

BAB III

BAGI HASIL DALAM PERSPEKTIF HUKUM EKONOMI SYARIAH DAN HUKUM POSITIF

A. Pengertian Bagi Hasil

Bagi hasil adalah hasil keuntungan yang diperoleh dari pengelolaan dana baik investasi maupun transaksi jual beli yang diberikan kepada nasabah. Sistem bagi hasil merupakan sistem di mana dilakukannya perjanjian atau ikatan bersama di dalam melakukan kegiatan usaha. Di dalam usaha tersebut diperjanjikan adanya pembagian hasil atas keuntungan yang akan didapat antara kedua belah pihak atau lebih. Bagi hasil dalam perbankan syariah merupakan ciri khusus yang ditawarkan kepada masyarakat, dan di dalam aturan syariah yang berkaitan dengan pembagian hasil usaha harus ditentukan terlebih dahulu pada awal terjadinya kontrak (akad). Besarnya penentuan porsi bagi hasil antara kedua belah pihak ditentukan sesuai dengan kesepakatan bersama, dan harus terjadi dengan adanya unsur kerelaan di masing-masing pihak, tanpa adanya unsur pemaksaan.¹

¹ Andrianto, M. Anang Firmansyah, “*Manajemen Bank Syariah*”, (Jawa Timur: Qiara Media, 2019), h. 470-471.

Menurut Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1960 dalam pasal 1 mengemukakan bahwa: “Perjanjian bagi hasil ialah perjanjian dengan nama apapun juga yang diadakan antara pemilik pada suatu pihak dan seseorang ataubadan hukum pada pihak lain, yang di dalam undang-undang ini disebut “penggarap”. Berdasarkan perjanjian mana penggarap diperkenankan oleh pemilik tersebut untuk menyelenggarakan usaha pertanian diatas tanah pemilik, dengan pembagian hasilnya antara kedua belah pihak”.²

Dalam hukum Islam penerapan bagi hasil harus memperhatikan prinsip *At-Ta'awun*, yaitu saling membantu dan saling bekerja sama di antara anggota masyarakat untuk kebaikan, sebagaimana dinyatakan dalam Al-Qur'an QS.Al-Ma'idah Ayat 2 :

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَحِلُّوا سَعَايِرَ اللَّهِ وَلَا الشَّهْرَ الْحَرَامَ وَلَا الْهَدْيَ وَلَا
الْقَلَائِدَ وَلَا أَمْيِنَ الْبَيْتِ الْحَرَامِ يَبْتَغُونَ فَضْلًا مِّن رَّبِّهِمْ وَرِضْوَانًا ۗ
وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَوْا دُورًا ۗ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَا نُ قَوْمٍ أَن صَدُّوكُمْ عَنِ

² Chairuman Pasaribu Suhrawardi, *Hukum Perjanjian Dalam Islam*, (Jakarta: PT. Karya Unipress, 1994), h. 61.

الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ أَنْ تَعْتَدُوا ۖ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ ۚ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ

“Wahai orang-orang yang beriman! Janganlah kamu melanggar syi'ar-syi'ar kesucian Allah, dan jangan (melanggar kehormatan) bulan-bulan haram, jangan (mengganggu) hadyu (hewan-hewan kurban), dan Qalaid (hewan-hewan kurban yang diberi tanda), dan jangan (pula) mengganggu orang-orang yang mengunjungi Baitulharam; mereka mencari karunia dan keridaan Tuhannya. Tetapi apabila kamu telah menyelesaikan ihram, maka bolehlah kamu berburu. Jangan sampai kebencian(mu) kepada suatu kaum karena mereka menghalang-halangi dari Masjidilharam mendorongmu berbuat melampaui batas (kepada mereka). Dan tolong-menolonglah kamu dalam (mengerjakan) kebajikan dan takwa, dan jangan tolong-menolong dalam berbuat dosa dan permusuhan. Bertakwalah kepada Allah, sungguh, Allah sangat berat siksa-Nya”.

Ayat di atas menjelaskan untuk menghindari prinsip *Al-Iktinaz*, yaitu menahan uang (dana) dan membiarkannya menganggur (tidak digunakan untuk transaksi) sehingga tidak bermanfaat bagi masyarakat umum. Pembagian usaha ini dapat terjadi antara bank dengan penyimpanan dana, maupun antara bank dengan nasabah penerima dana. Bentuk produk yang menggunakan prinsip ini adalah *Mudharabah* dan *Musyarakah*. Lebih jauh prinsip *Mudharabah* dapat

dipergunakan sebagai dasar baik untuk produk pendanaan (tabungan dan deposito) maupun pembiayaan, sedangkan *Musyarakah* lebih banyak untuk pembiayaan.³

B. Macam-Macam Bagi Hasil

Macam-macam bagi hasil dalam hukum ekonomi syariah secara umum dapat dilakukan dengan empat akad yaitu: *Mudharabah*, *Musyarakah*, *muzara'ah* dan *musaqah*. Namun, pada penerapannya prinsip yang digunakan pada sistem bagi hasil, pada umumnya menggunakan prinsip kontrak kerjasama pada akad *Mudharabah* dan *Musyarakah*. Maka dalam penelitian ini macam-macam bagi hasil yang dibahas hanyalah *Mudharabah* dan *Musyarakah*, karena berkaitan dengan sistem bagi hasil yang akan diteliti.

1. *Mudharabah*

a. Pengertian *Mudharabah*

Mudharabah berasal dari kata *al-darb*, Pengertian *al-darb* (memukul atau berjalan) dapat diartikan dengan “proses seseorang melangkahakan kakinya berusaha

³ Zaenal Arifin, *Akad Mudharabah (Penyaluran Dana Dengan Prinsip Bagi Hasil)*, (Indramayu: CV. Adanu Abimata, 2021), h. 13-14.

dalam melaksanakan usahanya”. Istilah *Mudharabah* adalah bahasa yang digunakan oleh orang Irak, sedangkan *qirad* bahasa orang Hijaj. yang demikian keduanya memiliki arti yang sama yaitu bentuk perjanjian kerja sama.⁴

Mudharabah diatur dalam Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 07/DSN/MUI/IV/2000 tentang pembiayaan *Murabahah*. Pengertian *Mudharabah* menurut Fatwa tersebut adalah pembiayaan yang disalurkan oleh LKS kepada pihak lain untuk suatu usaha yang produktif. *Mudharabah* menurut para fuqaha adalah akad antara dua pihak (orang) saling menanggung, salah satu pihak menyerahkan hartanya kepada pihak lain untuk diperdagangkan dengan bagian yang telah ditentukan dari keuntungan, seperti setengah atau sepertiga dengan syarat-syarat yang telah ditentukan.⁵

⁴ Abu Azam Al Hadi, “*Fikih Muamalah Kontemporer*”, (Depok: PT. RajaGrafindo Persada, 2017), h. 2.

⁵ Wardah Yuspin, Arinta Dewi Putri, *Rekonstruksi Hukum Jaminan Pada Akad Mudharabah*, (Surakarta: Muhammadiyah University Press, 2020), h. 21.

Ulama madzhab fikih memberikan pengertian masing-masing terkait definisi *Mudharabah* atau *qiradh*. Madzhab Hanafi mengatakan bahwa akad *Mudharabah* ditinjau dari tujuan dari kedua belah pihak yang berakad ialah bagi hasil dalam keuntungan karena pemilik modal menyerahkan dananya dan pengelola bekerja menjalankan usahanya. Oleh karena itulah madzhab Hanafi mendefinisikan bahwa *Mudharabah* ialah suatu akad untuk bagi hasil dari keuntungan dengan modal dari pihak pertama dan pengelolaan usaha dari pihak kedua.⁶

Madzhab Maliki mengatakan *Mudharabah* atau *qiradh* dalam *syar'i* ialah suatu akad untuk mewakilkan modal yang ada pada pemilik modal kepada yang lainnya untuk dijadikan usaha, dengan bentuk modal khusus yaitu uang emas atau perak yang biasa dipakai transaksi, dan pemilik modal mesti menyerahkan dana kepada pengelola sesuai dengan yang dia inginkan untuk dijadikan usaha.⁷

⁶ Abdurrahman Al-Juzairi, *Fikih Empat Madzhab*, Jilid 4, (Jakarta: Pustaka Al-Kautsar), h. 56.

⁷ Abdurrahman Al-Juzairi, *Fikih Empat...*, h. 61.

Madzhab Hambali mengatakan bahwa *Mudharabah* itu ialah sebuah ungkapan untuk penyerahan modal tertentu dari pemilik dana yang diambil dari hartanya sendiri kepada orang yang akan menjalankan usaha dengan imbalan mendapat bagian tertentu yang bersifat umum dari keuntungannya, dan modal itu harus berupa mata uang resmi. Seperti halnya penyerahan dana bisa juga dengan titipan kepada seseorang kemudian dikatakan kepadanya “Bekerjalah dengan uang yang dititipkan tersebut secara *Mudharabah*”. Sehingga *Mudharabah* menurut mereka seperti halnya titipan.⁸

Madzhab Asy-Syafi’i mengatakan bahwa *Mudharabah* atau *qiradh* itu ialah suatu akad yang berisi penyerahan dana seseorang kepada yang lain untuk dijadikan usaha dengan kompensasi masing-masing dari kedua belah pihak tadi mendapat bagian dari keuntungan dengan syarat-syarat khusus.⁹

⁸ Abdurrahman Al-Juzairi, *Fikih Empat...*, h. 67-68.

⁹ Abdurrahman Al-Juzairi, *Fikih Empat...*, h. 71.

Wahbah al-Zuhaili dalam kitab *al-fiq al-Islami wa Adillatuh* menyebutkan bahwa *Mudharabah* secara bahasa terambil dari kata **قرض** berarti **القطع** (potongan), maksudnya pemilik harta memotong sebagian hartanya untuk diberikan kepada orang lain untuk digunakan sebagai modal usaha. *Mudharabah* juga terambil dari kata **المقارضة** yang berarti persamaan, yaitu adanya persamaan dalam hak menerima keuntungan. Secara terminologi *Mudharabah* berarti sejumlah uang yang diberikan seseorang kepada orang lain untuk modal usaha, apabila mendapat keuntungan maka dibagi dua, yaitu untuk pihak pemilik modal (*sahibul mal*) dan pelaku usaha atau yang menjalankan modal (*mudarib*) dengan prosentase atau jumlah sesuai dengan kesepakatan dan apabila terjadi kerugian maka ditanggung oleh pemilik modal.¹⁰

Adapun menurut para ahli fikih, *Mudharabah* itu ialah suatu akad diantara dua orang dengan transaksi salah seorang menyerahkan hartanya kepada yang lain

¹⁰ Imam Mustofa, *Fiqih Muamalah Kontemporer*, (Depok: PT. RajaGrafindo Persada, 2016), h. 150.

untuk dijadikan usaha dengan kompensasi mendapat imbalan bagian tertentu yang bersifat umum dari keuntungan seperti mendapat bagian setengah, sepertiga dan lain sebagainya disertai syarat-syarat yang khusus. Secara *dzahir* pengertian tersebut bersesuaian dengan makna bahasanya kecuali dengan tambahan syarat-syarat yang bisa menjadikan akad tersebut sah atau rusak dari sudut pandang *syar'i*.¹¹

b. Dasar Hukum *Mudharabah*

1) Al-Qur'an QS. Al-Muzammil: 20

إِنَّ رَبَّكَ يَعْلَمُ أَنَّكَ تَقُومُ أَدْنَىٰ مِن ثُلُثِي اللَّيْلِ وَنِصْفَهُ وَثُلُثَهُ وَطَائِفَةٌ
 مِّنَ الَّذِينَ مَعَكَ ۗ وَاللَّهُ يُقَدِّرُ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ ۗ عَلِمَ أَن لَّنْ
 نَّحُصُّهُ فَنَتَّابِ عَلَيْكُمْ فَا قْرَءُوا مَا تَيْسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ ۗ عَلِمَ أَن
 سَيَكُونُ مِنكُمْ مَّرْضَىٰ ۚ وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ
 يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ اللَّهِ ۚ وَآخَرُونَ يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ۚ فَآ
 قْرَءُوا مَا تَيْسَّرَ مِنْهُ ۚ وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَآقْرِضُوا

¹¹ Abdurrahman Al-Juzairi, *Fikih Empat...*, h. 54-55.

