BAB III

ANALISIS HUKUM PEMBUKTIAN TERBALIK DALAM FATWA DSN NOMOR 105/DSN-MUI/X/2016 DALAM PERSPEKTIF EKONOMI SYARIAH, YURIDIS DAN FILOSOFIS

A. Hukum Asal Terbebasnya Pengelola Modal dari Tanggungjawab Terhadap Kerugian yang Terjadi atas Usaha yang Dijalankan

Dalam kajian hukum ekonomi Islam, para ulama sepakat tentang hukum asal bahwa pengelola modal baik *mudharib* atau *wakil* (pihak yang diberikan kuasa dalam mengelola usaha) tidak bertanggungjawab atas kerugian yang terjadi dari usaha yang dijalankan sepanjang kerugian tidak disebabkan oleh *ta'addi* dan *tafrith*. Ketiadaan tanggungjawab pada dasarnya lahir karena pengelola modal dalam menjalankan usaha atas dasar persetujuan dan keinginan pemilik modal tanpa berniat menguasai modal yang telah dipercayakan. Pengelola modal dianggap sebagai wakil pemilik modal dalam hal pengelolaan aset dan usaha. Apabila dalam menjalankan usaha terjadi kebangkrutan/kerugian maka konsekuensinya juga menjadi kerugian pemilik modal.

Adapun jika kerugian dalam pengelolaan usaha disebabkan adanya sikap *ta'addi* (kelalaian) dan *tafrith* (kesengajaan), maka kerugian tersebut menjadi tanggungjawab pengelola modal, baik kerugian tersebut langsung disebabkan oleh kelalaian dalam pengelolaan modal maupun karena kesengajaan dengan modus untuk melakukan kejahatan perbankan yang bersifat menguntungkan dan memperkaya diri sendiri.

Untuk mengukur batasan *ta'addi* (kelalaian) dan *tafrith* (kesengajaan) harus berdasarkan penilaian para ahli yang mengerti dan memahami tentang pengelolaan modal dan pengembangan usaha. Biasanya para ahli (expert) terlebih dahulu akan menetapkan apakah telah terjadi kesengajaan dan kelalaian atau tidak dalam pengelolaan harta tersebut. Mereka juga dapat mengukur batasan nominal ganti rugi yang harus ditanggung oleh orang-orang yang diamanatkan berdasarkan aturan dan praktik yang berlaku pada platform dan transaksi-transaksi muamalah pada lembaga keuangan mereka.[1]

Pengelola modal yang diberikan kepercayaan untuk mengembangkan aset/modal ketika digugat tentang kerugian/kebangkrutan atas usaha yang dikelola yang tidak disebabkan oleh *ta'addi* dan *tafrith*, seharusnya dibebaskan, karena pada hakikatnya patokan yang dianggap benar adalah klaim pengelola modal. Pengelola modal atau wakil (kuasa) dalam pengelolaan modal merupakan orang yang diberi amanah. Mereka tidak bertanggungjawab atas kerugian harta selama bukan karena kesengajaan dan kelalaian. Hukum asalnya adalah diterimanya klaim mereka dalam hal penolakan tanggungjawab terhadap harta yang rusak atau hilang ketika kerusakan tersebut bukan disebabkan kelalaian dan kesengajaan.

Bebasnya tanggungjawab pengelola modal terhadap harta yang dijalankannya didasarkan pada dua argumentasi yaitu:

1. Adanya teori *istishab al-bara'ah al-ashliyyah*.

[1] *Radd al-Mukhtar*, juz 4 hal. 494, *Badai as-sona'i*, juz 6 hal.213, *al-Mabsuth*, juz 23 h. 128, *Mugni al-Muhtaj* juz 2 h.79, *Raudhatut Thalibin*, juz 4 hal 96, *al-Qawanin al-fiqhiyyah*, h.379

Istishab secara bahasa (etimologi) berasal dari kata *istishhaba* (استصحاب) dalam sighat *istif'ala* (استفعال) yang artinya طلب الصحابة (mencari persahabatan)[2], اعتبار الصحابة (menganggap bersahabat), [3] dan طلب الصحبة (mencari teman).[4] *Suhbah* dimaknai dengan membandingkan sesuatu kemudian mendekatkannya. Dengan demikian, secara bahasa (etimologi), dipahami bahwa *istishab* adalah mendekatkan suatu peristiwa dengan hukum tertentu dengan peristiwa lainnya sehingga keduanya dinilai sama status hukumnya.

