pada tanggal 2 sebesar Rp 5.000.000, 00 selama 48 bulan . Debitur pada bulan ke tujuh melaporkan telah terjadi peristiwa gempa bumi sehingga debitur sangat sulit untuk membayar angsuran pada pembayaran angsuran selanjutnya. Ketika debitur dapat membuktikannya maka debitur dibebaskan untuk tidak membayar biaya, rugi, dan bunga.
- c. Disebabkan suatu hal yang tak terduga, maksudnya adalah peristiwa tersebut terjadi secara tidak diduga oleh para pihak. Misalnya seorang debitur yang melakukan perjanjian kredit untuk usahanya tanpa diduga terjadi gempa bumi yang mengakibatkan usahanya bangkrut. Maka kejadian ini dapat disebut keadaan memaksa (*forcemajeure*).
- d. Tidak ada itikad buruk, tidak ada itikad buruk adalah debitur tidak memiliki itikad buruk untuk dapat dibebaskan melaksanakan kewajibannya. Misalnya seorang debitur yang sudah mengetahui informasi akan terjadi banjir besar di wilayahnya kemudian debitur mengajukan kredit di bank. Beberapa hari kemudian ternyata benar-benar terjadi banjir. Lalu debitur melaporkan ke bank telah terjadi

peristiwa banjir besar dan debitur menyampaikan kesulitan untuk membayar kewajibannya setiap bulan.

Kemudian syarat-syarat keadaan memaksa terdapat pada Pasal 41 berbunyi Syarat keadaan memaksa atau darurat adalah seperti:

- a. peristiwa yang menyebabkan terjadinya darurat tersebut tidak terduga oleh para pihak;
- b. peristiwa tersebut tidak dapat dipertanggung jawabkan kepada pihak yang harus melaksanakan prestasi;
- c. peristiwa yang menyebabkan darurat tersebut di luar kesalahan pihak yang harus melakukan prestasi;
- d. pihak yang harus melakukan prestasi tidak dalam keadaanberiktikad buruk.

Koperasi simpan pinjam syariah mempunyai badan hukum koperasi. Koperasi simpan pinjam syariah sebenarnya adalah unit syariah dari koperasi simpan pinjam konvensional. Kospin syariah ini berdiri tanggal 17 Agustus 2004 dan sudah berjalan sampai sekarang sehingga sudah ada 22 kantor unit syariah. Tidak berbeda dengan LKS lainnya, tujuan utamanya yaitu menghimpun dana dan juga menyediakan landing. Syarat tertentu apabila nasabah ingin mengajukan pembiayaan ke kospin jasa ini, atau cara-cara kospin melihat karakter nasabah, yang pertama Kospin ada referensi dari anggota lain. Yang pastinya karena anggota itu memberikan sumbangsih dalam prinsip juga mendapatkan hasil usaha dari koperasi sendiri, oleh karena itu dia juga berkewajiban untuk memberikan referensi dalam artian juga pengembangan dari kospin jasa syariah sendiri. Jadi antara nasabah dengan pihak koperasi itu sistemnya take and give. Kebanyakan yang menjadi nasabah adalah pelaku usaha UMKM. Dan ketika masuk, pihak kospin melihat karakter calon anggota, dengan cara melihat referensi atau melakukan crosscheck kepada anggota yang sudah bersinggungan secara tidak langsung. Selain itu juga mengecek perlakuan terhadap nasabah tersebut di lembaga keuangan lainnya, misalnya di BI checkingnya, dan lain-lain.¹²⁶

Nasabah yang mengajukan pembiayaan yang pasti ada juga yang perorangan. Dalam artian, walaupun bukan anggota koperasi tidak mengapa. Tetapi pada akhirnya nanti menjadi anggota. Jadi pada prinsipnya dari sebelumnya memang membiasakan untuk mencari referensi dari anggota yang sudah aktif. Karena pada dasarnya Kospin syariah membiayai anggota yang punya usaha. Dalam artian ketika anggota itu mempunyai usaha, otomatis dia mempunyai channel-channel pelaku usaha yang lain.

Apabila ada nasabah yang perlu dibantu karena mungkin kondisinya terpaksa harus menunggu atau mungkin pembiayaannya bisa ditangguhkan, maka itu dinilai sesuai dengan mekanisme, SOP atau pedoman. Dalam artian, walaupun koperasi, tetapi tetap dituntut untuk melakukan pelayanan prima dengan berdasarkan SOP. Ketika memang ada beberapa nasabah yang

¹²⁶ Joko Suranto Kospin Jasa Syariah, wawancara penelitian secara jarak jauh via Zoom Meeting.

mengalami hambatan dalam hal pemenuhan kewajiban dan sudah dilakukan pendekatan personal secara Bagus, kemudian memang ada upaya untuk melakukan penyelesaian, tetapi tidak ada kemampuan dana untuk melakukan pembayaran, maka diberikan alternatif yang pertama ada reschedule, kemudian kalau memang sisa kreditnya tidak terlalu besar, maka dari pihak kospin syariah bisa melakukan loring. Kemudian apabila semua langkah-langkah telah dilakukan dan memang sudah tidak ada jalan keluar penyelesaiannya, maka kospin syariah melakukan pendekatan personal. Dengan alasan karena adanya jaminan. Dengan jaminan tersebut, maka istilahnya penjualan aset yang ada sebelum masuk ke lelang. Kalau penjualan aset tidak bisa, ada juga yang disebut pengalihan aset. Mungkin kalau sudah seperti itu, maka jalan-jalan yang ditempuh sangat panjang. Jika dalam konsep gharimin, orang yang berutang kemudian tidak mampu, dapat diambil dari dana zakat. Intinya kospin syariah memang ada pos-pos tertentu misalkan zakat dari lembaga sendiri, dan mungkin ketentuan ini sangat-sangat selektif sekali.

Jika ada nasabah yang melapor ke kospin karena tidak bisa membayar dalam waktu beberapa bulan kedepan karena mungkin dia di PHK, atau terkena musibah. Sikap pertama yaitu menganalisa terlebih dahulu faktor apa yang mungkin menjadi penyebabnya. Biasanya ada tim khusus yang bertugas dalam hal-hal terkait kredit bermasalah, yang biasanya di laporkan jika dalam tataran yang sudah beresiko. Tetapi apabila masih dalam tataran yang bisa di handle sendiri, biasanya memberikan solusi alternatif. Karena memang di koperasi sendiri tidak ada peringatan-peringatan seperti yang diterapkan di perbankan. Karena koperasi sifatnya yang pertama pendekatan secara personal atau kekeluargaan seperti yang telah disampaikan sebelumnya mengenai apa masalah yang dialami, langkah-langkah antisipasinya seperti apa, atau memang dia gagal atau tidak bisa membayar dan lain sebagainya. Otomatis nantinya akan ada tim dari kantor pusat yang menangani. Namun terkadang ada juga yang diberikan keringanan untuk tidak membayar. Biasanya pihak kospin syariah memberi tenggang waktu beberapa bulan, kemudian menentukan juga kapan akan dilakukan penyelesaian. Contohnya pada tahun 2017, ada kebakaran di pasar Kendal. Karena pasar itu menjadi sumber penghasilan nasabah anggota kospin, maka anggota tidak bisa membayar kewajiban selama beberapa saat. Jadi nasabah tersebut mendatangi pihak kospin syariah dan menjelaskan kondisi yang sebenarnya menjadi alasan ketidakmampuannya membayar kewajiban untuk sementara waktu. Kemudian, apabila pihak kospin syariah cabang tidak dapat memberikan solusi, maka hal itu dilaporkan ke kantor pusat. Setelah itu dikeluarkanlah kebijakan yaitu diberi kelonggaran untuk menangguk pembayaran nasabah untuk beberapa saat. Selain itu, pada kondisi pandemi Covid-19 ini, ada beberapa sektor usaha yang mungkin terdampak, sehingga meminta kepada kospin untuk menunda kewajibannya. Kemudian ada penundaan pembayaran meskipun sistem keuangan kospin menjadi terganggu.

Terkait keadaan memaksa atau force majeure ini, belum ada atau belum dimasukkan secara tekstual kedalam kontrak awal saat nasabah diberikan

pembiayaan. Tetapi seperti yang telah disebutkan sebelumnya, bahwa dalam kondisi di masa pandemi covid-19 ini, telah terbukti bahwa keadaan memaksa ini telah dilaksanakan oleh kospin dengan membuka ruang keringanan jika memang ada nasabah yang terdampak. Artinya, walaupun secara klausul tidak tertera mengenai force majeure, tetapi pada praktiknya, maka akan tetap diberikan kebijakan seperti perpanjangan waktu pembayaran atau bahkan menghentikan pembayaran sementara untuk meringankan nasabah yang terdampak.

Di dalam Kospin Syariah ini juga ada pembiayaan yang konsumtif, yaitu pembiayaan pembelian kendaraan, yang mana nasabah dengan pembiayaan konsumtif ini sendiri ada beberapa yang tidak mempunyai usaha atau kemampuan membayar sama sekali, bahkan ada yang sampai melakukan penggadaian. Tetapi, ada beberapa sektor usaha yang hanya mengalami penurunan omset. Jika seperti itu, pihak kospin memberikan kebijakan agar nasabah tersebut hanya membayar sebagian dari angsuran atau hanya membayar marginnya saja. Oleh karena itu, karena hanya membayar marginnya saja, otomatis sisa pokok dari pembiayaan tersebut, tenornya akan semakin panjang. Pada perpanjangan masa pembayaran, ada nasabah yang mendapatkan 3 bulan, ada yang lebih. Jadi ini tergantung dengan tingkat dari tim analisis, yaitu tingkat kemampuan membayar dari nasabah tersebut. Misalkan angsurannya selama dua tahun, kemudian ditambah dengan kebijakan pembayaran sebagian angsuran selama tiga bulan hanya untuk pembayaran margin saja, maka kontrak tersebut akan bertambah menjadi 27 bulan atau 2 tahun 3 bulan. Dan pada 3 bulan terakhir, nasabah ataupun calon anggota dibebankan untuk pembayaran sisa dari pokok tersebut.

Jika dilihat dari sisi rugi atau tidaknya, maka tentu saja ada kerugian secara keuangan yang dialami oleh kospin. Kerugian ini dikarenakan pihak kospin juga membayar kewajiban kepada penyimpan, dan mungkin kewajiban itu semakin outstanding berjalan semakin berjalan lama, dan secara otomatis, kewajiban kepada penyimpan juga semakin banyak. Tetapi tentu saja ada dana cadangan, yang digunakan apabila ada kejadian diluar teknis ataupun kejadian yang tidak diinginkan pada proses pembiayaan. Dan merujuk kepada keadaan sekarang ini, kantor kospin mulai bulan agustus 2020 sudah normal dan pembiayaan juga sudah bisa dijalankan walaupun sangat-sangat ekstra selektif, atau dua kali lebih selektif dari biasanya.

Force majeure adalah keadaan atau peristiwa yang terjadi diluar kuasa nasabah yang mengakibatkan nasabah tidak dapat memenuhi kewajibannya pada bank. Biasanya kalau dilihat dari yang tertera pada klausulnya, dapat dirincikan antara lain seperti peristiwa banjir, longsor, bencana alam, kebakaran, epidemi. Kalau di klausul saja epidemi termasuk force majeure, maka tentu saja pandemi juga termasuk. Apalagi secara pengertian, pandemi itu jangkauannya benar-benar luas tidak seperti epidemi yang masih dalam jangkauan lokal. Keadaan pandemi yang kita rasakan sekarang ini yaitu pandemi covid-19, maka keadaan tersebut juga termasuk force majeure. Sebelum covid ini, Rudy Rinaldi sebagai Syariah Advisor di CIMB niaga syariah mempunyai pengalaman dalam menghadapi keadaan memaksa.

