

KEABSHAN KLAUSULA PENGALIHAN RISIKO PADA NASABAH DALAM PERJANJIAN PEMBIAYAAN *MURABAHAH*

Dwi Fidhayanti,¹ A. Rachmad Budiono,² Siti Hamidah³

Fakultas Hukum Universitas Brawijaya

Jl. MT. Haryono 169 Malang 65145, Telp. (0341) 553898, Fax. (0341) 566505.

Email: fidha.shi@gmail.com

Abstract

In order to ensure legal certainty and legal protection, financing *murabaha* transaction is poured into the form of the agreement. However, the agreement is misused by businesses to benefit as much as possible by means of risk transfer clauses included in the Customer. This study aims to examine and analyze the validity and legal effect arising from the inclusion of a clause in the transfer of risk to the Customer *murabaha* financing agreement. The method used is a normative study with two approaches, namely the regulatory approach (statue approach) and the approach of the concept (conceptual approach). The results showed that the transfer of risk to the customer clause in *murabaha* financing agreement under positive law which consists of Islamic law, Law No. 8 of 1998 on Consumer Protection and legal terms of the agreement is null and void and the bearer of responsibility for risk is different from the third law The. Legal consequences, namely *murabaha* financing agreement is considered not to have been born since the beginning so it does not have the force of law and can not be used as the basis for the transfer of property rights. The governing law of *murabaha* financing agreement based on the principle of *lex specialis derogat lex generalis*. Civil Code as *lex generalis* and Islamic law as the *lex*. Meanwhile, Law No. 8 of 1998 on Consumer Protection aims to set the standard contract.

Keywords: Validity, Transfer of Risk Clause, *Murabaha* Financing Agreement

Abstrak

Untuk menjamin kepastian hukum dan perlindungan hukum, transaksi pembiayaan *murabahah* dituangkan ke dalam bentuk perjanjian. Namun, perjanjian tersebut disalahgunakan oleh pelaku usaha untuk meraih keuntungan sebanyak-banyaknya dengan cara mencantumkan klausula pengalihan risiko pada Nasabah. Tulisan ini bertujuan untuk mengkaji dan menganalisis keabsahan dan akibat hukum yang ditimbulkan dari dicantumkannya klausula pengalihan risiko pada Nasabah dalam perjanjian pembiayaan *Murabahah*. Metode yang digunakan adalah penelitian normatif dengan dua pendekatan, yaitu pendekatan perundang-undangan (statue approach) dan pendekatan konsep (conceptual approach). Hasil analisis menunjukkan bahwa klausula pengalihan risiko pada Nasabah dalam perjanjian pembiayaan *murabahah* menurut hukum positif yang terdiri dari hukum Islam, UU No.8 Tahun 1998 tentang Perlindungan Konsumen dan dari segi hukum perjanjian adalah batal demi hukum dan pemikul tanggung jawab atas risiko tersebut adalah Bank. Akibat hukumnya, yaitu perjanjian pembiayaan *murabahah* dianggap tidak pernah dilahirkan sejak awal sehingga tidak memiliki kekuatan hukum dan tidak dapat dijadikan dasar untuk memindahkan hak milik. Hukum yang berlaku atas perjanjian pembiayaan *murabahah* berdasarkan pada asas *Lex specialis derogat lex generalis*. KUH Perdata sebagai *lex generalis* dan Hukum Islam sebagai *lex specialis*. Sedangkan, UU No.8 Tahun 1998 tentang Perlindungan Konsumen bertujuan untuk mengatur perjanjian baku.

Kata kunci: Keabsahan, Klausula Pengalihan Risiko, Perjanjian Pembiayaan *Murabahah*

¹ Mahasiswa Program Magister Ilmu Hukum, Fakultas Hukum, Universitas Brawijaya.

² Dosen Pascasarjana, Program Studi Hukum Pidana, Fakultas Hukum, Universitas Brawijaya.

³ Dosen Pascasarjana, Program Studi Hukum Pidana, Fakultas Hukum, Universitas Brawijaya.

Latar Belakang

Sistem perbankan di Indonesia, menganut dual system, yaitu perbankan konvensional dan perbankan syariah. Menurut pasal 1 ayat (1) UU No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, Perbankan Syariah adalah segala sesuatu yang menyangkut tentang Bank Syariah dan Unit Usaha Syariah, mencakup kelembagaan, kegiatan usaha, serta cara dan proses dalam melaksanakan kegiatan usahanya. Perbankan syariah termasuk baru dalam pengoperasiannya, oleh karena itu pemahaman mengenai perbankan syariah perlu ditingkatkan untuk lebih memahami dan mendapatkan informasi yang lengkap mengenai produk pembiayaan berdasarkan akad-akad syariah sehingga masyarakat dapat menyadari manfaat dan keunggulannya dari perbankan syariah dibandingkan dengan sistem perbankan konvensional yang telah ada dan biasa digunakan sebelum adanya perbankan syariah.

Perbankan syariah pada dasarnya melakukan kegiatan yang sama dengan perbankan konvensional, yaitu menghimpun dana dari masyarakat dan menyalurkan dana kepada masyarakat selain dari pada juga menyediakan jasa keuangan lainnya. Dalam hal menghimpun dana dari masyarakat perbankan syariah melakukan mobilisasi dan investasi tabungan dengan cara yang adil dan bebas riba. Produk penyaluran dana terdiri dari enam kategori berdasarkan tujuan penggunaannya, yaitu: pembiayaan berdasarkan pola jual-beli dengan akad *murabahah*, *salam* dan *istishna'*; pembiayaan bagi hasil berdasarkan akad *mudharabah* atau *musyarakah*, pembiayaan dengan akad *qardh*, pembiayaan penyewaan barang bergerak atau tidak bergerak kepada nasabah berdasarkan akad *ijarah* atau sewa beli dalam bentuk *ijarah muntahiyah bittamlik*; pengembalian utang berdasarkan akad *hawalah*; dan pembiayaan multijasa.

Pembiayaan-pembiayaan tersebut sangat dinikmati oleh nasabah perbankan syariah serta juga diminati oleh masyarakat Indonesia pada umumnya karena sistem keuangan syariah menjadi salah satu keuangan yang mampu bertahan dalam krisis ekonomi dan keuangan global yang terjadi. Perkembangan perbankan syariah merupakan perwujudan dari kebutuhan masyarakat yang menghendaki suatu perbankan yang mampu menyediakan jasa keuangan yang sehat, juga memenuhi prinsip syariah.

Dengan terus berkembangnya perbankan syariah di Indonesia, maka dilakukan inovasi baru dalam mengembangkan usaha. Berbagai inovasi dengan tujuan pengembangan usaha telah melahirkan berbagai bentuk produk. Hal ini membawa dampak pada pranata hukum sehingga diperlukan pranata hukum yang memadai untuk mengaturnya. Tujuannya, yaitu demi terciptanya kepastian dan perlindungan hukum bagi para pihak.

Untuk menjamin kepastian dan perlindungan hukum pada produk penerimaan dana dan pembiayaan di perbankan syariah, maka diperlukan adanya suatu perjanjian. Termasuk pada produk pembiayaan *Murabahah* juga memerlukan adanya suatu perjanjian dalam kegiatan usahanya. Suatu perjanjian melahirkan hak dan kewajiban bagi para pihak dan harus mematuhi kewajiban-kewajiban yang telah diperjanjikan. Hukum positif Indonesia mengatur perjanjian pada KUH Perdata pada Buku Ketiga tentang Perikatan. Pasal 1313 KUH Perdata mendefinisikan bahwa perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih.

Upaya untuk menunjang efektivitas operasional perbankan dan melindungi kepentingan pihak bank, yang dalam hal ini menjalankan fungsinya sebagai penyalur dana bagi masyarakat, bank konvensional maupun bank syariah menggunakan perjanjian baku pada setiap kegiatannya dalam menyalurkan dana tersebut. Tidak adanya keseimbangan bagi para pihak yang berkontrak merupakan karakteristik utama dari perjanjian baku. Hal ini disebabkan karena pihak yang kuat telah membakukan isi perjanjian dalam bentuk formulir. Sedangkan pihak yang lemah hanya boleh memilih untuk menandatangani atau tidak menandatangani perjanjian tersebut.

Penggunaan perjanjian baku yang digunakan oleh perbankan syariah sebagai wujud efisiensi bisnis ternyata banyak dimanfaatkan untuk mencari keuntungan dengan cara mencantumkan klausula pengalihan risiko yang bertujuan untuk membatasi bahkan meniadakan tanggung jawab kreditur atas risiko-risiko tertentu yang mungkin timbul di kemudian hari. Pada beberapa perjanjian pembiayaan *Murabahah* masih terdapat klausula eksemisi. Misalnya pada perjanjian pembiayaan konsumtif multiguna berdasarkan prinsip *Murabahah* Bank Jatim yang isinya berbunyi sebagai berikut:

Pasal 15

RISIKO

NASABAH bertanggung jawab untuk memeriksa dan meneliti kondisi Barang yang dibeli dari Pemasok, termasuk terhadap sahnya dokumen-dokumen atau surat-surat bukti kepemilikan Barang. BANK tidak berkewajiban memeriksa kondisi Barang dan tidak bertanggung jawab atas cacat-cacat tersembunyi atas Barang serta tidak bertanggung jawab atas ketidak absahan dokumen kepemilikan Barang.

Dan pada pada perjanjian pembiayaan *murabahah* Bank Perkreditan Rakyat Syariah Harta Insan Karimah Bekasi sebagai berikut:

Pasal 12

RISIKO

Nasabah atas tanggungjawabnya, berkewajiban melakukan pemeriksaan, baik terhadap keadaan fisik barang maupun terhadap sahnya dokumen-dokumen atau surat-surat bukti kepemilikan atau ha katas barang yang bersangkutan, sehingga apabila terjadi sesuatu, hal terhadap barang tersebut, sejak akad ini ditandatangani seluruh risiko sepenuhnya menjadi tanggungjawab Nasabah, dank arena itu pula Nasabah berjanji dan dengan ini mengikatkan diri untuk membebaskan Bank dari segala risiko tersebut.

Murabahah termasuk pada produk yang berdasarkan prinsip syariah, seharusnya dalam perjanjiannya juga harus lebih mengedepankan nilai-nilai ke-syariahan atau peraturan hukum Islam yang berkaitan dengan perjanjian dan tidak melakukan suatu ke-dzaliman kepada sesama muslim dengan meletakkan klausula yang memberatkan dan mengorbankan pihak lain dalam perjanjian yang dilakukan tersebut untuk mencari keuntungan.

Dari segi hukum Islam, klausula pengalihan risiko yang terdapat dalam perjanjian pembiayaan *murabahah* menurut hukum perjanjian Islam tidak memenuhi salah satu rukun dari rukun akad, yaitu tujuan akad (maudhu'ul 'aqd). *Murabahah* sebagai pola jual beli, transaksinya bertujuan untuk memindahkan hak milik. Akan tetapi, Bank memiliki tujuan yang tidak baik dengan mengalihkan tanggung jawab untuk menanggung risiko atas cacat barang dan ketidak absahan dokumen yang pada dasarnya merupakan tanggung jawab dari Bank. Pengalihan tanggung jawab dari Bank kepada Nasabah membuat perjanjian tersebut tidak seimbang. Padahal perjanjian hukum Islam menghendaki adanya keseimbangan (mabda' at-ta'awazun fi al-mu'awadhah) antara para pihak dalam hak dan kewajiban serta pembagian risiko.

Adanya klausula pengalihan risiko pada Nasabah dalam perjanjian pembiayaan *murabahah* mengandung tidak memenuhi salah satu syarat sah perjanjian berkenaan dengan adanya kesepakatan antara kedua belah pihak. Klausula pengalihan risiko yang terdapat dalam perjanjian pembiayaan *murabahah* yang berbentuk perjanjian baku pada dasarnya tidak ada kesepakatan antara kedua belah pihak karena pihak yang lemah tidak mempunyai kesempatan untuk melakukan negosiasi atas isi dari perjanjian yang akan disepakati. Nasabah tidak dapat menolak adanya klausula pengalihan risiko dalam perjanjian tersebut.

