

BAB I

PENDAHULUAN

I.1 Latar Belakang Masalah

Aktivitas bisnis khususnya di Indonesia dengan prinsip transaksi berbasis syariah mulai menggeliat dewasa ini. Dari tahun ke tahun terus bergerak dan tumbuh seiring dengan tingginya animo masyarakat dari berbagai kalangan. Transaksi bisnis syariah bukan lagi sekedar layanan alternative, namun sudah menjadi kebutuhan bagi berbagai *stakeholder* terutama bagi para pebisnis yang mendambakan transaksi yang sesuai dengan prinsip syariah demi keamanan dan juga kenyamanan baik secara lahiriyah maupun batiniyah. Namun, bukan berarti transaksi secara konvensional yang selama ini telah lebih dulu banyak dipraktikkan tidak lah aman, akan tetapi aspek syariahnya yang sebagian masih banyak dipertentangkan, atau selebihnya dapat pula dipastikan tidak memenuhi prinsip-prinsip sesuai syariah.

Menurut Adiwarman A. Karim, Indonesia telah menjadi “*the biggest Islamic retail banking in the world*” (bank retail Islam terbesar di dunia). Karena paling tidak, terdapat lima alasan untuk mendudukkan Indonesia pada posisi yang demikian prestisius tersebut, yaitu:¹

1. *Pertama*, keluasan jaringan kelembagaan yang telah mencapai 191 bank syariah. Jumlah ini akan semakin besar manakala didukung oleh pertumbuhan yang juga sangat positif pada sektor-sektor lainnya, seperti asuransi, reksadana, *sukuk*, dan lain-lain.
2. *Kedua*, jaringan kelembagaan tersebut saat ini telah didukung jumlah nasabah atau pengguna jasa perbankan yang juga tidak sedikit. Saat ini perbankan syariah telah memiliki setidaknya 17 juta nasabah. Yang menarik, jumlah nasabah yang demikian besar tersebut adalah murni dari unsur masyarakat, tanpa keterlibatan unsur pemerintah. “Partisipasi BUMN sebagai nasabah perbankan syariah hampir dapat dikatakan tidak ada. Ini berarti, nasabah perbankan syariah di Indonesia tumbuh dan besar dari bawah. Tingkat partisipasi masyarakat sebagai nasabah dan pengguna jasa

¹ Majalah Peradilan Agama, *Babak Baru Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syari'ah*, Ed.3 (Jakarta: Badilag, 2014). hlm.5-6.

perbankan syariah ini selanjutnya menjadi perbedaan yang krusial dengan perkembangan perbankan di belahan dunia lain. Di kawasan Timur Tengah, tumbuh pesatnya perbankan syariah lebih didukung oleh dana-dana investasi, sehingga keberadaannya lebih dikategorikan sebagai *Islamic Investment Banking*. Demikian pula jika dibandingkan dengan Malaysia yang lebih mengandalkan dukungan dana pemerintah dan BUMN yang mencapai 70-75%, sehingga perbankan syariah di semenanjung Malaya tersebut lebih tepat untuk dikategorikan sebagai *Islamic Corporate Banking*.

3. *Ketiga*, pertumbuhan perbankan syariah di Indonesia didukung oleh jumlah anggota Dewan Pengawas Syariah (DPS) terbesar di dunia. Mereka ini bertugas untuk mengawasi dan memastikan operasional perbankan syariah telah memenuhi kriteria-kriteria syariah (*Sharia Compliance*). Untuk menjamin terlaksananya tugas-tugas mereka sebagai Dewan Pengawas Syariah (DPS) secara optimal, hampir seluruhnya telah memiliki sertifikat dasar untuk jabatan tersebut. Ukuran dasarnya adalah telah memiliki pemahaman dan penguasaan terhadap model-model akad perbankan syariah;
4. *Keempat*, dengan jaringan kelembagaan yang demikian besar, sudah dapat dipastikan Indonesia juga memiliki bankir Islam terbanyak di dunia. Merekalah yang sehari-hari membidani kegiatan operasional perbankan syariah dengan berbagai spesifikasi keahlian yang mereka miliki. Para bankir tersebut juga telah dibekali dengan program sertifikasi yang dilakukan oleh Bank Indonesia bekerjasama dengan Dewan Syariah Nasional dan Otoritas Jasa Keuangan (OJK). Tak dapat dilepaskan tentunya kegiatan pembinaan yang dilakukan oleh masing-masing perbankan terhadap sumberdaya manusia yang mereka miliki tersebut.
5. *Kelima*, Indonesia juga memiliki perguruan tinggi terbanyak yang menawarkan materi perbankan syariah sebagai bahan pembelajaran. Dengan banyaknya keterlibatan perguruan tinggi di bidang ini, paling tidak dapat memastikan ketersediaan kebutuhan sumberdaya manusia untuk pengembangan perbankan syariah selanjutnya.

Beragam istilah transaksi bisnis berbasis syariah pun kini gencar disosialisasikan, seperti *Salam, Ijarah, Murabahah, Mudharabah, Musyarakah, Istishna* dan masih banyak lagi. Beragam konsep sudah dipraktikkan dalam berbagai jenis usaha dan aktivitas bisnis yang berdasarkan pada prinsip syariah.

