

MENGONTROL *MORAL HAZARD* NASABAH MELALUI INSTRUMEN *TA'ZIR* DAN *TA'WIDH*

Firman Wahyudi

Pengadilan Agama Sampit
Jl. Jenderal Sudirman Km. 3,5 Sampit KalimantanTengah
fw.friendly@gmail.com

Abstract:

Ta'zir represents a number of penalties stipulated at the beginning of the contract, definite and designated as a social fund. While *Ta'widh* in the form of compensation set by the bank, not specified at the beginning of the contract but calculated based on the instant losses experienced by banks and these funds entered as a fee (bank income). This paper aims to know and describe how the implementation of *Ta'zir* and *Ta'widh* instruments in sharia banking, legal legality and know the criteria of force majeure experienced by customers. This research is qualitative by using library data source (library research). The method used is Descriptive Analitif. From the result of the research, it can be concluded that *Ta'zir* and *Ta'widh* are preventive instruments which are born to anticipate the happening of client moral hazard to contract agreement with banking and aim to discipline customer in order to fulfill the promised achievement. *Ta'zir* provisions get legal legality based on fatwa number 17 / DSN-MUI / IX / 2000 while *Ta'widh* based on fatwa number 43 / DSN-MUI / VIII / 2004. Both of these instruments can not be applied when the customer experiences a state of overmatch (force majeure) because it is contrary to the principle of *Masyaqat* contained in Islamic law.

Keywords: *Moral Hazard, Ta'zir, Ta'widh and Overmatch.*

Pendahuluan

Perbankan sebagai faktor penggerak roda perekonomian memiliki peran sentral dalam mengatur arus lalu lintas di sektor keuangan. Peran dan fungsinya sangat signifikan dalam mengelola lajunya perkembangan moneter. Bank yang sehat akan berpengaruh besar bagi siklus perekonomian sebuah

negara dan demikian juga sebaliknya, hal itu akan berdampak sistemik terhadap kondisi moneter pada bidang yang lain.

Di Indonesia, awalnya semua sektor perbankan berinduk pada Bank Indonesia yang merupakan bank sentral dalam mengelola dan mengawasi seluruh transaksi perbankan. Dalam rangka tugas mengatur dan mengawasi perbankan, Bank Indonesia menetapkan peraturan, memberikan dan mencabut izin atas kelembagaan atau kegiatan usaha tertentu dari bank, melaksanakan pengawasan atas bank dan mengenakan sanksi terhadap bank sesuai dengan ketentuan perundang-undangan yang berlaku. Otoritas ini diberikan negara berdasarkan amanat Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1999.¹

Namun sekarang Pemerintah mengalihkan kewenangan ini sepenuhnya kepada lembaga independen Otoritas Jasa keuangan (OJK) berdasarkan Undang-Undang Nomor 21 tahun 2011 tentang Otoritas jasa Keuangan dimana dalam pasal 1 angka 1 menyebutkan bahwa "*Otoritas Jasa Keuangan, yang selanjutnya disingkat OJK, adalah lembaga yang independen dan bebas dari campur tangan pihak lain, yang mempunyai fungsi, tugas, dan wewenang pengaturan, pengawasan, pemeriksaan, dan penyidikan sebagaimana dimaksud dalam undang-undang ini*".²

Bank syariah sebagai sub bagian dari perbankan Indonesia yang berada dibawah naungan BI secara yuridis dan hirarkis tentunya tunduk pada aturan perbankan umum termasuk segala aturan yang menyangkut kebijakan moneter yang bersinggungan dengan perbankan secara keseluruhan. Perbedaan utamanya dengan bank konvensional adalah terletak pada sistem bagi hasil (*lost profit and sharing*), adanya Dewan Pengawas Syariah (DSN) dan lembaga penyelesaian sengketa melalui Basyarnas dan Pengadilan Agama.³

Maraknya produk-produk yang ditawarkan oleh bank syariah tentunya banyak menarik minat konsumen untuk bergabung di dalamnya baik sebagai debitur (*Shahibul Mal*) dalam sektor pembiayaan dan jasa, mitra kerja dalam transaksi *Musyarakah* maupun investor dalam konteks *Mudharabah*, sehingga tak bisa dipungkiri bank syariah yang baru beroperasi di awal tahun 90-an dalam beberapa dekade terakhir memiliki jumlah aset yang pantastis.⁴ Untuk

¹ Lihat Pasal 7 dan 8 Bab III Undang Undang Nomor 23 Tahun 1999 Tentang Bank Indonesia

² Lihat Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Tentang Otoritas Jasa Keuangan

³ Ali Hasan, dkk. 2007. "*Menjawab Keraguan Umat Islam Terhadap Bank Syariah*". Jakarta : Pusat Komunikasi Ekonomi Syariah

⁴ Menurut data laporan tahunan OJK, indeks pertumbuhan aset IKNB syariah terus meningkat dari waktu ke waktu. Dalam enam tahun terakhir aset IKNB syariah meningkat hingga tujuh kali lipat. Ditahun 2010 dari aset Rp. 10,5 triliun menjadi 85,09 triliun diakhir September 2016. Peningkatan aset terbesar terjadi pada asuransi syariah dan pembiayaan syariah. Data OJK

menghindari resiko (*reskè*) dalam sebuah transaksi, Bank syariah sebagai lembaga intermediasi tentunya tidak ingin rugi dan menanggung akibat yang ditimbulkan dari adanya kelalaian atau kesengajaan (*Moral Hazard*) nasabah dalam menjalankan kontrak bisnis dan transaksi, untuk itulah dibuat beberapa aturan yang ketat sebagai upaya preventif dan tindakan antisipatif.

Diantara sekian banyak aturan tersebut diantaranya adalah penerapan instrumen *Ta'zir* dan *Ta'widh* terhadap nasabah yang lalai dan sengaja menunda-nunda pembayaran, dimana kondisi nasabah tersebut bukan dalam keadaan *force majeure* (*overmatch*). Kebijakan ini dibuat berdasarkan asas maslahat untuk menghindari terjadinya *liquiditas* dan *cashflow* dalam kinerja bank syariah, karena secara hirarkis konseptual bank syariah berfungsi sebagai lembaga *profit financial* dan penggerak vital perekonomian negara.