Contohnya seperti gempa dan tsunami di Palu. Pernah juga ada nasabah dari CIMB niaga syariah di Sumatera yang rumahnya longsor. Ada juga pabrik nasabah yang kebakaran di Jawa Tengah. Tetapi dalam kasus pabrik ini, karena pabrik itu sudah diasuransikan dan sudah turun juga kewajibannya, akhirnya selesai. Di Palu dan Sumatera, nasabah mendapatkan keringanan yaitu penundaan. Kalau di Palu, karena sifatnya sudah sangat luas yaitu sampai satu daerah, maka untuk yang seperti itu pasti ada pedoman dari regulator setempat misalnya dari OJK Sulawesi. Jadi sudah ada arahan dari daerah stimulus tebal, untuk memberikan restrukturisasi atau kebijakan lain kepada nasabah yang terdampak. Jadi ada kelonggaran-kelonggaran dari sisi pelaporan, serta adanya penundaan kewajiban. Kalau dalam kondisi musibah yang jangkauannya daerah saja sudah ada penanganan untuk memberikan keringanan, maka tentu saja kondisi pandemi covid juga pasti ada. Apalagi kalau terkait covid itu daerah stimulusnya pusat, skala nasional. Kalau seperti itu lebih enak karena sudah ada gainancenya, jadi dari pihak CIMB niaga syariah cabang hanya tinggal mengikuti tuntunan dari OJK. Jika ada hal lain diluar tuntunan OJK, maka itu tergantung akad juga. Misalnya kalau pada akad murabahah, maka sudah putus, barang itu sudah jadi milik nasabah, yang tersisa hanya tinggal kewajiban. Jika seperti itu maka angsurannya bisa diringkankan. Yang susah itu apabila dampak MMQ. Kalau di IMBT itu kebetulan pihak CIMB Niaga Syariah belum pernah menjual untuk yang sifatnya perumahan, karena di IMBT itu harus milik bank. Sedangkan apabila mengacu pada hukum, maka pemberi sewa itu harus pemilik dan hal tersebut harus dibuktikan dengan hitam putih di atas kertas. Tetapi ada juga beberapa pihak yang berani memakai dokumen bayangan. Untuk hal ini, masih ada isu legal yang tidak menerima bukti tersebut. IMBT itu untuk tanah dan bangunan. Dan kalau itu adalah MMQ, maka jadinya adalah kongsi. Kalau kongsi, ini terbilang susah. Kebetulan kejadian longsor di Sumatera itu adalah MMQ. Bagian belakang rumah milik nasabah tersebut longsor, dan akhirnya dia melapor ke bank. Hal tersebut masih bisa ditangani oleh cabang, jadi tidak perlu ditangani oleh pusat. Karena di cabang penanganannya terbatas, maka tidak ada eskalasi. Setelah nasabah beberapa kali mengirim surat dan mendatangi cabang, maka pihak cabang meminta nasabah tersebut untuk menghitung biaya yang telah digunakan oleh nasabah tersebut untuk merenovasi rumahnya, karena nasabah tersebut telah merenovasi rumahnya terlebih dahulu sebelum melaporkannya ke cabang. Hal ini perlu dilakukan evaluasi atas posisi persentasi syirkah karena pembiayaannya sudah lama, dan harga nilai asli itu sudah naik. Dulu, pihak cabang dan nasabah bersepakat apabila MMQ itu tidak berubah dalam hal pembiayaan.¹²⁷

Dalam hal musibah kebakaran yang terjadi menurut pengalaman pihak CIMB niaga syariah, pabrik yang terbakar tersebut sudah memiliki asuransi.

¹²⁷Rudy Rinaldi Pratama Syariah Advisor CIMB Niaga Syariah, wawancara penelitian secara jarak jauh via Zoom Meeting.

Tapi dari pihak asuransi mencurigai adanya ada unsur kesengajaan. Dan akhirnya diselidiki oleh polisi dan ahli. Setelah dicek dan diselidiki, ternyata tidak ada unsur kesengajaan. Kalau dari LKS, pihak LKS mengadakan penundaan pembayaran terlebih dahulu karena pabriknya benar-benar terbakar. Dan setelah asuransi cair, langsung tutup fasilitas. Biasanya, yang di asuransikan itu yang menjadi jaminan. Jadi kalau misalnya dalam skala besar, seperti pabrik ataupun perusahaan, pihak LKS meminta diasuransikan. Asuransi ini tergantung bargaining juga, untuk mengetahui lebih kuat di nasabah atau lebih kuat di bank. Ada nasabah sangat Bagus, dalam artian nasabah tersebut memang memiliki trackreport yang bagus, sehingga pihak LKS memberina pricing rendah. Jika seperti itu, maka pihak LKS lah yang mengalah dan mengasuransikannya. Jika seperti itu, maka margin LKS makin menipis karena ada biaya asuransi yang diambil dari keuntungan tersebut. Speeti yang telah disebutkan sebelumnya, itu tergantung bargaining. Bargaining bank yang diatas, atau bargaining bank yang dibawah. Kalau nasabahnya semakin bagus, maka bargaining nasabah makin besar. Dikarenakan nasabah yang biasanya telah mempunyai bank assisting, jadi nasabah tidak ingin pindah karena harus membayar biaya administrasi atau asuransi lagi dan lain sebagainya. Misalnya apabila asuransinya tidak terkait dengan asuransi pembiayaan, misalnya kebakaran, maka pihak LKS meminta ke DPS untuk keleluasaan. Apabila nasabah sudah diikat agunannya dengan asuransi sebelumnya yang merupakan asuransi konvensional, biasanya DPS memberikan keleluasaan yaitu apabila nasabah ingin melanjutkan asuransi konvensional yang lalu maka tidak apa-apa. Karena jika pindah asuransi, nasabah juga tidak ingin membayar biaya lebih. Biasanya ketika asuransinya yang lama habis jangka waktunya, naru nasabah tersebut membuat asuransi baru dan tidak boleh yang berjenis konvensional, karena kerja samanya dengan bank syariah sehingga asuransi yang digunakan juga harus asuransi syariah.

Jadi intinya, untuk forcemajeure ini sudah diantisipasi oleh bank. Untuk urusan forcemajeure dalam akad, dilakukan seperti ini. Karena dalam klausulnya memang diwajibkan adanya regulator dalam akad. Didalam akad itu yang pertama ada definisi. Kedua nasabah harus memberi tahu. Jadi info ini harus dari nasabah, maksimal beberapa hari setelah kejadian. Karena kalau nasabah tidak memberi tahu, bank bisa jadi tidak tahu. Contohnya seperti kejadian yang di Sumatera. Di awal pihak CIMB niaga syariah tidak tahu. Setelah nasabah tersebut menggunakan uangnya untuk renovasi, dan incomenya jadi menurun, baru dia melapor pada bank. Jika seperti tui, pihak LKS menjadi susah mengaksesnya. Kalau misalnya pelaporan lebih cepat dilakukan, akan lebih mudah untuk menentukan strateginya seperti apa, misalnya dengan menurunkan kewajibannya terlebih dahulu karena ia sedang kesulitan. Informasi mengenai peristiwa forcemajeure itu 14 hari. Dan kalau di lihat lagi di klausul itu kalau ada muncul, nanti akan diselesaikan dengan cara musyawarah mufakat atau negosiasi mengenai berpengaruh atau tidaknya peristiwa forcemajeure terhadap income yang dihasilkan nasabah.

Terkait dengan covid-19 kebijakan stimulusnya sudah keluar, pihak LKS mengikuti apa yang diberlakukan oleh OJK saja. Stimulus terkait kolektibilitasnya, pelaporan, dan semua hal lainnya harus ditandai bahwa hal tersebut disebabkan karena covid yang diserahkan kepada OJK dan BI. Semua bank mengalami. Yang belum, walaupun ini kabarnya masih raw, tapi kalau di konvensional sudah clear, pemerintah itu akan memberikan subsidi angsuran. Kalau di syariah, pihak CIMB niaga syariah baru clear di murabahah dan ijarah. Kalau di musyarakah bingung, karena kalau di musyarakah, apabila ada stimulus bantuan dari pemerintah, pemerintah tidak mau bahasanya itu bantuan kepada bank. Tetapi inginnya, bahasanya adalah bantuan kepada nasabah. Karena kalau bantuan kepada bank itu kan berarti bantuan kepada pengusaha. Bukan kerakyatan. Bantuannya bantuan kepada nasabah agar kolektibilitasnya tidak menurun, terus juga di satu sisi bank ekonominya masih bisa berputar. Karena bank mengelola uang masyarakat, khususnya pada masa covid ini banyak masyarakat yang menarik uang dari bank untuk kebutuhan sehari-hari. Jadi di satu sisi karena sedang banyak yang menarik dana, kalau kreditnya macet dari mana lagi, padahal dana bank masih ada di tempat yang lain atau di nasabah financing. Yang belum clear itu musyarakah karena kan contoh ya, di musyarakah itu, kolektibilitas itu diatur dengan hasil antara rbh banding rph. Realisasi bagi hasil dibandingkan dengan proyeksi bagi hasil. Kalau misalkan realisasinya diatas 80%, maka kolektibilitas nasabah itu 1 atau lancar. Tapi kalau dibawah 80% diatas 70% kalau tidak salah, maka itu turun menjadi kolektibilitas 2 dan bank harus menyediakan pencadangan. Lagi-lagi kalau menyediakan pencadangan seperti ini, sistem menjadi tidak bergerak atau tidak memutar karena ada beberapa dana yang harus dicadangkan untuk kerugian. Kalau pemerintah mengasih, kalau musyarakah itukan harus tetap sterilisasi. Jadi bagaimana pemerintah mau memberikan kalau seperti itu. Kalau untuk modal, tetap saja karena untuk subsidi akuisisi modal atau nasabah mengakuisisi modal bank, tetap saja kalau secara kolektobiltas tidak berpengaruh. Karena dia tetap turun kolektibilitasnya dan bank harus tetap memunculkan pencadangan. Jadi ini adalah problem. Sebelumnya itu dicari-cari caranya sampai bingung. Bingung karena nasabah harus merelakan hak terlebih dahulu. Jadi katakanlah realisasi bagi hasilnya turun dan hanya 60%, maka nasabah itu merelakan terlebih dahulu sehingga tetap di angka di maintain diatas 80%. Nasabah merelakan haknya terlebih dahulu. Persis seperti PER (Profit Equalization Reserve), incomesmoothing, tetapi ini yang melakukannya nasabah. Baru setelah nasabah tersebut tanazul haq, dan stimulus masuk, itulah uang yang digunakan nasabah untuk kerelaan hak ke bank. Hanya saja sampai sekarang belum terlaksana karena belum ada yang berani dari kemarin pihak LKS kumpul di OJK, dari bank belum ada yang berani memberikan stempel 'oke' karena LKS harus ke DSN yang mengokekan. Karena selama ini fatwa yang ada terkait tanazul haq, incomesmoothing, itu bank yang memberikan. Tidak ada nasabah yang memberikan itu. Bank yang seharusnya memberikan hak itu, bukannya nasabah.

2. Pelaksanaan Keadaan Memaksa di Lembaga Keuangan Syariah dalam Sistem Common Law

Doktrin Keadaan Memaksa Dalam English Common Law¹²⁸

Sebelum jauh membahas konsep keadaan memaksa dalam English Common Law, kita perlu mengetahui bahwa istilah yang digunakan untuk frase keadaan memaksa adalah *frustration*. Berbeda dengan hukum Belanda yang menggunakan istilah *force majeure*. Nampaknya doktrin hukum kolonial negeri kincir angin telah mengakar di Indonesia sehingga akademisi dan praktisi hukum kita lebih familiar dengan istilah *force majeure* daripada *frustration*.

Frustrasi adalah doktrin hukum kontrak Inggris yang bertindak sebagai alat untuk mengesampingkan kontrak di mana peristiwa tak terduga membuat kewajiban kontrak menjadi tidak mungkin, atau secara radikal mengubah tujuan utama pihak tersebut untuk menandatangani kontrak.¹²⁹

Lord Radcliffe mendefinisikan konsep frustrasi modern dalam *Davis Contractors Ltd vs. Dewan Distrik Kota Fareham*: ... frustrasi terjadi setiap kali undang-undang mengakui bahwa, tanpa gagal bayar salah satu pihak, kewajiban kontrak menjadi tidak dapat dilaksanakan karena keadaan di mana kinerja diminta akan menjadikannya sesuatu yang sangat berbeda dari yang dilakukan oleh kontrak.

Selanjutnya, EwanMcKendrick memberikan lebih banyak rincian tentang definisi frustrasi, yang menyatakan bahwa 'kontrak adalah frustrasi dimana, setelah kontrak selesai, terjadi peristiwa yang membuat pelaksanaan kontrak tidak mungkin, ilegal atau sesuatu yang sangat berbeda dari yang ada dalam kontemplasi para pihak di saat mereka menandatangani kontrak '

Doktrin kontrak absolut diekspresikan dengan jelas dalam *Paradine vs Jane*, dan doktrin inilah yang telah lama menahan perkembangan doktrin frustrasi. Seperti yang telah dibahas sebelumnya, pengadilan sering kali enggan untuk campur tangan dalam hubungan kontrak pribadi, tetapi lebih memilih untuk menahan pihak-pihak dalam kontrak mereka jika memungkinkan. Sebuah kontrak dianggap 'mutlak' dan tidak ada alasan bahwa faktor eksternal dapat mengubah kinerja kecuali jika diatur dalam kontrak: Ketika pihak tersebut dengan kontraknya sendiri membuat tugas atau beban atas dirinya sendiri, dia terikat untuk melakukannya dengan baik, jika dia mungkin, terlepas dari kecelakaan apapun karena kebutuhan yang tak terhindarkan, karena dia mungkin telah mengaturnya melalui kontraknya. Terdapat perbedaan antara peristiwa yang terjadi sebelum kontrak disepakati dan peristiwa yang terjadi setelahnya, dengan peristiwa

¹²⁸Ibrahim Saad Alhowaimil, *Frustration of Performance of Contracts: A Comparative and Analytic Study in Islamic Law and English Law*. Thesis of the Degree of Doctor of Law from Brunel University of Law.