Dengan menggunakan label “syariah”, bukan berarti aktivitas bisnis tertentu sudah benar-banar murni syariah, karena implementasi transaksi bisnis yang sesuai dengan azas transaksi syariah harus memenuhi prinsip-prinsip dasar dalam bertransaksi syariah sebagai berikut:

1. Adanya kebebasan membuat kontrak berdasarkan kesepakatan bersama dan kewajiban memenuhi akad;
2. Adanya pelarangan dan penghindaran riba (bunga), maysir (judi) dan gharar (ketidakjelasan);
3. Adanya etika (akhlak) dalam melakukan transaksi;
4. Adanya dokumentasi (perjanjian/akad tertulis) dalam transaksi;²

Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, makna transaksi adalah persetujuan jual beli (dalam perdagangan) antara dua pihak, atau pelunasan (pemberesan) pembayaran (seperti dalam bank).³ Sedangkan transaksi syariah berarti dapat difahami sebagai sebuah transaksi yang berdasarkan pada prinsip-prinsip syariah.

Dalam transaksi bisnis, baik transaksi bisnis secara konvensional maupun transaksi bisnis secara syariah, sama-sama memiliki resiko wanprestasi atas perjanjian/akad yang telah disepakati bersama, baik perjanjian/akad mengenai hak-hak maupun mengenai kewajiban-kewajiban masing-masing pihak yang melakukan perjanjian/akad tersebut. Hal ini memang sangat memungkinkan, karena banyak hal (faktor) yang mempengaruhi situasi dan kondisi seseorang atau badan hukum memiliki kendala-kendala baik teknis maupun non-teknis, baik sengaja maupun karena kelalaiannya dalam upaya memenuhi kewajibannya tersebut sesuai dengan kesepakatan yang dibuat bersama.

² Adiwarman Aswar Karim, *Ekonomi Islam Suatu Kajian Kontemporer*, (Jakarta: Gema Insani Press, 2000)

³ Lihat Kamus Besar Bahasa Indonesia

Menurut Subekti, resiko berarti kewajiban untuk memikul kerugian jika ada suatu kejadian di luar kesalahan salah satu pihak yang menimpa benda yang dimaksudkan dalam kontrak.⁴ Sedangkan istilah wanprestasi sendiri dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia memiliki padanan kata yang lain dengan maksud yang sama, yakni antara lain: “melanggar janji”, “ingkaran janji”, atau “cedera janji” dan lain sebagainya.

Subekti juga mengemukakan bahwa “wanprestasi” adalah kelalaian atau kealpaan yang dapat berupa 4 macam, yaitu:⁵

1. Tidak melakukan apa yang telah disanggupi akan dilakukannya;
2. Melaksanakan apa yang telah diperjanjikannya, tetapi tidak sebagaimana yang diperjanjikan;
3. Melakukan apa yang diperjanjikan tetapi terlambat;
4. Melakukan suatu perbuatan yang menurut perjanjian tidak dapat dilakukan;

Sedangkan dalam *Burgelinjk Wet Boek* (BW) sendiri tidak memberikan batasan mengenai apa yang dimaksud dengan wanprestasi. Oleh karena itu setiap ahli hukum mendefinisikan wanprestasi menurut versi mereka masing-masing, namun umumnya para sarjana merumuskannya sebagai berikut:⁶

“Wanprestasi adalah suatu peristiwa atau keadaan dimana debitur tidak dapat memenuhi kewajiban prestasinya dengan baik, dan debitur punya unsur salah atasnya”

Akibat dari wanprestasi itu biasanya dapat dikenakan sanksi berupa ganti rugi, pembatalan kontrak, peralihan resiko, maupun membayar biaya perkara.⁷

Dengan kata lain, adanya wanprestasi salah satu atau beberapa pihak, akan menimbulkan kerugian kepada pihak lain, sehingga pada azasnya, pihak yang dirugikan tersebut berhak untuk mendapatkan ganti atas kerugian yang ditanggungnya.

⁴ Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, (Jakarta: PT. Intermasa, 2001), hlm.144.

⁵ Subekti, *Hukum Perjanjian*, cet. II (Jakarta: Pembimbing Masa, 1970), hlm. 50.

⁶ J. Satrio, *Wanprestasi Menurut KUH Perdata, Doktrin, dan Yurisprudensi*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2012), hlm. 3.

⁷ Abdul Rasyid Saliman, dkk., *Hukum Bisnis Untuk Perusahaan, Teori dan Contoh Kasus*, Edisi 2, Cet. Ke-2, (Jakarta: Kencana, 2006), hlm. 52.

Oleh karenanya, dalam setiap perjanjian/akad perlu adanya klausula tertentu yang dimuat dalam suatu perjanjian/akad yang isinya menjamin para pihak atau sebagai klausula perlindungan atau jaminan atas terpenuhinya hak-hak dan kewajiban masing-masing pihak. Klausula perlindungan atau jaminan tentang hak dan kewajiban masing-masing pihak tersebut di atas, biasanya berbentuk hukuman bilamana pihak yang satu melakukan wanprestasi terhadap pihak yang lain yang dirugikan dengan membayar suatu kerugian tertentu yang dapat diperhitungkan.

Dalam suatu perjanjian/akad sendiri, ungkapan mengganti kerugian terdapat beragam istilah yang digunakan dengan maksud yang hampir sama. Ada yang menggunakan istilah “ganti rugi” ada pula yang menggunakan istilah “denda”, namun maksudnya tetap sama yaitu sebagai langkah *preferitif* (pencegahan) agar para pihak tidak meremehkan kewajiban-kewajiban yang telah disepakati bersama yang tertuang dalam suatu perjanjian/akad tersebut.