اللَّهُ قَرُضًا حَسَنًا ۖ وَمَا تُقَدِّمُوا لِأَنفُسِكُمْ مِنْ خَيْرٍ تَحِدُّوهُ عِنْدَ اللَّهِ
هُوَ خَيْرٌ وَأَعْظَمُ أَجْرًا ۖ وَاسْتَغْفِرُوا لِلَّهِ ۖ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ

“*Sesungguhnya Tuhanmu mengetahui bahwa engkau (muhammad) berdiri (sholat) kurang dari pertiga malam, atau seperdua malam, atau sepertiganya dan (demikian pula) segolongan dari orang-orang yang bersamamu. Allah menetapkan ukuran malam dan siang. Allah mengetahui bahwa kamu tidak dapat menentukan batas-batas waktu itu, maka dia memberi keringanan kepadamu, karena itu bacalah apa yang mudah (bagimu) dari Al-Qur’an; Dia mengetahui bahwa akan ada diantara kamu orang-orang yang sakit, dan yang lain berjalan dibumi mencari sebagian karunia Allah; dan yang lain berperang dijalan Allah, maka bacalah apa yang mudah (bagimu) dari Al-Qur’an dan laksanakanlah sholat, tunaikanlah zakat, dan berikanlah pinjaman kepada Allah pinjaman yang baik. Kebaikan apa saja yang kamu perbuat untuk dirimu niscaya kamu memperoleh (balasan) nya disisi Allah sebagai balasan yang paling baik dan yang paling besar pahalanya. Dan mohonlah ampunan kepada Allah; sungguh, Allah maha pengampun, maha penyayang” (QS. Al-Muzammil: 20)¹²*

Yang menjadi argumen dan dasar dilakukannya akad *Mudharabah* dalam ayat ini adalah *yadhribun* yang sama akar kata *Mudharabah* yang memiliki makna melakukan suatu perjalanan usaha. Ayat

¹² R.H.A. Soenarjo, “*Al-Qur’an Dan Terjemah*” (Jakarta: Al-Qur’an Raja Fahd, 1971), h. 990

tersebut menjelaskan bahwa sebagai manusia yang hidup di mana, maka kiranya senantiasa mencari rizki (karunia Allah) dengan bermuamalah, salah satunya yaitu dengan kerja sama antara manusia. Di dalam Al-Qur'an, termasuk dalam ayat diatas memang tidak ada secara tegas menerapkan tentang pelaksanaan *Mudharabah*, tetapi dari berbagai ayat tentang muamalah, dapat diambil kesimpulan bahwa untuk bekerja sama *Mudharabah* diperbolehkan.¹³

2) As-Sunnah

Hadis riwayat Imam Baihaqi dari Ibnu Abbas:

عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ : كَانَ الْعَبَّاسُ بُنَّ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ إِذَا دَفَعَ
مَالاً مُضَارَبَةً اشْتَرَطَ عَلَى صَاحِبِهِ أَنْ لَا يَسْأَلَكَ بِهِ بَحْرًا وَلَا
يُنْزِلَ بِهِ وَاذْيَا وَلَا يَشْتَرِيَ بِهِ دَاتَ كَبِدٍ رَطْبَةٍ فَإِنَّ فَعَلَ فَهُوَ
ضَامِنٌ فَرُفِعَ شَرْطُهُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -
فَأَجَّازَهُ

“Dari Ibnu Abbas, bahwa Abbas bin Abdul Muththalib jika memberikan dana ke mitra usahanya

¹³ Mahmudatus Sa'diyah, *Fiqh Muamalah II*, (Jawa Tengah: Unisnu Press, 2019), h. 63-64.

secara Mudharabah ia mensyaratkan agar dananya tidak dibawa mengarungi lautan, menuruni lembah yang berbahaya, atau membeli ternak. Jika menyalahi aturan tersebut, maka yang bersangkutan bertanggung jawab atas dana tersebut. Disampaikanlah syarat-syarat tersebut kepada Rasulullah SAW, dan Rasulullah SAW pun membolehkannya”.

Hadis di atas secara jelas menyinggung masalah *mudarabah*. Yang merupakan *Al-Sunnah al-taqiriyah* atau persetujuan Rasulullah terhadap perilaku atau tindakan sahabat yang mempraktikkan *mudarabah*. Hadis ini menjadi landasan diperbolehkan dan disyariatkannya *mudarabah*.¹⁴

3) Ijma’

Dasar yang diterapkan *Mudharabah* dalam *ijma’* adalah sebuah riwayat bahwa sahabat telah konsensus terhadap legitimasi menggunakan harta anak yatim untuk *Mudharabah*. Perilaku semacam itu tidak ada yang mempermasalahkan.¹⁵

¹⁴ Imam Mustofa, *Fiqih Muamalah Kontemporer*, (Depok: PT. RajaGrafindo Persada, 2016), h. 152-153.

¹⁵ Abu Azam Al Hadi, “*Fikih Muamalah*”, h. 6.

c. Macam-Macam *Mudharabah*

1) *Mudharabah Mutlaqah*

Bentuk *Mudharabah* ini, *shahibul mal* (pemilik modal) tidak memberikan batasan-batasan atas dana yang diinvestasikan kepada *mudharib*. *Mudharib* diberi wewenang penuh mengelola tanpa terikat waktu, tempat, jenis usaha, dan jenis pelayanannya.

2) *Mudharabah Muqayyadah*

Bentuk *Mudharabah* ini, *shahibul mal* menentukan bahwa *mudharib* hanya boleh berbisnis dalam bidang tertentu, dalam arti *mudharib* hanya menginvestasikan dana dari *shahibul mal* pada bisnis dengan di bidang tersebut dan tidak boleh pada bisnis bidang lain.¹⁶

Jenis kedua ini, keabsahan syaratnya diperselisihkan oleh para ulama, namun yang *raji'ih* bahwa pembatasan tersebut berguna dan sama sekali tidak menyalahi dalil *syar'i*. Hal itu sekedar *ijtihad*

¹⁶ Harun, "*Fiqh Muamalah*", (Surakarta: Muhammadiyah University Press, 2017), h. 191.

dan dilakukan dengan kesepakatan dan keridhoan kedua belah pihak sehingga wajib ditunaikan. Perbedaan antara keduanya terletak pada pembatasan penggunaan modal sesuai permintaan investor.¹⁷

d. Rukun dan Syarat *Mudharabah*

Rukun dan syarat *Mudharabah* merupakan hal penting, sebab *Mudharabah* yang tidak memenuhi rukun dan syaratnya, maka akad kerja sama *Mudharabah* tersebut akan dinilai tidak sah atau batal hukumnya. Oleh karena itu, Islam telah mengatur tentang rukun dan syarat *Mudharabah* sehingga kerja sama itu dapat dikatakan sah oleh syara'.

1) Rukun *Mudharabah*

Rukun akad *Mudharabah* terdapat beberapa perbedaan pendapat antara Ulama Hanafiyah dengan Jumhur Ulama. Ulama Hanafiyah berpendapat bahwa yang menjadi rukun akad *Mudharabah* adalah *Ijab* dan *Qabul*. Sedangkan Jumhur Ulama menyatakan

¹⁷ Ahmad Sarwat, *Ensiklopedia Fikih Indonesia 7: Muamalat*, (Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 2018), h. 269.

bahwa rukun akad *Mudharabah* adalah terdiri atas orang yang berakad, modal, keuntungan, kerja dan akad; tidak hanya terbatas pada rukun sebagaimana yang dikemukakan Ulama Hanafiyah, akad tetapi, Ulama Hanafiyah memasukkan rukun-rukun yang disebutkan Jumhur Ulama itu, selain Ijab dan Qabul sebagai syarat akad *Mudharabah*.

Dari beberapa pendapat di atas maka rukun dari akad *Mudharabah* terdiri atas: 1) *Shahibul maal/rabulmal* (pemilik dana/nasabah), 2) *Mudharib* (pengelola dana/pengusaha/bank), 3) Amal (usaha/pekerjaan), 4) Ijab Qabul

2) Syarat *Mudharabah*

Adapun syarat-syarat *Mudharabah*, sesuai dengan rukun yang dikemukakan Jumhur Ulama diatas adalah 1) Orang yang berakal harus cakap bertindak hukum dan cakap diangkat sebagai wakil 2) Mengenai modal diisyaratkan: berbentuk uang, jelas jumlahnya, tunai, dan diserahkan sepenuhnya kepada

mudharib (pengelola). Oleh karenanya jika modal itu berbentuk barang, menurut Ulama fiqh tidak dibolehkan, karena sulit untuk menentukan keuntungannya. 3) Yang terkait dengan keuntungan disyariatkan bahwa pembagian keuntungan harus jelas dan bagian masing-masing diambil dari keuntungan dagang itu.¹⁸

2. Musyarakah

a. Pengertian *Musyarakah*

Musyarakah adalah kerja sama dalam melakukan suatu perbuatan, baik dalam dunia perdagangan maupun yang lainnya yang dilakukan oleh dua orang atau lebih. Keduanya saling melakukan upaya agar kerja sama tersebut berhasil sesuai harapan. Dalam bidang muamalah, akad yang tergolong ke dalam *Musyarakah* ini adalah syirkah, *Mudharabah*, *muzara'ah* atau *mukhabarah*, dan *musaqah*. Syirkah dan *Mudharabah*

¹⁸ Any Widayatsari, "Akad Wadiah dan *Mudharabah* dalam Penghimpunan Dana Pihak Ketiga Bank Syariah". *Jurnal Ekonomi dan Hukum Islam*, Vol. 3 No. 1 (Juni 2013) STAI Darul Ulum Banyuwangi, h. 12.

kerja sama dalam bidang perdagangan. Sedangkan *muzara'ah* atau *mukhabarah* dan *musaqah* kerja sama dalam bidang pertanian.¹⁹

Musyarakah diterjemahkan dalam bahasa Inggris dengan *partnership* (kemitraan). Istilah tersebut tidak spesifik karena *Mudharabah* juga suatu *partnership* (kemitraan). Lembaga-lembaga keuangan Islam menerjemahkannya dengan istilah "*participation financing*" agar dapat lebih menggarisbawahi salah satu aspek dari *Musyarakah* yang akan dijelaskan di bawah ini. Menurut saya, *Musyarakah* dapat diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia dengan "kemitraan para pemodal" atau "perkongsian para pemodal".²⁰

Musyarakah adalah penanaman dana dari pemilik dana/modal untuk mencampurkan dana/modal mereka pada suatu usaha tertentu, dengan pembiayaan keuntungan berdasarkan *nisbah* yang telah disepakati

¹⁹ Enang Hidayat, *Kaidah Fikih Muamalah*, (Bandung: PT. Remaja Rosdakarya, 2019), h. 225.