Berdasarkan latar belakang diatas, tulisan ini akan memperbincangkan beberapa permasalahan dengan rumusan masalah sebagai berikut:

1. Bagaimana konsep dan penerapan instrumen *Ta'zir* dan *Ta'widh* pada perbankan syaria'ah ?
2. Apa landasan yuridis diberlakukannya instrumen *Ta'zir* dan *Ta'widh* ?
3. dan Bagaimana parameter yang digunakan untuk menilai ketika terjadi kondisi *force majeure* (*overmatch*) bagi nasabah !

Dari rumusan masalah diatas, maka penulis berharap penelitian ini bertujuan untuk mengetahui konsep dan penerapan *Ta'zir* dan *Ta'widh* di perbankan syariah, mengetahui landasan yuridis dan legalitas pemberlakuan instrumen *Ta'zir* dan *Ta'widh* serta mengetahui parameter dan kualifikasi seorang nasabah dikategorikan *overmatch* (*force majeure*).

Metode Penelitian

Penelitian ini bersifat kualitatif dengan menggunakan sumber data kepustakaan (*Library Research*). Teknik pengumpulan data dilakukan menggunakan studi literatur yang terkait dengan obyek penelitian baik berupa bahan hukum primer, sekunder maupun tersier. Bahan hukum primer berupa hukum positif *diantaranya* Fatwa DSN-MUI, KHES dan KUHPerduta. Adapun Bahan hukum sekunder berupa sejumlah literatur yang erat hubungannya dengan bahan hukum primer diatas seperti kitab dan literatur hukum Perdata

menunjukkan, aset perusahaan perasuransian syariah mencapai Rp. 6,77 triliun pada 2010 dan Rp. 32,99 triliun pada akhir September 2016. Sementara aset pembiayaan syariah dari 2,36 triliun pada 2010 menjadi Rp. 33,89 triliun pada akhir September 2016. Diakses dari situs <http://bisniskeuangan.kompas.com>

dan Ekonomi Islam. Sedangkan bahan hukum tersier antara lain skripsi, kamus, jurnal dll yang mendukung topik penelitian.

Adapun metode yang digunakan dalam penelitian ini adalah *Deskriptif Analitis* yaitu dengan cara menggambarkan dan menjelaskan secara komprehensif data-data yang berhubungan dengan *Ta'zir* dan *Ta'widh*, legalitas hukumnya serta kondisi *overmatch* yang menyebabkan tidak diberlakukannya kedua instrumen ini terhadap nasabah. Seluruh data kemudian dianalisis menggunakan pendekatan substantif tentang tujuan (*maqashid*) diberlakukannya instrumen *Ta'zir* dan *Ta'widh* serta pengecualiannya bagi nasabah yang *overmatch* (*force majeure*). Semua hasil penelitian akan dideskripsikan dan disajikan dalam bentuk laporan penelitian.

Pembahasan

Mengenal Instrumen *Ta'zir* (Denda) dan *Ta'widh* (Ganti Rugi) Serta Penerapannya dalam Perbankan Syariah

1. *Ta'zir* (Denda)

Kata *Ta'zir* berasal dari kata *azzara* yang secara harfiah mengandung arti membantu, membantu menghindarkan dari suatu yang tidak menyenangkan, membantu melepaskan diri dari kejahatan, membantu keluar dari kesulitan.⁵

Dalam konteks hukum Islam kata *Ta'zir* bisa juga diartikan sebagai hukuman dalam bentuk teguran dan peringatan keras, seperti dipenjara, denda dengan harta, hukuman mati bagi residivis yang berulang kali melakukan kejahatan dan perilaku seks menyimpang sesama jenis (*liwath*, *sadomi* dll) atau menghujat dan menghina nabi Muhammad SAW.⁶

Dalam kaitannya dengan perbankan syariah, *Ta'zir* adalah sanksi yang dikenakan oleh perbankan syariah kepada nasabah yang mampu membayar, tetapi menunda-nunda pembayaran dengan sengaja. *Ta'zir* disini dikenakan apabila terjadi penundaan pembayaran yang disengaja oleh nasabah dengan alasan yang tidak dibenarkan oleh syar'i dan tidak mempunyai kemauan serta i'tikad baik untuk membayar hutangnya.⁷ Bentuknya berupa denda dan bertujuan untuk mendisiplinkan nasabah yang nakal serta memberikan efek jera sehingga diharapkan nasabah bisa memenuhi prestasinya tepat diawal waktu.

⁵ Amir Syarifuddin, *Garis-Garis Besar Fiqh*, Cet. I, (Bogor:Prenada Media, 2003), hal. 321.

⁶ Wahbah Az- Zuhaili, *Fiqh al-islam wa adillatuhu*, jilid V, Cet. X, (Damaskus, Dar al-fikr, 2007) hal. 260

⁷ Ani Fitriyani, *Pengaruh Pengenaan Ta'zir Terhadap Tingkat NPF* (Skripsi S.1 Fakultas Syariah dan Hukum, Universitas Islam Syarif Hidayatullah, Jakarta 2012) hal. 67

Dalam tataran aplikasi, denda ini hanya ditetapkan kepada nasabah yang telat bayar atau penunggakannya belum masuk pada tataran *colektibility* atau tingkat kolektibilitasnya belum macet. Misalnya masih dalam *koll 1*, *koll 2* dan *koll 3*.⁸ Denda (*Ta'zir*) ini bukan merupakan pendapatan bank, tapi peruntukannya murni masuk ke dalam dana sosial/CSR (*Corporate Social Responsibility*) yang dikelola oleh bank seperti kegiatan donor darah yang bekerjasama dengan PMI, kegiatan sunatan masal, vaksinasi anak-anak, penyaluran dana BAZ, penyantunan korban bencana alam dll.