Secara umum, terminologi tentang “Ganti rugi” dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia dapat diartikan dengan “uang yang diberikan sebagai pengganti kerugian” atau “pampasan”. Sedangkan “denda” dapat diartikan “hukuman yang berupa keharusan membayar dalam bentuk uang (karena melanggar aturan, undang-undang, dan sebagainya)”.

Adanya ganti rugi atau denda atau semacamnya, dalam konteks hukum positif telah diatur dalam KUH Perdata, namun secara syar’i, terdapat berbagai macam pandangan dari para pakar hukum fiqh. Sebagian berpendapat bahwa hukuman denda tidak boleh digunakan, dan sebagian lagi berpendapat boleh digunakan dengan ketentuan khusus. Meskipun berbeda pendapat dalam pemberlakuan ganti rugi tersebut, namun hemat penulis, dalam transaksi bisnis, pada azasnya semua pihak sepakat tentang tidak adanya unsur saling dzalim dan saling merugikan satu sama lainnya.

Sedangkan apabila ganti rugi tersebut diperbolehkan namun harus sesuai pula dengan ketentuan syariat Islam seperti bebas dari riba, gharar dan sebagainya.

Namun yang pertanyaan adalah bagaimana ketentuan ganti rugi atas kerugian yang mesti dijalankan dalam transaksi bisnis yang berbasis syariah

agar masing-masing pihak mendapatkan keadilan sesuai hak-haknya masing-masing?

Hingga kini (saat tulisan ini dibuat) belum ada ketentuan undang-undang yang mengatur secara khusus tentang ganti rugi akibat wanprestasi dalam transaksi bisnis berbasis syariah di Indonesia.

Beberapa pasal di KUH Perdata telah mengatur tentang ganti rugi, namun hanya secara umum (*lex generalis*), tidak mengatur secara khusus (*lex specialis*) sehingga pasal-pasal tersebut tidak dapat sepenuhnya dijadikan sandaran apabila beberapa pihak membuat sebuah perjanjian/kontrak/akad tentang bisnis berbasis syariah, apalagi kemudian timbul sengketa atas gugatan ganti rugi akibat wanprestasi dalam transaksi bisnis berbasis syariah di Indonesia.

Sebenarnya, untuk meng-cover dan upaya melindungi para pihak yang bertransaksi terutama transaksi bisnis berbasis syariah, Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia (selanjutnya disebut DSN-MUI)– sebagai dewan yang dibentuk oleh MUI dan bertugas menangani masalah-masalah yang berhubungan dengan aktivitas lembaga keuangan syariah dan juga mengembangkan penerapan nilai-nilai syariah dalam kegiatan perekonomian pada umumnya dan sektor keuangan pada khususnya , termasuk usaha bank, asuransi dan reksa dana, serta menjadi satu-satunya lembaga yang mempunyai wewenang untuk mengeluarkan fatwa atas jenis-jenis kegiatan, produk dan jasa keuangan syariah serta mengawasi penerapan fatwa dimaksud oleh lembaga-lembaga keuangan syariah di Indonesia⁸ –telah mengeluarkan fatwa Nomor 43/DSN-MUI/VIII/2004 tentang ganti rugi (*ta'widh*). Fatwa tersebut dibuat untuk dijadikan pedoman para pelaku bisnis yang bertransaksi sesuai dengan prinsip syariah, untuk menghindari unsur dzalim salah satu pihak kepada pihak lain.

Secara bahasa, Fatwa berarti “jawaban pertanyaan” atau “hasil ijtihad” atau “ketetapan hukum”. Maksudnya adalah ketetapan atau keputusan hukum tentang suatu masalah atau peristiwa yang dinyatakan oleh seorang mujtahid,

⁸Sofiniyah Ghufron, dkk., *BriefcaseBook Edukasi Profesional Syariah, Sistem dan Mekanisme Pengawasan Syariah*, Cet. Ke-II, (Jakarta: Renaisan, 2007), hlm. 21.

sebagai hasil ijtihadnya.⁹ Sedangkan pengertian fatwa menurut syara' adalah menerangkan hukum syara' dalam suatu persoalan sebagai jawaban dari suatu pertanyaan baik si penanya itu jelas identitasnya maupun tidak, baik perseorangan maupun kolektif.¹⁰

Namun, apakah semua bank syariah dan lembaga keuangan syariah lainnya atau pihak-pihak yang menjalankan transaksi bisnis berbasis syariah harus atau wajib mengikuti fatwa tersebut, mengingat kedudukan fatwa tidak termasuk dalam hierarki peraturan perundang-undangan yang ada di Indonesia, sehingga perlu kajian lebih lanjut tentang bagaimana ketentuan hukum ganti rugi akibat wanprestasi dalam transaksi bisnis berbasis syariah di Indonesia.

Berdasarkan uraian latar belakang di atas, penulis tertarik untuk meneliti dan menelaah lebih lanjut, yang dituangkan ke dalam tesis yang berjudul **“GANTI RUGI AKIBAT WANPRESTASI DALAM TRANSAKSI BISNIS BERBASIS SYARIAH DI INDONESIA”**.

I.2 Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang di atas, dapat diidentifikasi beberapa permasalahan-permasalahan sebagai berikut :

1. Bagaimana ketentuan hukum ganti rugi akibat wanprestasi dalam transaksi bisnis berbasis syariah di Indonesia?
2. Bagaimanakah penyelesaian sengketa ganti rugi akibat wanprestasi dalam transaksi bisnis berbasis syariah di Indonesia?