²⁰ Sutan Remy Sjahdeini, *Perbankan Syariah (produk-produk dan aspek-aspek hukumnya)*, (Jakarta: Kencana, 2018), h. 329.

sebelumnya, sedangkan kerugian ditanggung semua pemilik dana/modal berdasarkan bagian dana/modal masing-masing. (PBI Nomor 9/9/PBI/2007 tanggal 18 Juni 2007).

Pembiayaan *Musyarakah* yaitu pembiayaan berdasarkan akad kerja sama antara dua pihak atau lebih untuk suatu usaha tertentu, dimana masing-masing pihak memberikan kontribusi dana dengan ketentuan bahwa keuntungan dan risiko akan ditanggung bersama sesuai kesepakatan. (Fatwa DSN Nomor 08/DSN-MUI/IV/2000).²¹

Dalam *Musyarakah* terdapat dua atau lebih mitra yang memasukkan modal guna membiayai suatu investasi. Hasil keuntungan dari *Musyarakah* juga diatur, seperti halnya pada *Mudharabah*, sesuai dengan prinsip pembagian keuntungan dan kerugian (*profit and loss sharing principle* atau PLS). keuntungan dibagi menurut proporsi yang harus ditentukan sebelumnya. Tidak

²¹ Firdaus Furywardhana, *Akuntansi Syariah di Lembaga Keuangan Syariah*, (Depok: Guepedia, 2014), h. 77.

seperti halnya pada *Mudharabah* dimana satu pihak saja, yaitu *shahib al-mal*, yang menanggung risiko finansial, pada *Musyarakah* kedua pihak yang harus memikul risiko kerugian finansial.²²

b. Dasar Hukum *Musyarakah*

Dasar hukum yang menjadi pertimbangan bolehnya akad *Musyarakah* adalah sebagai berikut:

1) Al-Qur'an

QS. Sad ayat 24:

قَالَ لَقَدْ ظَلَمَكَ بِسُؤَالٍ نَعَجْتِكِ إِلَىٰ نِعَا جِهٍ ۗ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ
الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا
الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ ۗ وَظَنَّ دَاوُدُ أَنَّمَا فَتَنَّاهُ فَاسْتَغْفَرَ رَبَّهُ وَخَرَّ
رَاكِعًا وَأَنَابَ

“Dan sesungguhnya kebanyakan dari orang-orang yang bersyarikat itu sebagian dari mereka berbuat zalim kepada sebagian lain, kecuali orang yang beriman dan

²² Sutan Remy Sjahdeini, *Perbankan Syariah...*, h. 329.

mengerjakan amal sholeh dan amat sedikitlah mereka ini...”.²³

2) As-Sunnah

Hadis riwayat Abu Daud:

حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ سُلَيْمَانَ الْمِصِّصِيُّ حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ الزُّبَيْرِ
 قَانَ عَنْ أَبِي حَيَّانَ النَّيْمِيِّ عَنْ أَبِيهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَفَعَهُ قَالَ
 إِنَّ اللَّهَ يَقُولُ أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكِينَ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدٌ هُمَا صَاحِبَهُ فَإِذَا
 خَانَهُ خَرَجْتُ مِنْ بَيْنِهِمَا

“Telah menceritakan kepada kami Muhammad bin Sulaiman Al Mishshishi, telah menceritakan kepada kami Muhammad bin Az Zibriqan, dari Abu Hayyan At-Taimi, dari ayahnya dari Abu Hurairah dan ia merafakannya. Ia berkata; sesungguhnya Allah berfirman: Aku adalah pihak ketiga dari dua orang yang bersekutu, selama tidak ada salah seorang diantara mereka yang berkhianat kepada sahabatnya. Apabila ia telah mengkhianatnya, maka aku keluar dari keduanya”. (HR. Abu Daud No. 2936)²⁴

3) Ijma Ulama

Ijma Ulama atas kebolehan *Musyarakah* sebagaimana dikutip dari Wahbah Zuhaili dalam kitab

²³ Mardani, *Hukum Sistem Ekonomi Islam*, (Depok: PT. Raja Grafindo Persada, 2017), h. 208.

²⁴ Abu Azam Al Hadi, *Fikih Muamalah...*, h. 35-36.

“*Al-Fiqh al-Islami wa Adillatuhu*”. Ulama muslim sepakat akan keabsahan kontrak *Musyarakah* secara global walaupun terdapat perbedaan pendapat diantara mereka atas beberapa jenis *Musyarakah*. Secara eksplisit, ulama telah sepakat akan praktik kontrak *Musyarakah*, sehingga kontrak ini mendapat pengakuan dan legalitas *syar’i*.²⁵

c. Macam-macam *Musyarakah*

1) *Syirkah al-amlak* (kepemilikan)

Syirkah al-amlak (syirkah milik) adalah ibarat dua orang atau lebih memilikkan suatu benda kepada yang lain tanpa ada akad *syirkah*. *Syirkah al-amlak* terbagi kepada dua bagian besar, yaitu sebagai berikut: 1) *Syirkah al-jabr*, yaitu berkumpulnya dua orang atau lebih dalam pemilikan suatu benda secara paksa. 2) *Syirkah al-ikhtiyar*, yaitu suatu bentuk kepemilikan bersama yang timbul karena perbuatan orang-orang yang berserikat.

²⁵ Rachmadi Usman, *Produk dan Akad Perbankan Syariah di Indonesia (Implementasi dan aspek Hukum)*, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2009), h. 225.

2) *Syirkah al-uqud*

Syirkah al-uqud (*contractual partnership*), dapat dianggap sebagai kemitraan yang sesungguhnya, karena para pihak yang bersangkutan secara sukarela berkeinginan untuk membuat suatu perjanjian investasi bersama dan berbagi untung dan resiko. *Syirkah al-uqud* terbagi empat jenis, yaitu *syirkah al-mufawadhah*, *syirkah al-inan*, *syirkah al-wujuh*, dan *syirkah al-amal*.

Syirkah al-mufawadhah, yaitu akad kerja sama usaha antara dua pihak atau lebih, yang masing-masing pihak harus menyerahkan modal dengan porsi modal yang sama dan bagi hasil atas usaha atau risiko ditanggung bersama dengan jumlah yang sama. Dalam *syirkah mufawadhah*, masing-masing mitra usaha memiliki hak dan tanggung jawab yang sama.

Syirkah al-inan, yaitu akad kerja sama usaha antara dua orang atau lebih, yang masing-masing mitra kerja harus menyerahkan dana untuk modal

yang porsi modalnya tidak harus sama. Pembagian hasil usaha sesuai dengan kesepakatan, tidak harus sesuai dengan kontribusi dana yang diberikan. Dalam *syirkah al-inan*, masing-masing pihak tidak harus menyerahkan modal dalam bentuk uang tunai saja, akan tetapi dapat dalam bentuk aset atau kombinasi antara uang tunai dan aset atau tenaga.

Syirkah al-wujuh, yaitu dua orang atau lebih membeli suatu barang tanpa modal, melainkan semata berdagang kepada nama baik dan kepercayaan pada pedagang kepada mereka. *Syirkah* ini disebut juga *syirkah tanggung jawab tanpa kerja dan modal*.

Syirkah amal, yaitu kontrak kerja sama dua orang seprofesi untuk menerima pekerjaan secara bersama dan berbagi keuntungan dari pekerjaan itu. Misalnya kerja sama dua orang arsitek untuk menggarap sebuah proyek atau kerja sama, dua orang penjahit kerja sama untuk menerima order pembuatan

seragam sebuah kantor. *Musyarakah* ini kadang disebut dengan *syirkah abdan* atau *sanaa'i*.²⁶

d. Rukun dan Syarat *Musyarakah*

1) Rukun *Musyarakah*

Rukun *syirkah* (*Musyarakah*) diperselisihkan oleh para ulama, menurut ulama Hanafiyah bahwa rukun *syirkah* ada dua, yaitu ijab dan qabul sebab ijab qabul (akad) yang menentukan adanya *syirkah* (*Musyarakah*).

Syarat-syarat yang berhubungan dengan *syirkah* (*Musyarakah*) menurut Hanafiyah dibagi menjadi empat bagian berikut ini:

Sesuatu yang berkaitan dengan semua bentuk *syirkah* baik dengan harta maupun dengan yang lainnya. Dalam hal ini terdapat dua syarat, yaitu: 1) yang berkenaan dengan benda yang diakadkan adalah harus dapat diterima dengan perwakilan. 2) yang

²⁶ Chafi Abdul Latif, "Pembiayaan *Mudharabah* Dan Pembiayaan *Musyarakah* Di Perbankan Syariah", *Jurnal Ilmu Akuntansi Dan Bisnis Syariah*, Vol. II, No. 01 (Januari, 2020), h. 16-17.

berkenaan dengan keuntungan, yaitu pembagian keuntungan harus jelas dan dapat diketahui dua pihak.

Sesuatu yang berkaitan dengan *syirkah mal* (harta), dalam hal ini terdapat dua perkara yang harus dipenuhi yaitu: 1) bahwa modal yang dijadikan objek akad *syirkah* adalah dari alat pembayaran (*nuqud*), seperti Junaih, Riyal, dan Rupiah, 2) yang dijadikan modal (harta pokok) ada ketika akad *syirkah* dilakukan, baik jumlahnya sama maupun berbeda.

Sesuatu yang berkaitan dengan *syarikat mufawadhah*, bahwa dalam *mufawadhah* disyaratkan: 1) modal (harta pokok) dalam *syirkah mufawadhah* harus sama, 2) bagi yang *bersyirkah* ahli dalam *kafalah*, 3) bagi yang dijadikan objek akad disyaratkan *syirkah* umum, pada semua macam jual beli.