Secara istilah, *istishab* adalah suatu metode menetapkan hukum yang sudah ada sebelumnya selama belum ada dalil (bukti hukum) baru yang menyatakan sebaliknya. *Istishab* bukanlah merumuskan hukum yang baru akan tetapi justru mencari hukum sekarang yang didasarkan pada hukum lama.[5] Dengan kata lain, *istishab* adalah memberlakukan hukum lama selama belum ada hal lain yang mengubahnya. Sehingga pola *istishab* bukan menciptakan hukum baru, melainkan mempertahankan dan melestarikan hukum lama.[6]

Di bidang muamalah, prinsip *istishab* melahirkan satu asas hukum bahwa setiap transaksi muamalah dihukumi boleh/mubah sampai ada dalil yang menyatakan tidak boleh (keharamannya). Hal ini berbeda dengan bidang ibadah dimana setiap sesuatu adalah haram/tidak boleh kecuali ada dalil yang menyatakan kebolehannya. Pengembangan dari *istishab* ini yaitu *istishab al-bara'ah al-*

---

[2] Ali Hasaballah, *Ushul al-Tasyri al-Islami*, (Kuwait: Daar al-Ma'arif), t.t.) h.197.

[3] Abd al-Wahhab Khallaf, *'Ilm Ushul al-Fiqh*, (Jeddah: al-Haramain, 2004), h.91

[4] Abd al-Aziz al-Rab'iyyah, *Adillat al-Tasyri' al-Mukhtalaf fi al-Ihtijaj fiiha*, (Beirut: Muassasat al-Risalat, 1979), h.275.

[5] H.A. Djazuli dan I. Nurol Aen, *Ushul Fiqh Metodologi Hukum Islam*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2000), h.194

[6]Masykur Rosyid, *Istishab Sebagai Solusi Pemecahan Masalah Kekinian*, Jurnal Hukum dan Pemikiran Syariah, Volume 8, No. 1, Juni 2018, h.48

ashliyyah (استصحاب البراءة الاصلية) yaitu menetapkan hukum yang berpegang pada prinsip bahwa pada dasarnya setiap orang itu bebas dari tuntutan beban sampai ada dalil yang menyatakan sebaliknya. Prinsip ini juga melahirkan kaidah fikih bahwa pada dasarnya setiap orang itu terbebas dari tanggungan (الاصل براءة الذمة)

Teori *al-bara'ah al-ashliyyah* yang diaplikasikan dalam konteks tanggungjawab pengelola modal/wakil dalam menginvestasikan modal difahami sebagai memberlakukan hukum yang lama dengan kebebasan yang melekat bagi orang yang diamanahkan dan menguasai harta tersebut. Karena hukum asalnya adalah *bara'ah al-dzimmah* yaitu bebasnya tanggungan dari segala tanggungjawab terhadap usaha yang dijalankan. Hukum asal atas kebebasan tersebut tidak dapat diubah kecuali jika pemilik harta dapat menghadirkan bukti-bukti terkait kesengajaan dan kelalaian pengelola modal yang dapat menghilangkan kebebasan tersebut. Hal inilah yang dimaksud dengan jika terjadi sengketa maka hukum asal perkataan (klaim) yang diterima adalah perkataan (klaim) pengelola modal selaku pihak yang diberikan amanah dalam hal membebaskan dirinya atas tanggungjawab kerugian selama kerugian tersebut bukan karena kesengajaan (*ta'addi*) dan kelalaian (*tafrith*).

2. Berdasarkan hadis Nabi Saw.

البَيِّنَةَ على المدَّعِى، واليَمينَ على مَن أنكَرَ

Artinya: "Bukti itu harus dihadirkan oleh orang yang menuduh sedangkan sumpah menjadi *hujjah* bagi orang yang dituduh".