Tidak adanya kesempatan untuk bernegosiasi juga mengarah pada tidak adanya kebebasan berkontrak. Asas kebebasan berkontrak tercermin dari ketentuan pasal 1338

ayat (1) KUH Perdata yang berbunyi “semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai UU bagi mereka yang membuatnya”. Asas kebebasan berkontrak merupakan suatu asas yang memberikan kebebasan kepada para pihak untuk Membuat atau tidak membuat perjanjian; Mengadakan perjanjian dengan siapa pun; Menentukan isi perjanjian, pelaksanaan dan persyaratannya, dan Menentukan bentuknya perjanjian, tertulis atau tidak tertulis. Perjanjian yang didalamnya mengandung klausula pengalihan risiko pada Nasabah, dalam kaitannya dengan asas kebebasan berkontrak tidak memberikan kesempatan bagi Nasabah untuk menentukan isi perjanjian, pelaksanaan dan persyaratannya sehingga Nasabah tidak dapat menolak adanya klausula pengalihan risiko kepada dirinya tersebut.

Selain dari pada problem diatas, juga terdapat problem yuridis dalam penggunaan pengalihan risiko atau pengalihan tanggung jawab dari Bank kepada Nasabah lazim dikenal dengan klausula eksepsi pada perjanjian pembiayaan *murabahah*, bahwa pada dasarnya melalui pasal 18 ayat (1) UU No. 8 tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen membatasi atau melarang penggunaan klausula pengalihan risiko yang tidak lain merupakan bentuk pengalihan tanggung jawab. Dari segi hukum perjanjian, penggunaan klausula pengalihan risiko tidak diperbolehkan karena pasal 18 ayat (1) UU No. 8 tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen tersebut dimaksudkan untuk menempatkan kedudukan konsumen setara dengan pelaku usaha berdasarkan prinsip kebebasan berkontrak. Hukum perjanjian di Indonesia menganut asas kebebasan berkontrak, tetapi perjanjian yang mengandung klausula pengalihan risiko pada Nasabah tidak memberikan kesempatan kepada Nasabah atau konsumen untuk berpendapat pada saat perumusan perjanjian karena perjanjian tersebut telah dibakukan oleh pelaku usaha atau dalam hal ini adalah Bank.

Berangkat dari permasalahan di atas, terdapat dua permasalahan hukum, yaitu keabsahan dan akibat hukum yang ditimbulkan dari dicantumkannya klausula pengalihan risiko pada Nasabah dalam perjanjian pembiayaan *murabahah*.

Penelitian ini termasuk penelitian normatif yang bertujuan untuk memecahkan permasalahan hukum berkaitan dengan keabsahan dan akibat hukum dari adanya klausula pengalihan risiko pada Nasabah dalam perjanjian pembiayaan *murabahah*. penelitian ini dianalisis dengan menggunakan hukum positif di Indonesia, yang terdiri dari hukum Islam (UU No.21 Tahun 2008 tentang perbankan syariah dan Peraturan Bank Indonesia Nomor: 7/46/PBI/2005 tentang Akad Penghimpunan Dan Penyaluran Dana Bagi Bank Yang Melaksanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syariah), UU No. 8 tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen yang menyiratkan tentang klausula pengalihan risiko dalam perjanjian baku dan dari segi hukum perjanjian.

Berdasarkan objek penelitannya, penelitian ini menggunakan dua pendekatan, yaitu pendekatan perundang-undangan (*statue approach*) dilakukan untuk menelaah peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang perjanjian baku yang mengandung klausula pengalihan risiko dan perjanjian pembiayaan *murabahah*; Pendekatan konseptual (*conceptual approach*) mempelajari beberapa konsep hukum berkaitan dengan klausula pengalihan risiko yang terdapat pada perjanjian pembiayaan *murabahah* dari tiga segi hukum dan akibat hukum yang ditimbulkan bagi para pihak untuk menjamin kepastian dan perlindungan hukum. Pada tulisan ini, perlu untuk mempelajari dan memahami atas substansi dasar hukum Islam terutama dalam hal perbankan syariah untuk membangun argumentasi hukum tersebut.

Untuk memecahkan permasalahan hukum, beberapa intepretasi hukum digunakan untuk menganalisis bahan hukum. Interpretasi hukum yang digunakan terdiri dari Penafsiran Gramatikal; Penafsiran Ekstensif dan Argumentum Per Analogiam (Analogi), yang digunakan untuk menganalisis bahan hukum yang telah dikumpulkan sehingga memperoleh jawaban atas permasalahan keabsahan dan akibat hukum klausula pengalihan risiko pada Nasabah dalam perjanjian pembiayaan *murabahah*.

Pembahasan

a. Klausula Pengalihan Risiko Pada Nasabah Dalam Perjanjian Pembiayaan *Murabahah*

Perjanjian pembiayaan *murabahah* adalah produk perbankan syariah di mana perjanjian tersebut menggunakan prinsip jual beli yang dilakukan secara tidak tunai dengan menegaskan harga belinya kepada pembeli dan pembeli membayarnya dengan harga yang lebih sebagai keuntungan yang disepakati. Perjanjian dibedakan menjadi beberapa bagian, yaitu

- 1) Bagian inti (*wanzenlijke oordeel*) yang disebut esensialia, yaitu sifat yang harus ada di dalam perjanjian, sifat yang menentukan atau menyebabkan perjanjian itu tercipta (*constructive oordeel*), Unsur esensialia pada perjanjian pembiayaan yang menggunakan prinsip jual beli adalah penjual berkewajiban untuk menyerahkan suatu kebendaan serta berhak untuk menerima pembayaran, sedangkan pembeli berkewajiban untuk melakukan pembayaran dan berhak untuk menerima suatu kebendaan.
- 2) Bagian yang bukan inti, terdiri dari naturalia atau sifat bawaan (*natuur*), yaitu bagian yang merupakan sifat bawaan (*natuur*) perjanjian sehingga secara diam-diam melekat pada perjanjian, seperti menjamin tidak ada cacat dari benda yang dijual (*vrijwaring*). seperti menjamin tidak ada cacat dari benda yang dijual (*vrijwaring*); dan aksidentalialia.⁴

Adanya pengalihan risiko dari Bank kepada Nasabah dalam perjanjian pembiayaan *murabahah* tampaknya tidak memperhatikan bagian naturalia dalam perjanjian. Bank tidak mau menjamin dan bertanggung jawab atas adanya cacat barang dan ketidak absahan dokumen penjualan. Pegalihan kewajiban dan pernyataan untuk membebaskan Bank dari segala risiko tersebut dimasukkan pada suatu klausula khusus dalam perjanjian pembiayaan *murabahah*. Misalnya pada klausula Risiko yang terdapat pada pasal 15 tentang Risiko sebagaimana yang tertuang dalam perjanjian pembiayaan konsumtif multiguna berdasarkan prinsip *Murabahah* Bank Jatim dan pada perjanjian pembiayaan *Murabahah* Bank Perkreditan Rakyat Syariah Harta Insan Karimah Bekasi, sebagaimana dicantumkan pada pasal 12 tentang Risiko.

b. Keabsahan Klausula Pengalihan Risiko Pada Nasabah Dalam Perjanjian Pembiayaan *Murabahah* Ditinjau Dari Segi Hukum Islam

Keabsahan berasal dari kata sah yang dalam bahasa Inggris disebut dengan legal. Legal dalam kamus *Oxford* diartikan dengan *based on the law*,⁵ sedangkan dalam *Black's Law Dictionary* kata Legal diartikan *of relating to law, established, required or permitted by law, of or relating to law as opposed to equity*.⁶ Dalam kata bahasa Indonesia kata sah diartikan dengan sesuatu yang sesuai dengan ketentuan UU.

Pada tulisan ini, keabsahan digunakan sebagai media untuk mengetahui apakah klausula pengalihan risiko pada Nasabah yang terdapat dalam perjanjian pembiayaan *murabahah* telah sesuai dengan UU yang mengaturnya agar perjanjian dapat berlaku mengikat bagi para pihak. Hukum yang digunakan untuk menyelesaikan permasalahan hukum ini adalah hukum Islam dalam hal perbankan syariah terutama berkaitan dengan hukum perjanjian dalam pandangan hukum Islam. Perkembangan perbankan syariah dalam praktik kegiatan ekonomi di Indonesia ditandai dengan adanya UU No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah. Selain itu, ada beberapa aturan PBI yang mengatur tentang perbankan syariah yang menyerap isi dari Fatwa DSN.

Keberlakuan hukum Islam berdasarkan pada pasal 1338 KUH Perdata yang menganut asas kebebasan berkontrak yang juga sejalan dengan konsep kebebasan berkontrak ini sejalan dengan asas dari pada kegiatan muamalah, yaitu:

⁴ Mariam Darus Badruzaman, *Aneka Hukum Bisnis*, Bandung: Alumni, 2005), hlm. 24-25.

⁵ *Oxford Learn's Pocket Dictionary, Fourth Edition*, United Kingdom: Oxford University Press, 2008, hlm. 251.

⁶ Henry Black Campbell, *Black's Law Dictionary, Seventh Edition*, ST. Paul: West Grup, 199), hlm. 902.

الأصل في الأشياء إلا بآحة حتى يدل الدليل على التحريم

“*hukum asal sesuatu adalah kebolehan, sehingga terdapat bukti yang mengharamkannya.*”⁷

Dasar lain dari kebolehan penggunaan hukum Islam, yaitu pasal 29 ayat (2) UU Dasar 1945 yang menyatakan bahwa “Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan dan keperayaannya itu.” Sebagai wujud implementasinya dan wujud ibadahnya kepada Allah SWT serta sekaligus pemenuhan kebutuhannya untuk melakukan segala kegiatan keperdataannya, dapat tunduk dan memberlakukan syariat Islam.⁸

Penggunaan hukum Islam dalam bidang perbankan syariah sebagai hukum positif Indonesia dapat tercermin pada pasal 1 ayat (12) UU No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah bahwa Prinsip Syariah adalah prinsip hukum Islam dalam kegiatan perbankan berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah. Di Indonesia, lembaga yang memiliki kewenangan untuk mengeluarkan fatwa, yaitu MUI melalui DSN. Tugas dan wewenang DSN diatur dan diakui dalam pasal 26 ayat (1), (2), dan (3) UU No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah yang menjelaskan bahwa setiap lembaga keuangan syariah dalam melaksanakan kegiatan usahanya pada prinsip syariah yang dikeluarkan oleh DSN. Isi ketentuan fatwa DSN diserap melalui Peraturan Bank Indonesia yang kemudian ditingkatkan menjadi UU sehingga memiliki kekuatan yang mengikat.⁹

Menurut *Handbook of Islamic Banking* sebagaimana dikutip oleh Sutan Remy Sjahdeini, tujuan dasar dari perbankan syariah ialah menyediakan fasilitas keuangan dengan cara mengupayakan instrument-instrumen keuangan (*financial instruments*) yang sesuai dengan ketentuan-ketentuan dan norma-norma syariah.¹⁰ Adanya kesesuaian antara instrument-instrumen keuangan dengan ketentuan-ketentuan atau norma syariah ini tidak lain, yaitu untuk mencegah agar tidak sampai memakan barang haram apabila terdapat keuntungan dan usahanya yang meningkat. Selain dari pada hal tersebut, diperlukannya transaksi dalam instrument keuangan perbankan syariah yang sesuai dengan ketentuan dan norma syariah juga dapat menghindarkan diri dari sesuatu usaha yang bersifat syubhat.