Pemberlakuan *Ta'zir* dan besarnya pun ditentukan diawal akad saat kontrak ditandatangani dan sifatnya tetap (konstan). Sehingga semua ketentuan dalam kontrak tertulis diketahui kedua belah pihak secara transparan tanpa ada yang disembunyikan dan ditutupi karena tujuannya adalah untuk memberikan efek jera dan mendisiplinkan nasabah yang nakal.⁹

Berdasarkan fatwa Dewan Syariah Nasional yang membedakan antara sistem ekonomi syariah dan sistem ekonomi konvensional secara mendasar terletak pada penerapan sanksi keterlambatan angsuran. Bank Konvensional menggunakan denda dalam bentuk bunga, sedangkan bank syari'ah berpatokan pada sejumlah uang yang sifatnya konstan (tetap) yang disebut dengan *Ta'zir*.¹⁰

2. *Ta'widh* (Ganti Rugi)

Secara bahasa *Ta'widh* berasal dari kata *'wadha* yang berarti memberi ganti atau mengganti, sedangkan kata *Ta'widh* sendiri mempunyai arti secara bahasa mengganti.¹¹

Sedangkan dalam istilah perbankan syariah, *Ta'widh* ialah ganti rugi yang dikenakan bank syariah kepada nasabah pembiayaan yang sengaja atau lalai melakukan sesuatu yang dapat merugikan pihak bank, dan yang boleh diminta ruginya hanyalah kerugian riil yang dialami oleh bank syariah dan jelas perhitungannya. Adapun kerugian yang diperkirakan bakal terjadi dimasa datang karena hilangnya peluang (*opportunity loss/al-fursbah ad-dha'iah*) yang dimiliki oleh bank syariah tidak boleh diminta ruginya.

⁸ Lihat pasal 13 ayat 3 Peraturan Bank Indonesia Nomor 7/2/PBI/2005 Tentang Penilaian Kualitas Aktiva Bank Umum

⁹ Lihat pasal 4 yang berbunyi "Sanksi didasarkan pada prinsip *Ta'zir* yaitu bertujuan agar nasabah lebih disiplin dalam melaksanakan kewajibannya" dan pasal 5 berbunyi "Sanksi dapat berupa denda sejumlah uang yang besarnya ditentukan atas dasar kesepakatan dan dibuat saat akad ditanda tangani" (fatwa DSN MUI No 17/DSN MUI/IX/2000)

¹⁰ Bank Konvensional Versus Bank Syariah, diakses dari situs http://www.kompasiana.com/tenderwatch/sistem-ekonomi-islam_55007c14a33311a96f51146c

¹¹ Tim Kashiko, *Kamus Lengkap Arab Indonesia*, (Surabaya: Kashiko, 2000), Hal. 449.

Dalam kasus penerapannya, misalnya seorang nasabah lalai, kemudian dikenakan *Ta'zir* namun tidak juga membayar dan nasabah tersebut tidak bisa menunjukkan bahwa kelalaiannya itu karena kondisi *force majeure* (overmatch) seperti memiliki uang tapi dibayar untuk keperluan yang lain, sedangkan dengan kondisi seperti ini, bank sebagai lembaga *intermediasi* tentunya akan mengalami kerugian financial, khususnya dari segi operasional seperti *over head cost* (bayar gaji karyawan, sewa kantor, telpon dll) yang akibatnya pengeluaran biaya yang terus menerus setiap waktunya, maka dalam hal ini pihak bank akan melakukan kuantifikasi (perhitungan) atas kerugian riil yang dikeluarkan selama ini baik dengan cara penataan kembali (*restrukturisasi*), penjadwalan kembali (*rescheduling*) maupun persyaratan kembali (*reconditioning*). Langkah-langkah penghitungan inilah yang disebut sebagai *Ta'widh* (ganti rugi) yang harus dibayar oleh nasabah. Oleh karena pembayaran ini bersifat ganti rugi (*Ta'widh*), maka pendapatan ini dimasukkan ke dalam kas bank sebagai kompensasi atas kerugian yang telah dialami selama ini.¹²

Untuk besarnya, bank syariah tidak diperbolehkan menyebutkan jumlahnya secara eksplisit dalam kontrak perjanjian awal, namun akan dikalkulasi dikemudian hari dengan menghitung unsur kerugian riil (*real loss*) yang dialami pihak bank selama masa *koleabilitas* (kredit macet) itu, karena konteks dari *Ta'widh* itu sendiri ialah biaya riil yang telah dikeluarkan oleh bank syariah.

Adapun yang menjadi tanggungan nasabah selama masa penagihan akibat koleabilitas macet diantaranya berupa :

1. Biaya over head (sewa kantor, gaji karyawan),
2. Administrasi (ATK, telepon dll),
3. Biaya notaris (untuk pembaruan kontrak),
4. Asuransi jaminan,
5. Eksekusi Jaminan (bila tidak ada jalan lain dalam penyelesaian kredit macet)
6. Biaya pihak ketiga (misalnya polisi dalam upaya penagihan nasabah yang menghilang).

Menurut Agustianto Mingka, yang perlu diperhatikan dalam menghadapi pembiayaan bermasalah ini adalah Bank Syariah tidak boleh melakukan penyelesaian pembiayaan bermasalah semata-mata dengan cara

¹² Ketentuan kompensasi ini sebagai pendapatan Bank Syariah sudah diatur dalam fatwa DSN-MUI Nomor 43/DS-MUI/VIII/2004 dan PBI No 7-46-PBI-2005

plafondering. *Plafondering* adalah kapitalisasi margin dan biaya bank yang tidak dapat dilunasi oleh nasabah debitur. Biaya dan margin tertunggak tersebut harus ditutup dengan menaikkan limit pembiayaan nasabah sehingga tunggakan tidak terlihat lagi karena telah berubah menjadi pembiayaan efektif (baki debit) atau tambahan hutang dalam batas limit pembiayaan yang baru. Penyelamatan pembiayaan dengan *plafondering* tidak diizinkan oleh Bank Indonesia dan OJK.¹³

Untuk teknis pembayarannya, nasabah diwajibkan mencicil *Ta'widh* tersebut setelah dilakukan penghitungan/resktrukturisasi ulang oleh pihak bank. Seperti dalam konteks pembiayaan *Murabahah*, tidak boleh ada perubahan harga dalam akad awal tersebut. Berapapun sisa hutang dari pembiayaan *murabahah* hanya segitulah yang dibayar oleh nasabah. Namun ketika terjadi keterlambatan/kredit macet yang kerugiannya ditanggung oleh pihak bank, maka kerugian itulah *Ta'widh* (ganti rugi) yang harus dibayar.