I.3 Tujuan Penelitian

Pada dasarnya penelitian ini mempunyai tujuan untuk mengembangkan pemikiran sebagai berikut :

1. Untuk mengetahui ketentuan hukum ganti rugi akibat wanprestasi dalam transaksi bisnis berbasis syariah di Indonesia.
2. Untuk mengetahui penyelesaian sengketa ganti rugi akibat wanprestasi dalam transaksi bisnis berbasis syariah di Indonesia.

⁹ Peuhon Daly, Quraisy Shihab, *Ushul Fiqh*, (Jakarta: Depag, 1989), hlm. 172.

¹⁰ Yusuf Qardhawi, *Fatwa Antara Ketelitian dan Kecerobohan*, (Jakarta: Gema Insani Press, 1997), hlm. 5.

I.4 Manfaat Penelitian

Sebagai salah satu kegiatan ilmiah sebuah penelitian tentunya diharapkan dapat memberikan manfaat baik aspek teoritis maupun aspek praktis.

a. Dari Aspek Teoritis

Penelitian ini diharapkan dapat memberikan sumbangsih pemikiran bagi perkembangan dan peningkatan ilmu pengetahuan, wawasan dan wacana keilmuan tentang ketentuan ganti rugi akibat wanprestasi dalam transaksi bisnis berbasis syariah di Indonesia, sebagai pedoman dalam upaya melindungi dan jaminan para pihak yang bertransaksi, dengan harapan dapat tercapainya suatu keadilan dan juga kemaslahatan bagi semua pihak.

b. Dari Aspek Praktis

Hasil penelitian ini diharapkan dapat memberikan masukan bagi semua *stakeholder*, baik bagi para pembuat kebijakan dan/atau lembaga-lembaga negara terkait yang berwenang dalam penyusunan regulasi yang efektif, baik dalam membentuk, mengubah atau memperbaharui undang-undang tersebut sesuai dengan rambu-rambu dan cita bernegara bangsa Indonesia seperti dimuat dalam Undang-Undang Dasar 1945.

I.5 Kerangka Teoritis dan Kerangka Konseptual

I.5.1 Kerangka Teoritis

Kerangka teoritis merupakan teori yang digunakan sebagai landasan dalam penelitian ini. Sehingga dengan berdasarkan landasan teori-teori tersebut dapat teridentifikasi masalah-masalah yang akan diteliti dalam konteks ilmu pengetahuan yang relevan.

Teori adalah untuk menerangkan atau menjelaskan mengapa gejala spesifik atau proses tertentu terjadi. Suatu teori harus di uji dengan menghadapkannya pada fakta-fakta yang dapat menunjukkan ketidakbenarannya.¹¹ Sedangkan fungsi teori dalam penelitian ini adalah untuk

¹¹ JJJ. Wuisman, *Penelitian Ilmu-Ilmu Sosial*, Jilid I, (Jakarta: UI Press, 1996), hlm. 203.

memberikan arahan atau petunjuk dan meramalkan serta menjelaskan gejala yang diamati.¹²

a. Teori Kontrak/Perjanjian Bisnis

Kontrak secara bahasa diambil dari bahasa Inggris yaitu “*contracts*”, sedangkan dalam bahasa Belanda yaitu “*overeenkomst*” yang dalam pengertian yang lebih luas sering dinamakan juga dengan istilah perjanjian. Sedangkan secara istilah pengertian kontrak adalah peristiwa dimana dua orang atau lebih saling berjanji untuk melakukan atau tidak melakukan suatu perbuatan tertentu, biasanya secara tertulis. Para pihak yang bersepakat mengenai hal-hal yang diperjanjikan, berkewajiban untuk mentaati dan melaksanakannya, sehingga perjanjian tersebut menimbulkan hubungan hukum yang disebut perikatan (*verbintenis*). Dengan demikian kontrak yang menimbulkan hak dan kewajiban bagi para pihak yang membuat kontrak tersebut, karena itu kontrak yang mereka buat adalah sumber hukum formal, asal kontrak tersebut adalah kontrak yang sah.¹³

Adapun sahnyanya suatu kontrak atau perjanjian, menurut Pasal 1320 KUH Perdata haruslah memenuhi syarat-syarat sebagai berikut:

a) Syarat subjektif

Yaitu syarat yang apabila dilanggar maka kontrak dapat dibatalkan, yakni meliputi:

- 1) Kecakapan untuk membuat kontrak (dewasa dan tidak sakit ingatan);
- 2) Kesepakatan mereka mengikatkan dirinya.

b) Syarat objektif

Yaitu syarat yang apabila dilanggar maka kontraknya batal demi hukum, yakni meliputi:

- 1) Suatu hal (objek) tertentu, artinya objeknya ada dan jelas.
- 2) Sesuatu sebab yang halal (kausa), artinya tidak mengandung hal yang dilarang.

¹² Lexy J. Moleong, *Metodologi Penelitian Kualitatif* (Bandung: Remaja Rosdakarya, 1993), hlm. 35.

¹³ Abdul Rasyid Saliman, et. al., *Hukum Bisnis Untuk Perusahaan: Teori dan Contoh Kasus*, (Jakarta: Kencana, 2006), hlm.52

Dari kedua syarat di atas harus dapat difahami tentang akibat hukumnya yaitu “kontrak dapat dibatalkan” dan “kontraknya batal demi hukum”.