Menurut penjelasan Pasal 19 Ayat (1) huruf d UU No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah bahwa *Murabahah* adalah akad Pembiayaan suatu barang dengan menegaskan harga belinya kepada pembeli dan pembeli membayarnya dengan harga yang lebih sebagai keuntungan yang disepakati. Agar transaksi *Murabahah* dapat sah secara hukum, Bank dan Nasabah harus membuat kesepakatan yang kemudian pada praktik perbankan akan dituangkan dalam bentuk perjanjian. Dalam pasal 1320 KUH Perdata, kesepakatan merupakan salah satu syarat dari sahnya perjanjian. Kesepakatan termasuk perwujudan dari adanya sifat manusia yang mempunyai kebutuhan yang tidak pernah terhenti dan senantiasa diperlukan selama manusia itu hidup, oleh karena itu, manusia dituntut untuk berhubungan dengan sesamanya dalam melakukan pertukaran dengan cara membuat kesepakatan untuk memberikan apa yang dimilikinya untuk memperoleh sesuatu sebagai pengganti sesuai kebutuhannya.

Kesepakatan yang dituangkan dalam perjanjian harus berdasarkan ketentuan atau norma hukum Islam, mengingat *murabahah* termasuk dari produk perbankan syariah. Perjanjian dalam hukum Islam lazim disebut dengan akad. Akad dalam bahasa arab disebut dengan *al-'aqdu*. Penjelasan mengenai pengertian dari akad terdapat pada

⁷ Muchlis Usman, *Kaidah-kaidah Ushuliyah dan Fiqhiyah: Pedoman Dasar Dalam Istimbath Hukum Islam*, Jakarta: Rajawali Pers, 1999, hlm. 119.

⁸ Hartono Mardjono, *Menegakkan Syariah Islam Dalam Konteks Keindonesiaan: Proses Penerapan Nilai-nilai Islam Dalam Aspek Hukum, Politik dan Lembaga Negara*, Bandung: Mizan, 1997, hlm. 52.

⁹ Yeni Salma Barlinti, *Kedudukan Fatwa Dewan Syariah Nasional dalam Sistem Hukum Nasional di Indonesia*, Jakarta: Badan Litbang dan Diklat Kementerian Agama RI, 2010, hlm. 447.

¹⁰ Sutan Remy Sjahdeini, *Perbankan Islam: Dan Kedudukannya Dalam Tata Hukum Perbankan Indonesia*, Jakarta: Pustaka Utama Grafiti, 2005, hlm. 21.

ketentuan pasal 1 ayat (13) UU No. 21 tahun 2008 tentang perbankan syariah bahwa akad adalah kesepakatan tertulis antara Bank Syariah atau Unit Usaha Syariah dan pihak lain yang memuat adanya hak dan kewajiban bagi masing-masing pihak sesuai dengan Prinsip Syariah.

Nasabah (*Musyitari'*) dan Bank (*Ba'i*) sebagai subjek-subjek hukum saling berhubungan satu sama lain dalam hal jual-beli, hubungan jual beli tersebut kemudian diikat dan melahirkan perjanjian. Menurut Hukum Islam, apabila suatu perjanjian telah sah, maka perjanjian tersebut dapat berlaku sebagai UU sebagaimana asas janji itu mengikat.

Demikian pula hubungan yang terjadi antara Nasabah (*Musyitari'*) dan Bank (*Ba'i*) yang dikualifikasi dengan perjanjian yang mengikat, maka hubungan tersebut dapat disebut sebagai hubungan hukum. Hubungan hukum yang melahirkan perjanjian tersebut kemudian akan membentuk hak dan kewajiban bagi masing-masing pihak.

Mekanisme *murabahah* sebagaimana yang biasa dilakukan berdasarkan pada pasal 9 Peraturan Bank Indonesia Nomor: 7/46/PBI/2005 tentang Akad Penghimpunan Dan Penyaluran Dana Bagi Bank Yang Melaksanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syariah.

- 1) Bank menyediakan dana pembiayaan berdasarkan perjanjian jual beli barang;
- 2) Jangka waktu pembayaran harga barang oleh nasabah kepada Bank ditentukan berdasarkan kesepakatan Bank dan nasabah;
- 3) Bank dapat membiayai sebagian atau seluruh harga pembelian barang yang telah disepakati kualifikasinya; dalam hal Bank mewakilkan kepada nasabah (wakalah) untuk membeli barang, maka Akad Murabahah harus dilakukan setelah barang secara prinsip menjadi milik Bank;
- 4) Bank dapat meminta nasabah untuk membayar uang muka atau urbun saat menandatangani kesepakatan awal pemesanan barang oleh nasabah;
- 5) Bank dapat meminta nasabah untuk menyediakan agunan tambahan selain barang yang dibiayai Bank;
- 6) kesepakatan margin harus ditentukan satu kali pada awal Akad dan tidak berubah selama periode Akad;
- 7) Angsuran pembiayaan selama periode Akad harus dilakukan secara proporsional.

Dalam proses pembiayaan, Bank syariah (*Ba'i*) membiayai sebagian atau seluruh harga pembelian barang yang telah disepakati kualifikasinya, di mana pihak Bank (*Ba'i*) membeli barang yang diperlukan oleh Nasabah (*Musyitari'*) atas nama Bank (*Ba'i*) sendiri sebelum kemudian menjual kembali barang tersebut kepada Nasabah (*Musyitari'*) sebesar harga jual, yaitu berupa harga pokok barang ditambah keuntungan. Apabila menelaah kembali pada klausula tentang risiko dimana Bank (*Ba'i*) tidak mau melakukan kewajibannya dan dijadikan kewajiban Nasabah (*Musyitari'*), maka dapat diketahui bahwa hal tersebut termasuk pada tindakan yang berupaya untuk mengalihkan risiko karena Bank (*Ba'i*) tidak mau menanggung dan turut campur apabila dalam hubungan antara Nasabah (*Musyitari'*) dan pemasok barang apabila terjadi permasalahan.

Murabahah termasuk dalam produk perbankan syariah sehingga ketentuan hukum untuk mengatur perjanjiannya harus lah perjanjian yang sesuai dengan hukum Islam. Untuk mengetahui hukum dari pencantuman klausula pengalihan risiko kepada Nasabah dari segi Hukum Islam, diperlukan analisis terhadap rukun dan syarat dari perjanjian. Menurut jumhur ulama, terdapat tiga rukun dalam jual beli secara *murabahah*, yaitu:

1. Pihak-pihak (*al- 'aqidain*), yang terdiri atas penjual (*Ba'i*) dan pembeli (*Musyitari'*);
Praktek perjanjian *murabahah* pada perbankan, dilakukan antara dua pihak, yaitu Bank sebagai penjual (*Ba'i*) dan Nasabah menjadi pembeli (*Musyitari'*). Hukum Islam mensyaratkan bagi para pihak yang berakad harus lah orang yang orang yang

berakal dan mempunyai kemampuan untuk memilih atau orang yang telah akil baligh.¹¹ Syarat ini dapat diketahui melalui penerapan prinsip Prinsip Mengenal Nasabah (*Know Your Customer Principles*) yang terdapat dalam Peraturan Bank Indonesia Nomor: 3/10/PBI/2001 Tentang Penerapan Prinsip Mengenal Nasabah (*Know Your Customer Principles*). Dalam pasal 4 Peraturan Bank Indonesia Nomor: 3/10/PBI/2001 Tentang Penerapan Prinsip Mengenal Nasabah (*Know Your Customer Principles*) yang menjelaskan tentang kebijakan penerimaan dan identifikasi Nasabah, sebelum melakukan hubungan usaha dengan Nasabah, Bank wajib meminta informasi mengenai identitas calon Nasabah yang harus dapat dibuktikan dengan keberadaan dokumen-dokumen pendukung. Dokumen ini dibuktikan dengan dokumen identitas resmi, seperti Kartu Tanda Penduduk (KTP), Surat Izin Mengemudi (SIM), atau paspor bagi warga Negara asing.

Adanya Bank dan Nasabah yang berlaku sebagai pembeli dan penjual, termasuk pada syarat kedua dari rukun pertama akad atau perjanjian untuk terwujudnya akad, yaitu harus adanya berbilang pihak (lebih dari satu pihak) karena akad itu adalah pertemuan ijab dari salah satu pihak dan Kabul dari pihak lainnya.¹²

2. Obyek akad atau dalam istilah bahasa Arab disebut dengan *Ma'kud alaih*, dalam *murabahah* dengan pola jual beli, obyek akad terdiri dari barang yang diperjualbelikan dan harga;

Ma'kud alaih adalah sesuatu yang dijadikan objek akad dan dikenakan padanya akibat hukum yang ditimbulkan.¹³ Dalam penjelasan tentang akad pada Ensiklopedia hukum Islam, *Ma'kud alaih* atau barang yang diperjanjikan wujudnya dapat berupa komoditi, seperti akad jual beli, gadai dan hibah. Dapat pula berupa manfaat atau jasa, seperti dalam akad perburuhan atau ijarah.¹⁴

Selain dari pada dua objek akad, yaitu barang yang diperjual belikan dan harga, menurut para ulama, terdapat empat syarat bagi barang atau manfaat yang akan dijadikan *Ma'kud alaih*, antara lain: Barang yang akan dijanjikan itu harus sudah ada ketika dilakukan akad; Barang yang akan dijanjikan itu haruslah dibenarkan oleh hukum syariat; Barang tersebut dapat diserahkan ketika dilaksanakan akad; Barang yang akan dijanjikan itu harus jelas dan diketahui oleh pihak-pihak yang mengadakan akad agar tidak silang pendapat dikemudian hari; Para ulama, kecuali ulama Madzhab Hanafi menetapkan bahwa barang yang dijanjikan harus suci, bukan barang najis atau terkena najis.¹⁵

Barang yang dijadikan objek perjanjian ini, Peraturan Bank Indonesia Nomor: 7/46/PBI/2005 tentang Akad Penghimpunan Dan Penyaluran Dana Bagi Bank Yang Melaksanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syariah mensyaratkan bahwa pada pembiayaan *murabahah* dalam hal Bank mewakili kepada nasabah (wakalah) untuk membeli barang, maka akad *murabahah* harus dilakukan setelah barang secara prinsip menjadi milik Bank. Pada praktik perjanjian pembiayaan *murabahah*, sebagai penjual, Bank (*Ba'i*) tidak memiliki barang yang akan dijual, melainkan Nasabah (*Musytari'*) membeli sendiri barang yang diperlukan kepada pemasok barang, Bank (*Ba'i*) hanya berposisi sebagai pemberi pembiayaan. Sebagai penjual, Bank (*Ba'i*) bahkan tidak mau menanggung atas segala risiko kerusakan dan ketidak absahan dokumen penjualan antara Nasabah (*Musytari'*) dan pemasok barang, meskipun telah dilakukan menggunakan akad wakalah. Padahal untuk setiap jual beli Bank sebagai penjual wajib memberikan garansi.

¹¹ Sayyid Sabiq, *Fiqh Sunnah, Jilid 4*, diterjemahkan oleh Nor Hasanuddin, *Fiqh Sunnah, Cet. Ke-3*, Jakarta: Pena Pundi Aksara, 2008), hlm. 193.

¹² Syamsul Anwar, *Hukum Perjanjian Syariah: Studi tentang Teori Akad dalam Fikih Muamalat*, Jakarta: Rajawali press, 2007, hlm. 120.

¹³ Gemala Dewi, dkk, *Hukum Perikatan Islam di Indonesia, cet. Ke-2*, Jakarta: Kencana, 2006, hlm. 60.

¹⁴ Dewan Redaksi Ensiklopedi Islam, *Ensiklopedi Islam, jilid 1*, Jakarta: Ichtiar Baru Van Houve, 1994, hlm. 96.

¹⁵ Dewan Redaksi Ensiklopedi Islam, *Ibid.*, hlm. 96-97.

Dengan demikian perjanjian jual-beli yang dilakukan antara Bank (*Ba'i*) dan Nasabah (*Musytari'*) tidak dapat dijadikan dasar untuk pemindahan hak kepemilikan. Dasarnya adalah bahwa Bank (*Ba'i*) apabila dilihat dari praktik perjanjian pembiayaan *murabahah*, Bank (*Ba'i*) secara prinsip belum memiliki barang yang diperjual-belikan.