3. *Ta'zir dan Ta'widh* dalam Fatwa DSN

Terma tentang *Ta'zir* dan *Ta'widh* dalam kajian perbankan syariah adalah merupakan sesuatu yang baru, mengingat dalam terma-terma fiqh klasik, hal itu belum diperbincangkan secara jelas, baik dalam tataran teks maupun konteks. Memahami kedua terma diatas menuntut kita untuk lebih cermat melihat persoalan tersebut ke dalam produk fiqh kontemporer yang lahir akibat proses modernisasi.

Dalam prosesnya, fiqh berawal sebagai produk yang lahir dan bersinggungan dengan individu (perorangan) sehingga cakupannya hanya sebatas wilayah privat dan tidak menyentuh ranah kelompok atau lembaga (publik). Ketika pengaturan mengenai dasar-dasar *mua'amalah* hanya dalam lingkup personal maka unsur-unsur spritual dan ruhaniyah lebih mudah untuk diterapkan dimasa-masa awal Islam. Disamping itu, ajaran-ajaran spritual yang dibawa nabi Muhammad SAW sebagai misi utama dalam segenap aspek kehidupan termasuk segi *mua'amalah* selalu mewarnai sikap para sahabat dan pengikutnya, sikap primordial inilah yang melahirkan sikap kepatuhan dan ketaatan kaum muslimin waktu itu untuk menerapkan spirit Islam di bidang ekonomi. Pelarangan unsur *riba*, *maisir*, *judi*, *gharar* dan *dzulm* dalam *bermua'amalah* menjadi patokan dasar yang harus dihindari dalam setiap transaksi.

¹³ Agustianto Mingka dalam artikel "NPF : Tantangan Bank Syariah 2016", diakses dari situs www.iqtishadconsulting.com

Begitu juga pengaturan tentang *Ta'zir* dan *Ta'widh* bagi pelaku bisnis, saat itu masih belum terdokumentasikan secara spesifik baik pada tataran normatif (teks fiqh) maupun tataran empiris (praktik dilapangan).¹⁴ Namun, karena interaksi dan pergeseran budaya yang berkembang, maka seluruh transaksi bisnis itu menjadi luas, tidak sebatas lingkup individu saja, tapi sudah menyentuh ranah publik bahkan antar negara. Akibatnya banyak muncul penyimpangan (*moral hazard*) terhadap aturan-aturan yang bersifat primordial tersebut, termasuk di dalamnya tentang kelalaian (*wanprestasi*) dan kurang disiplinnya nasabah untuk menunaikan kewajibannya dalam pembayaran hutang. Pelanggaran ini muncul karena lemahnya sistem dan kontrol dalam menjalankan transaksi keuangan. Oleh karena itu transaksi keuangan syari'ah modern dalam hal ini memberlakukan sistem denda (*Ta'zir*) dan ganti rugi (*Ta'widh*) untuk meminimalisir pelanggaran tersebut.

Untuk merespon hal tersebut, DSN mengeluarkan dua fatwa yang berhubungan dengan pemberlakuan *Ta'zir* dan *Ta'widh*. Fatwa tentang denda (*Ta'zir*) diatur dalam fatwa nomor 17/DSN-MUI/IX/2000 tentang sanksi atas nasabah mampu yang menunda-nunda pembayaran, sedangkan fatwa tentang ganti rugi (*Ta'widh*) diatur dalam fatwa nomor 43/DSN-MUI/VIII/2004.

Fatwa pertama yang mengatur tentang denda (*ta'zir*) bagi nasabah yang mampu membayar mengandung beberapa aturan penting diantaranya :

1. Nasabah yang tidak/belum mampu membayar disebabkan kondisi *force majeure* tidak boleh dikenakan sanksi.
2. Nasabah mampu yang menunda-nunda pembayaran dan/atau tidak mempunyai kemauan dan itikad baik untuk membayar hutangnya boleh dikenakan sanksi.
3. Sanksi didasarkan pada prinsip *ta'zir*, yaitu bertujuan agar nasabah lebih disiplin dalam melaksanakan kewajibannya.
4. Sanksi dapat berupa denda sejumlah uang yang besarnya ditentukan atas dasar kesepakatan dan dibuat saat akad ditandatangani.
5. Dana yang berasal dari denda diperuntukkan sebagai dana sosial.¹⁵

¹⁴ Berbicara masalah *Ta'zir* (Denda) dalam konteks Fiqh klasik, kita bisa melihat sebuah hadis yang berbunyi “*Siapa yang membayar zakat untanya dengan patuh, akan menerima imbalan pahalanya, dan siapa yang enggan membayarnya, saya akan mengambilnya, serta mengambil sebagian dari hartanya sebagai denda dan sebagai hukuman dari Tuhan kami....*”. (HR. an-Nasa’i).

¹⁵ Ada pendapat bahwa dana dari denda (*Ta'zir*) ini merupakan dana non halal sehingga peruntukannya dialokasikan sebagai dana sosial bukan pendapatan Bank. Menurut Penulis Jika dana *Ta'zir* ini dikatakan sebagai dana non halal, kenapa denda ini dibuat diawal kontrak/akad

Dilihat dari konsideran awalnya, Fatwa ini merujuk kepada beberapa dalil Qur'an, hadist nabi, kaidah fiqhiyyah dan beberapa pendapat Dewan Syariah Nasional sebagai legitimasi dan landasan yuridisnya.¹⁶

Point penting pemberlakuan fatwa ini oleh perbankan syariah/lembaga keuangan syariah titik tekannya adalah kepada nasabah yang mampu membayar namun sengaja menunda-nunda dan tidak mempunyai i'tikad baik untuk membayar kewajibannya. Namun bagi nasabah yang dalam kondisi *force majeure* (overmatch) tidak boleh dikenakan *ta'zir* (denda).

Adapun fatwa yang kedua nomor 43/DSN-MUI/VIII/2004 tentang *Ta'widh* (Ganti Rugi) lahir berdasarkan praktik banyaknya nasabah yang enggan memenuhi kewajiban pembayaran hutangnya padahal mereka mampu. Untuk melakukan penagihan, bank mengeluarkan biaya yang tidak kecil seperti menyewa pengacara, polisi dsb. Tentunya sebagai lembaga *lost profit*, Bank selalu melakukan usaha bisnisnya dengan rotasi simpan-pinjam antar nasabah, pembiayaan dsb, sehingga kalau kelalaian ini dibiarkan akan berdampak buruk terhadap kinerja Bank Syariah. Untuk itulah fatwa ini dilahirkan sebagai bentuk timbal balik dan kompensasi bagi Bank terhadap nasabah yang lalai dan enggan dalam memenuhi kewajibannya.