Yang dimaksud dengan kontrak dapat dibatalkan artinya salah satu pihak dapat memintakan pembatalan, namun perjanjian atau kontrak tersebut tetap mengikat pihak-pihak yang melakukan perjanjian atau kontrak, selama tidak dibatalkan (oleh hakim) atas permintaan pihak yang berhak meminta pembatalan tadi) pihak yang tidak cakap atau pihak yang memberikan sepakatnya secara tidak bebas. Dengan kata lain, kata “dapat dibatalkan” dimaksudkan harus dimintakan pembatalannya kepada pengadilan atau pihak yang berwenang, sehingga tidak serta merta perjanjian yang dilakukan oleh anak di bawah umur harus batal demi hukum. Sedangkan kontraknya batal demi hukum maksudnya adalah dari semula dianggap tidak pernah ada suatu perikatan atau perjanjian atau akad.

Dalam suatu kontrak atau perjanjian, terdapat asas dalam berkontrak yang telah diatur dalam Pasal 1338 Ayat (1) KUH Perdata yang menyatakan bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Dari isi pasal tersebut diatas terkandung asas-asas sebagai berikut:

- 1) Konsensualisme, artinya perjanjian itu telah terjadi jika telah ada consensus antara pihak-pihak yang mengadakan kontrak.
- 2) Kebebasan berkontrak, artinya seseorang bebas untuk mengadakan perjanjian, bebas mengenai apa yang diperjanjikan, bebas pula menentukan bentuk kontraknya.
- 3) *Pacta sunt servanda*, artinya kontrak itu merupakan undang-undang bagi para pihak yang membuatnya (mengikat).

Selain asas-asas tersebut di atas, masih ada beberapa asas lainnya dalam standar sebuah kontrak, yaitu:

- 1) Asas Kepercayaan
- 2) Asas Persamaan Hak

- 3) Asas Keseimbangan
- 4) Asas Moral
- 5) Asas Kepatutan
- 6) Asas Kebiasaan
- 7) Asas kepastian hukum.

Sedangkan menurut prinsip ekonomi syariah, perjanjian atau kontrak sering juga disebut dengan akad. Menurut Afzalur Rahman seperti dikutip M. Syafii Antonio,¹⁴ dalam prinsip ekonomi syariah, akad yang dilakukan tidak hanya memiliki konsekuensi duniawi, tetapi juga konsekuensi ukhrawi karena akad yang dilakukan berdasarkan hukum Islam. Bila suatu kontrak atau akad dilakukan berdasarkan hukum positif belaka yang terjadi kemudian adalah sering kali nasabah (pelaku bisnis) berani melanggar kontrak, namun tidak demikian bila akad atau kontrak tersebut berdasarkan prinsip hukum Islam karena memiliki pertanggungjawaban hingga *yaumul qiyamah* (hari kiamat) nanti.

Setiap akad atau kontrak dalam ekonomi syariah, baik dalam hal barang (objek), pelaku transaksi (subjek), maupun ketentuan lainnya, harus memenuhi ketentuan akad, seperti hal-hal berikut:

- 1) Rukun akad, seperti penjual, pembeli, barang, harga, akad/ijab kabul.
- 2) Syarat akad, seperti:
 - a) Barang dan jasa harus halal sehingga transaksi atas barang dan jasa yang haram menjadi batal demi hukum syariah;
 - b) Harga barang dan jasa harus jelas;
 - c) Tempat penyerahan harus jelas karena akan berdampak pada biaya transportasi;
 - d) Barang yang ditransaksikan harus sepenuhnya dalam kepemilikan. Tidak boleh menjual sesuatu yang belum dimiliki atau dikuasai seperti yang terjadi pada transaksi *short sale* dalam pasar modal.

¹⁴ M. Syafii Antonio, *Bank Syariah: Dari Teori ke Praktik*, (Jakarta: Gema Insani, 2001), hlm.30.

b. Teori Resiko, Wanprestasi dan Keadaan Memaksa (*Overmacht*)

Terkait dengan suatu kontrak atau suatu perjanjian atau akad bisnis, tidak bisa dilepaskan dari perhitungan resiko dan juga wanprestasi.

Menurut Soebekti, resiko berarti kewajiban untuk memikul kerugian jika ada sesuatu kejadian di luar kesalahan salah satu pihak yang menimpa benda yang dimaksudkan dalam kontrak.¹⁵ Di sini berarti beban untuk memikul tanggung jawab dari resiko itu hanyalah kepada salah satu pihak saja, padahal alangkah baiknya dalam setiap kontrak itu resiko diletakkan dan menjadi tanggung jawab kedua belah pihak.¹⁶

Dalam suatu perjanjian, rentan akan adanya resiko yakni berupa wanprestasi. Menurut Pasal 1234 KUH Perdata yang dimaksud dengan prestasi adalah seseorang yang menyerahkan sesuatu, melakukan sesuatu, dan tidak melakukan sesuatu, sebaliknya dianggap wanprestasi apabila seseorang:

- a) Tidak melakukan apa yang disanggupi akan dilakukannya;
- b) Melaksanakan apa yang dijanjikannya, tetapi tidak sebagaimana yang dijanjikan;
- c) Melakukan apa yang dijanjikan tetapi terlambat; atau
- d) Melakukan sesuatu yang menurut kontrak tidak boleh dilakukannya;

Dengan adanya wanprestasi tersebut, maka jelas ada konsekuensi bagi pihak yang melakukannya yakni sanksi berupa ganti rugi, pembatalan kontrak, peralihan resiko, maupun membayar biaya perkara.