Menurut Ibu Arabi, hadis di atas merupakan hikmah dari hukum ketetapan Allah Swt. demi kemaslahatan manusia. Al-Wansyarisi mengatakan bahwa para fukaha menjadikan perkataan orang yang menuduh walaupun kedua belah pihak berpotensi untuk berbohong. Hal tersebut karena pihak yang dituduh memiliki kebebasan tanggungan atas hak-hak yang dituntut, kemerdekaan atas hak anggota tubuhnya dari hukuman *qishas* dan *ta'zir* dan kebebasan dirinya yang dinisbahkan kepada orang tertentu dari perkataan dan perbuatannya.[7]

Penggugat (*al-mudda'i*) dalam hadis ini adalah orang yang menuduh atau menuntut atau pihak yang berlawanan dengan asalnya. Sebagai konsekuensi, dia harus menghadirkan bukti yang kuat dan menanggung akibat dari pembuktian tersebut. Hal itu disebabkan karena penuntut membutuhkan apa yang menguatkannya dan menghilangkan keraguannya. Sebagaimana disampaikan dalam kitab *Majallah Al-ahkam Al-adliyyah* bahwa pembuktian itu digunakan untuk menetapkan perselisihan yang zahir (*khilaf al-zahir*) dan sumpah untuk menetapkan hukum asal.[8]

Ahmad Zarqa menafsirkan kalimat "*khilaf al-zhahir*" dalam keterangannya dengan *khilaf al-ashl* dan berpendapat "jika salah seorang yang berselisih berpegang pada hukum asal dan yang lainnya lemah dalam menghadirkan bukti atas apa yang ia tuduh, maka perkataan yang diterima adalah perkataan yang berpegang pada hukum asal dengan sumpahnya.[9]

---

[7] *Iddah al-Buruq lil Wansyarisi*, h.482

[8] Ini merupakan kaidah yang dipegang oleh Mazhab Hanafi, lihat dalam *Qawaid al-Mujadadi al-Barkati*, h.66

[9] *Syarh Qawaid al-fiqhiyyah* oleh Abu Zarqa, h.323

Hal ini berbeda dengan posisi tergugat (*al-muadda'i alaihi*) yaitu orang yang berpegang pada prinsip asal sehingga perkataan yang dipegang adalah perkataannya berdasarkan hukum asal bahwa dia terbebas dari tanggungjawab atas usaha yang dipercayakan kepadanya. Hal itu cukup dengan perkataan (lafaz) sumpah saat orang lain mengingkarinya karena kekuatan posisinya.[10] Menurut Ibnu Qayyim, ketika posisi orang yang dituduh memiliki kekuatan karena *bara'ah al-ashliyyah* maka sumpah menjadi salah satu senjatanya seperti orang yang diberikan kepercayaan untuk mengelola usaha, orang yang diberikan titipan dan orang yang diwakilkan, maka perkataan merekalah yang menjadi patokan disebabkan kuatnya kedudukan mereka dan ini merupakan prinsip hukum yang berlaku.[11]

B. Analisis Ekonomi Syariah tentang Faktor-faktor Penentu Berpindahnya Beban Pembuktian Kepada Pengelola Modal

Nazih Hammad dalam kitab '*Uyun Al-Mustajiddat Al-Fiqhiyyah Fi Shina'ati Al-Mashrifiyyah Al-Islamiyyah*, mengemukakan ada 4 (empat) faktor yang menyebabkan berpindahnya beban pembuktian terhadap pengelola modal yaitu:

1. *Al-'Urf* (Kebiasaan/adat istiadat)

Dalam kehidupan masyarakat terdapat kebiasaan, praktik atau tradisi yang populer di tengah kehidupan masyarakat. Tradisi tersebut berupa perkataan atau perbuatan yang berlaku secara umum, hal semacam ini disebut dengan *'urf*. Kebiasaan-kebiasaan tersebut dapat menjadi bahan pertimbangan ketika akan

[10]Ibnu Hajar Al-asqalani*, Fathul Bari, jilid 5, Dar Taybah li Nasyr wat Tawzi',* h.243
[11] *At-Turuq al-hukmiyah fi Siyasah As-Syar'iyyah*, h.67

menetapkan hukum Islam dalam transaksi ekonomi yang semakin berkembang terutama terkait masalah-masalah yang tidak ada ketegasan hukum dalam al-Qur'an dan Hadis.

'*Urf* berasal dari kata *'arafa* yang mempunyai derivasi kata *al-ma'ruf* yang berarti sesuatu yang dikenal atau diketahui.[12] Sedangkan *'urf* menurut bahasa adalah kebiasan yang baik. Adapun pengertian *'urf* adalah sesuatu perbuatan atau perkataan dimana jiwa merasakan suatu ketenangan dalam mengerjakannya karena sudah sejalan dengan logika dan dapat diterima oleh watak kemanusiaan.[13] Menurut fukaha, *'urf* adalah segala sesuatu yang telah menjadi kebiasaan masyarakat dan dilakukan terus-menerus, baik berupa perkataan maupun perbuatan.[14] Maka dapat dipahami, *'urf* adalah perkataan atau perbuatan baik yang telah populer dan dikerjakan orang banyak dalam masyarakat secara berulang-ulang.