¹²⁹ https://en.wikipedia.org/wiki/Frustration_in_English_law

yang berdampak pada kelanjutan kontrak. Umumnya, rasa frustrasi hanya akan berkaitan dengan peristiwa yang terjadi setelah kontrak disepakati. Kontrak disepakati dan telah dimulai, dan kemudian terjadi peristiwa yang menggagalkan kontrak, menyebabkan kontrak berakhir.

Jika peristiwa intervensi benar-benar terjadi sebelum kontrak disepakati, ini biasanya tidak akan menimbulkan frustrasi; sebaliknya, kontrak akan dianggap batal karena kesalahan. Hal ini karena peristiwa yang tidak diketahui yang terjadi sebelum pembuatan kontrak membuat kondisi menjadi sangat berbeda, menyebabkan kontrak dibentuk pada kondisi yang sebenarnya bukan merupakan kesalahan. Meskipun kedua doktrin tersebut saling terkait dan memiliki kesamaan, terdapat perbedaan yang sangat penting antara keduanya: dengan kesalahan kontrak akan dianggap batal ab initio, yang berarti bahwa kontrak harus dianggap seolah-olah tidak pernah ditandatangani; Dengan rasa frustrasi, kontrak tersebut dianggap telah ada tetapi akan diakhiri sejak tanggal kejadian yang membuat frustrasi tersebut. Dalam kasus penobatan dimana kontrak habis karena frustrasi, seperti di *Krell vs Henry*, pembatalan prosesi penobatan menyebabkan kontrak bagi kedua belah pihak menjadi frustrasi karena peristiwa tersebut terjadi setelah pembentukan kontrak. Namun, dalam salah satu kasus ini, yaitu *Griffith vs Brymer*, sebuah ruangan dibongkar untuk melihat prosesi penobatan. Perlakuan hukumnya berbeda karena dalam hal ini pembatalan tidak diketahui oleh kedua belah pihak yang menandatangani kontrak ketika prosesi sudah dibatalkan. Kontrak ditemukan batal karena kesalahan.

Kedaaan Memaksa Karena Ketidakmungkinan Kinerja/Prestasi Kontrak dalam Hukum Inggris¹³⁰

Istilah ketidakmungkinan dan frustrasi terkadang digunakan sebagai kata-kata yang dapat dipertukarkan yang berarti doktrin yang sama. Beberapa penulis menggunakan kemustahilan supervening atau tidak mungkin secara fisik dan hukum daripada frustrasi, atau sebagai kata-kata yang identik. Faktanya, doktrin frustrasi lebih luas dari pada istilah kemustahilan; dengan demikian, ketidakmungkinan benar-benar merupakan aspek atau bagian dari doktrin frustrasi kontrak karena peristiwa atau penerapan frustrasi dapat timbul karena sejumlah alasan, seperti ketidakmungkinan yang supervening, ilegalitas, ketidakpraktisan atau frustrasi tujuan.

Ketidakmungkinan pelaksanaan kontrak secara sederhana berarti bahwa pelaksanaan janji yang secara fisik tidak mungkin dilakukan oleh orang tersebut untuk melaksanakan kontrak karena peristiwa tertentu yang telah terjadi setelah pembentukan kontrak, yang diakui berada di luar kendali para pihak. Kasus kemustahilan yang paling jelas dan paling sering adalah ketika hal itu berkaitan dengan materi pokok kontrak, di mana efek

¹³⁰ Ibrahim Saad Alhowaimil, *Frustration of Performance of Contracts: A Comparative and Analytic Study in Islamic Law and English Law*. Thesis of the Degree of Doctor of Law from Brunel University of Law.

peristiwa pada materi pokok kontrak lebih aplikatif daripada keadaan di sekitar para pihak, terutama dalam kasus kontrak komersial.

Ada dua jenis ketidakmungkinan kinerja yang melaksanakan tugas kinerja berdasarkan kontrak. Ketidakmungkinan subyektif disebabkan oleh ketidakmampuan masing-masing promisor untuk berprestasi, misalnya karena sakit atau meninggal dunia, tetapi bukan tidak mungkin bagi pihak lain. Ketidakmungkinan obyektif berarti bahwa tidak ada yang bisa membuat pertunjukan.

Perbedaan antara ketidakmungkinan obyektif dan subyektif tampaknya diturunkan dari sistem hukum sipil di mana yang pertama lebih mudah dianggap daripada yang terakhir sebagai dasar pelepasan. Untuk tujuan ini, kemustahilan dianggap sebagai obyektif ketika kinerja tidak dapat diberikan oleh siapa pun, dan sebagai subjektif ketika tidak dapat diberikan oleh promisor karena beberapa disabilitas pribadi untuk dirinya sendiri, tetapi tidak diberikan oleh orang lain. Harus ditekankan bahwa itu tidak berarti bahwa ketidakmungkinan subjektif tidak pernah dapat memberikan pembelaan kepada debitur.

Secara keseluruhan, kontrak harus secara obyektif tidak mungkin dilaksanakan; pandangan subjektif dari para pihak mengenai keadaan mereka dan kemampuan pribadi mereka untuk melaksanakan kontrak biasanya tidak akan diperhitungkan. Demikian pula, jika salah satu pihak aktif dalam membuat ketidakmungkinan, kontrak tidak akan dilihat sebagai tidak mungkin secara obyektif melainkan sebagai telah dilanggar. Sebaliknya, beberapa kontrak akan dianggap absolut secara obyektif, dan niat subjektif dari para pihak dalam membentuk kontrak dan tingkat kesalahan mereka dalam menyebabkan ketidakmungkinan kinerja tidak akan relevan.

Selain itu, pembelaan ketidakmungkinan menjadi tersedia hanya jika ketidakmungkinan objektif ada. Ketidakmungkinan obyektif terjadi ketika kewajiban kontraktual sebenarnya tidak dapat dilaksanakan. Misalnya, jika seorang musisi berjanji untuk mengadakan konser di gedung konser tertentu tetapi gedung konser tersebut kemudian terbakar habis, tidak mungkin untuk tampil sesuai dengan perjanjian kontrak dan musisi tersebut akan dibebaskan dari pertunjukan di tempat tersebut. Ketidakmungkinan subyektif ada ketika hanya satu pihak dalam kontrak yang secara subyektif percaya bahwa dia tidak dapat menyelesaikan kinerja yang diminta.

Di Malaysia ada satu peraturan spesifik atau dibawah polisi dokumen ijarah ada di website bank negara Malaysia di bagian ijarah. Disana disebutkan satu klausa yang berkenaan dengan forcemajeure dalam kontrak ataupun akad ijarah. Jadi, terkait forcemajeure ini memang ada penyelesaian-penylesaiannya. Ini bermakna konsep forcemajeure itu diterima didalam amalan perbankan islam di Indonesia. Entah di civil law atau UU negeri, sepertinya terdapat aturan mengenai forcemajeure, dimana hal ini dalam bahasa inggris disebut sebagai doktrin offrastese atau in ability duta from contract. Jadi kalau ada perjanjian, kontrak atau akad dengan satu orang dan orang tersebut tidak bisa melaksanakan kontrak akibat forcemajeure atau perbuatan diluar kekuasaan kita seperti peperangan, angin ribut, angin topan,

atau kalau di Indonesia mungkin gunung berapi, itu mungkin adalah faktor-faktor yang menimbulkan *forcemajeure* yang menyebabkan impossibility ataupun kemustahilan untuk melaksanakan akad yang telah disetujui. Itulah segi konsepnya yang memang ada di dalam peraturan yang berlaku di Malaysia. Hanya saja dalam konteks ijarah yang telah disebut tadi, jadi penyelesaian dari pihak penyewa atau mustajirah jika tidak dapat menunaikan ijarahnya, maka diminta supaya dia menanggung ataupun menyelesaikan perkara itu dengan cara asuransi atau takaful. Jadi takaful itu akan membayar ganti rugi. Ini juga menimbulkan beberapa perdebatan atau perbincangan karena pihak takaful merasa agak keberatan untuk menanggung ganti rugi akibat *forcemajeure* ini.¹³¹

Dalam kontrak yang dibuat antara nasabah dengan lembaga keuangan, terdapat pasal tentang *forcemajeure*. Itu adalah salah satu standar kontrak di Malaysia. Ada peruntukan tentang *forcemajeure*. Kalau tidak ada pun, dari segi hukum tidak melarang pihak yang tidak mungkin dapat melaksanakan akadnya untuk pergi ke mahkamah yang dipanggil dalam bahasa arab *isqatul mujibat*. Artinya, dengan berlakunya kejadian yang tidak di inginkan ini, menyebabkan dia boleh memohon kepada mahkamah atau *qady* untuk *isqat* atau menggugurkan tanggung jawabnya. Dengan izin hakim atau *qady* dia boleh melaksanakan konsep *iqalah*. Maksudnya dia mengatur ulang pembayaran yang dilakukan dan apabila tidak mampu, maka dia dimaafkan.

Di Malaysia, sengketa antara nasabah dengan bank Islam ditangani oleh Pengadilan Negeri atau kalau di Malaysia biasa disebut Mahkamah Sivil. Hal ini tidak ditangani oleh Mahkamah Syariah. Mahkamah tidak diberikan kuasa ataupun wewenang. Mahkamah syariah hanya boleh membicarakan atau menangani kasus-kasus yang berkaitan dengan kekeluargaan saja. Dan juga sesama orang islam saja. Jadi kalau misalnya walaupun kekeluargaan tapi melibatkan non muslim, itu akan ditangani oleh mahkamah sivil. Tetapi, perbankan islam atau syariah di Malaysia itu dibuka untuk umum atau dalam artian tidak mensyaratkan hanya muslim saja yang boleh membuka rekening. Jadi apabila ada persengketaan antara nasabah dengan bank, maka mahkamah syariah tidak boleh mengadili karena kekurangan di segi wewengannya. Oleh karena itu yang menangani adalah pengadilan negeri atau mahkamah sivil.

Terkait hukum civil di Malaysia mengenai syarat *forcemajeure*, kalau di lihat dalam mazhab syafi'i, tidak banyak terdapat perbincangan mengenai ini. Tetapi jika dilihat dalam mazhab maliki, disana banyak perbincangan mengenai kejadian alam ataupun akibat dari manusia. Mereka memetik hadits pada zaman rasulullah tentang peristiwa yang bersangkutan. Jadi berdasarkan hadits tersebut maka timbullah adanya perbolehan untuk menggugurkan atau membatalkan akad akibat dari *forcemajeure*.

Kalau dari segi penyebab *forcemajeure*, baik Indonesia maupun Malaysia sama saja. Yaitu terjadinya *forcemajeure* karena adanya musibah,

¹³¹ Prof Ahmad Hidayat Buang, Malaysia University, Malaysia, wawancara penelitian secara jarak jauh via Zoom Meeting.

bencana, atau peperangan. Tapi dari segi ini dibagi menjadi dua, yang pertama kejadian yang disebabkan oleh alam seperti banjir, gempa, angin ribut, dan lain sebagainya. Dan yang kedua adalah kejadian yang disebabkan oleh manusia seperti peperangan ataupun kecelakaan.

Kalau memang pandemi yang terjadi sekarang ini sampai pada tahap atau tingkat tidak mungkin dapat dilaksanakan akad tersebut maka mungkin akan dapat dianggap sebagai *forcemajeure*. Tetapi pendapat dari Profesor Ahmad Hidayat Buang dari Malaysia University, walaupun ada pandemi, masih diperbolehkan dilakukannya aktivitas-aktivitas perdagangan atau ekonomi. Jadi walaupun ada pandemi, tanaman, ikan, ataupun hal pokok lainnya tidak mati. Jadi, menurutnya itu belum sampai pada tahap diberlakukannya *forcemajeure*. Baginya, hal-hal yang jadi penyebab pemberlakuan *forcemajeure* adalah kejadian alam yang benar-benar merusakkan semua dan juga perbuatan manusia yang menyebabkan tak mungkin bagi kita melaksanakan aktivitas ekonomi akibat dari halangan-halangan tersebut. Tapi kalau pandemi ini hanya halangan yang bersifat sementara.

Sudah ada kebijakan yang diberlakukan otoritas bank Malaysia yang berupa pemberian keringanan bagi nasabah yang mungkin terdampak covid-19. Jadi pada saat bulan maret, sudah diberikan penangguhan pembayaran kepada peminjam-peminjam ataupun pihak debitur sampai dengan bulan september. Maka masalahnya sekarang ini, akibat dari kelonggaran tersebut bank yang menanggung kerugian. Pihak bank di Indonesia saja menanggung kerugian sebanyak sekitar 9 miliar ringgit.