2) Syarat *Musyarakah*

Syarat yang berkaitan dengan *syirkah al-inan* sama dengan syarat-syarat *syirkah mufawadhah*. Menurut Malikiyah syarat-syarat yang berkaitan

dengan orang yang melakukan akad ialah merdeka, baligh, dan pintar (*rusyd*).

Syafi'iyah berpendapat bahwa *syirkah* yang sah hukumnya hanyalah *syirkah al-inan*, sedangkan *syirkah* yang lain batal. Kemudian dijelaskan oleh Abd al-Rahman al-Jaziri bahwa rukun *syirkah* adalah dua orang (pihak) yang berserikat, shighat dan objek akad *syirkah* baik harta maupun kerja.

Syarat-syarat *syirkah*, dijelaskan oleh Idris Ahmad berikut ini. 1) Mengeluarkan kata-kata yang menunjukkan izin masing-masing anggota serikat kepada pihak yang akan mengendalikan harta itu. 2) Anggota serikat itu saling mempercayai, sebab masing-masing mereka adalah wakil yang lainnya. 3) Mencampurkan harta sehingga tidak dapat dibedakan hak masing-masing, baik berupa mata maupun bentuk yang lainnya.²⁷

²⁷ Hendi Suhendi, *Fiqh Muamalah*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2016), h. 127-129.

C. Berakhirnya Akad Bagi Hasil

Suatu akad akan dikatakan berakhir apabila telah mencapai tujuan. Misalnya dalam melakukan kerja sama, akad dikatakan berakhir bila keuntungan dan kerugian telah disepakati. Selain itu akad dipandang berakhir apabila telah terjadi fasakh atau telah berakhir waktunya. Para ulama fiqh menyatakan bahwa akad berakhir karena beberapa faktor sebagai berikut: modal yang diberikan atau pemilik modal menarik modalnya, salah seorang yang berakad meninggal dunia.

1. Berakhirnya Akad *Mudharabah*

Lamanya kerja sama dalam *Mudharabah* tidak tentu dan tidak terbatas, tetapi semua pihak berhak untuk menentukan jangka waktu kontrak kerja sama dengan memberitahukan pihak lain. Akad *Mudharabah* dapat berakhir karena hal sebagai berikut:

- a. Dalam hal *Mudharabah* tersebut dibatasi waktunya, maka *Mudharabah* berakhir pada waktu yang telah ditentukan

- b. Salah satu pihak memutuskan atau mengundurkan diri
- c. Salah satu pihak meninggal dunia atau ilang akal
- d. Sudah tidak ada modal
- e. Pengelola dana tidak menjalankan amanahnya sebagai pengelola usaha untuk mencapai tujuan sebagaimana dituangkan dalam akad. Sebagai pihak yang mengemban amanah ia harus beritikad baik dan hati-hati.

Menurut fiqh pengikut Hanafi, Hambali, dan Syafi'i, berakhirnya periode ini berarti otomatis kontrak tersebut berubah tanpa adanya keputusan baru yang diambil. Akan tetapi menurut para ahli fiqh pengikut Maliki, spesifikasi suatu periode waktu dapat membatalkan perjanjian tersebut.

Berdasarkan kutipan dari ahli-ahli fiqh pengikut Hambali dan Maliki yang telah disebutkan, hal tersebut juga jelas bahwa jika semua pihak mengikat diri mereka untuk tidak mengakhiri kontrak sebelum waktu yang ditentukan, maka kontrak itu dianggap tidak sah. Akan tetapi, suatu kontrak *Mudharabah* berakhir disebabkan oleh kematian seseorang yang pernah menjadi bagian dalam

kontrak tersebut. Kontrak tersebut dapat dilanjutkan apabila terdapat lebih dari dua mitra usaha dengan persetujuan dari orang-orang yang masih ada.

Semua mazhab hukum setuju terhadap prinsip ini sebagaimana yang dijelaskan pada kutipan-kutipan tersebut: Ali al Khafiif menyebutkan: “Ketika seorang mitra meninggal dunia, maka pengembangan sahamnya dalam kemitraan usaha dan kontraknya menjadi berakhir, dengan demikian bagian tersebut diserahkan kepada ahli warisnya, dan kontrak yang telah dilakukan dengan almarhum menjadi terhapus”. Pengikut Hambali mengatakan: “Apabila salah seorang dari kedua mitra usaha tersebut meninggal seorang ahli waris yang berkompeten mempunyai hak untuk melanjutkan kontrak dan mitra usahanya akan mengizinkan untuk dilaksanakan transaksi-transaksi yang dilakukan kemudian, serta adanya hak untuk membagi asset”.

Kedua pendapat tersebut dapat menjadi alasan penguat bahwa berakhirnya kontrak akad *Mudharabah*

karena kematian dapat diwariskan kepada ahli waris yang berkompoten untuk melaksanakan akad *Mudharabah* yang sedang berlangsung.²⁸

2. Berakhirnya akad *Musyarakah*

- a. Salah seorang mitra menghentikan akad
- b. Salah seorang mitra meninggal, atau hilang akal
- c. Dalam hal ini, mitra yang meninggal atau hilang akal dapat digantikan oleh salah seorang ahli warisnya yang cakap hukum, baligh, dan berakal sehat dengan persetujuan semua ahli waris lainnya dan juga mitra lainnya.
- d. Modal *Musyarakah* hilang atau habis

Apabila salah satu mitra keluar dari kemitraan baik dengan mengundurkan diri, meninggal, atau hilang akal maka kemitraan tersebut dikatakan bubar karena *Musyarakah* berawal dari kesepakatan untuk bekerja sama dan setiap mitra mewakili mitra lainnya dalam kegiatan

²⁸ Wardah Yuspin, Arinta Dewi Putri, *Rekonstruksi Hukum Jaminan Pada Akad Mudharabah*, (Surakarta: Muhammadiyah University Press, 2020), h. 45-47.

operasional. Dengan tidak ada lagi salah seorang mitra maka berarti hubungan perwakilan juga dianggap sudah tidak ada.²⁹

D. Landasan Syariah Bagi Hasil

Dalam kerja sama bagi hasil antara satu pihak atau lebih pasti akan menghadapi yang namanya keuntungan dan kerugian, berikut adalah beberapa sistem pembagian keuntungan dan kerugian dalam bagi hasil :

1. Presentase

Nisbah keuntungan harus dinyatakan dalam bentuk presentase antara kedua belah pihak, bukan dinyatakan dalam nilai nominal Rupiah tertentu. Jadi nisbah keuntungan itu misal 50:50, 80:20, 70:30, atau 60:40. Jadi, nisbah keuntungan ini ditentukan berdasarkan kesepakatan, bukan berdasarkan porsi setoran modal, tentu saja dapat disepakati apabila ditentukan nisbah keuntungan sebesar porsi setoran modal.

²⁹ Hery, *Akuntansi Syariah...*, h. 27.

2. Bagi untung dan bagi rugi

Ketentuan di atas itu merupakan konsekuensi logis dari akad bagi hasil itu sendiri, yang tergolong dalam kontrak investasi. Bila laba bisnisnya besar, kedua belah pihak mendapat bagian yang besar pula. Bila laba bisnisnya kecil, mereka mendapat bagian yang kecil juga. Begitupun sebaliknya dengan kerugian.

3. Jaminan

Ketentuan pembagian kerugian hanya berlaku bila kerugian yang terjadi hanya murni diakibatkan oleh risiko bisnis, bukan karena risiko karakter yang buruk, misalnya karena *mudharib* lalai atau melanggar persyaratan-persyaratan kontrak bagi hasil, maka *shahibul maal* tidak perlu menanggung kerugian seperti itu.

4. Menentukan besarnya nisbah

Besarnya nisbah ditentukan berdasarkan kesepakatan masing-masing pihak yang berakad. Jadi, angka besar nisbah ini muncul sebagai hasil tawar menawar kesepakatan

antara para pihak. Dengan demikian maka angka nisbah setiap bagi hasil bervariasi.

5. Cara menyelesaikan kerugian

Jika terjadi kerugian, cara menyelesaikannya adalah : pertama, diambil terlebih dahulu dari keuntungan, karena keuntungan merupakan pelindung modal. Kedua, bila kerugian melebihi keuntungan, baru diambil dari pokok modal.³⁰

Jika dalam kerja sama yang dilakukan pihak pertama sebagai pemilik modal dan pihak lainnya sebagai pengelola usaha. Keuntungan dalam bagi hasil akan dibagi menurut kesepakatan yang dituangkan dalam kontrak yang disepakati. Sedangkan kerugian akan ditanggung oleh pihak yang melakukan kelalaian.

E. Konsep Dasar Bagi Hasil Perspektif Hukum Ekonomi Syariah

Ekonomi pada umumnya didefinisikan sebagai kajian tentang perilaku manusia dalam hubungannya dengan

³⁰ Adiwarman A. Karim, *Bank Islam Analisis Fiqih dan Keuangan*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2013), h. 204.

pemanfaatan sumber-sumber produksi yang langka untuk diproduksi dan dikonsumsi. Sedangkan ekonomi Syariah merupakan sekumpulan dasar-dasar umum ekonomi yang disimpulkan dari Al-Quran dan As-Sunnah dan merupakan bangunan perekonomian yang didirikan diatas landasan dasar-dasar tersebut sesuai dengan tiap lingkungan dan masa.³¹

Dari definisi tersebut terlihat bahwa ekonomi Syariah terdiri dari dua bagian, yaitu: 1) Sekumpulan dasar-dasar umum ekonomi yang disimpulkan dari Al-Quran dan As-Sunnah, 2) Bangunan perekonomian yang didirikan di atas dasar-dasar tersebut sesuai dengan tiap lingkungan dan masa.

Keterkaitan antara ekonomi Islam ialah cara pandang dan bertindak secara ekonomi berdasarkan nilai-nilai dalam Islam. Prinsip Keadilan adalah salah satunya, bahkan Allah menempatkan keadilan ini paling dekat dengan taqwa, karena ketaqwaan termasuk prinsip utama dalam Islam sebagai pondasi berbuat keadilan.³²

³¹ Rozalinda, *Ekonomi Islam: Teori dan Aplikasinya pada Aktivitas Ekonomi*, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2016), h 2.

³² Ulil Amri, "*Praktik Bagi Hasil Pertanian (Sawal) Dalam Perspektif Ekonomi Islam (Studi Masyarakat Petani di Desa Palece Kecamatan Limboro*

Keadilan menurut Ibnu Taimiyah adalah “memberikan sesuatu kepada setiap anggota masyarakat sesuai dengan haknya yang harus diperolehnya tanpa harus meminta, tidak berat sebelah dan tidak memihak kepada salah satu pihak, mengetahui hak dan kewajiban, mengerti mana yang benar dan mana yang salah, bertindak jujur dan tetap menurut peraturan yang telah ditetapkan”.³³

Keadilan merupakan kesadaran sepenuhnya terhadap sesuatu kepada orang lain yang memang sudah menjadi haknya atas sesuatu itu, sehingga masing-masing memperoleh peluang dalam melaksanakan hak dan kewajiban tanpa adanya paksaan dari pihak manapun.