Kaidah yang perlu diperhatikan dan menjadi fokus kajian terdahulu jika terjadi perselisihan/sengketa tentang gagalnya usaha yang dijalankan oleh pengelola modal, maka perkataan (klaim) yang diterima adalah perkataan (klaim) pihak tergugat selaku pengelola modal karena pada dasarnya, pengelola modal bebas dari tanggungjawab jika terjadi kegagalan terhadap usaha yang dikelolanya. Namun kaidah ini bisa berubah tergantung pada faktor kebiasaan dan kondisi sosial ekonomi yang terjadi pada masyarakat. Jika terjadi sengketa/perselisihan akibat

---

[12] Rijal Mumazziq Zionis, *Posisi al-'Urf dalam Struktur Bangunan Hukum Islam*. Jurnal Falasifa, Vol. 2 No. 2, Sekolah Tinggi Agama Islam al-Falah As-Sunniyyah (STAIFAS), 2011), h.132.

[13] Muhammad Ma'sum Zainy al-Hasyimy, *Sistematika Teori Hukum Islam* (*Qowa'id Fiqhiyyah*) (Jombang: Darul Hikmah Jombang dan Maktabah al-Syarifah AlKhodijah, 2008), h.79-80

[14] Umar Syihab, *Hukum Islam dan Trasformasi Pemikiran* (Semarang: Dina Utama Semarang (Toha Putra Group), 1996), h.30.

gagalnya usaha atas modal yang dikelola, maka perkataan (klaim) yang dipegang tidak lagi perkataan tergugat selaku pengelola modal sepanjang pihak pengelola bisa membuktikan bahwa tuduhan *ta'addi* dan *tafrith* yang dialamatkan kepadanya adalah tidak benar. Hal ini membawa sebuah konsekuensi hukum baru yang berbeda dengan hukum asalnya. Pada hukum asal pihak pengelola dibebaskan dari tanggungjawab sedangkan pada hukum baru memiliki tanggungjawab dimana perkataan (klaim) pengelola tidak sepenuhnya diterima kecuali dia dapat membuktikan tuduhan yang ditujukan kepadanya tidak benar.

Dalam konteks ini, jika terdapat pertentangan antara *istishab* dengan *'urf*, maka eksistensi *'urf*/kondisi sosial lebih diutamakan daripada berpegang kepada kaidah *istishab* hukum asal yaitu bebasnya tanggungjawab. Dengan demikian ketika berpindahnya status *'urf* menjadi hukum asal maka yang menjadi patokan adalah perkataan (klaim) pemilik modal selaku penggugat. Adapun konsep *istishab* berupa bebasnya tanggungan sudah tidak berlaku dan bertentangan dengan '*urf* sehingga *istinbath* hukumnya pihak tergugatlah yang wajib dibebani pembuktian.[15]

Adanya pergeseran norma terkait beban pembuktian menunjukkan bahwa hukum itu berubah mengikuti konteksnya. Setting sosial masyarakat ekonomi (*'urf*) sangat berpengaruh terhadap pembentukan hukum itu sendiri. Transaksi ekonomi sekarang sarat dengan modus-modus kejahatan dan pelanggaran etika bisnis sehingga untuk memberikan perlindungan hukum kepada pihak pemilik modal

[15] Pergeseran norma ini juga selaras dengan kaidah fiqhiyyah dari mazhab Hanbali yang mengatakan: "*Diterimanya perkataan pihak yang diberikan Amanah baik dalam mengelola usaha maupun jika terjadi kerugian selama hal itu tidak bertentangan dengan kebiasaan (kondisi sosial yang berlaku)*".

(*shahib al-mal*) maka dibolehkan kepada pengelola modal untuk memberikan jaminan agar bisnis yang dijalankan bisa berjalan sesuai kesepakatan. Begitu pula dengan klaim pengelola modal (*mudharib*) yang mengatakan usaha tersebut dijalankan atas dasar kesungguhan harus betul-betul dibuktikan keabsahannya.