Ketua Dewan Syariah Nasional, K.H. Ma'ruf Amin mengatakan biaya yang harus diganti dalam *Ta'widh* ini haruslah kerugian yang riil dan bukan kehilangan kesempatan atau *time value of money*, karena jika berdasar *time value of money* maka kategorinya mirip dengan riba sehingga tak diperbolehkan. Untuk menghitung kerugian riil yang dialami, perbankan syariah biasanya melakukan tiga pendekatan yaitu penjadwalan kembali (*reschedulling*), persyaratan kembali (*reconditioning*), dan penataan kembali (*restructuring*).

Sebagai contoh misalnya dalam akad Murabahah yang berbentuk piutang, untuk menghitung nilai kerugiaan dan menyelesaikan pembiayaan bermasalah, perbankan syariah melakukan restrukturisasi melalui tiga tahap, pertama Penjadwalan kembali (*reschedulling*) yang dilakukan dengan cara memperpanjang jangka waktu jatuh tempo pembiayaan tanpa mengubah sisa kewajiban nasabah yang harus dibayarkan kepada bank atau Kedua melakukan Persyaratan kembali (*reconditioning*) dengan cara menetapkan kembali syarat-

? tentunya praktik ini kontradiktif dengan hadis nabi SAW yang berbunyi : "Perjanjian boleh dilakukan di antara kaum muslimin kecuali perjanjian yang mengharamkan yang halal atau menghalalkan yang haram dan kaum muslimin terikat dengan syarat-syarat mereka kecuali syarat yang mengharamkan yang halal atau menghalalkan yang haram."

¹⁶ Lihat fatwa selengkapnya dalam buku kumpulan fatwa DSN

syarat pembiayaan antara lain perubahan jadwal pembayaran, jumlah angsuran, jangka waktu dan/atau pemberian potongan sepanjang tidak menambah sisa kewajiban nasabah yang harus dibayarkan kepada bank atau menempuh cara ketiga dengan Penataan kembali (*restructuring*) dengan melakukan konversi sisa hutang dari akad pembiayaan *Murabahah* menjadi *Ijarah Muntahiyah Bittamlik* (IMBT), *Mudharabah* atau *Musyarakah*.¹⁷

Berdasarkan fatwa Dewan Syariah Nasional konversi piutang dilakukan dengan cara sebagai berikut¹⁸ : Jika akadnya *murabahah* maka dihentikan dengan cara : 1. Objek *murabahah* dijual oleh nasabah kepada LKS dengan harga pasar, 2. Nasabah melunasi sisa hutangnya kepada LKS dari hasil penjualan 3. Apabila hasil penjualan melebihi sisa hutang maka kelebihan itu dapat dijadikan uang muka untuk akad *ijarah* atau bagian modal dari *mudharabah* dan *musyarakah*, Apabila hasil penjualan lebih kecil dari sisa hutang maka sisa hutang tetap menjadi hutang nasabah yang cara pelunasannya disepakati antara LKS dan nasabah.¹⁹

Diantara point penting dari fatwa kedua tentang *Ta'widh* ini secara garis besarnya adalah sebagai berikut :

1. Ganti rugi (*Ta'widh*) dibebankan kepada pihak nasabah yang telah sengaja menunda-nunda pembayaran sehingga pihak bank dirugikan akibat keterlambatan pembayaran ini.
2. Jumlah kerugian yang dibayar dihitung berdasarkan kerugian riil yang telah terjadi (*real loss*) bukan kerugian yang bakal terjadi (*Potential Loss*).
3. Ganti rugi hanya boleh dikenakan pada akad yang menimbulkan utang piutang (*Dain*) seperti *Murabahah-Ijarah-Salam*.
4. Dalam akad *Mudharabah* dan *Musyarakah*, ganti rugi hanya dibebankan kepada *Shahibul Mal* atau salah satu pihak yang keuntungannya sudah jelas tapi tidak dibayarkan.
5. Ganti rugi yang diterima dapat diakui sebagai pendapatan dan hak bagi pihak yang menerimanya.
6. Besarnya ganti rugi tidak boleh dicantumkan dalam akad.²⁰

¹⁷ Dana yang direstrukturisasi hanyalah sisa kewajiban hutang nasabah tanpa menghitung/mengambil keuntungan dari bunga dan nilai uang dari waktu (time value of money).

¹⁸ Lihat Fatwa DSN No 49/DSN-MUI/II/2005 tentang Konversi Akad Murabahah

¹⁹ Trisadini Prasastinah Usanti, *Penanganan Resiko Hukum Pembiayaan di Bank Syariah*, Jurnal Yuridika, Volume 29 No. 1 Januari-April 2014, hal. 6

²⁰ Lihat fatwa selengkapnya dalam kumpulan Fatwa DSN

Jadi, perbedaan prinsip antara *Ta'zir* dan *Ta'widh* adalah terletak pada akad dan peruntukannya. *Ta'zir* berupa denda yang ditetapkan diawal kontrak dan peruntukannya bagi nasabah yang belum masuk kategori taraf *colectibility* (kredit macet). Pengalokasian dananya untuk kegiatan sosial bukan *profit bisnis oriented*. Adapun *Ta'widh* berupa ganti rugi yang harus dibayar oleh nasabah yang telah mengalami taraf *colectibility*, tidak ditetapkan diawal kontrak namun dihitung berdasarkan kerugian riil yang dialami pihak bank. Orientasinya lebih bersifat profit bisnis karena dimasukkan dalam pendapatan bank sebagai kompensasi atas kerugian yang dialami bank.

Adapun *ratio legis* dari lahirnya kedua fatwa DSN ini adalah bertujuan untuk memberikan asas maslahat dalam rangka mendisiplinkan nasabah agar konsisten dalam memenuhi kewajibannya sebagai debitur serta sebagai upaya preventif agar tidak terjadi kerancuan *cash and flow* dalam sistem perbankan.