Namun tidak semua pihak yang melakukan wanprestasi langsung serta merta diberi sanksi, karena harus melalui prosedur berdasarkan peraturan perundang-undangan seperti harus diadakannya somasi (peringatan atau teguran). Meskipun demikian, pihak yang dinyatakan wanprestasi, dapat saja melakukan pembelaan diri sehingga tidak harus terkena sanksi seperti ganti rugi dan lain sebagainya. Adapun pembelaan diri tersebut dapat berdasarkan alasan-alasan sebagai berikut:

- a) Karena keadaan memaksa (*overmacht/force majeure*);

¹⁵ Soebekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, (Jakarta: PT. Intermasa, 2001), hlm. 144.

¹⁶ Abdul Rasyid Saliman, et. al., *Hukum Bisnis Untuk Perusahaan: Teori dan Contoh Kasus*, hlm.52

- b) Karena kelalaian kreditur sendiri;
- c) Karena kreditur telah melepaskan haknya untuk menuntut ganti rugi.

Sedangkan suatu keadaan dapat dikatakan keadaan memaksa (*overmacht/ force majeure*) menurut Soebekti,¹⁷ bila keadaan tersebut memenuhi unsur-unsur sebagai berikut:

- a) Diluar kekuasaannya;
- b) Memaksa; atau
- c) Tidak dapat diketahui (diprediksi) sebelumnya;

Keadaan memaksa (*overmacht/ force majeure*) tersebut berdasarkan sifatnya terbagi menjadi dua, yaitu:

- d) Bersifat mutlak (*absolute*)

Contohnya: bencana alam, seperti banjir, gempa bumi, tanah longsor, dan lain-lain.

- e) Bersifat tidak mutlak (*relative*)

Contohnya: terjadi perubahan harga yang tinggi secara mendadak akibat adanya regulasi pemerintah terhadap produk tertentu, krisis ekonomi yang mengakibatkan ekspor produk terhenti sementara, dan lain-lain. Dengan adanya keadaan tersebut, kontrak masih dapat dilaksanakan, tetapi dengan biaya yang lebih tinggi.

c. Teori Efektivitas Hukum

Menurut Achmad Ali, ketika kita ingin mengetahui sejauh mana efektivitas dari hukum, maka pertama-tama kita harus dapat mengukur “sejauh mana aturan hukum itu ditaati atau tidak ditaati”. Bahkan Achmad Ali pun mengemukakan lebih lanjut bahwa pada umumnya faktor yang banyak mempengaruhi efektivitas suatu perundang-undangan adalah profesional dan optimal pelaksanaan peran, wewenang dan fungsi dari para penegak hukum, baik di dalam menjelaskan tugas yang dibebankan terhadap diri mereka maupun dalam menegakkan perundang-undangan tersebut.¹⁸

¹⁷ Soebekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, hlm.144.

¹⁸ Achmad Ali, *Mengungkap Teori Hukum dan Teori Peradilan Vol.1* (Jakarta: Kencana, 2010), hlm. 375.

Menurut Soerjono Soekanto, Teori efektivitas hukum adalah bahwa efektif atau tidaknya suatu hukum ditentukan oleh 5 (lima) faktor, yaitu:¹⁹

- a. Faktor hukumnya sendiri (undang-undang);
- b. Faktor penegak hukum, yakni pihak-pihak yang membentuk maupun menerapkan hukum;
- c. Faktor sarana atau fasilitas yang mendukung penegakan hukum;
- d. Faktor masyarakat, yakni lingkungan dimana hukum tersebut berlaku atau diterapkan;
- e. Faktor kebudayaan, yakni sebagai hasil karya, cipta dan rasa yang didasarkan pada karsa manusia di dalam pergaulan hidup;

Kelima faktor tersebut di atas saling berkaitan dengan eratnya, oleh karena merupakan esensi dari penegakan hukum, juga merupakan tolak ukur daripada efektivitas penegakan hukum. Pada elemen pertama, yang menentukan dapat berfungsinya hukum tertulis tersebut dengan baik atau tidak adalah tergantung dari aturan hukum itu sendiri.

Menurut Soerjono Soekanto²⁰ ukuran efektivitas pada elemen pertama adalah :

- a. Peraturan yang ada mengenai bidang-bidang kehidupan tertentu sudah cukup sistematis;
- b. Peraturan yang ada mengenai bidang-bidang kehidupan tertentu sudah cukup sinkron, secara hierarki dan horizontal tidak ada pertentangan;
- c. Secara kualitatif dan kuantitatif peraturan-peraturan yang mengatur bidang-bidang kehidupan tertentu sudah mencukupi;
- d. Penerbitan peraturan-peraturan tertentu sudah sesuai dengan persyaratan yuridis yang ada;

Pada elemen kedua yang menentukan efektif atau tidaknya kinerja hukum tertulis adalah aparat penegak hukum. Dalam hubungan ini dikehendaki adanya aparatur yang handal sehingga aparat tersebut dapat melakukan tugasnya dengan baik. Keandalan dalam kaitannya disini

¹⁹ Soerjono Soekanto, *Faktor-Faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum* (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2008), hlm. 8.

²⁰ Soerjono Soekanto, *Penegakan Hukum*, (Bandung: Bina Cipta, 1983), hlm. 80.

adalah meliputi keterampilan profesional dan mempunyai mental yang baik.