2. *Al-Tuhmah* (Persangkaan/Praduga bersalah)

Al-tuhmah (Persangkaan/praduga) disini adalah mempertimbangkan diantara dua keraguan dan mengambil kemungkinan yang terbaik dengan melihat kepada petunjuk dan indikator antara kebohongan pengelola modal tentang hilangnya kepercayaan atau gagalnya usaha tanpa adanya unsur *ta'addi* (kelalaian) dan *tafrith* (kesengajaan).

Persangkaan/praduga ini merupakan faktor penentu berpindahnya beban pembuktian (menegakkan pembuktian atas kebenaran gugatan) dari pemilik modal kepada pengelola modal. Dalam istilah fikih persangkaan/praduga ini disebut dengan *al-tuhmah* yaitu dugaan kuat bahwa perilaku tersebut bukan hanya perasaan tapi ada indikator lain yang mengarah pada penyelewengan atau kebohongan pengelola modal.

Al-tuhmah (praduga) terletak pada obyek yang sulit diidentifikasi, oleh karena itu jika pengelola modal dapat menghadirkan bukti bahwa obyek tersebut rusak bukan karena wanprestasi maka pembuktiannya dapat diterima. Ketentuan *al-tuhmah* (praduga) ini dijelaskan Imam Malik dalam kasus *Rahn* dimana orang yang meminjam memiliki kewajiban/posisi sebagai *yad al-amanah*, dimana jika terjadi kerusakan atas obyek yang mudah diidentifikasi seperti tanah atau rumah maka pengelola modal tidak wajib membuktikan kerusakan tersebut. Adapun terhadap

obyek yang sulit diidentifikasi seperti perhiasan, jika pengelola modal mengklaim obyek tersebut rusak atau hilang, maka klaim tersebut harus dibuktikan secara terbalik oleh pengelola modal.

Lebih lanjut, *al-tuhmah* (praduga) ini juga erat kaitannya dalam hal ditolaknya persaksian orangtua terhadap anak, anak terhadap orangtua ataupun kerabat terhadap kerabat lainnya di depan pengadilan yang memiliki kepentingan tersembunyi. Pelarangan ini disebabkan adanya faktor tersembunyi atau persekongkolan licik untuk membenarkan sesuatu yang salah sehingga dapat merugikan pihak lain. Di samping itu, *al-tuhmah* (praduga) juga muncul dalam kondisi ketika ada pernyataan orang sakit menjelang wafatnya tentang harta warisnya terhadap seseorang atau beberapa orang tertentu. Mengesampingkan pernyataan orang yang sakit menjelang wafatnya atas harta untuk ahli warisnya karena adanya kecurigaan berdasarkan indikator dengan maksud untuk menentukan pembagiannya secara langsung. Kecurigaan berdasarkan indikasi inilah yang disebut dengan *al-tuhmah*/praduga.

Wahbah Zuhaili mengungkapkan bahwa *al-tuhmah* yang disertai indikasi adalah setiap petunjuk jelas yang membarengi sesuatu tersembunyi yang bisa menunjukkan keberadaan sesuatu yang tersembunyi tersebut. *Al-tuhmah* (praduga) ini berbeda-beda tingkatan kekuatannya dan terkadang ada yang bisa mencapai tingkatan petunjuk pasti (*qath'i*) dan terkadang ada juga yang lemah hingga hanya bersifat asumsi atau kemungkinan semata.[16]

[16] Wahbah Zuhaili, *Al-Fiqh al-Islam wa Adillatuhu*, Jilid 8, Dar al-Fikr, h.406

Apabila *al-tuhmah* yang ada mencapai tingkatan *qath'i* (indikator yang pasti) maka bisa menjadi bukti final yang cukup untuk dijadikan sebagai dasar putusan hukum. Sedangkan *al-tuhmah* yang tidak *qath'i*, tetapi baru mencapai tingkatan *zhanni* (dugaan) saja, seperti *qarinah 'urfiyyah* (yang bersifat biasa), itu hanya baru sebatas bukti petunjuk awal yang memperkuat *hujjah* salah satu pihak yang berperkara disertai dengan sumpahnya hingga bisa dibuktikan sebaliknya berdasarkan bukti yang menentang dan mementahkan *al-tuhmah* tersebut.[17]

Dalam praktik peradilan di Indonesia, *al-tuhmah* identik dengan persangkaan hakim yang merupakan bagian dari alat bukti di persidangan. Persangkaan merupakan kesimpulan yang oleh undang-undang atau hakim ditarik dari suatu peristiwa yang nyata/terang ke arah peristiwa (kejadian) lain yang belum terang kenyataannya.[18] Pada hakikatnya, persangkaan merupakan alat bukti yang bersifat tidak langsung.