Hak milik adalah hubungan syar'i (hubungan hukum) antara orang dengan sesuatu benda yang menimbulkan akibat hukum; bagi orang itu berwenang dan berhak untuk menggunakan benda tersebut dan bagi yang lain tertutup kewenangan itu.¹⁶ Dengan adanya pengalihan tanggung jawab dan risiko dari Bank (*Ba'i*) kepada Nasabah (*Musytari'*), Nasabah (*Musytari'*) melakukan sendiri pembelian barang kepada pemasok sehingga hak milik barang bukan pada Bank (*Ba'i*), tetapi secara prinsip masih dalam kepemilikan oleh pemasok barang. Menjual barang yang tidak dimiliki, dalam perspektif hukum perjanjian secara Islam adalah akad yang sama sekali tidak sah.¹⁷

Dilarangnya menjual barang yang belum dimiliki dapat diketahui berdasarkan Hadits Rasulullah SAW yang bersabda:

وَعَنْ عُمَرَ وَبْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : لَا يَحِلُّ سَلْفٌ وَبَيْعٌ وَلَا شَرْطَانٌ فِي بَيْعٍ وَلَا رَيْحٌ مَا لَمْ يَضْمَنْ وَلَا تَبِعَ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ

“Dari ‘Amr bin Syu’aib dari ayahnya, dari kakeknya, ia berkata bahwa telah bersabda Rasulullah SAW, “Tidak halal pinjaman dan penjualan, tidak halal dua syarat dalam satu transaksi jual beli, tidak halal keuntungan barang yang ditanggung, tidak halal menjual barang yang tidak kamu miliki”.”¹⁸

Jadi, tidak sah jual beli yang menjual barang atau sesuatu yang tidak dimiliki. Jual beli barang tanpa izin pemilik disebut dengan jual beli *ba'i al-fudhuli*. Akad jual beli yang seperti ini dilakukan oleh pihak ketiga tanpa mendapat izin pemiliknya. Akad *ba'i al-fudhuli* dianggap sah apabila pemilik sah barang tersebut membolehkan.¹⁹

Dalilnya adalah hadits yang diriwayatkan oleh Bukhari dari Urwah al-Baariqi bahwa ia berkata:

“Rasulullah pernah mengutusku untuk membeli seekor kambing dengan uang satu dinar. Lalu aku membeli dua ekor kambing dengan uang satu dinar tersebut. Salah satunya aku jual dengan harga satu dinar dan kemudian aku kembali dengan membawa satu dinar dan seekor kambing. Kemudian Rasulullah berkata padaku:

رَبَا لَكَ اللَّهُ كَ فِي صَفَقَتِكَ

“semoga Allah memberkahi atas transaksi yang dilakukan oleh tangan kananmu.”

Hadits ini menjelaskan bahwa urwah membeli kambing yang kedua tanpa izin Rasulullah SAW, dan menjualnya kembali tanpa izin Rasulullah SAW pula sebagai pemilik. Setelah ia kembali dan memberitahukannya kepada Rasulullah SAW, ia membenarkan dan mendoakannya. Hal tersebut menunjukkan sahnya pembelian kambing yang kedua dan penjualannya. Kesimpulannya, jual beli barang milik orang lain itu boleh, namun tetap tergantung pada izin pemiliknya karena dikhawatirkan sikap tanpa izin tersebut akan menimbulkan mudharat.²⁰

Melihat kembali pada perjanjian pembiayaan *murabahah*, adanya pencantuman klausula pengalihan risiko dan tanggung jawab kepada Nasabah (*Musytari'*) dalam hal jual beli yang dilakukan, Bank (*Ba'i*) tidak memiliki secara prinsip atas barang yang dijual kepada Nasabah. Kegiatan ini dapat dikategorikan *ba'i al-fudhuli*. Akad yang dilakukan dapat sah apabila Bank (*Ba'i*) sebelumnya telah melakukan komunikasi

¹⁶ Gemala Dewi, *Aspek-aspek Hukum dalam Perbankan dan Perasuransian Syariah di Indonesia*, Jakarta: Kencana, 2005, hlm. 10.

¹⁷ Syaikh Ahmad bin ‘Abdurrazzaq ad-Duwaisy, *Fataawaa al-Lajnah ad-Daa’imah lil Buhaatu al-‘Ilmiyyah wal Iftaa’ al-Buyuu’*, diterjemahkan oleh M. Abdul Ghoffar E.M., *Fatwa-fatwa Jual Beli*, (Jakarta: Pustaka Imam Asy-Syafi’I, 2006, hlm. 239.

¹⁸ Ibnu Hajar al-Asqalani, *Bulughul Al Maram Min Adillat Al Ahkam*, diterjemahkan oleh Abdul Rosyad Siddiq, *Terjemah Lengkap Bulughul Maram*, Jakarta: Akbar Media Eka Sarana, 2007, hlm. 354.

¹⁹ Sayyid Sabiq, *Op.,Cit.*, hlm. 128.

²⁰ Sayyid Sabiq, *Ibid.*, hlm. 128-129.

dengan pemasok barang bahwa akan menjual barang yang berasal dari pemasok tersebut sehingga sudah ada kesepakatan antara Bank (*Ba'i*) dan pemasok barang. Dengan demikian adanya izin dari pemilik barang, objek barang atau *Ma'kud alaih* menjadi sah untuk diperjual-belikan.

3. Kesepakatan atau *sighat akad*, yang terdiri dari penawaran (*ijab*) dan penerimaan (*qabul*).

Sighat akad termasuk rukun akad yang terpenting. *Sighat akad* adalah cara bagaimana pernyataan pengikatan diri itu dilakukan. Dalam literatur fiqih, *sighat* akad biasanya diwujudkan dalam bentuk *ijab* dan *Kabul*.²¹ *Ijab* adalah suatu pernyataan janji atau penawaran dari pihak pertama untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu. *Kabul* adalah suatu pernyataan menerima dari pihak kedua atas penawaran yang dilakukan oleh pihak pertama. *Ijab* dan *Kabul* ini mereprekasikan perizinan (*ridha*, persetujuan, *ar-Ridha*, *toesteming*).²²

Sighat akad dapat mengambil bentuk ucapan, perbuatan, isyarat ataupun tulisan. Pada bidang muamalah terdapat perbedaan pendapat dikalangan *Fukaha*. Menurut *Madzhab Hanafi*, *Madzhab Maliki*, *Madzhab Hanbali*, akad dianggap sah meskipun dilakukan hanya menggunakan perbuatan. Akad yang hanya saling menyerahkan barang dan harga yang ditetapkan, tanpa mengucapkan *ijab* dan *kabul* dalam istilah bahasa Arab disebut dengan *mu'atah*. Sedangkan, menurut *Madzhab Syafi'i*, *Madzhab Zahiri* dan *Syiah*, akad tidak dianggap sah apabila hanya dengan *mu'atah*. Hal ini dikarenakan bahwa *mu'atah* tidak cukup kuat untuk menunjukkan kerelaan masing-masing pihak dalam melakukan akad. Mereka mensyaratkan *sighat akad* dalam bentuk lisan atau ungkapan lain yang sepadan, seperti isyarat dan tulisan.

Pada perjanjian pembiayaan *murabahah*, untuk mereprekasikan *sighat akad* menggunakan *ijab* dan *Kabul* dalam bentuk tulisan. Yang mana *ijab* dan *Kabul* tersebut kemudian dituangkan dalam bentuk perjanjian. *Jual-beli* dengan *ijab* dan *Kabul* secara tulisan, sah hukumnya. Tujuannya adalah agar tulisan tersebut dapat dibaca oleh kedua belah pihak yang bertransaksi dan orang lain yang membutuhkan. Dasarnya akad dibuat secara tertulis sebagaimana firman Allah SWT dalam QS. *Al-Ma'idah* ayat 282.

Selain ketiga rukun tersebut, *Mushtafa az-Zarqa* menambahkan satu rukun lagi, yaitu *maudhu'ul 'aqd* (tujuan akad). Tujuan akad menjadi bagian yang cukup penting dalam akad.²³ Tujuan akad selalu ada dalam setiap bentuk akad. Tujuan akad harus yang dibenarkan menurut *syara'* (hukum Islam). Apabila para pihak mempunyai tujuan akad lain yang tidak dibenarkan menurut *syara'* (hukum Islam), maka akadnya dianggap batal. Kebatalan akad tersebut akan terjadi apabila niat itu dinyatakan secara jelas dalam akad.

Tujuan akad sebagaimana *murabahah* sebagai produk jual beli adalah untuk memindahkan hak milik kepada pembeli (*Musytari'*) dengan membayar sejumlah harga yang dilakukan secara angsuran. Tetapi, perlu diketahui bahwa di dalam akad tersebut juga terdapat maksud dan tujuan lain, yaitu melakukan pengalihan risiko kepada pembeli atau *Nasabah* (*Musytari'*) sebagai *Bank* (*Ba'i*) supaya tidak memiliki kewajiban untuk memberikan garansi atas jual-beli yang dilakukan dengan *Nasabah* (*Musytari'*) tersebut. Salah satu isi klausula dalam perjanjian pembiayaan *murabahah* tersebut memuat suatu klausula bahwa *Bank* (*Ba'i*) tidak mau bertanggung jawab atas risiko cacat barang dan keabsahan dokumen.

²¹ Faturrahman Djamil, *Hukum Perjanjian Syariah*, dalam *Kompilasi Hukum Perikatan* oleh Mariam Darus Badruzaman, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001, hlm. 253.

²² Syamsul Anwar, *Op.,Cit.*, hlm. 122.

²³ Gemala Dewi, dkk, *Op.,Cit.*, hlm. 62.

Adanya pencantuman klausula pengalihan risiko kepada Nasabah (*Musytari'*) dalam perjanjian pembiayaan *murabahah*, menjadikan perjanjian tersebut tidak seimbang. Keseimbangan dalam perjanjian menjadi suatu hal yang penting karena akan menunjukkan kesamaan kedudukan bagi para pihak yang melakukan perjanjian. Dalam hukum perjanjian Islam asas keseimbangan dalam perjanjian disebut dengan *mabda' at-tawazun fi al-mu'awadhah*. Hukum perjanjian Islam menekankan perlunya asas keseimbangan, baik keseimbangan antara yang diberikan dan apa yang diterima maupun keseimbangan dalam memikul risiko.

Dengan dicantulkannya klausula pengalihan risiko kepada Nasabah (*Musytari'*) dalam perjanjian pembiayaan *murabahah*, maka tidak ada keseimbangan dalam memikul risiko yang artinya dalam perjanjian tersebut juga tidak ada keseimbangan hak dan kewajiban. Sangat disayangkan karena Nasabah (*Musytari'*) yang wajib menanggung risiko kerugian yang disebabkan oleh kejadian di luar kesalahannya. Menurut penulis yang wajib menanggung atas adanya cacat tersembunyi dan ketidak absahan dokumen adalah Bank (*Ba'i*) sebagai penjual karena dalam hukum Islam juga diperbolehkan mengatur adanya khiiyar 'aib atau semacam garansi yang diberikan pembeli kepada penjual atas adanya cacat tersembunyi dan ketidak absahan dokumen tersebut. Tidak adanya keseimbangan hak kewajiban dan risiko, maka perjanjian pembiayaan *murabahah* tersebut dapat dikatakan tidak adil. Ketidakadilan transaksi dalam hukum perjanjian Islam disebut dengan zalim dan hal tersebut bertentangan dengan prinsip syariah. Perjanjian pembiayaan *murabahah* menjadi tidak sah. Pasal 24 ayat (1) huruf a Undang-undang No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah menjelaskan terdapat hal yang tidak boleh dilakukan oleh Bank umum, yaitu bahwa Bank Umum Syariah dilarang melakukan kegiatan usaha yang bertentangan dengan Prinsip Syariah. Pasal tersebut melarang Bank untuk melakukan zalim yang termasuk larangan dari prinsip syariah, Namun ini justru tetap dilakukan sebagaimana tercermin dalam klausula tentang risiko.