Menurut Soerjono Soekanto²¹ bahwa masalah yang berpengaruh terhadap efektivitas hukum tertulis ditinjau dari segi aparat akan tergantung pada hal berikut:

- a. Sampai sejauh mana petugas terikat oleh peraturan-peraturan yang ada;
- b. Sampai batas mana petugas diperkenankan memberikan kebijaksanaan;
- c. Teladan macam apa yang sebaiknya diberikan oleh petugas kepada masyarakat;
- d. Sampai sejauh mana derajat sinkronisasi penugasan-penugasan yang diberikan kepada petugas sehingga memberikan batas-batas yang tegas pada wewenangnya.

Pada elemen ketiga, tersedianya fasilitas yang berwujud sarana dan prasarana bagi aparat pelaksana di dalam melakukan tugasnya. Sarana dan prasarana yang dimaksud adalah prasarana atau fasilitas yang digunakan sebagai alat untuk mencapai efektivitas hukum.

Sehubungan dengan sarana dan prasarana yang dikatakan dengan istilah fasilitas ini, Soerjono Soekanto memprediksi patokan efektivitas elemen-elemen tertentu dari prasarana, dimana prasarana tersebut harus secara jelas memang menjadi bagian yang memberikan kontribusi untuk kelancaran tugas-tugas aparat di tempat atau lokasi kerjanya. Adapun elemen-elemen tersebut adalah:²²

- a. Prasarana yang telah ada apakah telah terpelihara dengan baik;
- b. Prasarana yang belum ada perlu diadakan dengan memperhitungkan angka waktu pengadaannya;
- c. Prasarana yang kurang perlu segera dilengkapi;
- d. Prasarana yang rusak perlu segera diperbaiki;
- e. Prasarana yang macet perlu segera dilancarkan fungsinya;
- f. Prasarana yang mengalami kemunduran fungsi perlu ditingkatkan lagi fungsinya.

²¹*Ibid*, hlm. 82.

²²*Ibid*, hlm. 82

Kemudian ada beberapa elemen pengukur efektivitas yang tergantung dari kondisi masyarakat, yaitu :

- a. Faktor penyebab masyarakat tidak mematuhi aturan walaupun peraturan yang baik;
- b. Faktor penyebab masyarakat tidak mematuhi peraturan walaupun peraturan sangat baik dan aparat sudah sangat berwibawa;
- c. Faktor penyebab masyarakat tidak mematuhi peraturan baik, petugas atau aparat berwibawa serta fasilitas mencukupi;

Elemen tersebut di atas memberikan pemahaman bahwa disiplin dan kepatuhan masyarakat tergantung dari motivasi yang secara internal muncul. Internalisasi faktor ini ada pada tiap individu yang menjadi elemen terkecil dari komunitas sosial. Oleh karena itu pendekatan paling tepat dalam hubungan disiplin ini adalah melalui motivasi yang ditanamkan secara individual. Dalam hal ini, derajat kepatuhan hukum masyarakat menjadi salah satu parameter tentang efektif atau tidaknya hukum itu diberlakukan sedangkan kepatuhan masyarakat tersebut dapat dimotivasi oleh berbagai penyebab, baik yang ditimbulkan oleh kondisi internal maupun eksternal.

Kondisi internal muncul karena ada dorongan tertentu baik yang bersifat positif maupun negatif. Dorongan positif dapat muncul karena adanya rangsangan yang positif yang menyebabkan seseorang tergerak untuk melakukan sesuatu yang bersifat positif. Sedangkan yang bersifat negatif dapat muncul karena adanya rangsangan yang sifatnya negatif seperti perlakuan tidak adil dan sebagainya. Sedangkan dorongan yang sifatnya eksternal karena adanya semacam tekanan dari luar yang mengharuskan atau bersifat memaksa agar warga masyarakat tunduk kepada hukum. Pada takaran umum, keharusan warga masyarakat untuk tunduk dan menaati hukum disebabkan karena adanya sanksi atau *punishment* yang menimbulkan rasa takut atau tidak nyaman sehingga lebih memilih taat hukum daripada melakukan pelanggaran yang pada gilirannya dapat menyusahkan mereka. Motivasi ini biasanya bersifat sementara atau hanya temporer.

Teori efektivitas hukum yang dikemukakan Soerjono Soekanto tersebut relevan dengan teori yang dikemukakan oleh Romli Atmasasmita yaitu bahwa faktor-faktor yang menghambat efektivitas penegakan hukum tidak hanya terletak pada sikap mental aparaturnya (hakim, jaksa, polisi dan penasihat hukum) akan tetapi juga terletak pada faktor sosialisasi hukum yang sering diabaikan.²³

Menurut Soerjono Soekanto²⁴ efektif adalah taraf sejauh mana suatu kelompok dapat mencapai tujuannya. Hukum dapat dikatakan efektif jika terdapat dampak hukum yang positif, pada saat itu hukum mencapai sasarannya dalam membimbing ataupun merubah perilaku manusia sehingga menjadi perilaku hukum.

Sehubungan dengan persoalan efektivitas hukum, pengidentikkan hukum tidak hanya dengan unsur paksaan eksternal namun juga dengan proses pengadilan. Ancaman paksaan pun merupakan unsur yang mutlak ada agar suatu kaidah dapat dikategorikan sebagai hukum, maka tentu saja unsur paksaan inipun erat kaitannya dengan efektif atau tidaknya suatu ketentuan atau aturan hukum. Jika suatu aturan hukum tidak efektif, salah satu pertanyaan yang dapat muncul adalah apa yang terjadi dengan ancaman paksaannya? Mungkin tidak efektifnya hukum karena ancaman paksaannya kurang berat; mungkin juga karena ancaman paksaan itu tidak terkomunikasi secara memadai pada warga masyarakat.²⁵

Membicarakan tentang efektivitas hukum berarti membicarakan daya kerja hukum itu dalam mengatur dan atau memaksa masyarakat untuk taat terhadap hukum. Hukum dapat efektif jikalau faktor-faktor yang mempengaruhi hukum tersebut dapat berfungsi dengan sebaik-baiknya. Ukuran efektif atau tidaknya suatu peraturan perundang-undangan yang berlaku dapat dilihat dari perilaku masyarakat. Suatu hukum atau peraturan perundang-undangan akan efektif apabila warga masyarakat

²³ Romli Atmasasmita, *Reformasi Hukum, Hak Asasi Manusia & Penegakan Hukum* (Bandung: Mandar Maju, 2001), hlm.55.