Dalam hukum acara perdata Islam, persangkaan disebut juga *qarinah* yang dijadikan sebagai salah satu alat pembuktian. *Qarinah* yaitu isyarat, indikasi, atau tanda-tanda yang dapat memberikan kesimpulan kepada hakim. *Qarinah* secara bahasa diambil dari kata *"muqaranah"* yang berarti petunjuk.[19]Secara istilah, *qarinah* diartikan dengan[20] :

---

[17] lbnu al-Qayyim, *Ath-Thuruq Al-Hukmiyyoh Fi As-Siyasah Asy-Syar'iyyah*, h. 3, Z 3t, 54, 66, 108, 113, dan 214

[18] Umar mansyur Syah, *Hukum Acara Perdata Peradilan Agama Menurut Teori dan Praktek,* (Bandung: Sumber Bahagia, 1991), h. 151

[19] *Anshoruddin, Hukum Pembuktian Menurut Hukum Acara Islam dan Hukum Positif, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2004), h.88*

[20]*Nashr Farid Washil, Nazhariyyah ad Da'wa wa al Istbat fii al-Fiqhi…, (Kairo: Dar asy-Syuruq. 2002), h.14*

الادلة التى يستنبطها القاضى من وقائع الدعوى واحوالها باجتهاد

Artinya: "Bukti-bukti yang dipertimbangkan hakim berdasarkan fakta-fakta, peristiwa dan keadaan melalui proses ijtihad".

Menurut Raihan Rasyid, yang dimaksud dengan *qarinah* di dalam istilah hukum adalah hal-hal yang mempunyai hubungan atau pertalian yang erat sedemikian rupa terhadap sesuatu sehingga memberikan petunjuk.[21]

Persangkaan hakim sebagai alat bukti mempunyai kekuatan pembuktian bebas, yaitu terserah kepada penilaian hakim yang bersangkutan, apakah akan dianggap sebagai alat bukti yang sempurna atau sebagai bukti permulaan atau tidak memiliki kekuatan apapun. Apabila hanya ada satu persangkaan hakim saja, maka persangkaan tersebut tidaklah dianggap cukup untuk menganggap dalil yang bersangkutan itu terbukti. Artinya, persangkaan hakim baru merupakan bukti lengkap apabila saling berhubungan dengan persangkaan-persangkaan hakim yang lain yang terdapat dalam perkara itu.

Lebih lanjut menurut Roihan Rasyid, tidak semua *qarinah* dapat dijadikan sebagai alat bukti, melainkan hanya *qarinah* yang jelas saja, yang dalam hukum acara peradilan Islam disebut *qarinah wadihah* yang dapat dijadikan sebagai dasar pemutus, walaupun hanya atas satu *qarinah wadihah* tanpa didukung oleh alat bukti yang lain. Dengan kata lain bahwa *qarinah wadihah* ini dapat berdiri sendiri, tidak memerlukan perantara alat bukti lain dalam penerapannya sebagai alat bukti di dalam persidangan.

---

[21] *Roihan A. Rasyid, Hukum Acara Peradilan Agama, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 1998), h. 166.*

Suatu putusan yang dijatuhkan berdasarkan bukti persangkaan dari indikatornya yang nyata tidak dapat dikatakan sebagai putusan yang menyimpang karena sekiranya gugatan penggugat tidak benar, tentulah gugatan itu ditolak oleh tergugat dengan sumpahnya. Dan jika tergugat menolak mengangkat sumpah, maka penolakannya itu merupakan indikator nyata yang menunjukkan kebenaran gugatan penggugat. Dengan demikian asas praduga tak bersalah harus dikalahkan.[22]

3. *Mashlahat* (Kesejahteraan)