Force Majeur (Overmatch) Menurut KUH Perdata dan KHES

Istilah Force Mayor berasal dari bahasa Perancis *force majeure* berarti kekuatan yang lebih besar yaitu suatu kejadian yang terjadi diluar kemampuan manusia dan tidak dapat dihindarkan sehingga suatu kegiatan tidak dapat dilaksanakan sebagaimana mestinya. Dalam bahasa hukum disebut sebagai keadaan *overmatch* yaitu keadaan memaksa sehingga bisa dijadikan alasan untuk dibebaskan dari kewajiban membayar ganti rugi.²¹ *Force Majeure* biasanya merujuk pada tindakan alam (*act of God*), seperti bencana alam (banjir, gempa bumi), epidemik, kerusakan, pernyataan perang, perang dan sebagainya.

Sebagai parameter untuk menentukan keadaan itu tergolong *overmatch* (memaksa), dapat dilihat dari ketentuan KUH Perdata pasal 1244-1245 yaitu dalam Pasal 1244 KUH Perdata berbunyi: "*Jika ada alasan untuk itu, si berutang harus dibukuk menggantikan biaya, rugi dan bunga apabila ia tak dapat membuktikan, bahwa hal tidak atau tidak pada waktu yang tepat dilaksanakannya perikatan itu, disebabkan suatu hal yang tak terduga, pun tak dapat dipertanggungjawabkan padanya, kesemuanya itu pun jika itikad buruk tidaklah ada pada pihaknya*". Selanjutnya Pasal 1245 KUH Perdata berbunyi: "*Tidaklah biaya rugi dan bunga, harus digantinya, apalagi lantaran keadaan memaksa atau lantaran suatu kejadian tak disengaja si berutang beralangan memberikan atau berbuat sesuatu yang diwajibkan, atau lantaran hal-hal yang sama telah melakukan perbuatan yang terlarang.*"²²

²¹ R. Subekti, *Hukum Perjanjian*, Jakarta, PT. Intermassa 1979, hal. 55

²² Lihat Teks asli dalam KUH Perdata

Sedangkan dalam KHES, pengaturan lebih lanjut mengenai istilah keadaan memaksa (*force majeure/overmatch*) bisa ditemukan pada pasal 40 yang berbunyi “Keadaan memaksa/darurat adalah keadaan dimana salah satu pihak yang mengadakan akad terbalang untuk melaksanakan prestasinya”.

Adapun syarat sebuah keadaan itu dapat dikategorikan memaksa/darurat diatur dalam pasal 41 sebagai berikut :

- a. Peristiwa yang menyebabkan terjadinya *Force Majeure* tersebut haruslah “tidak terduga” oleh para pihak.
- b. Peristiwa tersebut tidak dapat dipertanggungjawabkan kepada pihak yang harus melaksanakan prestasi (debitur).
- c. Peristiwa yang menyebabkan terjadinya *Force Majeure* itu diluar kesalahan pihak debitur.
- d. Para debitur tidak dalam keadaan i'tikad buruk.²³

Dari kedua peraturan diatas, memberikan gambaran bahwa seorang nasabah tidak bisa dikenakan denda (*Ta'zir*) dan ganti rugi (*Ta'widh*) ketika nasabah tersebut sedang dalam keadaan *force majeure (overmatch)*. Adapun kondisi/keadaan memaksa itu bisa berupa bencana alam seperti gempa bumi, tanah longsor, banjir, kebakaran, adanya perang, huru-hara, pemberontakan, pemogokan, dan epidemi (wabah penyakit) maupun tindakan pemerintah di bidang moneter yang langsung mengakibatkan kerugian luar biasa. Kondisi-kondisi yang seperti ini dikategorikan sebagai keadaan memaksa absolut (*overmatch absolute*) yang terjadi diluar kekuasaannya.

Sedangkan keadaan memaksa relatif (*overmatch relative*) hanya bersifat ditunda seperti seorang nasabah yang mengajukan pembiayaan modal dengan akad *muzara'ah* (usaha tani) dari Bank Syariah, dengan perjanjian akan dibayar pada musim panen dengan nisbah bagi hasil. Tetapi sebelum panen, padinya diserang oleh hama. Dengan demikian, pada saat itu ia tidak mampu memenuhi prestasinya, tetapi ia akan membayar pada musim panen mendatang.

Yahya Harahap menjelaskan bahwa akibat hukum dari adanya *overmatch (force majeure)* membawa konsekuensi sebagai berikut :

- a. Membebaskan debitur dari membayar ganti rugi. Dalam hal ini, hak kreditur untuk menuntut akan gugur untuk selama-lamanya. Jadi, pembebasan ganti rugi sebagai akibat keadaan memaksa adalah pembebasan mutlak.

²³ Lihat teks asli dalam KHES

- b. Membebaskan debitur dari kewajiban melakukan pemenuhan prestasi yang diakibatkan keadaan memaksa relatif. Pembebasan itu pada umumnya hanya bersifat menunda, selama keadaan *Force Majeure* (*Overmatch*) itu masih menghalangi/merintangangi debitur melakukan pemenuhan prestasi. Bila keadaan memaksa itu hilang, kreditur dapat kembali menuntut pemenuhan prestasi. Pemenuhan prestasi tidak gugur selama-lamanya, hanya tertunda, sementara keadaan memaksa masih ada.²⁴

Dari ketentuan pengaturan akibat hukum yang dikemukakan Yahya Harahap diatas, maka *overmatch* (*force majeure*) itu bisa dikelompokkan menjadi dua bagian yaitu pertama dalam hal keadaan Memaksa Absolut maka Debitur tidak perlu membayar ganti rugi (Pasal 1244 KUH Perdata) dan Kreditur tidak berhak atas pemenuhan prestasi, tetapi sekaligus demi hukum bebas dari kewajibannya untuk menyerahkan kontra prestasi, kecuali untuk yang disebut dalam Pasal 1460 KUH Perdata.