²⁴ Soerjono Soekanto, *Efektivitas Hukum dan Penerapan Sanksi* (Bandung: CV. Ramadja Karya, 1988), hlm.80.

²⁵ Achmad Ali, *Menjelajahi Kajian Empiris Terhadap Hukum* (Jakarta: Yarsif Watampone, 1998), hlm.186.

berperilaku sesuai dengan yang diharapkan atau dikehendaki oleh atau peraturan perundang-undangan tersebut mencapai tujuan yang dikehendaki, maka efektivitas hukum atau peraturan perundang-undangan tersebut telah dicapai.

I.5.2 Kerangka Konseptual

Berdasarkan judul tesis “Ganti Rugi Akibat Wanprestasi Dalam Transaksi Bisnis Berbasis Syariah di Indonesia, maka dalam kerangka konseptual ini pula penulis akan menjelaskan mengenai beberapa pengertian tentang kata-kata penting yang terdapat dalam judul tesis ini untuk menghindari kesalahpahaman tentang kata-kata yang dimaksud. Adapun pengertian kata-kata tersebut diuraikan sebagai berikut:

- a. Pengertian “Ganti rugi” adalah uang yang diberikan sebagai pengganti kerugian, atau pampasan. Dalam penelitian ini yang dimaksud dengan ganti rugi adalah sesuatu yang dijadikan pengganti oleh suatu pihak atas kerugian yang diderita pihak lainnya.
- b. Pengertian “Wanprestasi” adalah “melanggar janji”, “ingkar janji”, atau “cedera janji” dan lain sebagainya. dalam penelitian ini yang dimaksud dengan wanprestasi adalah tidak terpenuhinya prestasi dalam menjalankan perjanjian.
- c. Pengertian “Transaksi Bisnis Berbasis Syariah”

Berdasarkan pengertian beberapa istilah di atas, ganti rugi adalah sesuatu yang ditanggung satu pihak dengan maksud dijadikan sebagai pengganti atas kerugian yang diderita pihak lainnya. Sehingga dengan adanya ganti rugi, dapat mengikat pihak-pihak yang melakukan sebuah kesepakatan dengan menjaga dan memenuhi hak dan kewajiban masing-masing sehingga tercapai tujuan dari sebuah kesepakatan tersebut tanpa ada unsur dzalim dan merugikan pihak lain.

Standar ganti rugi akibat wanprestasi dalam transaksi bisnis berbasis syariah di Indonesia, dalam proposal tesis ini adalah, suatu ketentuan hukum tentang penetapan dan penerapan ganti rugi terhadap pihak yang dirugikan akibat adanya wanprestasi pihak lain.

I.6 Sistematika Penulisan

Sistematika Penulisan memberikan gambaran yang lebih jelas mengenai hal yang akan penulis bahas dalam penulisan tesis ini. Penulisan penelitian tesis ini dibagi dalam 5 (lima) bab, masing-masing bab terdiri dari beberapa sub bab sesuai dengan pembahasan dan materi yang diteliti, dengan sistematika sebagai berikut:

Bab I Pendahuluan. Bab ini berisi uraian mengenai latar belakang masalah, perumusan masalah, tujuan dan manfaat penelitian, kerangka teoritik dan kerangka konseptual serta sistematika penulisan.

Bab II Tinjauan Pustaka. Dalam bab ini diuraikan tentang landasan teori yang berkaitan dengan objek permasalahan. Disini akan diuraikan pengertian serta pembahasan terhadap beberapa pokok permasalahan, yaitu pengertian ganti rugi, dasar hukum ganti rugi, ketentuan umum dan khusus ganti rugi, penyelesaian perselisihan ganti rugi, pendapat para pakar hukum mengenai ganti rugi dan perbedaan antara ganti rugi dan denda.

Bab III Metode Penelitian. Dalam bab ini akan diuraikan tentang kerangka pendekatan studi yang dapat berupa analisis teori, metode eksperimen atau kombinasi mengenai metode-metode yang digunakan dalam penyusunan tesis ini, yaitu metode pendekatan, spesifikasi penelitian, sumber data, metode pengumpulan data dan metode analisis data.

Bab IV Pembahasan Hasil Penelitian. Pada bab ini penulis akan menguraikan hasil penelitian yang relevan dengan permasalahan dan pembahasan tentang analisis standar mekanisme penerapan dan penetapan ganti rugi dalam transaksi bisnis berbasis syariah dan upaya hukum dalam penyelesaian sengketa ganti rugi akibat wanprestasi dalam transaksi bisnis berbasis syariah di Indonesia.

Bab V. Penutup. Bab yang memuat kesimpulan dari hasil penelitian dan pemberian saran-saran yang diperoleh dari hasil analisa terhadap masalah yang dikemukakan pada bab-bab sebelumnya.