Di masa modern ini perkembangan peradaban manusia semakin pesat dan tentunya semakin banyak juga kasus-kasus baru bermunculan yang tidak pernah terjadi di masa turunnya teks suci. Ijtihad sebagai lokomotif dinamisasi hukum Islam tentunya akan mengambil *maslahat* sebagai pertimbangan utama demi menjaga *khittah* hukum Islam, yaitu mewujudkan kesejahteraan bagi manusia baik di dunia maupun di akhirat. Dengan demikian, mempelajari, membahas dan mengkaji konsep *maslahat* secara mendalam dan mendetail merupakan keniscayaan terutama sekali bagi para aktifis hukum Islam demi terwujudnya rumusan fikih modern yang tidak terlepas dari regulasi *maslahat* sebagai kandungan syari'at Islam.[23]

Maslahat atau kemaslahatan merupakan faktor penting yang menjadi alasan hukum berpindahnya beban pembuktian terhadap pengelola modal. Kemaslahatan disini terletak pada kepentingan umum yang akan dilindungi dalam menjalankan bisnis terutama pemilik modal. Pemilik modal yang dari awal mengucurkan

---

[22]*Muhammad Salam Madkur, Peradilan dalam Islam, alih bahasa Imron A.M, cet.ke-4, (Surabaya: PT Bina ilmu, 1993), h. 120.*

[23] R. Fakhrurrazi, *Regulasi Teori Maslahat Dalam Kajian Fiqh Modern*, Jurnal Al-Mizan Vol. 4 No. 1, 2017, h.42

dananya untuk mengembangkan bisnis dengan iktikad baik tentunya harus dilindungi dengan memindahkan beban pembuktian kepada pengelola modal. Pihak pengelola dinilai sebagai pihak yang lebih mengetahui tentang tatacara mengembangkan usaha sehingga harus dibebankan kewajiban untuk membuktikan bahwa bangkrut/gagalnya usaha yang dijalankan bukan disebabkan karena alasan *ta'addi* dan *taqshir.*

Tentunya pembalikan beban pembuktian ini didasarkan pada semangat untuk melindungi pihak pemilik modal yang dalam beberapa instrumen pembiayaan syariah bisa bertindak sebagai pihak LKS, perbankan bahkan pemerintah. Kalau tujuan pemilik modal ini juga untuk mengembangkan usaha di sektor publik dan bertujuan mensejahterakan masyarakat, tentunya dana/modal tersebut akan diputar pada segala lini di sektor usaha dan bisnis. Semangat untuk melindungi dana masyarakat melalui metode pembuktian terbalik yang dibebankan kepada pengelola modal merupakan bagian dari *maslahat* untuk memelihara harta (*hifz al-mal*).

Pembalikan beban pembuktian terhadap pengelola modal merupakan cara termudah untuk memberikan nilai keadilan kepada para pihak karena instrumen ini merupakan bagian dari kerangka maslahat *al-hajjiyat*. *Al-hajjiyat* merupakan kemaslahatan yang dibutuhkan manusia untuk menghindarkan diri dari kesukaran dan kesulitan hidup. Tanpa itu, maka manusia akan mengalami kesusahan, tapi tidak sampai pada tingkat membahayakan atau merusak kehidupan mereka.[24] Menurut Abdul Wahhab Khallaf, yang menjadi tolak ukur *mashlahat* ini adalah

[24] Ali Hasbullah, *Ushul al-Tasyri' al-Islamiy*, cet V, Mesir: Dar al-Ma'arif, h.235

menghilangkan kesukaran dari manusia dan meringankan beban mereka sehingga terciptalah kehidupan yang stabil baik dari sisi agama maupun dunia.[25]

4. *Dalalah al-Hal*

Dalam istilah fikih, *dalalah al-hal* adalah ciri-ciri atau tanda yang jelas (*al-ammaraat al-zhahirah*) yang menjadi petunjuk atas kondisi tertentu. *Dalalah al-hal* harus diutamakan dari hukum *al-ashl* (asal) ketika kedua kondisi tersebut bertentangan. Sebab, *dalalah al-hal* adalah bukti kuat yang hadir menginformasikan terjadinya sesuatu sehingga merubah keadaan asalnya. *Dalalah al-hal* menjadi sebuah dalil atas kekeliruan pihak yang masih berpegang pada keadaan asalnya.