Keharaman bunga dalam Syari’ah adalah membawa dampak penghapusan bunga secara mutlak, teori tentang *profit and loss sharing* dibentuk sebagai tawaran konsep diluar sistem bunga yang seringkali tidak memberikan keadilan karena telah mendatangkan diskriminasi terhadap pembagian

Kabupaten Polewali Mandar”, (Skripsi Fakultas Ekonomi Dan Bisnis Islam Uin Alauddin Makassar, 2018), h. 19.

³³ Ulil Amri, “Praktik Bagi Hasil Pertanian...”, h. 20

resiko ataupun keuntungan bagi para pelaku ekonomi. Prinsip keuangan Islam dibangun berdasarkan adanya pelarangan riba, transaksi ekonomi berlandaskan pertimbangan adanya mewujudkan rasa keadilan, resiko bisnis yang ditanggung bersama, tuntunan berbisnis secara halal, larangan gharar (kecurangan). Dalam perjanjian bagi hasil yang disepakati ialah nisbah bagi hasil dalam ukuran persentase hasil³⁴ yang telah diproduksi. Nilai nominal bagi hasil yang telah diterima, barulah akan diketahui setelah hasil dari pemanfaatan dana benar-benar nyata adanya.

Bagi hasil atau *Profit Sharing* secara etimologi diartikan sebagai berbagi keuntungan, didalam kamus ekonomi *profit sharing* ini diartikan sebagai pembagian laba, profit secara istilah yakni selisih yang muncul ketika total pendapatan dalam suatu usaha lebih besar dari pada biaya total. Istilah lain dari *profit sharing* adalah bagi hasil yang dihitung berdasarkan hasil bersih dari total pendapatan setelah dikurangi dengan

³⁴ Muchlis Yahya dan Edy Yusuf Agunggunato, “Teori Bagi Hasil (*Profit And Loss Sharing*) dan perbankan Syari’ah dalam Ekonomi Syari’ah”, Jurnal Dinamika Ekonomi Pembangunan, Vol.1 No.1, (Juli, 2011), h 67.

biaya-biaya yang timbul akibat perolehan pendapatan tersebut. bagi hasil dalam kegiatan ekonomi ialah bentuk perolehan atau pengembalian dari kontrak kerjasama antara dua orang atau lebih yang berakad dan besarnya perolehan itu tergantung pada hasil usaha yang dilakukan. Bagi hasil merupakan bagian yang sangat penting dalam melakukan usaha kerjasama, prinsip bagi hasil ialah manifestasi dari prinsip keadilan, persamaan dalam transaksi ekonomi Syari'ah.³⁵

Menurut Syekh Yusuf Qardhawi bagi hasil adalah kerjasama antara dua orang pemilik modal dengan usaha atau kerja untuk mencapai keuntungan bersama dan keuntungannya dibagi berdasarkan kesepakatan diawal.³⁶

Terdapat beberapa kaidah yang perlu diperhatikan bagi mitra bisnis yang menjalankan investasi *musyarakah*, yaitu sebagai berikut:

- a. Keuntungan usaha *syirkah* harus dihitung dengan jelas untuk menghindari perbedaan dan/atau sengketa pada

³⁵ Ulil Amri, "Praktik Bagi Hasil Pertanian...", h. 20-21

³⁶ Novita Erliana Sari, Nik Amah, Yahya Reka Wirawan, "Penerapan Prinsip Bagi Hasil dan Pengaruhnya terhadap Keputusan Menabung", Jurnal Pendidikan Ekonomi, Vol.5 No.2, 2017, h. 61

waktu alokasi keuntungan atau penghentian musyarakah. Bila tidak ditentukan pada saat akad, akan menimbulkan ketidakjelasan (*gharar*) yang dilarang oleh syariah dan tentu sangat besar potensinya terjadinya konflik antar mitra.

- b. Keuntungan harus diperhitungkan atas dasar kas (*cash basis*), bukan dasar akrual (*accrual basis*). Laporan laba rugi atas dasar akrual diubah ke dalam laporan rekonsiliasi pendapatan dan bagi hasil dengan menyesuaikan pos-pos akrual baik pendapatan maupun beban sehingga diperoleh nilai yang akan dibagikan.
- c. Seluruh keuntungan usaha *syirkah* harus dibagikan berdasarkan nisbah-proporsional atau nisbah-kesepakatan, dan tidak boleh ada sejumlah tertentu dari keuntungan ditentukan diawal yang ditetapkan hanya untuk *syarik* tertentu. Bila ada yang ditetapkan untuk *syarik* tertentu, maka ini dilarang dan termasuk riba yang diterima salah satu *syarik* tersebut.
- d. Salah satu *syarik* boleh mengusulkan bahwa jika keuntungan melebihi jumlah tertentu, kelebihan atau

persentase itu diberikan kepadanya. Ketentuan ini tentu harus mendapat ijin atau disepakati dengan syarik lainnya dan tidak dibolehkan tanpa sepengetahuan syarik lainnya tersebut.

- e. Keuntungan usaha (*ar-ribh*) boleh dibagikan sekaligus pada saat berakhirnya akad atau secara bertahap sesuai kesepakatan dalam akad. Hal ini harus disepakati oleh semua mitra pada awal akad.
- f. Kerugian usaha *syirkah* wajib ditanggung (menjadi beban) para *syarik* secara proporsional sesuai dengan porsi modal usaha yang disertakannya. Dalam hal ini, tidak diperkenankan membagi kerugian berdasarkan nisbah kesepakatan karena akan berpotensi merugikan salah satu mitra. Ini termasuk keadilan dalam syariat kita, bahwa kerugian harus ditanggung oleh pemilik modal dan proporsional jika digunakan akad musyarakah³⁷.

³⁷ Kautsar Riza Salman, “Karakteristik dan Kaidah Bagi Hasil Investasi Musyarakah menurut Standar Akuntansi Syariah PSAK 106” diakses Pada Tanggal 27 Oktober 2021 di <https://v2.perbanas.ac.id/index.php/id/det/1039-karakteristik-dan-kaidah-bagi-hasil-investasi-musyarakah-menurut-standar-akuntansi-syariah-psak-106>

F. Bagi Hasil Dalam Hukum Positif

1. Peristilahan dan Makna Kontrak atau Perjanjian

Dalam Praktik istilah kontrak atau perjanjian terkadang masih dipahami secara rancu. Banyak pelaku bisnis mencampuradukkan kedua istilah tersebut seolah merupakan pengertian yang berbeda. Burgerlijk Wetboek menggunakan istilah *overeenkomst* dan *contract* untuk pengertian yang sama. Hal ini secara jelas dapat disimak dari judul buku III titel Kedua Tentang “Perikatan-Perikatan yang lahir dari Kontrak atau Perjanjian” yang dalam bahasa aslinya (bahasa Belanda), yaitu: “*Van verbintenissen die uit contract of overeenkomst geboren worden*”.³⁸

Peter Mahmud Marzuki memberikan argumentasi kritis mengenai penggunaan istilah kontrak atau perjanjian dengan melakukan perbandingan terhadap pengertian kontrak atau perjanjian dalam sistem *Anglo-American*. Sistematika Buku III tentang *Verbintenissenrecht* (Hukum

³⁸ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial*, (Jakarta: Prenada Media Group, 2014), 13.

Perikatan) mengatur mengenai *overeenkomst* yang kalau diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia berarti perjanjian. Istilah kontrak merupakan terjemahan dari bahasa Inggris *contract*. Di dalam konsep kontinental, penempatan pengaturan perjanjian pada Buku III BW Indonesia tentang Hukum Perikatan mengindikasikan bahwa perjanjian memang berkaitan dengan masalah harta kekayaan (*Vermogen*). Pengertian perjanjian ini mirip dengan *contract* pada konsep *Anglo-American* yang selalu berkaitan dengan bisnis. Di dalam pola pikir *Anglo-American*, perjanjian yang bahasa Belanda-Nya *overeenkomst* dalam bahasa Inggris disebut *agreement* yang mempunyai pengertian lebih luas dari *contract*, karena mencakup hal-hal yang berkaitan dengan bisnis atau bukan bisnis. Untuk *agreement* yang berkaitan dengan bisnis disebut *contract*, sedangkan untuk yang tidak terkait dengan bisnis hanya disebut *agreement*.³⁹

³⁹ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian Asas...*, h. 14-15

Agus Yudha Hernoko berpendapat bahwa pengertian antara kontrak dan perjanjian adalah sama. Hal ini disebabkan pada perspektif Burgerlijk Wetboek, di mana antara perjanjian atau persetujuan (*overeenkomst*) mempunyai pengertian yang sama dengan kontrak (*contract*). Selain itu, dalam praktik kedua istilah tersebut juga digunakan dalam kontrak komersial, misal: perjanjian waralaba, perjanjian kerjasama, kontrak kerjasama, kontrak kerja konstruksi. Oleh karena itu, dalam penelitian ini kedua istilah tersebut akan digunakan bersama-sama, hal ini bukan berarti menunjukkan adanya inkonsistensi penggunaan istilah, namun semata-mata untuk memudahkan pemahaman terhadap rangkaian kalimat yang disusun.⁴⁰

Menurut pasal 1313 KUH Perdata, perjanjian (atau disebut pula sebagai persetujuan) adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya

⁴⁰ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian Asas...*, h. 15

terhadap satu orang lain atau lebih.⁴¹ Menurut Setiawan, rumusan Pasal 1313 BW selain tidak lengkap juga sangat luas. Tidak lengkap karena hanya menyebutkan persetujuan sepihak saja. Sangat luas karena dengan digunakannya perkataan “perbuatan” tercakup juga perwakilan sukarela dan perbuatan melawan hukum.

2. Syarat-Syarat Sah Perjanjian

Mengikat atau tidak mengikatnya suatu kontrak terhadap para pihak yang membuatnya tergantung kepada sah atau tidak sahnya kontrak yang dibuat oleh para pihak tersebut. Sah atau tidaknya suatu kontrak dapat dipastikan dengan mengujinya menggunakan instrumen hukum yang terkonkritisasi dalam wujud syarat-syarat sahnya suatu kontrak sebagaimana diatur secara sistematis dalam buku III KUH Perdata, yaitu:

- a. Syarat sahnya suatu kontrak sebagaimana diatur dalam Pasal 1320 KUH Perdata;
- b. Syarat sahnya suatu kontrak sebagaimana diatur di luar Pasal 1320 KUH Perdata⁴²

⁴¹ Andika Wijaya, *Aspek Hukum Bisnis Transportasi Jalan Online*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2016), h. 52.

⁴² Muhammad Syaifuddin, *Hukum Kontrak: Memahami Kontrak dalam Perspektif Filsafat, Teori, Dogmatik, dan Praktik Hukum (Seri Pengayaan Hukum Perikatan)*, (Bandung: Mandar Maju, 2016), h. 110.