Perjanjian yang tidak memenuhi salah satu rukun dan syarat disebut dengan akad batil. Batil berasal dari kata sifat dalam bahasa Arab *Bathil* yang berarti tidak sah, tidak belaku. Dalam kamus besar bahasa Indonesia, batil berarti batal, sia-sia, tidak benar.²⁴ Hukum akad batil, yaitu bahwa akad tersebut tidak ada wujudnya secara syar'i; bahwa apabila telah dilaksanakan oleh para pihak, akad batil itu wajib dikembalikan kepada keadaan semula pada waktu sebelum dilaksanakannya akad batil tersebut; Akad batil tidak berlaku pembetulan dengan cara memberi izin misalnya, karena transaksi tersebut didasarkan kepada akad yang sebenarnya tidak ada secara syar'i dan juga karena pembetulan hanya berlaku terhadap akad maukuf; Akad batil tidak perlu di-fasakh (dilakukan pembatalan) karena akad ini sejak semula adalah batal dan tidak pernah ada; Ketentuan lewat waktu tidak berlaku terhadap kebatalannya.²⁵

c. Keabsahan Klausula Pengalihan Risiko Pada Nasabah Dalam Perjanjian Pembiayaan *Murabahah* Ditinjau Ditinjau Dari Segi UU No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen

Setiap perkembangan tentu memiliki dampak positif dan dampak negatif. Dampak positifnya adalah segala kebutuhan konsumen akan barang dan/atau jasa dapat terpenuhi. Sedangkan, dampak negatifnya adalah terjadinya ketidak seimbangan antara kedudukan konsumen dan pelaku usaha.²⁶ Posisi konsumen sebagai pihak yang lemah karena memerlukan barang dan/atau jasa, digunakan oleh pelaku usaha untuk meraup

²⁴ Tim Penyusun Kamus Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, (Jakarta: Balai Pustaka, 1995), hlm. 98.

²⁵ Syamsul Anwar, *Op., Cit.*, hlm. 246-247.

²⁶ Rahayu Hartini, *Hukum Komersial*, Malang: UMM Press, 2010, hlm. 168-169.

keuntungan sebesar-besarnya dengan menggunakan kiat-kiat tertentu, salah satunya penerapan perjanjian standar. Perjanjian standar merupakan terjemahan dari kata bahasa Inggris *standart contract*. Mariam Darus Badruzaman menyebut Perjanjian standar dengan sebutan perjanjian baku. Menurut Sutan Remy perjanjian standar adalah perjanjian yang hampir seluruh klausul-klausulnya dibakukan oleh pemakainya dan pihak yang lain pada dasarnya tidak mempunyai peluang untuk merundingkan atau meminta perubahan.²⁷

Tidak tercapainya perlindungan bagi konsumen salah satunya melalui digunakannya perjanjian standar atau perjanjian baku oleh pelaku usaha. Hal yang sama juga diterapkan pada layanan jasa perbankan, tidak terkecuali perbankan syariah. Demi untuk menghemat waktu dan meraih keuntungan sebesar-besarnya, perbankan dalam memberikan layanan jasa menggunakan perjanjian baku. Bank Syariah berposisi sebagai pelaku usaha, sedangkan Nasabah berposisi sebagai konsumen. Bank sebagai pelaku usaha didasarkan pada pengertian pelaku usaha pada pasal 1 angka 3 UU No. 8 Tahun 1998 tentang Perlindungan Konsumen. Sedangkan Nasabah sebagai konsumen didasarkan pada pasal 1 angka 2 UU No. 8 Tahun 1998 tentang Perlindungan Konsumen. Kedua pihak tersebut mengikatkan diri dalam perjanjian pembiayaan *murabahah* untuk kepentingan penyediaan dana atau tagihan oleh Bank syariah untuk transaksi jual beli barang sebesar harga pokok ditambah margin/ keuntungan berdasarkan kesepakatan dengan nasabah yang harus membayar sesuai akad.

Pada dasarnya perjanjian tersebut harus dilaksanakan berdasarkan kesepakatan bebas antara kedua pihak yang cakap untuk bertindak demi hukum (pemenuhan syarat subjektif) untuk melaksanakan suatu prestasi yang tidak bertentangan dengan aturan hukum yang berlaku, kepatutan, kesucilaan, ketertiban umum serta kebiasaan yang berlaku dalam masyarakat luas (pemenuhan syarat objektif).²⁸

Pada perjanjian pembiayaan *murabahah* yang memuat suatu klausula yang berisi pengalihan risiko dari Bank kepada Nasabah terdapat isi klausula dalam perjanjian pembiayaan *murabahah* tersebut menyatakan bahwa Bank tidak mau bertanggung jawab atas risiko cacat barang dan keabsahan dokumen dengan bentuk kalimat yang berbeda pada setiap perjanjian, namun pada intinya memuat hal yang sama bahwa Bank mengalihkan risiko tersebut kepada Nasabah. Hal ini menjadikan kedudukan Nasabah menjadi tidak seimbang dengan kedudukan Bank.

Untuk itu, perlu ditingkatkannya salah satu tujuan diselenggarakannya perlindungan konsumen, yaitu asas keseimbangan. Asas keseimbangan menurut penjelasan pasal 2 UU No. 8 Tahun 1998 tentang Perlindungan Konsumen bahwa Asas keseimbangan dimaksudkan untuk memberikan keseimbangan antara kepentingan konsumen, pelaku usaha dan pemerintah dalam arti materiil ataupun spiritual.

Tindakan pengalihan tanggung jawab melalui suatu klausula tentang risiko pada perjanjian pembiayaan *murabahah* dari Bank sebagai pelaku usaha kepada Nasabah sebagai konsumen dalam hukum perlindungan konsumen dapat dikategorikan sebagai perjanjian yang mengandung klausula eksemisi. Klausula eksemisi atau disebut juga dengan klausula eksonerasi, dalam bahasa Belanda disebut *exoneratie clause* atau dalam bahasa Inggris disebut dengan *exoneration clause* atau *exemption clause*. Menurut Shidarta, klausula eksemisi adalah klausula yang mengandung kondisi membatasi, atau bahkan menghapus sama sekali tanggung jawab yang semestinya dibebankan kepada pihak produsen/ penyalur produk (penjual).²⁹

Meskipun istilah eksemisi atau eksonerasi tidak ditemukan dalam UU No. 8 Tahun 1998 tentang Perlindungan Konsumen, yang ada hanya istilah klausula baku.

²⁷ Sutan Remy Sjahdeini, *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan yang Seimbang Bagi Para Pihak dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia*, Jakarta: Institut Bankir Indonesia, 1993, hlm. 66.

²⁸ Abdul Halim Barkatullah, *Hukum Perlindungan Konsumen: Kajian Teoretis dan Perkembangan Pemikiran*, Banjarmasin: FH Unlam Press, 2010, hlm. 95.

²⁹ Shidarta, *Hukum Perlindungan Konsumen Indonesia*, Jakarta: Grasindo, 2006, hlm. 147.

Akan tetapi, pada pasal 18 ayat (1) UU No. 8 Tahun 1998 tentang Perlindungan Konsumen mengatur tentang dilarangnya membuat atau mencantumkan klausula baku pada setiap dokumen dan/ atau perjanjian jika menyatakan pengalihan tanggung jawab pelaku usaha. Perjanjian pembiayaan *murabahah* melalui klausula tentang risiko yang mengalihkan tanggung jawab dan risiko atas pengecekan cacat barang dan ketidakabsahan dokumen kepada Nasabah sesuai dengan ketentuan pasal 18 ayat (1) huruf a yang menyatakan bahwa pelaku usaha dalam menawarkan barang dan/atau jasa yang ditujukan untuk diperdagangkan dilarang membuat atau mencantumkan klausula baku pada setiap dokumen dan/atau perjanjian apabila menyatakan pengalihan tanggung jawab pelaku usaha.

Apabila dalam transaksi perjanjian pembiayaan *murabahah* benar-benar terjadi cacat barang dan ketidakabsahan atas dokumen barang, maka yang patut bertanggung jawab adalah pelaku usaha atau dalam permasalahan ini adalah Bank. Hal ini didasarkan pada pasal 4 tentang hak dan kewajiban konsumen pada huruf c dan d UU No. 8 Tahun 1998 tentang Perlindungan Konsumen serta dijelaskan pada hak konsumen pada pasal 4 UU No. 8 Tahun 1998 tentang Perlindungan Konsumen menjadi kewajiban pelaku usaha pada pasal 7 UU No. 8 Tahun 1998 tentang Perlindungan Konsumen.

Apabila bank menolak untuk memberikan ganti rugi, maka sesuai dengan pasal 23 UU No. 8 Tahun 1998 tentang Perlindungan Konsumen yang mengatur bahwa Pelaku usaha yang menolak dan atau tidak memberi tanggapan dan atau tidak memenuhi ganti rugi atas tuntutan konsumen sebagaimana dimaksud dalam Pasal 19 ayat (1), ayat (2), ayat (3), dan ayat (4), dapat digugat melalui badan penyelesaian sengketa konsumen atau mengajukan ke badan peradilan di tempat kedudukan konsumen.

Adanya pencantuman klausula pengalihan risiko kepada Nasabah yang merupakan salah satu bentuk dari klausula eksemisi sebagaimana ketentuan pasal 18 ayat (1) UU No. 8 Tahun 1998 tentang Perlindungan Konsumen yang melarang adanya klausula yang mengandung pengalihan tanggung jawab, maka perjanjian tersebut batal demi hukum. Batal demi hukum atau dalam bahasa Inggris *Null and Void* dan dalam bahasa Belanda disebut dengan *nietigheid van rechtswege* berakibat pada suatu perbuatan untuk sebagian atau keseluruhan bagi hukum dianggap tidak pernah ada (dihapuskan) tanpa diperlukan suatu keputusan hakim atau keputusan suatu badan pemerintahan batalnya sebagian atau seluruh akibat ketetapan itu.

d. Keabsahan Klausula Pengalihan Risiko Pada Nasabah Dalam Perjanjian Pembiayaan *Murabahah* Ditinjau Dari Segi Hukum Perjanjian KUH Perdata

Istilah hukum perdata pertama kali diperkenalkan pada masa pendudukan jepang oleh Prof. Djodiguno sebagai terjemahan dari kata Bahasa Belanda, yaitu *burgerlijkrecht*. Kata lain yang biasanya digunakan untuk menyebut hukum perdata adalah *civilrecht* atau hukum dan *privatrecht* atau hukum privat. Hukum Perdata adalah hukum atau sistem aturan yang mengatur tentang hak dan kewajiban orang dan badan hukum sebagai perluasan dari konsep subjek hukum yang satu terhadap yang lain baik dalam hubungan keluarga maupun dalam hubungan masyarakat.

KUH Perdata sama sekali tidak pernah menyebutkan istilah “konsumen”, namun terdapat istilah lain yang sepadan dengan istilah itu adalah seperti pembeli, penyewa dan si berutang (debitur). Pada perjanjian pembiayaan *murabahah*, yang pada dasarnya merupakan transaksi jual beli ini berarti yang sepadan dengan istilah konsumen, yaitu pembeli. Pembeli jasa dalam perbankan adalah Nasabah. Nasabah, melakukan akad dengan Bank untuk membeli barang dengan keuntungan yang telah disepakati yang pembayarannya dilakukan dengan cara angsuran. Ini berarti Nasabah selain dari pada sebagai pembeli, Nasabah juga sebagai orang yang berhutang.