Di Malaysia, tata cara untuk pemberian pinjaman itu ketat. Dimana sebelum seseorang boleh meminjam, ia harus membuktikan bahwa ia mampu membayar, atau income yang dia dapatkan harus sesuai dengan kadar pinjamannya. Dalam artian juga, dia tidak memiliki hutang lain dan tidak membagi penghasilannya itu. Itu disebut dengan *credit assesment*. Jadi, walaupun ada yang tidak bisa membayar dikarenakan kejadian seperti yang telah disebutkan sebelumnya, itu hanya sebagian kecil atau hanya sedikit yang mengalami itu. Di bank ada dua macam nasabah. Yang pertama perorangan. Apabila yang bermasalah dalam melakukan pembayaran adalah perorangan, itu bukan menjadi masalah yang besar karena jumlahnya kecil. Dan nasabah yang kedua adalah institusi, company, atau perusahaan. Apabila perusahaan membuat pinjaman dengan bank, sekali lagi ada penilaian kreditnya dari pihak bank. Namun terkadang, aktivitas perdagangan dari pihak perusahaan itu tidak berjalan dengan baik, yang menyebabkan pihak perusahaan tidak mampu membayar kewajibannya kepada pihak bank. Inilah yang menyebabkan suatu bank tutup atau bankrut, karena dana yang terlibat jika berhubungan dengan perusahaan itu besar. Selanjutnya, hutang di Indonesia kebanyakan bukan untuk perumahan ataupun kendaraan, tetapi lebih banyak kepada *creditcard*. Jadi, hutang-hutang yang banyak tidak dibayar adalah hutang yang berasal dari penggunaan kartu kredit yang berlebihan.

Dalam masa pandemi ini, di Indonesia diberlakukan beberapa kebijakan yaitu khususnya untuk lembaga keuangan negara, yaitu apabila

nasabah dalam kondisi tidak mampu membayar angsuran, maka si nasabah ini diberikan kesempatan boleh memilih. Jadi kalau di sini tidak di pukul rata bahwa semua orang terkena kebijakan penundaan pembayaran. Akan tetapi, apabila nasabah mampu, maka boleh melanjutkan dan apabila tidak mampu maka boleh dengan proses-proses tertentu perjanjian ini dibuat ulang atau di restrukturisasi. Jadi seperti yang tadi telah disampaikan, pihak bank di Malaysia juga memberikan kebijakan penangguhan kepada customer atau nasabah. Kebijakan tersebut berlaku secara otomatis, dalam artian semua nasabah terkena kebijakan tersebut atau istilahnya adalah pukul rata. Jadi walaupun mampu apalagi yang tidak mampu, semuanya akan mendapatkan pengecualian atau penangguhan pembayaran hutang kepada bank sampai dengan bulan september nanti. Setelah bulan september, akan diberlakukan seperti di Indonesia. Yaitu nasabah bisa memilih. Apabila masih belum mampu membayar, nasabah boleh memohon untuk diberlakukan pengecualian. Tetapi ini hanya berlaku untuk pihak yang terpilih saja, berdasarkan kriteria yang ditentukan oleh bank. Kriterianya antara lain hilang pekerjaan dan penghasilan akibat pandemi ini. Dan pada nasabah yang merupakan perusahaan, akan diberikan penangguhan apabila memang perusahaan tersebut tidak dapat beroperasi sehingga tidak memiliki penghasilan dan tidak mampu membayar kewajibannya kepada bank.

Ada statement di Islamic Bank di Indonesia, yang mengatakan bahwa dengan penangguhan ini pun ada keuntungan untuk bank. Berbeda dengan yang tadi disampaikan, bahwa bank dalam kondisi siaga karena pembayaran yang dilakukan oleh nasabah ditangguhkan terlebih dahulu. Tapi informasi yang saya dapat dari wawancara di bank islam di Indonesia, bahwa ini ada keuntungan yang didapatkan oleh pihak bank yaitu reputasi. Apabila tetap pembayaran oleh nasabah tetap dilakukan tanpa adanya penangguhan itu walaupun nasabah tidak mampu, maka nanti akan berdampak bank tersebut dalam kondisi tidak sehat karena banyak kredit macet. Apabila hal tersebut terjadi, maka resiko bagi bank lebih besar.

Menurut penuturan Profesor Ahmad Hidayat Buang, kalau di Malaysia sendiri, yang mendapatkan reputasi baik atau pujian adalah pemerintah. Karena di bank ini, anggapan bahwa dengan bank memberikan penangguhan maka bank akan terbebas dari reputasi memiliki kredit macet, itu hanyalah sebuah presepsi. Karena bagi bank, yang terpenting adalah audit keuangannya. Dengan kata lain, yang menentukan bank itu sehat atau sebaliknya adalah audit reportnya serta audit input keuangannya. Itu yang lebih berguna bagi bank kalau menurutnya. Statement yang disebutkan sebelumnya mungkin kurang sesuai bagi bank. Tetapi untuk politik, mungkin sesuai. Apabila memang ingin mengatakan bank itu dalam kondisi sehat atau tidak, harus menunjukkan laporan keuangan.

Kalau di bank islam ini, setiap akad itu punya dampak lain. Misalnya dalam murabahah, maka akan ada perpindahan kepemilikan walaupun nanti pembayarannya secara cicil. Tetapi secara kepemilikan itu sudah pindah ke nasabah pada saat akad itu disepakati. Ketika misalnya ada ijarah muntahiya bittamlik, ijarah muntahiya bittamlik ini bisa berpindah kepemilikan ketika

ijarahnya sudah berakhir. Perpindahan kepemilikan ini biasanya adanya di akhir, yaitu setelah pembiayaan selesai. Maka dari itu, ini berarti ketika pandemi yang berlaku ini adalah akad ijarah. Berarti sewa ataupun upah. Adapun kalau mudharabah ataupun musyarakah ataupun musyarakah mutanaqisah yaitu akad kerjasama, maka kepemilikannya ini adalah kepemilikan kedua belah pihak karena bentuknya adalah kerja sama.

Seperti tadi yang telah sebutkan, menurut Profesor Ahmad Hidayat Buang pribadi, beliau tidak menganggap pandemi covid-19 ini sebagai sebab terjadinya force majeure. Karena syarat dari force majeure ini satu, harus ada kemustahilan dalam pelaksanaan akad. Maksudnya tidak ada cara yang bisa dilakukan untuk melaksanakan akad ini, dalam kata lain impossible atau tidak mungkin. Yang kedua yaitu, berlakunya kehilangan barang yang diakibatkan oleh kejadian forcemajeure. Itulah yang menyebabkan forcemajeure berlaku. Dan apabila pada kontrak ijarah berlaku forcemajeure, maka itu boleh digugurkan. Jadi dalam konteks ini, yaitu pandemi covid-19 itu bagi beliau tidak mencukupi syarat-syarat hilangnya barang ataupun mustahilnya untuk melaksanakan kontrak. Kontrak masih bisa tetap dilakukan walaupun ada beberapa halangan tertentu seperti halangan perjalanan, pergerakan, dan lain sebagainya yang terjadi karena pandemi covid-19. Andaikan pandemi adalah salah satu force majeure yang mengakibatkan mustahilnya melaksanakan kontrak atau akad, maka ketika itu akan ambil hukum force majeure. Hukum force majeure itu maksudnya adalah tanggung jawab yang digugurkan. Dan apabila tanggung jawab digugurkan, maka masing-masing pihak tidak ada lagi tanggung jawab lagi untuk menyerahkan barang atau untuk membayar harga. Hanya saja kalau di Malaysia, seperti yang disebutkan tadi, ada syarat untuk mengambil asuransi atau takaful untuk menjamin. Jadi kalau ada kerusakan atau kehilangan yang berakibat pada kemustahilan melakukan tanggung jawab, maka kerugian akan ditanggung atau dibayar oleh pihak asuransi atau takaful. Cara mengatasi dalam perbankan islami ataupun keuangan syariah bagi kejadian-kejadian forcemajeure ini, dijamin ataupun diganti ataupun ditanggung oleh pihak asuransi ataupun pihak takaful.

3. Pelaksanaan Keadaan Memaksa di Lembaga Keuangan Syariah pada Sistem Hukum Islam

Dalam hukum Islam yang dimaksud *al-zhurufal-thari'ah* adalah suatu hal diluar kendali atau kendali dari debitur yang seharusnya melaksanakan prestasi. Ketika debitur secara maksimal untuk melaksanakan prestasinya tetapi debitur tidak memiliki upaya untuk melakukannya. Pada pengertian ini disebut peristiwa-peristiwa, maka penulis mengartikan harus ada peristiwa yang diluar kendali debitur. Misalnya suatu peristiwa kebakaran, gempa bumi dan peristiwa lainnya yang diluar kendali debitur atau bahkan tidak bisa juga dikendalikan oleh kreditur. Menurut Ismail Omar mendefinisikan *al-zhurufal-thari'ah* adalah:

“Situasi tidak biasa pada umumnya atau abnormal yang tidak diprediksi oleh para pihak pada saat penyusunan kontrak, dan terjadi setelah akad berjalan sehingga membuat para pihak yang

berakad memerlukan pengorbanan yang besar dan akad tersebut sangat mustahil untuk dilaksanakan”¹³²

Maksudnya adalah peristiwa abnormal adalah peristiwa yang terjadi pada umumnya misalnya di wilayah A tidak pernah terjadi longsor, tidak rawan longsor tetapi untuk pertamama kali nya diwilayah tersebut terjadi longsong maka peristiwa tersebut dapat dikatakan peristiwa abnormal. Dan juga pristiwa tidak dapat di prediksi pada saat penandatanganan kontrak, peristiwa itu terjadi saat akad berjalan dan jika tetap dilaksanakan maka akan terjadi kerugian yang sangat besar sehingga pelaksanaan akad tersebut dapat dikatakan mustahil untuk di penuhi.

Menurut Abu Hashmat*Al-zhurufal-thari’ah* adalah: “Segala peristiwa umum yang diterima pada saat akad dan tidak diharapkan terjadi ketika akad yang disebabkan oleh hancurnya atau rusaknya objek akad di luar kehendak para pihak sedangkan debitur masih terikat kontrak sehingga terancam kerugian.”¹³³ Pada saat pengesangan akad tidak dapat diprediksi oleh para pihak bahwa dimasa akan datang atau ketika akad sedang berjalan akan terjadi peristiwa yang tidak diharapkan oleh para pihak terutama bagi debitur yang mengakibatkan objek akad tersebut mengalami kerusakan atau hancur). Menurut Mahmud Fahd Mahidat*nazariyatal-zhurufal-thari’ah* mengatasi suatu hal yang berdampak negatif dan juga jika terjadi *al-zhurufal-thari’ah* maka harus diadakannya perubahan akad atau pembatalan akad. Dan mengatur juga peristiwa terjadi secara alami dan tidak direkayasa oleh para pihak. Sedangkan menurut Abdul Majid Hakim, *al-zhurufal-thari’ah* ini “berlaku/bersifat umum tidak berlaku khusus”¹³⁴ maksudnya adalah suatu hal yang disebut dengan *al-zhurufal-thari’ah* adalah berlaku untuk umum tidak khusus misalnya saja didaerah A terjadi gempa bumi maka secara otomatis semua warganya mengalami musibah gempa bumi tersebut. Berikut adalah tabel singkat perbandingan dari ketiga nya.