Perjanjian yang dibuat oleh para pihak harus memenuhi syarat-syarat sah yang termuat dalam pasal 1320 KUH Perdata:

- a. Kesepakatan atau persetujuan Para Pihak; Sepakat yang dimaksudkan bahwa subyek yang mengadakan perjanjian harus bersepakat, setuju mengenai hal-hal yang pokok dari perjanjian yang diadakan. Apa yang dikehendaki oleh pihak yang satu juga dikehendaki oleh pihak yang lain.
- b. Kecakapan Para Pihak dalam membuat suatu perjanjian; Orang yang mengadakan perjanjian harus cakap menurut hukum. Pada dasarnya setiap orang yang sudah dewasa dan sehat pikirannya adalah cakap menurut hukum. Menurut pasal 1330 KUH Perdata jo. 330 KUH Perdata yang dimaksud cakap menurut hukum adalah mereka yang telah berumur 21 tahun atau belum berumur 21 tahun tetapi telah kawin atau pernah kawin.
- c. Suatu hal tertentu; Suatu hal tertentu maksudnya adalah sudah ditentukan macam atau jenis benda atau barang dalam perjanjian itu. Mengenai barang itu sudah ada atau sudah berada ditangan pihak yang berkepentingan pada waktu perjanjian dibuat tidak diharuskan oleh undang-

undang dan juga mengenai jumlah tidak perlu untuk disebutkan.⁴³

- d. Suatu sebab yang halal; Terkait dengan pengertian sebab yang halal beberapa sarjana mengajukan pemikirannya, antara lain H.F.A. Vollmar dan Wirjono Prodjodikoro, yang memberikan pengertian sebab (kausa) sebagai maksud atau tujuan dari perjanjian. Sedangkan Subekti menyatakan bahwa sebab adalah isi perjanjian itu sendiri, dengan demikian kausa merupakan prestasi dan kontra prestasi yang saling dipertukarkan oleh para pihak.⁴⁴

Selain yang diatur dalam Pasal 1320 KUH Perdata, terdapat syarat lain yang mengatur sahnyanya suatu perjanjian diantaranya pasal 1338 (ayat 3) dan 1339 KUH Perdata, yaitu sebagai berikut:

- a. Perjanjian dilaksanakan dengan itikad baik.
- b. Perjanjian mengikat sesuai kepatutan

⁴³ Adil Samadani, *Dasar-Dasar Hukum Bisnis*, (Jakarta: Mitra Wacana, 2013), h. 26.

⁴⁴ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian..*, h. 194

- c. Perjanjian mengikat sesuai kebiasaan
- d. Perjanjian harus sesuai dengan undang-undang (hanya terhadap yang bersifat hukum memaksa).
- e. Perjanjian harus sesuai ketertiban umum⁴⁵

3. Asas Perjanjian

a. Asas Konsensualitas

Perjanjian itu lahir atau terjadi atau timbul, berlaku sejak saat tercapainya kata sepakat diantara para pihak tanpa perlu adanya formalitas tertentu. Asas ini disimpulkan dari kata “Perjanjian yang dibuat secara sah” dalam pasal 1338 ayat (1) jo pasal 1320 Angka (1) KUH Perdata. Oleh karena dalam pasal tersebut tidak disebutkan suatu formalitas tertentu disamping kesepakatan yang telah tercapai, maka dapat disimpulkan bahwa setiap perjanjian itu sudah sah dalam arti mengikat para pihak, apabila sudah tercapai kesepakatan mengenai hal-hal yang pokok atau hal yang menjadi obyek perjanjian itu. Dalam memuat kontrak pada umumnya para pihak tidak terikat pada bentuk

⁴⁵ Munir Fuady, *Konsep Hukum Perdata*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2016), h. 185-186.

tertentu. Kontrak dapat dibuat secara lisan maupun tertulis. Bentuk tertulis secara yuridis hanya dimaksudkan untuk alat bukti tentang terjadinya perjanjian tersebut.⁴⁶

b. Asas Kebebasan berkontrak

Asas kebebasan berkontrak merupakan otonomi para pihak, sebagai penjabaran dari Buku III KUH Perdata yang menganut sistem terbuka (*optional law*). Asas ini dapat disimpulkan dari Pasal 1338 Ayat (1) KUH Perdata: “Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya”. Dengan menekankan pada kata “Semua”, maka pasal ini seolah-olah berisikan suatu pernyataan kepada masyarakat bahwa kita diperbolehkan membuat perjanjian yang berupa dan berisi apa saja atau tentang apa saja dan perjanjian itu akan mengikat mereka yang membuatnya sebagai undang-undang.⁴⁷

Menurut Sutan Remi Sjahdeini asas kebebasan berkontrak menurut hukum perjanjian Indonesia meliputi ruang lingkup sebagai berikut :

⁴⁶ Munir Fuady, *Konsep Hukum...*, h. 185-186.

⁴⁷ Muhammad Noor, “Penerapan Prinsip-Prinsip Hukum Perikatan dalam Pembuatan Kontrak”, *Mazahib*, No.1 Vol XIV (Juni 2015), 91.

- 1) Kebebasan untuk membuat atau tidak membuat perjanjian.
- 2) Kebebasan untuk memilih pihak dengan siapa ia ingin membuat perjanjian
- 3) Kebebasan untuk menentukan atau memilih kausa dari perjanjian yang akan dibuatnya.
- 4) Kebebasan untuk menentukan objek perjanjian.
- 5) Kebebasan untuk menentukan bentuk suatu perjanjian
- 6) Kebebasan untuk menerima atau menyimpangi ketentuan undang-undang yang bersifat opsional.⁴⁸

c. Asas *Pacta Sunt Servanda*

Asas ini dapat disimpulkan dari kata “berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya” dalam Pasal 1338 Ayat (1) KUH Perdata. Para pihak harus mematuhi dan menghormati perjanjian yang dibuatnya karena perjanjian tersebut merupakan Undang-undang bagi kedua belah pihak. Hal ini dikuatkan oleh Pasal 1338 ayat (2): perjanjian-perjanjian tidak dapat ditarik kembali selain dengan kesepakatan kedua belah pihak atau karena alasan-alasan yang oleh

⁴⁸ Wiwoho, *Keadilan Berkontrak*, (Jakarta: Penaku, 2017), 159

undang-undang dinyatakan cukup untuk itu. Asas ini sering disebut asas kepastian hukum.

d. Asas Itikad Baik

Asas ini berkaitan dengan pelaksanaan suatu perjanjian. Asas itikad baik ini, terdapat dalam Pasal 1338 ayat (3) KUH Perdata yang menentukan “persetujuan-persetujuan harus dilaksanakan dengan itikad baik”.⁴⁹ Ketentuan Pasal 1338 ayat (3) KUH Perdata juga memberikan kekuasaan pada hakim untuk mengawas pelaksanaan suatu perjanjian jangan sampai pelaksanaan itu melanggar kepatutan dan keadilan.⁵⁰

Itikad baik dapat dibedakan dalam pengertian subjektif dan objektif. Itikad baik dalam segi subjektif, berarti kejujuran. Hal ini berhubungan erat dengan sikap batin seseorang pada saat membuat perjanjian. Artinya sikap batin seseorang pada saat dimulainya suatu perjanjian itu seharusnya dapat membayangkan telah dipenuhinya syarat-syarat yang diperlukan.

⁴⁹ Wiwoho, *Keadilan Berkontrak...*, h. 91-92

⁵⁰ Otto Cornelis Kaligis, *Kontrak Bisnis Teori dan Praktik Jilid 1*, (Bandung: P.T. Alumni, 2013), h. 6.

Itikad baik dalam segi objektif, berarti kepatutan, yang berhubungan dengan pelaksanaan perjanjian atau pemenuhan prestasi dan cara melaksanakan hak dan kewajiban haruslah mengindahkan norma-norma kepatutan dan kesusilaan.

Dalam hukum kontrak, itikad baik memiliki tiga fungsi yaitu, fungsi standart, fungsi menambah, dan fungsi membatasi. Fungsi standart berarti semua kontrak harus ditafsirkan sesuai dengan itikad baik. Fungsi menambah berarti Hakim dapat menambah isi perjanjian dan menambah kata-kata peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan perjanjian itu. Fungsi membatasi dan meniadakan berarti hakim dapat mengesampingkan isi perjanjian atau peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan perjanjian jika terjadi perubahan keadaan yang dapat mengakibatkan ketidakadilan.⁵¹

e. Asas Proporsionalitas

Asas Proporsionalitas bermakna sebagai asas yang melandasi atau mendasari pertukaran hak dan kewajiban

⁵¹ Muhammad Noor, *Penerapan Prinsip-Prinsip...*, h. 92.

para pihak sesuai proporsi atau bagiannya dalam seluruh proses kontraktual. Asas proporsionalitas mengandaikan pembagian hak dan kewajiban diwujudkan dalam seluruh proses hubungan kontraktual, baik pada fase prakontraktual, pembentukan kontrak maupun pelaksanaan kontrak. Asas proporsionalitas sangat berorientasi pada konteks hubungan dan kepentingan para pihak.⁵²

- 1) Dalam tahap pra-kontrak, asas proporsionalitas membuka peluang negosiasi bagi para pihak untuk melakukan pertukaran hak dan kewajiban secara fair. Oleh karena itu, tidak proporsional dan harus ditolak proses negosiasi dengan itikad buruk
- 2) Dalam pembentukan kontrak, asas proporsionalitas menjamin kesetaraan hak serta kebebasan dalam menentukan/mengatur proporsi hak dan kewajiban para pihak berlangsung secara fair
- 3) Dalam pelaksanaan kontrak, asas proporsionalitas menjamin terwujudnya distribusi pertukaran hak dan

⁵² Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian...*, h. 87

kewajiban menurut proporsi yang disepakati/dibebankan pada para pihak;

- 4) Dalam hal terjadi kegagalan dalam pelaksanaan kontrak, maka harus dinilai secara proporsional apakah kegagalan tersebut bersifat fundamental sehingga mengganggu pelaksanaan sebagian besar kontrak atau sekedar hal-hal yang sederhana/kesalahan kecil. Oleh karena itu, pengujian melalui asas proporsionalitas sangat menentukan dalil kegagalan pelaksanaan kontrak, agar jangan sampai terjadi penyalahgunaan oleh salah satu pihak dalam memanfaatkan klausul kegagalan pelaksanaan kontrak, semata-mata demi keuntungan salah satu pihak dengan merugikan pihak lain.
- 5) Bahkan dalam hal terjadi sengketa kontrak, asas proporsionalitas menekankan bahwa proporsi beban pembuktian kepada para pihak harus dibagi menurut pertimbangan yang fair.⁵³

⁵³ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian...*, h. 101-102

Asas Proporsionalitas tidak memperlakukan keseimbangan (kesamaan) hasil secara matematis, namun lebih menekankan proporsi pembagian hak dan kewajiban di antara para pihak yang berlangsung secara layak dan patut.⁵⁴

4. Unsur Perjanjian

Terkait isi kontrak, kepustakaan hukum kontrak membaginya dalam beberapa unsur yaitu:

- a. Unsur Esensialia, merupakan unsur-unsur pokok di dalam suatu kontrak yang mutlak harus ada, yang tanpa itu kesepakatan tidak mungkin ada, misalnya harga barang merupakan unsur essentialia dalam kontrak jual beli.
- b. Unsur Naturalia, merupakan unsur-unsur yang oleh undang-undang ditentukan sebagai peraturan yang bersifat mengatur, yaitu unsur yang dianggap telah ada dalam kontrak sekalipun para pihak tidak menentukan secara tegas dalam kontrak, seperti menjamin tidak ada cacat dalam benda yang dijual (*Vrijwaring*).