Dua posisi Nasabah, baik sebagai pembeli dan sebagai orang yang berhutang termasuk dari pada perkembangan jenis perjanjian yang semakin banyak bermunculan bentuk-bentuk perjanjian baru yang dibuat oleh para pihak. Perkembangan tersebut dapat dilihat ketika dalam satu perjanjian dapat mengandung berbagai unsur perjanjian

sekaligus. Pada perjanjian pembiayaan *murabahah* tidak hanya memuat perjanjian jual beli barang, tetapi juga terdapat unsur hutang piutang antara Nasabah dan Bank. Hukum perdata khususnya hukum perjanjian yang berkembang dengan sangat dinamis, membuat ketentuan dalam KUH Perdata masih dianggap terlalu umum untuk mengikuti perkembangan hukum perdata.

Pada perjanjian pembiayaan *murabahah*, Aspek perjanjian merupakan faktor yang sangat penting karena dapat dijadikan sebagai alat pengikat yang kuat antara kedua belah pihak. Sebagaimana ketentuan pasal 1338 KUH Perdata disebutkan bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai UU bagi mereka yang membuatnya. Pasal 1313 BW memberikan rumusan tentang perjanjian. Perjanjian pembiayaan *murabahah* dilakukan antara Nasabah dan Bank untuk bersepakat melakukan hubungan hukum jual beli yang untuk dapat memberikan akibat hukum, maka hubungan hukum tersebut dituangkan dalam bentuk perjanjian.

Terdapat seperangkat aturan hukum yang telah ditentukan oleh pembuat UU sebagai tolak ukur bagi para pihak untuk menguji standar keabsahan perjanjian yang mereka buat.³⁰ Perangkat aturan hukum tersebut sebagaimana yang diatur dalam sistematika pasal 1320 buku III KUH Perdata yang menyebutkan empat syarat yang harus dipenuhi untuk sahnya suatu kontrak, yaitu Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya (*de toesteming van degenen die zich verbinden*); Kecakapan untuk membuat perikatan (*de bekwaamheid om eene verbintenis aan te gaan*); Suatu hal tertentu (*een bepaald onderwerp*); Suatu sebab yang halal (*eene geoorloofde oorzaak*). Syarat keabsahan yang pertama dan kedua dalam syarat keabsahan dokumen disebut dengan syarat subjektif, karena dalam pengaturannya menyangkut pihak-pihak yang mengadakan perjanjian. Sedangkan, syarat ketiga dan keempat dari syarat keabsahan dokumen disebut syarat objektif, karena dalam pengaturannya menyangkut objek perjanjian. Implikasi yang diberikan kepada perjanjian juga berbeda-beda. Apabila syarat pertama dan kedua dari syarat keabsahan perjanjian tidak terpenuhi, maka perjanjian tersebut dapat dibatalkan. Hal ini berarti bahwa salah satu pihak dapat mengajukan kepada Pengadilan untuk membatalkan perjanjian yang disepakatinya. Akan tetapi, apabila para pihak tidak ada yang keberatan, maka perjanjian tersebut tetap dianggap sah. Sedangkan untuk syarat ketiga dan keempat tidak dapat terpenuhi, maka perjanjian itu batal demi hukum. Ini berarti bahwa semula perjanjian itu dianggap tidak ada.

Perjanjian pembiayaan *murabahah* berdasarkan analisa terhadap syarat keabsahan perjanjian dapat disimpulkan bahwa perjanjian pembiayaan *murabahah* melanggar syarat sepakat mereka yang mengikatkan diri dan syarat suatu sebab yang halal. Syarat mereka yang mengikatkan diri adalah syarat subjektif. Syarat mereka yang mengikatkan diri dilanggar karena perjanjian tersebut mengandung penyalahgunaan keadaan dengan keunggulan ekonomi. Penyalahgunaan keadaan secara keunggulan ekonomi membuat perjanjian yang pada dasarnya telah seimbang menjadi tidak seimbang lagi.

Pada perjanjian pembiayaan *murabahah* asas keseimbangan menjadi terganggu karena terdapat pencantuman klausula tentang risiko yang mengalihkan tanggung jawab untuk memeriksa cacat barang dan ketidakabsahan dokumen penjualan kepada Nasabah. Selain hal tersebut, ketidakseimbangan juga tidak dapat tercapai karena tidak ada posisi tawar para pihak, khususnya Nasabah yang tidak dapat menolak adanya klausula tentang risiko yang dimuat dalam perjanjian pembiayaan *murabahah* yang termasuk perjanjian baku. Melanggar syarat subjektif, suatu perjanjian tetap dapat dilaksanakan sepanjang tidak ada pihak yang keberatan dan mengajukan kebatalannya ke pengadilan.

Kemudian, syarat lain yang dilanggar oleh perjanjian pembiayaan *murabahah*, yaitu dilanggarnya syarat suatu sebab yang halal. Syarat suatu sebab yang halal

³⁰ Agus Yudha Hermoko, *Hukum Perjanjian (Asas Proposionalitas Dalam Kontrak Komersil)*, Jakarta: Kencana, 2010, hlm. 156.

melanggar ketentuan UU. Ketentuan UU merupakan bagian dari suatu sebab yang dilarang dalam perjanjian, yaitu bertentangan dengan UU, kesusilaan, dan ketertiban umum. Perjanjian pembiayaan *murabahah* bertentangan dengan ketentuan UU pasal 18 ayat (1) UU No. 8 Tahun 1998 tentang Perlindungan Konsumen yang mengatur tentang dilarangnya membuat atau mencantumkan klausula baku pada setiap dokumen dan/ atau perjanjian jika menyatakan pengalihan tanggung jawab pelaku usaha. Hal ini menimbulkan perjanjian pembiayaan tersebut menjadi batal demi hukum.

Risiko menurut pengaturan hukum perdata adalah kewajiban untuk memikul kerugian jikalau ada suatu kejadian di luar kesalahan salah satu pihak yang menimpa benda yang dimaksud dalam perjanjian.³¹ Apabila terdapat cacat barang, sebagai penjual, Bank wajib menanggung cacat dan ketidak absahan dokumen. Hal ini didasarkan pada pasal 1474 Kitab Undang-undang Hukum Perdata tentang kewajiban utama bagi penjual, yaitu menyerahkan barang dan menanggung. Yang dimaksud dengan menanggung barang adalah bahwa penjual harus menjamin 2 (dua) hal, yaitu penguasaan barang yang dijual secara aman dan tenteram (tidak ada gangguan dari pihak ketiga), dan tidak ada cacat tersembunyi atas barang tersebut sebagaimana tertuang dalam pasal 1491 Kitab Undang-undang Hukum Perdata.

e. Perbandingan Keabsahan Menurut Hukum Islam, Menurut UU No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, dan Menurut Hukum Perjanjian

Setelah dilakukan analisis terhadap keabsahan atas pencantuman klausula pengalihan risiko kepada Nasabah dalam perjanjian *murabahah* dari segi Hukum Islam, UU No. 8 Tahun 1999 tentang perlindungan konsumen dan dari segi hukum perjanjian, maka dapat disimpulkan bahwa terdapat dua perbedaan dalam hasil analisis ketiga hukum terhadap pencantuman klausula pengalihan risiko kepada Nasabah, yaitu penggunaan indikator keabsahan dan tanggung jawab atas risiko. Pada Hukum Islam indikator keabsahannya dari segi rukun dan syarat; indikator untuk keabsahan dari segi UU perlindungan konsumen, yaitu dari penggunaan klausula baku yang tidak bertentangan dengan beberapa hal dalam pasal 18 UU No. 8 Tahun 1998 tentang Perlindungan Konsumen; sedangkan menurut hukum perdata indikator keabsahannya terletak pada empat syarat sah perjanjian yang terdapat pada pasal 1320 buku III KUH Perdata.

Persamaan dari ketiga segi hukum, yaitu segi Hukum Islam, UU perlindungan konsumen dan dari segi hukum perjanjian adalah bahwa ketiganya sama-sama menjadikan perjanjian tersebut menjadi batal demi hukum atas pencantuman klausula pengalihan risiko kepada Nasabah pada perjanjian pembiayaan *murabahah*. Persamaan lain, yaitu dalam hal penanggungan risiko atas adanya cacat barang dan ketidak absahan dokumen menjadi tanggung jawab Bank, baik dari segi Hukum Islam, UU No.8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen dan Hukum Perjanjian Menurut Kitab Undang-undang Hukum Perdata.

Adanya klausula pengalihan risiko kepada nasabah pada perjanjian pembiayaan *murabahah* memang harus batal demi hukum. Hal ini dikarenakan bahwa tidak terpenuhinya rukun dan syarat sah perjanjian dari hukum Islam. Selain dari pada itu, perjanjian pembiayaan *murabahah* yang mengandung klausula pengalihan risiko kepada Nasabah dari segi hukum perjanjian tidak memenuhi syarat objektif dari perjanjian. Sedangkan dari segi UU No.8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen, perjanjian pembiayaan *murabahah* tidak memperhatikan adanya larangan pasal 18 ayat (1) untuk tidak mencantumkan klausula pengalihan tanggung jawab pada perjanjian standar/ baku yang digunakan.

³¹ Subekti, *Aneka Perjanjian*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1995, hlm. 144.

f. Akibat Hukum Yang Ditimbulkan Bagi Para Pihak Dengan Dicantumkannya Klausula Pengalihan Risiko Kepada Nasabah Dalam Perjanjian Pembiayaan *Murabahah*

Akibat hukum adalah akibat suatu tindakan yang dilakukan untuk memperoleh suatu akibat yang dikehendaki oleh pelaku dan yang diatur oleh hukum. Akibat hukum dalam perjanjian pembiayaan *murabahah* lahir dari adanya hubungan hukum berupa perjanjian yang dilakukan antara Bank dan Nasabah atas suatu transaksi untuk suatu barang dengan menegaskan harga belinya kepada pembeli dan pembeli membayarnya dengan harga yang lebih sebagai keuntungan yang disepakati. Akibat hukumnya berupa adanya hak dan kewajiban bagi para pihak. Pemenuhan hak dan kewajiban inilah yang merupakan salah satu bentuk dari akibat hukum suatu perjanjian. Jadi, akibat hukum di sini tidak lain adalah pelaksanaan dari suatu kontrak itu sendiri. Berikut ini penjelasan akibat hukum dari beberapa segi hukum:

Pertama, Akibat Hukum dari Segi Hukum Islam berdasarkan pada hukum perjanjian Islam dikatakan sah apabila telah memenuhi rukun dan syarat-syaratnya sehingga perjanjian tersebut dapat mengikat para pihak dan wajib dipenuhi serta berlaku sebagai hukum. Seperti halnya dalam hukum perjanjian lainnya, pada dasarnya, akibat yang timbul dari suatu perjanjian (akad) hanya berlaku terhadap para pihak yang membuatnya dan tidak berlaku terhadap pihak lain di luar mereka.³² Mengenai hal tersebut juga ditegaskan dalam kitab Mursyid al-Hairan sebagai berikut Pasal 306 (1) bahwa Akibat-akibat hukum akad hanya berlaku terhadap para pihak yang membuatnya, dan tidak berlaku terhadap pihak lain selain mereka dan Pasal 278 bahwa orang baligh dan berakal sehat serta tidak berada dibawah pengampuan dapat membuat akad apa pun secara sendiri maupun mewakilinya kepada orang lain, barang siapa membuat akad secara sendiri dan untuk dirinya sendiri, maka dialah, dan bukan orang lain yang terikat oleh hak-hak dan akibat-akibat hukum yang timbul dari akad.