Sedangkan bagian kedua, dalam hal keadaan memaksa relatif maka beban risiko tidak berubah, terutama pada keadaan memaksa sementara. Pembebasan hanya bersifat menunda, bila keadaan memaksa hilang maka kreditur dapat kembali menuntut pemenuhan prestasi.²⁵

Dalam kerangka pengembangan hukum ekonomi Islam, secara konseptual ketentuan *force majeure* ini juga mendapat landasan yuridis dari hadis nabi²⁶ dan beberapa kaidah *fiqhiyyah*²⁷ ketika berbicara tentang masalah *mu'amalah* (transaksi ekonomi), karena tidak ada satupun nas/dalil yang melarang suatu bentuk perjanjian yang mensyaratkan hal-hal tertentu sebagai tindakan preventif apabila terjadi bencana yang sama sekali tidak diinginkan dan tidak terduga oleh kedua belah pihak sebagaimana yang dimaksudkan dalam klausul *Force Majeure*. Bahkan dapat dikatakan pencantuman klausul tersebut merupakan salah satu bentuk aplikasi nyata dari konsep *Hifdzul Mal*

²⁴ Yahya harahap dikutip dari buku Rahmat S.S. Soemadipradja, *Penjelasan Hukum tentang Keadaan Memaksa*, (Jakarta: Gramedia, 2010), hal 12

²⁵ Prodjodikoro, Wirjono. 1990. *Azas-Azas Hukum Perdata*. Bandung: PT. Bale Bandung "SUMUR BANDUNG"

²⁶ Yaitu hadis "Perjanjian boleh dilakukan di antara kaum muslimin kecuali perjanjian yang menghalalkan yang haram dan menghalalkan yang haram dan kaum muslimin terikat dengan syarat mereka kecuali syarat yang mengharamkan yang halal dan menghalalkan yang haram. Untuk teks asli lihat At-Tirmizi, *Sunan At-Tirmizi*, Juz III, (Beirut: Dar Al-Garbi Al-Islami, 1998), hal 626.

²⁷ Kaidah yang dimaksud berbunyi : "Hukum asal dalam semua bentuk muamalah adalah boleh dilakukan kecuali ada dalil yang mengharamkannya. Teks lengkapnya lihat pada A. Djazuli, *Kaidah-Kaidah Fikih*, Jakarta: Kencana, 2010, hal. 130.

(memelihara harta) yang dirumuskan oleh As-Syatibi dalam teori *Maqashid Syari'ah*.²⁸

Lebih jauh lagi, *Force Majeure* merupakan keadaan darurat sekaligus menyulitkan sehingga dapat dikaitkan dengan kaidah yang lebih khusus lagi, sebagaimana dalil yang dipakai oleh teori keadaan yang memberatkan (*masyaqqah*) dalam hukum Islam.²⁹

Pengecualian bagi nasabah yang tergolong *force majeure* dalam fatwa ini merupakan sebuah keringanan dan upaya perlindungan hukum bagi nasabah dalam menghadapi situasi tak terduga yang terjadi diluar kemampuannya dalam menjalani kontrak bisnis sebagaimana mestinya.

Dalam tataran aplikasi perbankan syariah, biasanya ketentuan *Force majeure (overmatch)* ini dibuat diawal kontrak dengan ketentuan batas limitasi sebagai berikut:³⁰

²⁸ Konsep maqashid syariah pertama kali diperkenalkan oleh Abu Ishaq Al-Syatibi dalam kitabnya al-Muwafaqat yang menguraikan bahwa tujuan pentasyriatan hukum itu adalah untuk kemaslahatan manusia di dunia dan diakhirat. As-syatibi meletakkan posisi maslahat sebagai 'Illat hukum atau alasan pentasyriatan hukum Islam yang mencakup lima tujuan dasar yaitu memelihara agama, memelihara jiwa, memelihara akal, memelihara keturunan dan memelihara harta. Dikutip dari buku Mahsun Fuad, *Hukum Islam Indonesia : dari nalar partisipatoris hingga emansipatoris*, Yogyakarta, PT. LkiS Pelangi Aksara : 2005

²⁹Dalil yang dimaksud yaitu "*Kesulitan itu harus dibilangkan*" dan "*Kesukaran Mendatangkan Kelonggaran*". Lihat teks asli dalam himpunan kaidah-kaidah fihiyyah.

³⁰ Ketentuan lebih lanjut dapat dilihat pada kontrak pembiayaan Murabahah Bank BNI Syariah pasal 17 :

1. Para pihak dibebaskan dari kewajiban untuk melaksanakan isi Akad ini, baik sebagian maupun keseluruhan apabila kegagalan atau keterlambatan melaksanakan kewajiban tersebut disebabkan keadaan memaksa (Force Majeure)
2. Yang dimaksud dengan keadaan memaksa (Force Majeure) adalah sesuatu peristiwa atau keadaan yang terjadi diluar kekuasaan atau kemampuan salah satu atau Para Pihak, yang mengakibatkan salah satu atau Para Pihak tidak dapat melaksanakan hak-hak dan atau kewajiban-kewajiban sesuai dengan ketentuan dalam perjanjian ini, termasuk namun tidak terbatas pada kebakaran, bencana alam, peperangan, aksi militer, huru-hara, malapetaka, pemogokan, epidemi, dan kebijaksanaan maupun peraturan Pemerintah atau penguasa setempat yang secara langsung dapat mempengaruhi pemenuhan pelaksanaan Perjanjian.
3. Dalam terjadi keadaan memaksa (Force Majeure), pihak yang mengalami peristiwa yang dikategorikan sebagai keadaan memaksa (Force Majeure) wajib memberitahukan secara tertulis tentang hal tersebut kepada Pihak yang lainnya, dengan melampirkan bukti secukupnya dari kepolisian atau instansi yang berwenang mengenai terjadinya keadaan

1. Pihak yang mengalami keadaan *Force Majeur* diberikan waktu selambat-lambatnya 14 hari untuk melaporkan keadaan memaksa tersebut secara tertulis dengan disertai bukti secukupnya dari instansi yang berwenang.
2. Jika dalam 30 hari sejak diterimanya pemberitahuan tersebut tidak ada tanggapan, maka peristiwa (keadaan memaksa) tersebut dianggap disetujui oleh para pihak.
3. Setelah keadaan memaksa tersebut hilang, maka pihak yang mengalami keadaan memaksa (*overmatch*) tersebut wajib memenuhi segala prestasi yang tertunda.