⁵⁴ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian...*, h. 89

- c. Unsur *Accidentalia*, merupakan unsur yang ditambahkan oleh para pihak dalam hal undang-undang tidak mengaturnya. Misalnya seperti Jual beli rumah beserta perabotanya.⁵⁵

Mariam Darus Badruzaman mengelompokan ketiga unsur tersebut menjadi bagian inti (*wezenlijk oordeel*) dan bagian yang bukan inti (*non wezenlijk oordeel*). Esensialia merupakan bagian inti, bagian non inti terdiri dari *naturalia* dan *aksidentalialia*.⁵⁶

Untuk mengetahui sifat serta luasnya hak dan kewajiban yang timbul dari hubungan kontraktual, Niewenhuis menekankan pada dua aspek utama, yaitu:

- a. Interpretasi (penafsiran; *uitleg*) terhadap sifat serta luasnya hak dan kewajiban kontraktual. Mengenai interpretasi ini KUH Perdata telah memberikan rambu-rambu penerapannya melalui pasal 1342 sampai dengan Pasal 1351 KUH Perdata;

⁵⁵ Lukman Santoso AZ, *Hukum Perikatan: Teori Hukum dan Teknis Pembuatan Kontrak, Kerja sama, dan Bisnis*, (Malang: Setara Press, 2016), 91

⁵⁶ Mariam Darus Badruzaman, *Kompilasi Hukum Perikatan*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2016), 296.

b. Faktor-faktor yang berpengaruh terhadap sifat serta luasnya hak dan kewajiban kontraktual, meliputi:

- 1) Faktor otonom (terkait daya mengikatnya kontrak);
- 2) Faktor heteronom (faktor-faktor yang berasal dari luar para pihak), terdiri dari: a) Undang-undang b) Kebiasaan (gebruik) c) Syarat yang biasa diperjanjikan d) Keputusan.

Apabila dicermati pemikiran Niewenhuis di atas, terkait sifat serta luasnya hak dan kewajiban yang timbul dari hubungan kontraktual, yang memberikan penekanan pada dua aspek utama (interpretasi serta faktor otonom dan heteronom), sebenarnya dapat ditelusuri dari sumber Pasal 1339 KUH Perdata yang menyatakan bahwa, “Kontrak tidak hanya hal-hal yang secara tegas dinyatakan di dalamnya, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat kontrak, diharuskan oleh keputusan, kebiasaan, dan undang-undang”.

Rumusan Pasal 1339 KUH Perdata tegas mengatur bahwa selain keterikatan kontraktual bersumber dari apa

yang telah disepakati oleh para pihak (faktor otonom), juga perlu diperhatikan faktor-faktor lain (faktor heteronom). Hal ini mengingat kontrak yang dibuat para pihak kadang kala hanya mengatur hal-hal yang bersifat pokok, sehingga ketika muncul permasalahan dalam pelaksanaan kontrak telah diantisipasi melalui penerapan faktor heteronom.⁵⁷

5. Pelaksanaan Kewajiban Kontraktual

Terkait dengan prestasi yang menjadi pokok kontrak, Pasal 1324 KUH Perdata menyebutkan bahwa wujud prestasi meliputi tiga hal, yaitu:

- a. Memberikan sesuatu, perikatan dengan prestasi untuk memberikan sesuatu apabila prestasi tersebut berwujud menyerahkan suatu barang atau memberikan kenikmatan atas suatu benda (Contoh: Kontrak jual beli; Kontrak sewa menyewa).
- b. Berbuat sesuatu, setiap prestasi untuk melakukan sesuatu yang bukan menyerahkan suatu barang atau memberikan kenikmatan atas suatu benda (Contoh: Kontrak pemborongan; Kontrak jasa konstruksi), atau

⁵⁷ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian...*, h. 226-227.

- c. Tidak berbuat sesuatu, setiap prestasi untuk tidak melakukan sesuatu perbuatan tertentu (Contoh: dalam klausul kontrak distribusi ada syarat bagi pihak distributor untuk tidak memasarkan produk “X” di wilayah Jawa Timur).⁵⁸

6. Ingkar Janji

Wujud dari tidak memenuhi perikatan ada tiga macam, yaitu:

- a. Debitur sama sekali tidak memenuhi perikatan,
- b. Debitur terlambat memenuhi perikatan
- c. Debitur keliru atau tidak pantas memenuhi perikatan.

7. Pernyataan Lalai

Untuk adanya kewajiban ganti rugi bagi debitur maka undang-undang menentukan bahwa debitur harus terlebih dahulu dinyatakan berada dalam keadaan lalai. Pernyataan lalai merupakan upaya hukum untuk sampai kepada suatu fase, di mana debitur dinyatakan ingkar janji (wanprestasi).

⁵⁸ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian...*, h. 226-227.

Hal ini dapat dibaca dalam pasal 1243 KUH PERDATA yang mengatakan:

“Penggantian biaya, rugi dan bunga karena tidak dipenuhinya suatu perikatan, barulah mulai diwajibkan apabila debitur setelah dinyatakan lalai memenuhi perikatannya, tetap melalaikannya, atau jika sesuatu yang harus diberikan atau dibuatnya dalam tenggang waktu tertentu telah dilampauinya”

Pasal 1238 KUH Perdata mengatur cara pemberitahuan itu dilakukan⁵⁹

8. Ganti Rugi

Menurut Pasal 1244, Pasal 1245 dan Pasal 1246 KUH Perdata, anasir-anasir dari ganti rugi ialah biaya, rugi dan bunga.

a. Pengertian Rugi (*schade*)

Apabila undang-undang menyebutkan rugi maka yang dimaksud adalah sebagai berikut kerugian nyata (*feitelijknadee*) yang dapat diduga atau diperkirakan

⁵⁹ Mariam Darus Badruzaman, *Kompilasi Hukum Perikatan...*, h. 18-19

pada saat perikatan itu diadakan, yang timbul sebagai akibat ingkar janji. Jumlahnya ditentukan dengan suatu perbandingan di antara keadaan kekayaan sesudah terjadinya ingkar janji dan keadaan kekayaan seandainya tidak terjadi ingkar janji.

b. Hubungan sebab akibat (kausal)

Pada umumnya debitur hanya memberikan ganti rugi kalau kerugian itu mempunyai hubungan langsung dengan ingkar janji, dengan perkataan lain antara ingkar janji dengan kerugian harus ada hubungan sebab akibat (kausal). Hal ini disebutkan dalam Pasal 1248 KUH Perdata:

“Bahkan jika hal tidak dipenuhinya perikatan itu disebabkan karena tipu daya debitur, penggantian biaya, rugi dan bunga sekadar mengenai kerugian yang diderita oleh kreditur dan keuntungan yang terhilang baginya, hanyalah terdiri atas apa yang merupakan akibat langsung dari tidak dipenuhinya perikatan”.⁶⁰

⁶⁰ Mariam Darus Badruzaman, *Kompilasi Hukum Perikatan...*, h. 21-22

9. Kebatalan atau Pembatalan Kontrak

Kebatalan dan pembatalan kontrak yang diatur dalam pasal 1446 sampai dengan Pasal 1456 KUH Perdata mempunyai keterkaitan sistematikal dengan Pasal 1320 KUH Perdata yang memuat ketentuan mengenai syarat-syarat sahnya suatu kontrak. Pasal 1446 KUH Perdata memuat kata-kata “batal demi hukum”, namun jika ditafsirkan dalam hubungannya dengan pasal 1449 dan Pasal 1320 KUH Perdata, maka yang dimaksudkan sebenarnya adalah “dapat dibatalkan”. Suatu kontrak dapat dibatalkan, jika syarat subjektif tidak dipenuhi, artinya para pihak dapat menggunakan hak untuk membatalkan atau tidak menggunakan hak untuk membatalkan. Jika para pihak tidak membatalkan, maka kontrak tetap sah.

Suatu kontrak yang dibatalkan berakibat hukum perikatan yang timbul dari kontrak itu dikembalikan pada keadaan semula sebagaimana ditentukan dalam pasal 1451 KUH Perdata. Selanjutnya, pihak yang menuntut pembatalan kontrak tersebut, menurut ketentuan Pasal 1452

KUH Perdata, dapat pula menuntut penggantian biaya, rugi, dan bunga jika ada alasan yang sah untuk itu. Jadi, makna pembatalan kontrak lebih mengarah kepada proses hukum pembuatan kontrak.⁶¹

a. Proses Hukum Kebatalan atau Pembatalan

Kontrak yang telah dibuat secara sah tidak dapat ditarik kembali, dalam arti dibatalkan secara sepihak, melainkan harus memperoleh pihak lainnya, sehingga harus diperjanjikan lagi. Namun demikian, untuk kontrak-kontrak tertentu dapat ditarik kembali atau dibatalkan secara sepihak jika ada alasan-alasan yang diberikan oleh undang-undang, antara lain:

- 1) Kontrak yang bersifat terus-menerus, menurut Pasal 1571 KUH Perdata, dapat dihentikan secara sepihak, misalnya kontrak sewa-menyewa yang dibuat secara tidak tertulis dapat dihentikan dengan memberitahukan kepada penyewa;
- 2) Kontrak sewa-menyewa rumah setelah berakhir waktu sewa seperti yang ditentukan dalam kontrak,

⁶¹ Mariam Darus Badruzaman, *Kompilasi Hukum Perikatan...*, h. 21-22

penyewa tetap menguasai rumah tersebut tanpa ada teguran dari pemilik yang menyewakan, maka penyewa dianggap tetap meneruskan penguasaan rumah itu atas dasar sewamenyewa dengan syarat-syarat yang sama waktu yang ditentukan menurut kebiasaan setempat. Jika pemilik ingin menghentikan sewamenyewa tersebut, menurut Pasal 1587 KUH Perdata, ia harus memberitahukan kepada penyewa menurut kebiasaan setempat;

- 3) Kontrak pemberian kuasa, menurut Pasal 1814 KUH Perdata, penerima kuasa dapat membebaskan diri dari kuasa yang diterimanya dengan memberitahukan kepada pemberi kuasa.