Perjanjian pembiayaan *murabahah* sebagaimana analisis dari hasil analisis dari segi hukum Islam menunjukkan bahwa perjanjian pembiayaan *murabahah* melanggar dan tidak memenuhi salah satu rukun dan syarat akad. *maudhu'ul 'aqd* atau tujuan akad yang menjadikan perjanjian pembiayaan *murabahah* tersebut menjadi tidak sah. Ketidak absahan tersebut dalam hukum Islam disebut dengan akad batil. Ahli-ahli hukum Hanafi dalam *al-Asybah wa an-Nazha'ir* karya Ibn Nujaim mendefinisikan akad batil secara singkat sebagai akad yang secara syarak tidak sah pokok dan sifatnya. Hukum transaksi yang batal adalah bahwa agama tidak menganggapnya terjadi. Jika transaksi ini tetap dilakukan, maka tidak menciptakan hak kepemilikan. Sedangkan mengenai kerusakan barang yang tiba-tiba rusak ditangan pembeli akan diterapkan hukum rusaknya barang amanat.³³

Kedua, Akibat Hukum dari Segi UU No. 8 Tahun 1998 tentang Perlindungan Konsumen. Perjanjian pembiayaan *murabahah* menggunakan perjanjian baku. UU No. 8 Tahun 1998 tentang Perlindungan Konsumen mengatur tentang perjanjian baku dalam Bab V tentang ketentuan Pencantuman Klausula Baku yang hanya terdiri dari satu pasal, yaitu pasal 18 UU No. 8 Tahun 1998 tentang Perlindungan Konsumen. Berdasarkan hasil analisis perjanjian pembiayaan *murabahah* yang mengandung klausula pengalihan risiko kepada Nasabah dari segi UU No. 8 Tahun 1998 tentang Perlindungan Konsumen dapat disimpulkan bahwa perjanjian tersebut sesuai dengan kriteria klausula eksemisi. Klausula eksemisi adalah klausula yang dilarang oleh pasal 18 (1) UU No. 8 Tahun 1998 tentang Perlindungan Konsumen. Atas adanya klausula pengalihan risiko tersebut, maka sesuai dengan ketentuan pasal 18 ayat (3) UU No. 8 Tahun 1998 tentang Perlindungan Konsumen bahwa Setiap klausula baku yang telah ditetapkan oleh pelaku usaha pada

³² Syamsul Anwar, *Op.,Cit.*, hlm. 264.

³³ Wahbah Az-Zuhaili, *Fiqh Islam Wa Adillatuhu, Jilid 5*, diterjemahkan oleh Abdul Hayyie al-Kattani, dkk, Jakarta: Gema Insani, 2011, hlm. 92.

dokumen atau perjanjian yang memenuhi ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2) dinyatakan batal demi hukum.

Konsekuensi dari kebatalan demi hukum atas perjanjian pembiayaan *murabahah*, maka perjanjian tersebut menurut pasal 18 ayat (4) UU No. 8 Tahun 1998 tentang Perlindungan Konsumen pelaku usaha wajib untuk menyesuaikan klausula baku yang bertentangan UU No. 8 Tahun 1998 tentang Perlindungan Konsumen. Selain itu, atas adanya pelanggaran terhadap pasal 18 ayat (1) UU No. 8 Tahun 1998 tentang Perlindungan Konsumen dengan mencantumkan klausula pengalihan risiko kepada Nasabah, Bank dapat dikenakan sanksi pidana penjara atau pidana denda serta dapat pula dijatuhkan hukuman tambahan berdasarkan pasal 62 dan 63 UU No. 8 Tahun 1998 tentang Perlindungan Konsumen.

Ketiga, Akibat Hukum dari Segi Hukum Perjanjian. Perjanjian pembiayaan *murabahah* pada pokoknya termasuk perjanjian jual beli. Perjanjian pembiayaan *murabahah* itu sudah dilahirkan pada detik tercapainya sepakat mengenai barang dan harga. Begitu kedua belah pihak sudah setuju tentang barang dan harga, maka lahir lah perjanjian jual beli yang sah. Sebagaimana ditegaskan pada pasal 1458 KUH Perdata yang berbunyi “jual-beli dianggap sudah terjadi antara kedua belah pihak seketika setelah mereka mencapai sepakat tentang barang dan harga, meskipun barang itu belum diserahkan maupun harganya belum dibayar”.

Perjanjian yang sah harus berdasar pada pasal 1320 KUH Perdata yang terdiri dari Sepakat, Kecakapan, Hal tertentu dan Causa (sebab, isi) yang halal. Perjanjian yang dibuat secara sah hanya berlaku bagi para pihak yang membuatnya. Hal ini didasarkan pada pasal 1340 KUH Perdata yang menyatakan bahwa suatu perjanjian hanya berlaku bagi pihak-pihak yang membuatnya. Menurut dari pada hasil analisis terhadap syarat sah perjanjian dalam hukum perdata dapat disimpulkan bahwa perjanjian pembiayaan *murabahah* melanggar syarat sepakat mereka yang mengikatkan diri dan syarat suatu sebab yang halal. Syarat mereka yang mengikatkan diri adalah syarat subjektif. Sedangkan, syarat suatu sebab yang halal melanggar ketentuan UU, pengalihan tanggung jawab terhadap risiko tersebut termasuk dari pada klausula eksemisi yang oleh UU diatur dalam pasal 18 ayat (1) UU No. 8 Tahun 1998 tentang Perlindungan Konsumen yang mengatur tentang dilarangnya membuat atau mencantumkan klausula baku pada setiap dokumen dan/ atau perjanjian jika menyatakan pengalihan tanggung jawab pelaku usaha. Syarat causa yang halal tidak memenuhi syarat objektif menjadikan perjanjian tersebut menjadi batal demi hukum. Batal demi hukum atas perjanjian pembiayaan *murabahah* membuat perjanjian tersebut tidak dapat dipaksakan pelaksanaannya. Setiap pihak yang mengadakan suatu perjanjian dapat saja menyebutkan suatu isi perjanjian, sehingga walaupun sebenarnya perjanjian itu terbit dari causa yang tidak halal atau dilarang oleh UU dan tidak berlawanan dengan kesusilaan baik atau ketertiban umum, menjadi tampak sebagai perjanjian yang diperkenankan oleh hukum.

Sebagai perjanjian jual beli, perjanjian pembiayaan *murabahah* yang batal demi hukum atau *Null and Avoid* membuat perjanjian tersebut dari semula dianggap tidak pernah ada atau dilahirkan sehingga tidak pernah ada suatu perikatan. Perjanjian pembiayaan *murabahah* secara otomatis menjadi batal demi hukum tanpa harus dimintakan pengesahan atau putusan dari Pengadilan. Pendapat ini dikuatkan dengan ketentuan pasal 1335 KUH Perdata bahwa suatu perjanjian tanpa sebab, atau yang telah dibuat karena sesuatu sebab yang palsu atau terlarang, tidak mempunyai kekuatan.

g. Kepastian Hukum atas Transaksi Perjanjian Pembiayaan *Murabahah* yang Mencantumkan Klausula Pengalihan Risiko Kepada Nasabah

Thomas Hobbes mengatakan bahwa manusia adalah serigala bagi manusia lainnya (*homo hominilupus*). Antara manusia atau masyarakat satu dengan yang lain tidak jarang terjadi ketegangan akibat adanya kepentingan yang berbeda-beda. Untuk menghindari ketegangan dalam masyarakat inilah sebetulnya maksud daripada tujuan hukum. Ada yang beranggapan bahwa tujuan hukum itu kedamaian, keadilan,

kefaedahan, kepastian hukum dan sebagainya. Tujuan hukum yang dapat memberikan kepastian hukum yang sesuai dengan tulisan tentang perjanjian pembiayaan *murabahah* yang mengandung klausula pengalihan risiko pada Nasabah.

Menurut Sudikno Mertokusumo, Kepastian hukum (*rechtssicherheit*) merupakan perlindungan dari segi hukum terhadap tindakan sewenang-wenang, yang berarti bahwa seseorang akan dapat memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu. Sebagaimana pendapat dari Van Apeldoorn, terdapat dua hal penting dalam kepastian hukum, yaitu kepastian hukum berarti dapat ditentukan hukum apa yang berlaku untuk masalah-masalah yang konkret dan kepastian hukum berarti perlindungan hukum. Kepastian hukum merupakan asas penting dalam tindakan hukum (*rechtshandeling*) dan penegakan hukum (*hendhaving, ultvoering*).

Tulisan keabsahan klausula pengalihan risiko pada Nasabah dalam perjanjian pembiayaan *murabahah* memerlukan peran kepastian hukum untuk menentukan hukum mana yang berlaku atas transaksi tersebut dan bagaimana hukumnya melakukan transaksi pembiayaan *murabahah* yang menggunakan klausula pengalihan risiko kepada Nasabah.

Ketiga sistem, yaitu hukum Islam, UU No. 8 Tahun 1998 tentang Perlindungan Konsumen dan hukum perjanjian secara KUH Perdata memiliki persamaan bahwa ketiganya memiliki kedudukan hukum yang sejajar, yaitu sebagai undang-undang. Perjanjian pembiayaan *murabahah* kekuatan berlakunya hukum Islam melalui UU No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah serta Peraturan Bank Indonesia Nomor: 7/46/PBI/2005 tentang Akad Penghimpunan Dan Penyaluran Dana Bagi Bank Yang Melaksanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syariah dan KUH Perdata adalah KUH Perdata berlaku asas *Lex specialis derogat lex generalis*, yaitu asas UU yang bersifat khusus lebih kuat daripada yang bersifat umum, sepanjang masing-masing UU mempunyai derajat yang sama.³⁴ KUH Perdata berlaku sebagai *lex generalis* atau hukum yang bersifat umum dan Hukum Islam sebagai *lex specialis* atau hukum yang bersifat khusus.

Hukum transaksi pembiayaan *murabahah* adalah boleh berdasar pada diperbolehkannya jual beli yang bertujuan agar dapat membantu memenuhi kebutuhan setiap orang dan membayar atas kebutuhannya itu. Imam Syafi'i mengatakan bahwa semua jenis jual beli hukumnya boleh kalau dilakukan oleh dua pihak yang masing-masing mempunyai kelayakan untuk melakukan transaksi, kecuali jual beli yang dilarang atau diharamkan dengan izin-Nya maka termasuk dalam kategori yang dilarang. Penyebab terlarangnya sebuah transaksi adalah disebabkan faktor-faktor antara (1) lain Haram zatnya (*haram li-dzatihi*); (2) Haram selain zatnya (*haram li ghairihi*) terdiri dari Melanggar prinsip *An Taradin Minkum* atau kerelaan antara kedua belah pihak. Penyebabnya adalah adanya tadelis atau penipuan atas kuantitas, kualitas, harga dan waktu penyerahan dan Melanggar prinsip *La Tazhlimun Wa La Tuzlamun*, yaitu jangan menzalimi dan jangan dizalimi. Praktik yang melanggar prinsip ini antara lain: taghrir (*gharar*), ihtikar (rekayasa pasar dalam supply), *riba*, *maysir* dan *risywah*; serta (3) Tidak sah atau lengkap akadnya terdiri dari Rukun dan syarat tidak terpenuhi, *Ta'alluq*, terjadi apabila dihadapkan pada dua akad yang saling diaitkan, maka berlakunya akad 1 tergantung pada akad 2 dan *Two in one*, adalah kondisi di mana suatu transaksi diwadahi oleh dua akad sekaligus, sehingga terjadi ketidak pastian (*gharar*) mengenai akad mana yang harus digunakan (berlaku).³⁵

Perjanjian pembiayaan *murabahah* sebagaimana yang telah dijelaskan sebelumnya, melanggar dari salah satu rukun dan syarat, yaitu tujuan akad. Ini yang menyebabkan perjanjian pembiayaan *murabahah* menjadi batal. Dengan demikian, maka perjanjian pembiayaan *murabahah* telah melanggar satu transaksi yang dilarang.

³⁴ R. Soeroso, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: Sinar Grafika, 2013, hlm. 136.

³⁵ Adiwirman A. Karim, *Bank Islam: Analisis Fiqih dan Keuangan*, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2010, hlm. 30.