Adapun syarat-syarat *al-zhurufal-thari’ah* Menurut Ahmad Musonnif& Binti Nur Asiyah dalam penerapan *al-zhurufal-thari’ah* ada beberapa persyaratan yang harus dipenuhi yaitu sebagai berikut:¹³⁵

- a. Adanya akad yang isinya tidak langsung dilaksanakan pada saat pelaksanaan akad. Baik itu merupakan akad yang isinya dilaksanakan secara berkelanjutan seperti akad sewa atau seperti akad jual beli buah di atas pohon setelah kelihatan matang. Atau bisa juga seperti akad jual beli langsung selain buah-buahan dan tanaman lainnya, tetapi dengan pembayaran ditunda atau diangsur. Syarat adanya pelaksanaan isi akad yang tidak langsung pada saat akad ini, dimaksudkan agar situasi yang berubah dimungkinkan terjadi;
- b. *al-zhurufal-thari’ah* haruslah sesuatu yang tidak dapat dicegah atau dihilangkan, seperti terjadinya perang, wabah penyakit, naik turunnya

¹³²Hazerchi Abderrahmane, *op.cit.*, hlm. 16

¹³³*Ibid.*, hlm. 17

¹³⁴*Ibid.*, hlm. 17

¹³⁵Ahmad Musonnif& Binti Nur Asiyah, *op.cit.*, hlm. 9

- harga yang ekstrem dan lain sebagainya;
- c. *al-zhurufal-thari'ah* merupakan faktor eksternal dandi luar kehendak pihak yang melakukan akad. Kalau memang situasi ini disebabkan oleh salah satu pihak itu sendiri maka teori perubahan situasi tidak bisa diterapkan;
 - d. *al-zhurufal-thari'ah* memberikan dampak negatif luar biasa yang mengarah kepada bahaya yang secara umum tidak dapat diatasi. Bahaya ini bisa berupa ketidakseimbangan ekonomi, kejahatan terhadap rasa kemanusiaan, atau pelanggaran terhadap agama karena telah mengarah kepada hal-hal yang dilarang agama. Jadi teori perubahan situasi ini hanya berlaku pada akad yang ada jeda waktu antara akad yang dibuat dengan pelaksanaan isi akad. Kemudian ada situasi yang berubah dan di luar kehendak yang tidak dapat dicegah. Sehingga jika isi akad tetap dilaksanakan maka akad merugikan orang yang memiliki utang. Tetapi teori ini tidak dapat diterapkan jika kesalahan memang berasal dari orang yang memiliki utang.

Menurut Umar Muhsin KazarArzurfi, terdapat empat syarat yang harus dipenuhi adanya *al-zhurufal-thari'ah* yaitu sebagai berikut:¹³⁶

- a. Pelaksanaan Akad sulit di terapkan
- b. Terjadi hal yang tidak bisa dikendalikan
- c. Peristiwa yang tidak ada pihak yang mengetahui/mengharapkan adanya *al-zhurufal-thari'ah*
- d. Pelaksanaan prestasi pada kontrak menjadi berat atau menimbulkan kerugian yang besar bagi debitur

¹³⁷Dr. Abdurrahman: Terkait dengan force majeure secara syariah dan praktiknya di Brunei Darussalam, memang sekarang semua sedang melaksanakan, menggunakan istilah forcemajeure.

Sebagaimana diketahui hidup manusia ini tidak semuanya lurus. Maknanya, dalam keadaan ini, pasti ada sesuatu diluar jangkauan kita. Dan kalau di dalam fiqh, ini memang ada. Bukan hanya di fiqh, tapi di hukum lainnya seperti di akidahnya, ahlaknya, itu ada semua. Dalam fiqh, dalam syariat islamiyah, para ulama menyebut forcemajeure ini dengan istilah jaihah jamaknya jawaih karena ikut dengan hadits Rasulullah Saw yang diriwayatkan oleh muslim. Rasulullah Saw bersabda:

بِمَتَأْخُذُمَا لِأَخِيكَ بغير حَقٍّ؟ فَلَا يَجْلُكَا نَتَأْخُذُمَا هَسِينًا، فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ، لَوْ بَعْتُمَا أَخِيكُمْ مَرًّا،

Artinya : “ Jika engkau menjual buah kepada saudaramu, lalu terkena bencana, maka tidak halal bagimu mengambil sesuatu pun darinya. Dengan (imbalan) apa engkau mengambil harta saudaramu dengan tanpa hak?”

Artinya hadits itu sendiri menyebutkan tentang jaihah. Hanya istilah kerennya atau istilah modernnya sekarang ulama-ulama khususnya ahli-ahli hukum syariah yang modern, mereka menyebutkannya mengikuti bahasa hukum internasional, seperti force majeure, ataupun kahar dalam bahasa Perancis. Dan diterjemahkan kedalam bahasa arab menjadi

¹³⁶*Ibid.*, hlm. 10

¹³⁷ Dr. Abdurrahman Haji Haqqi, Brunei Darussalam

alquwwahalqahirah atau dengan istilah azzurufattariah. Mazhab hanafi juga punya istilah sendiri yaitu aludzur atau ala'dzar. Semua itu berkisar kepada istilah dari nabi Muhammad Saw yang disebutnya dengan jaihah. Dari hadits tersebut, ini berarti sudah diantisipasi oleh nabi Muhammad Saw bahwa akan terjadi kejadian seperti yang disebutkan dalam hadits, dan penanganannya seperti apa. Ulama dan mazhab maliki juga memiliki pengertian mengenai force majeure ini. Maknanya, fiqh sudah berbicara tentang itu. Oleh karena itu, apabila mengkaji fiqh atau hukum islam mengenai force majeure ini, jaihah dibagi menjadi dua. Yang pertama yaitu musibah yang tidak ada keterkaitannya dengan manusia, manusia tidak dapat mengontrolnya, dan tidak datang dari manusia. Ini disebutnya jaihahsamawiyah. Yang berasal dari langit. Misalnya musibah gunung meletus, banjir. Yang kedua adalah jaihahadami. Jaihah ini dikarenakan oleh musibah yang terkait dengan manusia, atau yang berasal dari manusia, contohnya peperangan, pencurian. Melihat dari akibat musibah tersebut, jaihah diterima. Namun susah diimplementasikan. Karena force majeure ini berkaitan dengan kontrak atau akad. Kalau tidak ada kontrak, tidak ada istilah force majeure. Karena dalam kontrak ini apa yang terjadi diharuskan kemestian untuk menyempurnakan kontrak. Dan dalam fiqh islam, hukum kontrak ini adalah wajib dilaksanakan. Kalau ada orang, itu salah satu. Padahal kalau dari segi fiqhnya para ulama membagi terkait hukum kewajiban ini. Ada yang disebut nuzum, ghairunuzum, dan lainnya. Tetapi, yang digunakan sekarang khususnya oleh islamic payment, kontrak itu wajib disempurnakan. Makanya ada istilah nazaratulizamalqaqi atau akad yang harus disempurnakan. Kita juga melihat dari Firman Allah SWT.

بِالْعُقُودِ أَوْفُوا يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا

Artinya:”Wahai orang-orang yang beriman, sempurnakanlah akad-akad kamu. “

Jadi, jika ada kontrak maka wajib hukumnya untuk disempurnakan. Dan juga sebagaimana hadits Rasulullah Saw yang menyebutkan bahwa syarat itu adalah syariah mutaaqidain makanya syarat pembuatan kontrak atau apa adalah suatu hukum syarat antara dua orang yang melakukan kontrak. Ini berlaku pada semua jenis kontrak, semuanya harus disempurnakan.

Itu adalah force majeure berdasarkan hukum islamnya Ada sesuatu kuasa yang tidak normal. Sesuatu yang tidak normal tadi ada dua, yaitu samawi atau adami. Hukum syariah menerimanya. Kalau terjadi kejadian tersebut, dan ada akad yang dibatalkan, di fasakh, atau di iqalah. Fasakh kalau misalnya batal dari kedua belah pihak, bisa dari pembuat kontrak ataupun sebaliknya. Atau tidak ada pembatalan tetapi secara hukumnya fasakh. Atau yang berikutnya iqalah. Iqalah ini seperti membuat kesepakatan, jadi disebutkan bagaimana cara atau jalan keluarnya. Entah mau dibayar, ditanggihkan, atau lain sebagainya.

Pada proses pelaksanaannya, di Brunei ini memang ada beberapa kontrak dan juga hukum-hukumnya, seperti hukum tenaga kerja atau labour nomor 70, itu berkaitan dengan kontrak kerja. Tapi yang ingin dibicarakan sekarang ini adalah kontrak yang berkaitan dengan perbankan, kontrak

komersial. Di dalam kontrak komersial, ada juga yang berkaitan dengan force majeure. Di dalam UU ketenagakerjaan, disana disebutkan istilah force majeure. Dimana majikan tidak akan membayar lebih apabila terjadi force majeure. Di dalam force majeure itu di semua ada di UU syarat-syarat jual beli, dari kementrian pertahanan, dari shell minyak Brunei, ada disana sebutannya force majeure, jadi diakui. Yang mana menurut mereka forcemajeure ini adalah any event beyond the reasonable control of the parties. Jadi memang diakui seperti begitu. Hanya saja di Brunei menyebutkan beberapa persyaratan. Yaitu kalau di kementrian pertahanan dan shell itu ada 6 yang dimasukkan. Yaitu seperti perang, natural disaster. Tapi kalau secara umum, dibagi dua seperti yang telah disebutkan sebelumnya yaitu samawi dan adami, tapi dibawahnya atau turnannya banyak yang dukategorikan menjadi berbagai macam. Solusi dari force majeure ini adalah, perjanjian tersebut bisa dibatalkan, di fasakh, atau di iqalah. Karena kalau ikut hukum islam, muslim itu diberi kelonggaran. Misalnya sebagaimana yang berkaitan dengan riba, atau seperti pada Firman Allah surah Al-baqarah yang berbunyi.

وَإِن كَانَتْ تُفْتَظِرُ إِلَى الْمَيْسَرَةِ

Artinya:” Dan jika (orang yang berhutang itu) dalam kesukaran, maka berilah tangguh sampai dia berkelapangan.”

Ini bermakna, walaupun dalam akadnya terdapat riba, force majeure masih dapat diterima, sehingga bisa ditangguhkan sampai sang peminjam berada dalam keadaan yang baik atau lapang. Sekarang juga dilakukan seperti itu. Hutang-hutang atau akad pembayaran-pembayaran di perbankan-perbankan Brunei termasuk perbankan islam, semauanya di delay atau ditangguhkan sampai bulan desember. Jadi semuanya diberikan waktu kelonggaran. Itu maknanya melaksanakan forcemajeure. Di UU jual belinya nomor 170 nomro 77 tetapi mereka tidak secara jelas menyebutkan forcemajeure. Sebutan di UU tersebut hanya mengatakan bahwa tidak bisa menyempurnakan akad. Dari situ hakim atau mahkamah bisa melihat keadaan itu.

Perlu diketahui bahwa di Brunei, apabila berkaitan dengan perkara kasus-kasus civil, itu tidak ditangani oleh mahkamah syariah, tetapi masih ditangani oleh pengadilan civil. Mahkamah syariah khusus hanya menangani masalah nikah, dan yang berkaitan dengan jinayah atau pidana yang islam. Tetapi kalau yang lain, seperti kontrak, jual beli, force majeure itu bukan di mahkamah syariah, tetapi di mahkamah atau pengadilan civil. Misalnya ada nasabah yang kontrak dengan Bank Islam Brunei Darussalam, dan nasabah tersebut tidak bisa bayar. Maka dari itu, keadaannya dilihat, seperti alasan yang menyebabkan nasabah tersebut tidak bisa membayar, misalnya diberhentikan kerja. Kalau ikut interpretasi dari mahkamah, hal tersebut bisa dianggap sebagai force majeure. Ini berkaitan dengan ayat dan hadits yang telah disebutkan sebelumnya mengenai hal-hal yang tidak terduga seperti terjadinya bencana, sama halnya dalam pemberhentian kerja yang kita tidak tahu bahwa hal itu akan terjadi. Seharusnya perbankan islam lebih peka terhadap hal-hal seperti itu, apalagi dengan adanya Firman Allah di surah al-

baqarah seperti yang telah dikutip diatas. Terkadang, karena ikut dengan sistem pengadilan negeri atau civil, mereka tidak lihat alasan lain yang mungkin terjadi, atau mereka tidak mengerti maqashid syariahnya. Jadi, mereka hanya berpatokan pada hukum bankrut atau pailit saja. Jadi yang mesti diingat di sini, di Brunei, mengenai kontrak tadi tidak pergi atau tidak ditangani oleh mahkamah syariah atau pengadilan agama. Dan juga tidak ada hukum kontraknya. Hukum kontrak islam atau hukum muamalat itu belum ada di Brunei. Jadi yang ada, semua pergi ke yang tadi saya sebutkan yaitu hukum kontrak 106, hukum jual beli, hukum barang, dan hukum ketenagakerjaan.

Hidayat: Apakah disana ada lembaga fatwa yang mengeluarkan fatwa tentang ekonomi syariah seperti Majelis Ulama Indonesia, yang ada di Indonesia?