Menurut Pasal 1446 KUH Perdata, jika ada satu pihak yang akan membatalkan kontrak yang tidak memenuhi syarat subjektif, maka proses hukumnya adalah:

- 1) Secara aktif, dalam arti mengajukan gugatan pembatalan ke pengadilan negeri;

2) Secara pasif, dalam arti menunggu pihak lawan dalam kontrak mengajukan gugatan pembatalan di pengadilan negeri dan di pengadilan negeri yang sama memberikan jawaban atau melakukan gugatan balik (gugatan rekonpensi) dengan menunjukkan kelemahan atau kekurangan dalam kontrak agar kontrak dibatalkan oleh pengadilan negeri.

Kemudian, Pasal 1449 KUH Perdata memuat ketentuan imperative bahwa kontrak yang dibuat dengan paksaan, kekhilafan, dan penipuan menerbitkan suatu tuntutan membatalkannya. Akibat hukum dari batalnya kontrak berdasarkan ketiga alasan di atas, adalah benda/barang dan orang-orangnya dipulihkan dalam keadaan sewaktu sebelum kontrak dibuat.

Untuk proses hukum secara pasif, yaitu memberikan jawaban atas gugatan pembatalan atau melakukan gugatan balik ke pengadilan negeri, KUH Perdata tidak mengatur batas waktunya. Sebaliknya, untuk proses hukum secara aktif, yaitu mengajukan

gugatan pembatalan ke pengadilan negeri, KUH Perdata telah mengaturnya limitatif dalam pasal 1454 yang memberikan batas waktu 5 tahun.⁶²

b. Akibat Hukum Kebatalan atau Pembatalan

Kontrak yang berlaku sebagai undang-undang bagi para pihak, artinya para pihak harus mentaati kontrak tersebut sama dengan undang-undang. Jika ada pihak yang melanggar kontrak, maka dia dianggap sama dengan melanggar undang-undang yang mempunyai akibat hukum tertentu, yakni sanksi hukum. Jadi, siapapun yang melanggar kontrak, dia akan mendapat hukuman seperti yang telah diterapkan dalam undang-undang. Kontrak mempunyai kekuatan mengikat dan memaksa, dalam perkara perdata hukuman bagi pelanggar kontrak ditetapkan oleh Hakim berdasarkan undang-undang atas permintaan pihak lainnya, menurut undang-undang, pihak yang melanggar kontrak itu diharuskan membayar ganti kerugian (vide Pasal 1243

⁶² Mariam Darus Badruzaman, *Kompilasi Hukum Perikatan...*, h. 434-436

KUH Perdata), kontraknya dapat diputuskan (outbinding, vide Pasal 1266 KUH Perdata), menanggung beban resiko (vide Pasal 1237 ayat (2) KUH Perdata), membayar biaya perkara itu jika sampai diperkarakan di pengadilan. (vide Pasal 181 ayat (1) HIR).

Jika Syarat Objektif tidak dipenuhi, maka kontrak itu batal demi hukum, artinya kontrak itu sejak semula dianggap tidak pernah ada, sehingga tidak ada perikatan yang ditimbulkan. Karena sejak semula dianggap tidak pernah ada kontrak, maka logika hukumnya tidak akan ada kontrak yang diakhiri atau dihapuskan.

Suatu kontrak dibatalkan karena syarat subjektif dan syarat objektif dalam kontrak tidak dipenuhi atau karena dibatalkan satu pihak karena wanprestasi menimbulkan akibat-akibat hukum, sebagai berikut:

- 1) Hak dan kewajiban para pihak kembali ke keadaan semula seperti sebelum adanya kontrak (vide Pasal 1451 KUH Perdata)

2) Hak-hak yang telah dinikmati oleh para pihak harus dikembalikan. (vide Pasal 1452 KUH Perdata.⁶³

Akibat hukum lebih lanjut dari efek atau daya kerja pembatalan, jika setelah pembatalan satu pihak tidak melaksanakan kewajibannya, maka pihak yang lain dapat mengajukan gugatan revindikasi berdasarkan Pasal 574 KUH Perdata untuk pengembalian benda/barang miliknya, atau gugatan perorangan atas dasar pembayaran yang tidak terutang berdasarkan Pasal 1359 KUH Perdata.

Secara umum, pembatalan akan berakibat hukum terhadap seluruh kontrak yang dibatalkan. Pembatalan atas sebagian kontrak atau pembatalan fragmential dapat dilakukan jika bagian dari perbuatan hukum kontraktual tidak berkaitan dengan unsur esensialia kontrak. Jadi, bagian dari isi serta maksud dan tujuan dari perbuatan hukum kontraktual yang dibatalkan itu tidak berkaitan

⁶³ Mariam Darus Badruzaman, *Kompilasi Hukum Perikatan...*, h. 436-437

langsung dengan bagian dari perbuatan hukum kontraktual lainnya.⁶⁴

Menurut Herlien Budiono, pembatalan sebagian dapat terjadi karena satu diantara beberapa klausula dalam kontrak tidak sah, tanpa mengganggu kontrak secara keseluruhan, dengan alasan terbuka kemungkinan para pihak masih menginginkan agar kontrak tetap dilaksanakan dengan menyampingkan klausula yang tidak sah tersebut. Pembatalan sebagian hanya tepat untuk pembatalan atas bagian kontrak atau klausula kontrak yang tidak bersifat vital atau esensial.

Lebih lanjut, herlien budiono menjelaskan bahwa inti dari pembatalan sebagian adalah setelah “dipisahkannya” bagian yang batal, maka dengan mengingat sifat dan tujuan perbuatan hukum (kontrak) “masih sama” mengikatnya. Untuk keperluan pembatalan sebagian, hakim harus menentukan mengenai batalnya sebagian dan “masih semanya”

⁶⁴ Mariam Darus Badruzaman, *Kompilasi Hukum Perikatan...*, h. 436-437

kontrak tersebut. Misalnya, dalam suatu kontrak alternatif di mana salah satu alternatifnya ternyata tidak sah, maka dari penjelasan menurut sifat kontrak di atas, haruslah dapat ditentukan apakah kontrak alternatif yang lainnya dapat atau tidak diteruskan.⁶⁵

c. Berlakunya Syarat Batal dan Syarat Putus Terhadap Perjanjian

Berakhirnya suatu perikatan yang bersumber dari kontrak karena berlakunya suatu syarat batal atau syarat putus dapat dipahami dalam hubungannya dengan perikatan bersyarat sebagaimana diatur dalam Pasal 1235 KUH Perdata, yaitu suatu perikatan yang timbulnya atau berakhirnya digantungkan pada suatu peristiwa yang akan datang dan peristiwa itu masih belum terjadi. Suatu perikatan yang timbulnya digantungkan pada terjadinya suatu peristiwa yang akan datang disebut “perikatan dengan syarat tangguh”, sedangkan suatu perikatan yang sudah ada yang

⁶⁵ Herlien Budiono, *Ajaran Umum Hukum Perjanjian dan Penerapannya di Bidang Kenotariatan*, (Bandung: PT.Citra Aditya Bakti, 2009), h. 210-211

berakhirnya digantungkan pada terjadinya suatu peristiwa disebut “perikatan degan syarat batal”.

Menurut Pasal 1265 KUH Perdata, jika syarat putus menurut Pasal 1266 ayat (1) KUH Perdata dianggap selalu dicantumkan dalam kontrak timbal balik. Jika satu di antara dua pihak tidak memenuhi kewajiban hukum kontraktualnya, dianggap syarat yang diperjanjikan dipenuhi. Keadaan kontrak yang demikian itu menurut Pasal 1266 ayat (2) KUH Perdata tidak putus demi hukum, tetapi pemutusan harus dimintakan kepada hakim di pengadilan.

Penyampingan Pasal 1266 yang lazim dinyatakan oleh para pihak dalam kontrak tidak dibenarkan menurut hukum, karena Pasal 1266 KUH Perdata adalah norma hukum yang bersifat memaksa.⁶⁶

Menurut Agus Yudha Hernoko, rumusan normatif Pasal 1266 KUH Perdata itu sendiri, yang menentukan 3 (tiga) syarat untuk berhasilnya pemutusan kontrak, yaitu:

⁶⁶ Muhammad Syaifuddin, *Hukum Kontrak: Memahami Kontrak dalam Prespektif Filsafat, Teori, Dogmatik, dan Praktik Hukum (Seri Pengayaan Hukum Perikatan)*, (Bandung: Mandar Maju, 2016), h. 438-440

- 1) Harus ada kontrak timbal balik;
- 2) Harus ada wanprestasi, untuk itu sebelum satu pihak (yang berhak atas prestasi) menuntut pemutusan kontrak, pihak lainnya (yang wajib melaksanakan prestasi) harus dinyatakan lalai;
- 3) Harus berdasarkan pada putusan hakim, sesuai dengan rumusan: “pemutusan harus dimintakan kepada pengadilan..”. Kata “harus” dalam Pasal 1266 KUH Perdata ditafsirkan sebagai norma hukum yang bersifat memaksa dan karenanya tidak boleh disampingi oleh para pihak melalui (klausula) kontrak mereka. Putusan hakim dalam hal ini bersifat konstitutif, artinya putusnya kontrak itu diakibatkan oleh putusan hakim, bukan bersifat deklaratif (kontrak putus karena adanya wanprestasi, sedang putusan hakim sekedar menyatakan saja bahwa kontrak telah putus), dengan argumentasi:
 - a) Alasan historis (sejarah), bahwa menurut Pasal 1266 KUH Perdata, putusnya kontrak terjadi karena putusan hakim;

- b) Pasal 1266 ayat (2) KUH Perdata, menyatakan dengan tegas bahwa wanprestasi tidak demi hukum memutuskan kontrak;
- c) Hakim berwenang memberikan tenggang waktu bagi pihak yang dinyatakan telah melakukan wanprestasi untuk memenuhi prestasi kepada pihak lainnya yang berhak untuk menerima prestasi), dan ini berarti bahwa kontrak belum putus;
- d) Pihak yang berhak menerima prestasi masih mungkin untuk menuntut pemenuhan prestasi dari pihak lainnya.⁶⁷

Pemutusan kontrak yang diatur dalam Pasal 1266 KUH Perdata tentu saja berbeda dengan pembatalan kontrak yang diatur dalam 1446 - 1456 KUH Perdata. Pemutusan kontrak adalah akibat hukum lebih lanjut dari peristiwa hukum yang terjadi dalam pelaksanaan suatu kontrak yang telah sah dan mengikat secara yuridikal

⁶⁷ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian...*, h. 301-302.

bagi para pihak yang membuat kontrak tersebut. Peristiwa hukum yang terjadi dimaksud bersifat melanggar kewajiban hukum kontraktual atau melanggar prestasi yang diperjanjikan dalam kontrak, sehingga mengakibatkan kegagalan kontrak yang dikenal dengan istilah wanprestasi. Menurut Agus Yudha Hernoko, pemutusan kontrak yang disebabkan pelanggaran kewajiban kontraktual, harus berlandaskan pada alasan yang wajar dan patut.