Transaksi yang dilanggar tersebut, yaitu tentang *La Tazhlimuma Wa La Tuzlamun* (jangan menzalimi dan jangan dizalimi) dan tidak terpenuhinya salah satu rukun dan syarat akad. Kedua hal tersebut adalah bagian dari klasifikasi haram dari transaksi yang dilarang, sehingga hukum atas transaksi perjanjian pembiayaan *murabahah* yang mengandung pengalihan risiko pada Nasabah adalah haram.

Hukum asal muamalah adalah semua diperbolehkan kecuali ada dalil yang melarangnya. Dasar keharaman dari perjanjian pembiayaan *murabahah* yang mengandung klausula pengalihan risiko kepada Nasabah berdasarkan pada jenis perbuatan yang dapat dikategorikan sebagai sesuatu yang zalim, terdapat pada firman Allah SWT dalam QS. Al-Furqaan: 37:

وَقَوْمَ نُوحٍ لَمَّا كَذَّبُوا الرُّسُلَ أَغْرَقْنَاهُمْ وَجَعَلْنَاهُمْ لِلنَّاسِ آيَةً وَأَعْتَدْنَا لِلظَّالِمِينَ عَذَابًا

أَلِيمًا

”Dan (telah Kami binasakan) kaum Nuh tatkala mereka mendustakan rasul-rasul. Kami tenggelamkan mereka dan Kami jadikan (cerita) mereka itu pelajaran bagi manusia. dan Kami telah menyediakan bagi orang-orang zalim azab yang pedih”

Selain hal tersebut di atas, terdapat hal lain yang dapat menyebabkan suatu transaksi tersebut menjadi haram. Sebagaimana hadits Rasulullah SAW sebagai berikut

وَعَنْ عُمَرَ وَبْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ

وَسَلَّمَ: لَا يَحِلُّ سَلْفٌ وَبَيْعٌ وَلَا شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ وَلَا رِبْحٌ مَالٌ يَضْمَنُ وَلَا بَيْعٌ مَالَيْسَ عِنْدَكَ. رَوَاهُ

الْخُمْسَةَ وَصَحَّحَهُ التِّرْمِذِيُّ وَابْنُ خُرَيْمَةَ وَالْحَاكِمُ.

“Dari ‘Amr bin Syu’aib dari ayahnya, dari kakeknya, ia berkata bahwa telah bersabda Rasulullah SAW: “tidak halal pinjaman dan penjualan, tidak halal dua syarat dalam satu transaksi jual beli, tidak halal keuntungan barang yang belum ditanggung, tidak halal menjual barang yang tidak kamu miliki.” diriwayatkan oleh Imam lima, dan dinilai shahih oleh at-Tirmidzi, Ibnu Khuzaimah dan al-Hakim.³⁶

Dari hadits di atas diketahui terdapat beberapa hal yang menyebabkan jual beli menjadi tidak halal. Terdapat satu hal yang relevan dengan transaksi perjanjian pembiayaan *murabahah*, yaitu menjual barang yang tidak kamu miliki. Seperti diketahui bahwa perjanjian pembiayaan *murabahah* menggunakan hukum jual beli sebagai dasarnya, akan tetapi pada proses transaksi, Bank sebagai penjual tidak pernah memiliki barang yang akan dijual kepada Nasabah, melainkan Nasabah sendiri yang melakukan pembelian kepada supplier. Oleh karena itu, transaksi perjanjian *murabahah* yang seperti ini menjadi tidak halal.

Solusi atas permasalahan terdapat tujuan yang dapat menzalimi pihak lain karena adanya perjanjian pembiayaan *murabahah* yang mengandung klausula pengalihan risiko adalah dengan mematuhi peraturan dari pasal 18 ayat (1) UU No. 8 Tahun 1998 tentang Perlindungan Konsumen, maka akan tercapai perjanjian pembiayaan *murabahah* yang sesuai dengan peraturan perundang-undangan serta berdampak pada halalnya transaksi karena tidak ada salah satu pihak yang terbebani dan terzalimi atas adanya klausula pengalihan risiko pada Nasabah dalam perjanjian pembiayaan *murabahah*. Dari segi hukum positif perjanjian tersebut menjadi sah dan dari segi hukum Islam keabsahan perjanjian juga akan dapat tercapai. Sementara, untuk permasalahan perjanjian pembiayaan *murabahah* yang mensyaratkan kepemilikan barang secara prinsip harus milik Bank, sebaiknya Bank terlebih dahulu melakukan pembelian kepada supplier karena hal ini juga dapat menghindari adanya cacat barang dan ketidakabsahan dokumen.

³⁶ Al-Hafizh Ibnu Hajar Al-Asqalani, *Bulughul Al-Maram Min Adilat Al-Ahkam*, diterjemahkan oleh Abdul Rosyad Siddiq, *Terjemahan Lengkap Bulughul Maram*, Jakarta: Akbar Media Eka Sarana, 2007, hlm. 354-355.

Bank tidak mungkin melakukan penjualan terhadap sesuatu yang tidak jelas kualitas dan kuantitasnya. Dengan melakukan pembelian terlebih dahulu, Bank dapat mengecek barang-barang dari segi jenis, kualitas, kuantitas dan harganya.

Simpulan

- a. Keabsahan klausula pengalihan risiko pada Nasabah dalam perjanjian pembiayaan *murabahah* menurut hukum positif yang terdiri dari hukum Islam, Undang-undang Nomor 8 Tahun 1998 tentang Perlindungan Konsumen dan dari segi hukum perjanjian, dari hasil analisis dapat diketahui bahwa ketiga hukum tersebut menyimpulkan hal yang sama tentang perjanjian pembiayaan *murabahah*, yaitu batal demi hukum. Perbedaan dari ketiga hukum tersebut terhadap adanya pencantuman klausula pengalihan risiko kepada Nasabah dalam perjanjian pembiayaan *murabahah*, yaitu penggunaan indikator keabsahan. Pemikul tanggung jawab atas risiko menurut ketiga hukum tersebut ada pada Bank sebagai penjual.
- b. Akibat hukum yang ditimbulkan dari adanya klausula pengalihan risiko pada Nasabah dalam perjanjian pembiayaan *murabahah* yang batal demi hukum, yaitu perjanjian pembiayaan *murabahah* dianggap tidak pernah dilahirkan sejak awal sehingga tidak memiliki kekuatan hukum. Jual beli yang dilakukan pada perjanjian pembiayaan *murabahah* yang batal demi hukum tidak dapat dijadikan dasar untuk memindahkan hak milik atas sesuatu yang diperjual belikan. Hukum yang berlaku atas perjanjian pembiayaan *murabahah* adalah asas *Lex specialis derogat lex generalis*, yaitu asas undang-undang yang bersifat khusus lebih kuat daripada yang bersifat umum, sepanjang masing-masing undang-undang mempunyai derajat yang sama, Kitab Undang-undang Hukum Perdata berlaku sebagai *lex generalis* atau hukum yang bersifat umum dan Hukum Islam sebagai *lex specialis* atau hukum yang bersifat khusus. Sedangkan, Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah digunakan untuk mencapai tujuan hukum, yaitu dipatuhinya aturan tentang perjanjian baku.

DAFTAR PUSTAKA

Buku:

- 1995, Tim Penyusun Kamus Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Jakarta: Balai Pustaka.
- 2008, *Oxford Learn's Pocket Dictionary, Fourth Edition*, United Kingdom: Oxford University Press.
- Abdul Halim Barkatullah, 2010, *Hukum Perlindungan Konsumen: Kajian Teoretis dan Perkembangan Pemikiran*, Banjarmasin: FH Unlam Press.
- Adiwarman A. Karim, 2010, *Bank Islam: Analisis Fiqih dan Keuangan*, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada.
- Agus Yudha Hernoko, 2010, *Hukum Perjanjian (Asas Proposionalitas Dalam Kontrak Komersil)*, Jakarta: Kencana.
- Al-Hafizh Ibnu Hajar Al-Asqalani, 2007, *Bulughul Al-Maram Min Adilat Al-Ahkam*, diterjemahkan oleh Abdul Rosyad Siddiq, *Terjemahan Lengkap Bulughul Maram*, Jakarta: Akbar Media Eka Sarana.
- Faturrahman Djamil, 2001, *Hukum Perjanjian Syariah, dalam Kompilasi Hukum Perikatan* oleh Mariam Darus Badruzaman, Bandung: Citra Aditya Bakti.
- Gemala Dewi, 2005, *Aspek-aspek Hukum dalam Perbankan dan Perasuransian Syariah di Indonesia*, Jakarta: Kencana.
- Gemala Dewi, dkk, 2006, *Hukum Perikatan Islam di Indonesia, cet. Ke-2*, Jakarta: Kencana.
- Hartono Mardjono, 1997, *Menegakkan Syariat Islam Dalam Konteks Keindonesiaan: Proses Penerapan Nilai-nilai Islam Dalam Aspek Hukum, Politik dan Lembaga Negara*, Bandung: Mizan.
- Henry Black Campbell, 1999, *Black's Law Dictionary, Seventh Edition*, ST. Paul: West Grup.
- Mariam Darus Badruzaman, 2005, *Aneka Hukum Bisnis*, Bandung: Alumni.
- Muchlis Usman, 1999, *Kaidah-kaidah Ushuliyah dan Fiqhiyah: Pedoman Dasar Dalam Istimbath Hukum Islam*, Jakarta: Rajawali Pers.
- R. Soeroso, 2013, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Rahayu Hartini, 2010, *Hukum Komersial*, Malang: UMM Press.
- Sayyid Sabiq, 2008, *Fiqhus Sunnah, Jilid 4*, diterjemahkan oleh Nor Hasanuddin, *Fiqih Sunnah*, Cet. Ke-3, Jakarta: Pena Pundi Aksara.
- Shidarta, 2006, *Hukum Perlindungan Konsumen Indonesia*, Jakarta: Grasindo.
- Subekti, 1995, *Aneka Perjanjian*, Bandung: Citra Aditya Bakti.
- Sutan Remy Sjahdeini, 1993, *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan yang Seimbang Bagi Para Pihak dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia*, Jakarta: Institut Bankir Indonesia.
- Sutan Remy Sjahdeini, 2005, *Perbankan Islam: Dan Kedudukannya Dalam Tata Hukum Perbankan Indonesia*, Jakarta: Pustaka Utama Grafiti.
- Syaikh Ahmad bin 'Abdurrazzaq ad-Duwaisy, 2006, *Fataawaa al-Lajnah ad-Daa'imah lil Buhuuts al-'Ilmiyyah wal Iftaa' al-Buyuu'*, diterjemahkan oleh M. Abdul Ghoffar E.M., *Fatwa-fatwa Jual Beli*, Jakarta: Pustaka Imam Asy-Syafi'I.
- Syamsul Anwar, 2007, *Hukum Perjanjian Syariah: Studi tentang Teori Akad dalam Fikih Muamalat*, Jakarta: Rajawali press.
- Wahbah Az-Zuhaili, 2011, *Fiqih Islam Wa Adillatuhu, Jilid 5*, diterjemahkan oleh Abdul Hayyie al-Kattani, dkk, Jakarta: Gema Insani.
- Yeni Salma Barlinti, 2010, *Kedudukan Fatwa Dewan Syariah Nasional dalam Sistem Hukum Nasional di Indonesia* Jakarta: Badan Litbang dan Diklat Kementerian Agama RI.

Peraturan perundang-undangan:

Perjanjian *Murabahah* Bank Perkreditan Rakyat Harta Insan Karimah Bekasi.

Perjanjian Pembiayaan Konsumtif Berdasarkan Prinsip *Murabahah* Bank Jatim Syariah.

Kitab Undang-undang Hukum Perdata

Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen.

Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.

Peraturan Bank Indonesia Nomor 9/19/PBI/2007 tentang Pelaksanaan Prinsip Syariah Dalam Kegiatan Penghimpunan Dana dan Penyaluran Dana serta Pelayanan Jasa Bank Syariah.

Peraturan Bank Indonesia Nomor: 7/46/PBI/2005 tentang Akad Penghimpunan Dan Penyaluran Dana Bagi Bank Yang Melaksanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syariah