Kalau di Indonesia ada lembaga fatwa yang mengeluarkan fatwa tentang ekonomi syariah seperti Majelis Ulama Indonesia yang ada di Indonesia, maka hal tersebut agak berbeda dengan yang ada di Brunei. Di Brunei lebih tinggi lagi. Bukan majelis seperti MUI. Yang mengeluarkan fatwanya, adalah yang berada dibawah sultan. Di Brunei itu ada yang namanya jabatan mufti kerajaan. Jadi, yang mengeluarkan fatwa di Brunei hanya mufti dan tidak boleh yang lain. Mufti sekarang yaitu Pehin Abdul Aziz. Maka dari itu, kalau yang lain mengeluarkan fatwa, akan ditangkap atau dipidanakan. Karena kalau di Brunei, fatwa itu harus di tanya. Siapa yang mempunyai masalah, tulis suratnya, lalu diantar ke mufti. Nanti mufti yang akan menjawab. Tidak ada individu yang boleh menjawab permasalahan selain mufti. Di mufti itu ada kumpulan fatwa-fatwa keuangan islam, yang mana dikeluarkan oleh mufti. Fatwa-fatwa keuangan islam itu terdiri dari tahun 1995 sampai 2007. Sekarang, di Brunei, yang berkaitan dengan keuangan islam seperti keuangan syariah atau ekonomi syariah, ini semua dibawah naungan atau kawalan kontrol daripada AMBD (Autoriti Monetari Brunei Darussalam). Kalau istilah di Indonesia adalah OJK. Dulu, sebelum AMBD tahun 2010, keuangan islam, bank islam, atau semuanya itu dibawah kementerian keuangan. Tetapi sesudah ada AMBD ditahun 2010 dengan UU nya, akhirnya dibawah AMBD. Disitu fatwa-fatwa akan keluar. Pertama sekali berkaitan dengan keuangan itu pertama yang akan dibicarakan itu oleh advisoryboard yang merupakan lembaga syariah dari bank-bank islam. Di Brunei sekarang hanya ada dua bank islam yaitu BIBD (Bank Islam Brunei Darussalam) dengan TAIB (Tabung Amanah Islam Brunei). Jadi, dari fatwa yang ada advisoryboard yang ada disana, itu yang akan mengeluarkan sesuatu. Tapi kalau yang umum, mereka akan tanya kepada mufti. Jadi kalau di brunei fatwanya harus resmi. Jika fatwa telah dikeluarkan oleh mufti, maka harus diketahui oleh orang ramai. Tapi kalau yang institusi tidak. Misalnya BIBD dan TAIB masing-masing punya advisoryboard khusus. Nah untuk yang di AMBD, itu adalah yang tertinggi. Kalau pergi ke website AMBD, nanti akan dilihat di sana fatwa-fatwa yang berkaitan dengan perbankan atau keuangan islam. Berarti khusus fatwa, sistemnya begitu. Karena fatwa ini ada di dalam undang-undangnya yaitu undang-undang majelis agama islam dan

mahkamah-mahkamah. Jadi semuanya, misalnya syarat mufti, apa yang dilakukan mufti, orang yang bertanya, itu semuanya ada disana.

4. Perbandingan Pelaksanaan Keadaan Memaksa di Lembaga Keuangan Syariah pada Sistem Civil Law, Common Law dan Hukum Islam

A. Akibat Hukum Keadaan Memaksa (*Force Majeure*) dalam Sistem Civil Law, Common Law dan Hukum Islam

Literatur fikih belum merumuskan definisi keadaan memaksa. Para fukaha/juris tidak mengkaji teori-teori umum tentang teori fikih yang makro, tetapi mereka seringkali menghasilkan istinbath hukum atas perkara-perkara amaliyah atau praktis dalam kehidupan sehari-hari. Mereka berijtihad atas persoalan hukum bersumberkan kepada nash (al-Quran dan al-Hadis) jika tersedia dan bernalar dengan ra'yi (akal) dengan menggunakan kaidah-kaidah tasyri (perumusan Syariah) atau nash yang dapat dinalar oleh akal serta menganalisis fakta secara ilmiah dan realistis.¹³⁸

Dalam teori keadaan memaksa terdapat persyaratan-persyaratan agar terpenuhinya keadaan memaksa dalam suatu perjanjian sebagai berikut:¹³⁹

Pertama, adanya kontrak yang pelaksanaannya telah lewat dari waktu penyelesaiannya, baik itu kontrak implementasi berkelanjutan, kontrak sewa, atau kontrak penjualan buah-buahan yang didasarkan pada pohon dan setelah disukai, atau kontrak penjualan segera dilaksanakan, kecuali untuk tanaman dan buah-buahan jika harganya semua eksekusinya ditunda atau dicicil, dan oleh karena itu harus ada kontrak yang kendor pada saat pelaksanaannya dari saat diselesaikan agar alasannya bisa dibayangkan atau kecelakaan setelah kesimpulan dan sebelum atau selama pelaksanaan, yang membuat pelaksanaan kewajiban kontrak berbahaya, kerusakan yang berlebihan sebagai akibat dari keadaan tersebut diadaptasi dari keadaan darurat.

Kedua, bahwa kecelakaan adalah keadaan darurat yang tidak dapat diantisipasi atau dibayar dan dijaga, seperti terjadinya banjir, atau perubahan nilai uang, atau penyebaran epidemi, atau terjadinya perang dan lain-lain adalah insiden yang tidak dapat dicegah atau dihindari.

Ketiga, bahwa keadaan darurat berada di luar keinginan para pihak, dan oleh karena itu, jika menuruti kemauan mereka, itu tidak dianggap kerugian yang dibenarkan. Untuk mempertimbangkan kembali komitmen tersebut, maka ditetapkan bahwa terjadinya bukan karena salah satu pihak dalam kontrak dan bahwa ia tidak bertanggung jawab atas akibatnya. Secara khusus tidak mendapatkan keuntungan dari ketentuan teori ini.

Keempat, kerusakan yang berlebihan atau tindakan tidak senonoh yang tidak biasa terjadi sebagai akibat dari keadaan atau alasan darurat ini, bukan sebagai akibat dari kewajiban itu sendiri terjadi untuk melaksanakan kewajiban kontrak, sehingga tidak dapat dipisahkan sebagian besar, dan kerusakannya sama dengan pelanggaran material dan ekonomi. Dalam keseimbangan antara kewajiban yang

¹³⁸Fathi al-Derini, al-Nazhariyyat al-Fiqhiyyah. Damaskus: t.p., t.t., hal. 139

¹³⁹Umar Ahmad Muqbil Mar'i, *al-Zurufal-Thariahwa Atsaruhafial-Uqudal-Maliyahal-Muashirah*.

Prosiding International Conference on Empowering Islamic Civilization, Universiti Sultan Zainal Abidin Malaysia tahun 2017.

timbul dari kontrak, atau jika itu adalah prasangka moral untuk pertimbangan manusia, atau sah untuk mencegah jalan itu sendiri dari pelaksanaan kontrak karena terjadinya kecelakaan atau halangan hukum ini.

Sri SoedewiMasjchoen Sofwan yang menyitir Dr. H.F.A. Vollmar, *overmacht* harus dibedakan apakah sifatnya sementara ataukah tetap:

“Dalam hal *overmacht* sementara, hanya mempunyai daya menanggukkan dan kewajibannya untuk berprestasi hidup kembali jika dan sesegera faktor *overmacht* itu sudah tidak ada lagi, demikian itu kecuali jika prestasinya lantas sudah tidak mempunyai arti lagi bagi kreditur.”¹⁴⁰

Menurut Abdulkadir Muhammad akibat hukum dari keadaan memaksa terbagi dua yaitu objektif dan subjektif. Adapun akibat dari keadaan memaksa yang bersifat objektif adalah:¹⁴¹

“Keadaan memaksa yang bersifat objektif dan bersifat tetap, secara otomatis mengakhiri perikatan dalam arti perikatan itu batal. Konsekuensi dari perikatan yang batal ialah pemulihan kembali dalam keadaan semula seolah-olah tidak pernah terjadi perikatan, jika perikatan itu sudah dilaksanakan. Ini berarti jika satu pihak telah membayar harga barang yang menjadi objek perikatan, pembayaran itu harus dikembalikan, dan pembayaran yang masih belum dilakukan, dihentikan pelunasannya. Tetapi jika satu pihak sudah mengeluarkan biaya untuk melaksanakan perjanjian itu sebelum waktu pembebasan, pengadilan berdasarkan kebijaksanaannya boleh memperkenankannya memperoleh semua atau sebagian biaya-biaya dari pihak lainnya, atau menahan uang yang sudah dibayar. Jika satu pihak telah memperoleh manfaat yang berharga (lain daripada pembayaran uang) karena sesuatu yang telah dilaksanakan oleh pihak lainnya, maka pihak lainnya itu boleh menuntut kembali uang yang menurut pertimbangan pengadilan adalah adil. R. Setiawan merumuskan bahwa suatu keadaan memaksa menghentikan kerjanya perikatan dan menimbulkan beberapa akibat, yaitu¹⁴²:

- a. Kreditur tidak lagi dapat meminta pemenuhan prestasi;
- b. Debitur tidak lagi dapat dinyatakan lalai, dan karenanya tidak wajib membayar ganti rugi;
- c. Resiko tidak beralih kepada debitur;
- d. Pada persetujuan timbal balik, kreditur tidak dapat menuntut pembatalan.

M. Yahya Harahap memberikan pendapatnya mengenai akibat dari keadaan memaksa. berdasarkan pasal 1244 dan 1245 KUH Perdata, keadaan memaksa telah ditetapkan sebagai alasan hukum yang membebaskan debitur dari kewajiban melaksanakan pemenuhan (*nakoming*) dan ganti rugi

¹⁴⁰Sri SoedewiMasjchoen Sofwan, *Hukum Perdata, Hukum Perutangan, Bagian A, op.cit.*, hlm.

¹⁴¹Abdulkadir Muhammad, *op.cit.*, hlm. 32.

¹⁴²R. Setiawan, *op.cit.*, hlm. 27-28.

(schadevergoeding) sekalipun debitur telah melakukan perbuatan yang melanggar hukum/onrechtmatig. Itulah sebabnya keadaan memaksa disebut sebagai dasar hukum yang membenarkan atau rechtvaardigingsgrond. Ada dua hal yang menjadi akibat overmacht, yaitu sebagai berikut:¹⁴³

- a. Membebaskan debitur dari membayar ganti rugi (schadevergoeding). Dalam hal ini, hak kreditur untuk menuntut, gugur untuk selama-lamanya. Jadi, pembebasan ganti rugi sebagai akibat keadaan memaksa adalah pembebasan mutlak;
- b. Membebaskan debitur dari kewajiban melakukan pemenuhan prestasi (nakoming). Pembebasan pemenuhan (nakoming) bersifat relatif. Pembebasan itu pada umumnya hanya bersifat menunda, selama keadaan memaksa masih menghalangi/merintang debitur melakukan pemenuhan prestasi bila keadaan memaksa hilang, kreditur kembali dapat menuntut pemenuhan prestasi. Pemenuhan prestasi tidak gugur selama-lamanya, hanya tertunda, sementara keadaan memaksa masih ada.

Adapun dalam dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah, Akibat hukumnya yaitu sebagai berikut dalam Pasal 43:

- a. Kewajiban beban kerugian yang disebabkan oleh kejadian diluar kesalahan salah satu pihak dalam akad, dalam perjanjiansepihak dipikul oleh pihak meminjam.
- b. Kewajiban beban kerugian yang disebabkan oleh kejadian diluar kesalahan salah satu pihak dalam perjanjian timbal balik,dipikul oleh pihak yang meminjamkan.

¹⁴⁴Mengenai kondisi perusahaan pada saat pandemi ini, perusahaan mengalami dampak kerugian. Dampak ini dialami baik disisi internal maupun nasabah-nasabah. Yang pasti, secara grup jualan juga. Narasumber adalah pegawai adira yang merupakan clustercollectionad yang memiliki pekerjaan me-manage nasabah-nasabah yang sudah menjadi account-account adira. Kalau bicara bmmarketing, ataupun bmssd, itu memang hanya fokus untuk penjualan. Karena sekarang statusnya sudah di pisah, antara marketing dengan collection, kalau bisa dibilang clustercollectionad menumpang di cabang. Sedikit gambaran terkait booking, sampai dengan saat ini dari target-target yang memang sudah ditetapkan oleh manajemen sebelum pasca, hampir mayoritas tercapai achievement untuk bookingisasi itu sampai 100%. Tapi dengan kondisi covid yang ada, pihak adira sekarang baru 30% dari target yang memang diturunkan. Seperti itu kondisinya. Ini kembali lagi kepada nasabah-nasabah kita yang memang hampir keseluruhan terutama untuk sektor wiraswasta formal, pegawai swasta formal, wiraswasta nonformal pun juga sangat berdampak. Kecuali yang memang PNS atau TNI atau Polri yang memang punya penghasilan tetap dan jelas, maka tidak berdampak. Overall di pihak adira bagian collectionnya pun juga sangat-sangat berdampak terlihat dari sisi performance saja. Dari performance mpl kita 30% itu merasa baik.

¹⁴³M. Yahya Harahap, *op.cit.*, hlm. 82-89.

¹⁴⁴ Adira

Bahkan di cluster Cibinong pun sampai dua digit saja itu dianggap luar biasa, tidak pernah terjadi dalam sejarah dunia collection menurut pengalaman semenjak tahun 2006, itu belum pernah terjadi performance yang seperti itu. Itu sedikit gambaran terkait kondisi yang mungkin mewakili adira secara keseluruhan.