Dalam praktik peradilan, terkadang pihak berperkara mempergunakan istilah *overmatch* (keadaan memaksa) untuk menghindari tuntutan wanprestasi (kelalaian) dari pihak lawan. Pihak Tergugat adakalanya berargumen bahwa penyebab kelalaiannya dalam memenuhi sebuah prestasi disebabkan karena keadaan memaksa yang tak bisa dihindari. Disinilah kejelian hakim untuk bisa membedakan antara *overmatch* dan *wanprestasi* yang sesungguhnya. *Overmatch* merupakan keadaan memaksa yang tidak bisa dihindari sedikitpun oleh para pihak karena hal itu diluar kekuasaan dan kehendaknya sendiri, sedangkan wanprestasi jelas merupakan kelalaian pihak dalam memenuhi prestasinya karena unsur kesengajaan dan i'tikad buruk. Hakim jangan terjebak dengan penggunaan *overmatch* untuk menutupi kelalaian pihak berperkara dalam memenuhi prestasinya. Apapun alasannya antara *overmatch* dan *wanprestasi* adalah dua hal yang berbeda.

Simpulan

Dari uraian diatas dapat ditarik kesimpulan sebagai berikut :

1. *Ta'zir* dan *Ta'widh* adalah sejumlah denda dan ganti rugi yang diterapkan oleh perbankan syariah berdasarkan fatwa DSN nomor 17/DSN-MUI/IX/2000 dan nomor 43/DSN-MUI/VIII/2004. Tujuannya adalah

memaksa (*Force Majeure*) tersebut selambat-lambatnya 14 (empat belas) Hari Kerja terhitung sejak terjadinya keadaan memaksa (*Force Majeure*) tersebut.

4. Bilamana dalam waktu 30 (tiga puluh) hari kalender sejak diterimanya pemberitahuan dimaksud, belum atau tidak ada tanggapan dari pihak yang menerima pemberitahuan, maka adanya peristiwa tersebut dianggap telah disetujui oleh pihak tersebut.
5. Setelah berakhir atau dapat di atasnya keadaan memaksa (*Force Majeure*), pihak yang mengalami keadaan memaksa (*Force Majeure*) wajib segera melaksanakan kewajiban-kewajibannya yang tertunda.

untuk memberikan asas maslahat bagi pihak yang bertransaksi baik dari segi pendisiplinan nasabah maupun memberikan kepastian hukum bagi perkembangan siklus keuangan dan kinerja perbankan syariah.

2. Perbedaan mendasar antara *Ta'zir* dan *Ta'widh* terletak pada tataran aplikasi dan peruntukannya. *Ta'zir* dibuat diawal kontrak tanpa bunga dan peruntukannya digunakan sebagai dana sosial, sedangkan *Ta'widh* tidak dibuat diawal kontrak melainkan dihitung pada waktu tertentu berdasarkan kerugian riil yang dialami pihak Bank. Peruntukkan dananya dijadikan sebagai pendapatan murni dari Bank.
3. Dalam hal para pihak tidak bisa memenuhi prestasinya karena kondisi *Force Majeur (Overmatch)*, maka pihak tersebut tidak bisa dikenakan *ta'zir* dan *ta'widh* bahkan dibebaskan jika keadaan memaksa tersebut berada pada taraf memaksa absolut. Sedangkan dalam keadaan memaksa relatif hanya diberikan penundaan waktu, jika keadaan tersebut kembali normal, pihak debitur dituntut kembali untuk memenuhi prestasinya.
4. Secara konseptual kondisi *Force Majeur (overmatch)* memiliki persamaan "*illat hukum*" (ratio legis) dengan teori *masyaqqah* yang dikembangkan para ahli hukum Islam. Tujuannya juga linear dengan konsep *Hifdzul Mal* (memelihara harta) sebagaimana yang dikembangkan oleh As-Syatibi dalam teori *Maqashid Syariah*.

Daftar Pustaka

- A.Djazuli, *Kaidah-Kaidah Fikih*, Jakarta: Kencana, 2010
- Ali Hasan, dkk., *Menjawab Keraguan Umat Islam Terhadap Bank Syariah*, Jakarta : Pusat Komunikasi Ekonomi Syariah, 2007
- Amir Syarifuddin, *Garis-Garis Besar Fiqh*, Cet. I, Bogor : Prenada Media, 2003
- Ani Fitriyani, *Pengaruh Pengenaan Ta'zir Terhadap Tingkat NPF*, Skripsi S.1 Fakultas Syariah dan Hukum, Universitas Islam Syarif Hidayatullah, Jakarta 2012
- Kitab Undang-Undang Hukum Perdata
Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah
Kumpulan Fatwa Dewan Syariah Nasional
- Mahsun Fuad, *Hukum Islam Indonesia : dari nalar partisipatoris hingga emansipatoris*, Yogyakarta, PT. LkiS Pelangi Aksara : 2005
- Peraturan Bank Indonesia Nomor 7/2/PBI/2005
- Prodjodikoro, Wirjono. 1990. *Azas-Azas Hukum Perdata*. Bandung: PT. Bale Bandung

- R. Subekti, *Hukum Perjanjian*, Jakarta, PT. Intermassa 1979
- Rahmat S.S. Soemadipradja, *Penjelasan Hukum tentang Keadaan Memaksa*, Jakarta: Gramedia, 2010
- Sunan *An-Nasai*, Juz III, Beirut: Dar Al-Garbi Al-Islami, 1998
- Sunan *At-Tirmizi*, Juz III, Beirut: Dar Al-Garbi Al-Islami, 1998
- Tim Kashiko, *Kamus Lengkap Arab Indonesia*, Surabaya: Kashiko, 2000
- Trisadini Prasastinah Usanti, *Penanganan Resiko Hukum Pembiayaan di Bank Syariah*, Jurnal Yuridika, Volume 29 No. 1 Januari-April 2014
- Undang Undang Nomor 21 Tahun 2011 Tentang Otoritas Jasa Keuangan
- Undang Undang Nomor 23 Tahun 1999 Tentang Bank Indonesia
- Wahbah Az- Zuhaili, *Fiqh al-islam wa adillatuhu*, jilid V, Cet. X, Damaskus, Dar al-fikr, 2007.

Internet :

www.iqtishadconsulting.com

<http://kompas.com>

<http://www.kompasiana.com/tenderwatch/>