Forcemajeure adalah keadaan yang memaksa, tidak semuanya itu terjadi. Tetapi mungkin secara harfiah kalau pandemi ini dibilang memaksa tidak juga, dibilang tidak memaksa, tidak juga. Jadi kalau mengacu kembali ke perjanjian pembiayaan, tidak ada istilah force majeure dalam pembiayaan syariah di adira. Memang tidak ada bahasa-bahasa force majeure dalam klausa perjanjian yang ada di adira. Tapi ada sebuah poin dalam perjanjian pembiayaan itu khusus untuk kecelakaan. Artinya kalau kecelakaan itu dilindungi oleh asuransi baik itu kecelakaan udit ataupun kecelakaan nasabah kita. Asuransi jiwanya sendiri itu memang ada.

Jadi didalam klausul perjanjian ini memang tidak tercantum kalusulforcemajeure yang biasanya dalam baku klausul perjanjian pembiayaan yang lain itu terletak sebelum penyelesaian sengketa. Jadi biasanya kalusul itu ada diatas, forcemajeure ini ada di sebelum penyelesaian sengketa. Tapi memang dari sifat forcemajeure atau keadaan memaksa ini walaupun tidak ada di dalam klausul, forcemajeure ini punya sifat ada atau tidak tetapi apabila karena di dalam KUHP data disana dirincikan unsur-unsurnya apa, maka bisa.

Secara perjanjian pembiayaan, ketika memang itu tidak dituangkan dalam perjanjian ataupun seperti misalkan jenis-jenis pembiayaan yang adira biyai tidak tercatat dalam perjanjian, maka akan dituangkan lagi. Tapi, apabila memang adanya timbul perselisihan, antara debitur dengan kreditur, akan dilakukan musyawarah mufakat, seandainya itu tidak dapat kita selesaikan, pihak adira lebih cenderung sisi wan prestasinya. Jadi kalau terkait force majeure sendiri, kalau memang manajemen yang dalam arti memang kita di cabang ataupun di cluster itu mengikuti semua arahan, petunjuk, juplak.

Sebenarnya program restrukturisasi di adira itu juga bukan pada saat pandemi. Sebelum pandemi pun juga sudah ada. Dan kita juga melihat kondisi-kondisi fakta dilapangan yang memang harus dilakukannya restruktur. Restruktur itu ada yang perpanjangan tenor ataupun restruktur kalau pada saat ini pandemik lah, restrukturcovid.

Jadi intinya dalam pandemik ini adira ada kebijakan, restrukturisasi ini karena dianggap perlu. Dan itu sudah diatur dalam POJK. Karena ada kebijakan dari POJK, berarti intinya adalah ketika menyebutkan secara khusus apakah pandemik ini adalah force majeure, maka dari yang manajemen adira, tidak bisa dikatakan bahwa pandemik ini adalah force majeure. Karena tidak ada secara detail.

Kalau bicara detail, tidak ada istilah dalam hal-hal itu. Memang pandemik ini suatu kejadian yang baru benar-benar terjadi. Ketika belajar dari tsunami Sulawesi sebelumnya, yang mana itu juga adalah hal baru, tetapi mungkin kalau itu ada regulasi atau kebijakan yang memang bagaimana perusahaan bisa terselamatkan dan nasabah juga bisa di-coveri, itu ada programnya. Pokoknya artinya setiap ada sesuatu yang menurut manajemen

kita perlu dikeluarkan suatu regulasi atas suatu keadaan, itu pasti dikeluarkan. Kita di cabang tinggal menjalankan konsep. Jadi regulasi yang dijalankan di syariah maupun konvensional itu kemungkinan besar sama. Tetapi yang membedakan untuk kewajiban, yang syariah itu tidak berubah. Yang syariah itu tetap. Kalau yang konvensional itu ada kenaikan karena perpanjangan. Yang syariah itu karena akad murabahah di awal.

Adapun Akibat Hukum *Al-zhurufal-thari'ah* menurut Balqosam Dzaroh Ada beberapa dampak *adzurufatthariah* yang bisa dengan cara: "Pada akad dilengkapi dengan dikurangi atau adanya penambahan syarat-syarat tertentu atau pemberhentian pelaksanaan akad dan pembatalan akad"¹⁴⁵

1. Dampak pertama yaitu: melihat kembali keadaan atau peristiwa dengan menambahkan atau mekekurang syarat
 - a. Mengurangi kewajiban: misalnya pedagang ingin memproduksi jumlah besar gula ketika sampai dipasar terdapat *adzurufatthariah* maka hakim dapat mengurangi jumlah tersebut. Pembatasan dalam pengurangan harus masuk akal atau sesuai dengan syarat-syarat *adzurufatthariah*. Pengurangannya juga harus masalah bagi kedua belah pihak
 - b. Menambahkan: keadaan ketika harga komoditi tiba-tiba naik yang disebabkan oleh *adzurufatthariah* maka pemerintah memutuskan harus membatasi/menambahkan harga tersebut dalam akadnya atau menunggu sampai harga stabil.
2. melihat kembali dengan memberhentikan akad dan membatalkannya: contohnya: dilihat dari suatu kejadian, membangun sebuah bangunan dengan ada nya *adzurufatthariah* ternyata harga naik maka keputusan para pihak harus menunggu selesai kejadian atau membatasi (menaikan harga).

Akibat dari teori keadaan memaksa adalah mengembalikan kewajiban yang memberatkan ke tingkat yang wajar, dan mungkin dengan pemutusan kontrak. Persyaratan pertama: memulihkan komitmen yang memberatkan ke tingkat yang wajar. Hakim memiliki kewenangan yang luas dalam hal ini dengan mengambil salah satu dari tiga metode berikut:17

Pertama, menghentikan pelaksanaan kontrak: Hakim dapat memutuskan untuk menanggukhkan pelaksanaan kontrak sampai kecelakaan darurat berhenti, jika kecelakaan tersebut bersifat sementara dan diperkirakan telah berlalu dalam waktu singkat, seolah-olah seorang kontraktor berjanji untuk mendirikan sebuah gedung, dan harga beberapa bahan bangunan untuk suatu kecelakaan darurat naik secara dramatis, tetapi inflasi yang akan segera menghilang karena hampir terbukanya pintu impor. Pada dia, agar kontraktor dapat melaksanakan komitmennya tanpa kesulitan, jika penanggukan pelaksanaan tidak ada, kerugian serius bagi pemiliknya bangunan.

Kedua, peningkatan kewajiban terkait dari kewajiban yang memberatkan: Hakim dapat mempertimbangkan untuk meningkatkan kewajiban terkait

¹⁴⁵Balqosam Dzaroh, *op.cit.*, hlm. 68

untuk mengurangi kerugian debitur. Misal, mensuplai sejumlah gandum dengan harga seribu dinar per ton, maka harganya naik menjadi tiga ribu dinar akibat keadaan darurat tersebut. Hakim menaikkan harga yang disebutkan dalam kontrak, tetapi tidak menaikkannya menjadi tiga ribu, jika tidak kreditor akan menanggung semua konsekuensi dari kecelakaan tersebut. Keadaan darurat, kenaikan harga yang berlebihan dengan harga tertinggi, dan prinsipnya adalah kenaikan harga yang biasa ditanggung oleh debitur, karena kreditor menanggung harga rendah yang biasa. Jika kita berasumsi bahwa kenaikan harga gandum biasa adalah lima ratus dinar, maka inilah saatnya itu ditanggung oleh debitur saja, dan lebih dari itu - sebesar seribu lima ratus dinar - adalah kenaikan yang tidak biasa, yang akan dibagi rata oleh hakim antara dua pihak yang mengadakan kontrak, sehingga masing-masing menanggung bagiannya dalam kerugian yang tidak terduga, sehingga kreditor menderita 650 di antaranya ditambahkan ke harga. perjanjian yang disepakati adalah seribu sebagai tambahan dari kenaikan harga biasa (500), dan kemudian hakim menaikkan harga menjadi 2.250 dinar, namun, hakim tidak memaksakan kreditor untuk membeli pada harga ini, melainkan memilih dia untuk membeli dengan harga tersebut atau membatalkan kontrak. Jika dia memilih pembatalan lebih menguntungkan debitur, karena semua jejak keadaan darurat telah dihapus dari tanggung jawabnya.

Ketiga, mengurangi komitmen yang memberatkan: seolah-olah seseorang berjanji untuk memasok komoditas tertentu, maka pasokan di pasar komoditas tersebut berkurang sebagai akibatnya dalam keadaan darurat seperti perang yang mencegah impor komoditas, menjadi sulit bagi seseorang untuk memasok semua jumlah yang disepakati, kemudian hakim dapat mengurangi jumlah yang wajib diberikan debitur, dengan jumlah yang dianggapnya cukup untuk mengembalikan komitmen debitur ke batas masuk akal.

BAB V KESIMPULAN DAN SARAN

A. Kesimpulan

1. Secara prinsip, teori keadaan memaksa dalam tradisi sistem hukum Civil Law, Common Law dan Hukum Islam memiliki kesamaan konsep bahwasanya keadaan memaksa merupakan kondisi dimana salah satu pihak tidak dapat melaksanakan isi perjanjian akibat adanya peristiwa/kejadian yang menghalanginya memenuhi prestasi. Peristiwa/kejadian dimaksud adalah di luar kemampuan salah satu pihak seperti bencana alam, perang, embargo ekonomi, dan wabah penyakit. Meskipun secara konsep sama, sistem hukum Civil Law menggunakan istilah Force Majeure, sedangkan sistem Common Law menggunakan Frustration dan sistem Hukum Islam menggunakan istilah al-Jawaih, al-'Udzur, atau al-Zuruf al-Thariah. Kemudian secara praktek terdapat perbedaan pandangan dalam menentukan

peristiwa/kejadian yang memenuhi syarat sebagai keadaan memaksa, seperti contoh dalam pandemi Corona Virus Disease 2019 (Covid-2019). Adanya pandemic Covid-19 tidak secara mutlak menjadi adanya peristiwa/kejadian keadaan memaksa, tetapi ada ketentuan-ketentuan pendukung yang dapat dibuktikan hambatan/kendala seseorang atau badan hukum dalam memenuhi prestasi sesuai klausul perjanjian.

2. Dampak yang terjadi akibat adanya peristiwa keadaan memaksa adalah pembatalan perjanjian atau penundaan pelaksanaan perjanjian. Ketiga sistem hukum, Civil Law, Common Law dan Hukum Islam, mengakomodir kepentingan salah satu pihak namun tetap mengedepankan keadilan bagi pihak lainnya. Oleh sebab itu, Hakim dalam pertimbangan hukumnya wajib memperhatikan dan mempertimbangkan kepentingan bagi para pihak. Keadaan memaksa harus dibuktikan dalam sidang pengadilan apakah peristiwa/kejadian yang menyebabkan salah satu pihak tidak dapat memenuhi prestasi adalah disebabkan oleh adanya peristiwa keadaan memaksa, bukan akibat wanprestasi. Ketiga sistem hukum sama-sama mengedepankan proses pencarian keadilan melalui jalur pengadilan. Disamping itu, kewajiban pembuktian ada di pihak yang menyatakan dirinya dalam keadaan memaksa dan pihak lainnya dapat membantah bukti yang diajukannya.

B. Saran

1. Kajian teori keadaan memaksa akan terus berkembang seiring dengan perkembangan dunia bisnis dan keuangan yang selalu membutuhkan keadilan dan kepastian hukum, khususnya terkait aspek hukum perjanjian. Oleh sebab itu, klausul keadaan memaksa dalam suatu perjanjian wajib dibuat secara jelas dan terhindar dari multitafsir berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku di suatu negara dan/atau berdasarkan kesepakatan para pihak terkait hukum apa yang diterapkan dalam perjanjian yang mereka buat.
2. Unifikasi hukum tunggal dalam pergaulan internasional adalah suatu kemustahilan karena hukum adalah bersumber dari tradisi kehidupan sosial suatu masyarakat. Sehingga pemahaman sistem hukum Civil Law, Common Law dan Hukum Islam merupakan salah satu cara agar akademisi hukum memiliki cara pandang komparatif dalam memahami hukum dengan satu tujuan yaitu keadilan. Studi perbandingan hukum masih sangat relevan dan menarik bagi akademisi dan praktisi hukum.

DAFTAR PUSTAKA

- Abdullah, R. Mohamed, *Development of Islamic Banking in Malaysia*, KLRC Newsletter January 2011.
- Adang, *Pembaharuan Hukum Pidana : Reformasi Hukum*, Grasindo, 2008.
- Adira, wawancara penelitian secara jarak jauh via Zoom Meeting.
- Alamsyah, Halim, *Perkembangan Dan Prospek Perbankan Syariah Indonesia: Tantangan Dalam Menyongsong MEA 2015*, Milad ke-8 Ikatan Ahli Ekonomi Islam (IAEI), April 2012.
- Alhowaimil, Ibrahim Saad, *Frustration of Performance of Contracts: A Comparative and Analytic Study in Islamic Law and English Law*. Thesis of the Degree of Doctor of Law from Brunei University of Law.
- Al-Zuhaili, Wahbah, *Usul Fiqh al Islam*, Beirut: Dar al Fikr, 1985.
- Ansori, Abdul Ghofur, *Hukum Islam; Dinamika dan pelaksanaannya Di Indonesia*, Yogyakarta: Total Media, 2008.

- Badruzaman, Mariam Darus, *Hukum Perikatan dalam KUH Perdata Buku Ketiga: Yurisprudensi, Doktrin serta Penjelasan*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2015.
- Basalamah, Muhammad Ridwan, Rizal, Muhammad, *Perbankan Syariah*, Malang: Empatdua Media, 2018.
- Bishoff, Thomas. S and Jeffrey R. Miller, *Force Majeure and Commercial Impracticability: Issues to Consider Before the Next Hurricane or Natural Disaster Hits*, The Michigan Business Law Journal, Volume 1, Issue 1, Spring 2009.
- Bogdan, Michael, *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum, terj. Derta Sri Widowatie*, Bandung: Nusa Media, 2010.
- Budiardjo, Mariam, *Dasar-dasar Ilmu Politik*, Gramedia, 1982.
- Burhanuddin, *Aspek Lembaga Keuangan Syariah*, Yogyakarta: Graha Ilmu, 2010.
- Columbia College, 1999.
- Cruz, Peter de, *Comparative Law in a Changing World*, London-Sydney: Cavendish Publishing Limited, 1999.
- Cruz, Peter de, *Perbandingan Sistem Hukum Common Law, Civil Law dan Socialist Law*, Bandung: Nusa Media.
- Cullough, Lloyd Mc, Robbins, *The Common Law and Civil Law Tradition*, (On-line) Tersedia di WWW : <http://www.law.berkeley.edu/library/robins/commonLawCivilLawTraditions.html>.7
- Dewi, Gemala, *Aspek-aspek Hukum dalam Perbankan dan Perasuransian Syariah di Indonesia*, Jakarta: Kencana, 2004.
- Djamil, Fathurrahman, *Filsafat Hukum Islam*, Jakarta: Logos Wacana Ilmu, 1999.
- Dr. Abdurrahman Haji Haqqi, Brunei Darussalam, wawancara penelitian secara jarak jauh via Zoom Meeting.
- Ebrahim, Shahid M., *Islamic Banking in Brunei Darussalam*, Internasional Jurnal of Social Economics, Vol. 28 No. 4, 2001.
- Fasa, Muhammad Iqbal, *Tantangan Dan Strategi Perkembangan Perbankan Syariah Di Indonesia*, Jurnal Ekonomi Islam VII(2), 2013.
- Friedman, Lawrence M, *American Law : as an Introduction*, Jurnal Keadilan Vol. 2 No. 1 Tahun 2002.
- Fuady, Munir, *Hukum Kontrak (dari Sudut Pandang Hukum Bisnis)*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001.
- Fuady, Munir, *Perbandingan Ilmu Hukum*, Bandung: PT. Refika Aditama, 2007.
- Gillessen, John, Frits Gorle, *Sejarah Hukum*, Bandung: Refika Aditama. 2005.
- H. Munawir, *Perencanaan Strategi Pengembangan Bank Syariah Di Indonesia*, Jurnal Ilmiah Teknik Industri 4(1), 2005.
- Handoyo, Hestu Cipto, *Hukum Tata Negara Indonesia*, Yogyakarta: Universitas Atma Jaya, 2009.
- Haron, Sudin, *Towards Developing A Successful Islamic Financial System: A Lesson from Malaysia*, Working Paper Series 003, Creating Dynamic Leaders, 2004.
- Hartono, Sunaryati, *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*, Bandung: Alumni, 1991.

- Hassan, Abul dan Chachi, Abdelkader, *Corporate Governance of the Islamic Financial Services Industry in Brunei Darussalam*, Journal of Islamic Economics, Banking and Finance, 2010.
- Hay, Abdul, *Hukum Perbankan*, Jakarta: Pradnya Paramita, 1997.
- <http://nuravik.wordpress.com/2014/10/27/kedudukan-hukum-administrasi-negara-dalam-tata-hukum/>
- https://en.wikipedia.org/wiki/Frustration_in_English_law
- Iryani, Eva, *Hukum Islam, Demokrasi dan Hak Asasi Manusia*, dalam Jurnal Ilmiah Universitas Batanghari Jambi Vol.17 No.2 Tahun 2017.
- Joko Suranto Kospin Jasa Syariah, wawancara penelitian secara jarak jauh via Zoom Meeting.
- Kamil, Ahmad dan M. Fauzan, *Kaidah-Kaidah Hukum Yurisprudensi*, Jakarta: Kencana, 2004.
- Kayadibi, Saim, *The Growth of Islamic Banking and Finance in Malaysia*, Islamic Finance – Chapter III, 2010.
- Kunhibava, Sherin, “Islamic Banking in Malaysia”, International Journal of Legal Information, Spring-Summer, 2012.
- Latiff, Salma Hj Abdul, *Islamic Banking in Brunei and The Future Role of Centre For Islamic Banking*, Finance and Management (CIBFM), Islamic Banking and Finance Fundamentals and Contemporary Issues by Syed Ali dan Ausaf Ahmad.
- Lemek, Jeremias, *Mencari Keadilan: Pandangan Kritis Terhadap Penegakan Hukum Di Indonesia*, Jakarta: Galang Press, 2007.
- Lukito, Ratno, *Hukum Sakral dan Hukum Sekuler*, Jakarta: Alvaber, 2010.
- M.Rasyidi, *Keutamaan Hukum Islam*, Jakarta: Bulan Bintang, 1971.
- Madridista, Mupied, *Sistem Hukum Civil Law dan Common Law*, (On Line) Tersedia di WWW: <http://mupiedmadridista.blogspot.com/2011/11/system-hukum-civil-law-dan-common-law.html>
- Madridista, Mupied, *Sistem Hukum Civil Law dan Common Law*, (On Line) Tersedia di
- Mardani, *Kedudukan Hukum Islam dalam Hukum Nasional*, dalam Jurnal Hukum, Vol. 2, 16 April 2009.
- Marzuki, *Hukum Islam*, Yogyakarta: FIS UNY, 2011.
- Melis, Werner, *Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration*, Report presented by the author at an ICC Seminar an East West Arbitration held in Paris an December 6-9, 1983.
- Mohammad, Muhammad Taqiuddin, et.al, *The Historical Development of Modern Islamic Banking: A study in South-East Asia Country*, Academic Journals, 1 November, 2013.
- Muhammad, Abdulkadir, *Hukum Perdata Indonesia*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2010.
- Muhammad, Abdulkadir, *Hukum Perikatan*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1992.
- MuqbilMar’i, Umar Ahmad, *al-Zurufal-ThariahwaAtsaruhafial-Uqudal-Maliyahal-Muashirah*. Prosiding International ConferenceonEmpowering Islamic Civilization, Universiti Sultan Zainal Abidin Malaysia tahun 2017.

- Musa, Muhammad Yusuf, *Islam; Suatu Kajian Komprehensif*, Jakarta: Rajawali, 1988.
- Mustaghfirin, *Sistem Hukum Barat, Sistem Hukum Adat, dan Sistem Hukum Islam Menuju Sebagai Sistem Hukum Nasional; Sebuah Ide Yang Harmoni*, dalam *Jurnal Dinamika Hukum*, Vol. 11, Edisi Februari 2011.
- Nofinawati, *Perkembangan Perbankan Syariah Di Indonesia*, *Jurnal JURIS* 14(2), 2016.
- Nundiani, *Pengaturan Hukum Perbankan Syariah di Indonesia*, Malang: UIN Malang Press, 2009.
- OJK, *Booklet Perbankan Indonesia*, 2016.
- Patrik, Purwahid, *Dasar-Dasar Hukum Perikatan*, Bandung: Mandar Maju, 1994.
- Pratama, Yura & Elsa Marliana, *Penggunaan Data Putusan Pengadilan dalam Diskursus Ilmu Hukum di Fakultas Hukum*, dalam *Buletin Fiat Justitia*, Vol. 1 No. 4, November 2013.
- Prof Ahmad Hidayat Buang, Malaysia University, Malaysia, wawancara penelitian secara jarak jauh via Zoom Meeting.
- Rahardjo, Satjibto, *Ilmu Hukum*, Cet. VIII, Bandung: Citra Aditya Bahkti, 2012.
- Rama, Ali, *Analisis Deskriptif Perkembangan Perbankan Syariah Di Asia Tenggara*, *The Journal of Tauhidinomics*, Vol. 1, No. 2, 2015.
- Reed, Edward W., dan Edward K. Gill, *Commercial Bank Prentice, Hall, Inc.* (penerjemah)
- Rudy Rinaldi Pratama Syariah Advisor CIMB Niaga Syariah, wawancara penelitian secara jarak jauh via Zoom Meeting.
- Ruziana, M., dan Norilawati, I., *The Development of Islamic Banking Laws in Malaysia: An Overview*, *Jurnal Undang-Undang*, 2008.
- Setiawan, R, *Pokok-pokok Hukum Perikatan*, Bandung: Bina Cipta, 1999.
- Sjahdeini, Sutan Remy, *Perbankan Syariah Produk-Produk dan Aspek-Aspek Hukumnya*, Jakarta: Prenadamedia Group, 2014.
- Soemadipradja, Rahmat S.S, *Penjelasan Hukum Tentang Keadaan Memaksa*, Jakarta: National Legal Reform Program, 2010.
- Soemardi, Dedi, *Pengantar Hukum Indonesia*, Jakarta: Indhillco, 1997.
- Soeroso, R., *Perbandingan Hukum Perdata*, Jakarta: Sinar Grafika, 2005.
- St. Dianjung), Jakarta: Bumi Aksara, 1995.
- Subekti, R, *Hukum Perjanjian*, Jakarta: PT Intermasa, 1992.
- Subekti, R, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, cet. ke-29, Jakarta: PT Intermasa, 2001.
- Suhemdro, Dedi, *Pengaruh Kualitas Sistem, Kualitas Informasi, Kualitas Pelayanan Dan Ekspektasi Kinerja Terhadap Kepuasan Pengguna Dalam Penerapan Sistem Teknologi Informasi Pada Koperasi Di Kota Pematang Siantar*, *JURASIK (Jurnal Riset Sistem Informasi & Teknik Informatika)*1(1), 2016.
- Sumber-Sumber Hukum Islam*, dalam [http:// id.wikipedia.org](http://id.wikipedia.org).
- Syahrani, Riduan, *Seluk-Beluk dan Asas-Asas Hukum Perdata*, Bandung: Penerbit Alumni, 2006.
- Syaltut, Mahmud, *Al-Islam Aqidah wa Syari'ah*, Cet. III, Mesir: Dar al-Qalam, 1966.
- Syarifuddin, Amir, *Pembaharuan Pemikiran dalam Hukum Islam*, Padang: Angkasa Raya, 1993.

- Syukri, *Sistem Perbankan Syariah di Indonesia*, Yogyakarta: Fajar Media Press, 2012.
- Tetlet, Wiliam, *Common Law versus Civil Law: Codified and Uncodified*, Law Departement of
- Thani, Nik Norzul, et.al, *Law and Practice of Islamic Banking and Finance, 2nded*, Petaling Jaya: Sweet & Maxwell Asia, 2010.
- Venardos, Angelo M., *Islamic Banking and Finance in South-East Asia: Its Development and Future* (Singapore: World Scientific Publishing, 2005).
- Wibowo, Edi, dkk, *Mengapa Memilih Bank Syariah?*, cet. 1, Bogor: Ghalia Indonesia, 2005.
- Widjaya, I.G. Rai, *Merancang Suatu Kontrak (Contract Drafting)*, cet-3, Jakarta: Kesaint Blanc, 2004.
- Wignjodipoero, *Pengantar dan Asas-asas Hukum Adat*, Jakarta: Gunung Agung, 1983.
- WWW: [http://mupiedmadridista.blogspot.com/2011/11/system hukum-civil-law-dan - common-law.html](http://mupiedmadridista.blogspot.com/2011/11/system-hukum-civil-law-dan-common-law.html)
- Yahyanto & Lukman Santoso Az, *Pengantar Ilmu Hukum*, Yogyakarta: Trussmedia, 2014.
- Zahrah, Muhammad Abu, *Ushul Fiqh*, Jakarta: Pustaka Firdaus, 2006.