Dalalah al-hal sangat erat kaitannya dengan dua kaidah yaitu *maslahat* dan *dzari'ah* serta sangat erat kepada *'urf* (kebiasaan yang berlaku) yang terus berlanjut. Pada prinsipnya pengetahuan yang diperoleh dari kebiasaan merupakan pengetahuan yang dibangun atas keadaaan atau realitas yang terjadi saat itu. *Dalalah al-hal* juga merupakan refleksi (cerminan) atas realitas yang terjadi saat itu. Oleh sebab itu, *Dalalah al-hal* merupakan keadaan yang lebih diutamakan daripada keadaan asal-nya. Jika hanya berdalil dengani *istishab al-ashl* untuk dapat melanjutkan keadaan tersebut maka dalil *istishab al-ashl* merupakan dalil lemah yang bisa dikalahkan dengan dalil yang lain yang menyelisihi. *Istishab al-ashl* dapat dikalahkan dengan adanya pihak yang mengingkari atau adanya orang yang bersumpah untuk membatalkannya atau dengan adanya ciri-ciri yang jelas.

[25] Abdul Wahab Khallaf, *'Ilm Ushul fiqh*, h.200.

Mengingat pentingnya *dalalah al-hal* sebagai sandaran fatwa hukum, Ibnu Qayyim mengatakan bagi seorang mufti selain harus menjadi seorang fakih (ilmu), juga harus memahami terhadap upaya tipuan, cara licik dari kebiasaan orang-orang (sisi gelap manusia). Sebab, fatwa itu berubah mengikuti waktu, tempat, situasi dan kondisi yang keseluruhannya merupakan agama Allah Swt.

Golongan ulama malikiyah memberi perhatian terhadap hal ini dengan menyatakan bahwa diterimanya perkataan (klaim) *mudharib* jika *dalalah al-hal* tidak tampak atas kondisi dimaksud ketika ia menyatakan terjadinya kerugian bukan karena kesalahan *mudharib* baik karena *ta'addi* atau *tafrith*, namun jika *dalalah al-hal* menunjukkan keadaan yang berbeda dari yang diklaim oleh *mudharib* maka perkataan *mudharib* ditolak.[26]

Dalam *syarh al-shaghir,*[27] seorang *mudharib* tidak bertanggungjawab jika terjadi kerusakan, sehingga ketika dia menyatakan harta ini rusak/hilang dan dia mengembalikan sisa harta kepada pemilik dengan bersumpah maka perkataannya diterima jika tidak ditemukan adanya indikasi atau fakta yang mengarah pada kebohongan pihak pengelola**.** Imam al-Baaji[28] mengatakan jika seorang pengelola mengklaim kerugian dan kerugian itu terjadi bukan karena kesalahannya tapi murni risiko bisnis, maka klaimnya diterima. Namun, Jika klaim kerugian ternyata disebabkan oleh adanya kesalahan (praktik-praktik bisnis yang tidak lazim/tidak umum dilakukan seorang pengelola usaha), maka pengelola harus bertanggung

[26] *Hasyiyah Hasan ibn Rihal 'ala Syarhil Miyarah Ala' Tuhfah Ibn A'shim*, jilid 2 h.132
[27] *Syarh Al-Shagir* dalam *Hasyiah As-Shawy*, jilid 3, h.706-707
[28] *Al-Muntaqa* jilid 5, h.164, lihat juga *Hasyiyah Hasan ibn Rihal 'ala Syarhil Miyarah Ala' Tuhfah Ibn A'shim*, jilid 2 h.132

jawab atas kerugian/hilangnya harta.[29] Ketentuan ini juga diperkuat Imam Tawidi[30], jika seorang pengelola mengklaim terjadi kerugian bukan karena kesalahannya, maka klaimnya diterima, kecuali jika nampak adanya kebohongan pada klaimnya maka klaimnya ditolak dan pengelola harus bertanggungjawab.[31]

Berdasarkan hal tersebut, Nazih Hammad menyimpulkan jika *mudharib/wakil istismar* mengklaim terjadi kerugian bukan karena kesalahannya (*ta'addi wa tafrith*), maka klaimnya dapat diterima dan dia tidak menanggung beban, sepanjang terdapat petunjuk yang jelas yang mendukung kejujurannya sehingga berlaku *istishab al-ashl* bagi *mudharib* yaitu dibebaskan dari tanggungjawab (*baraah al-dzimmah*). Namun jika tidak tampak ciri-ciri atau indikasi yang jelas menjadi petunjuk kejujuran pengelola (artinya pengelola jelas melakukan kebohongan atau ada *dalalah al-hal*), maka yang didahulukan adalah *dalalah al-hal* bukan *istishab al-ashl*. Oleh sebab itu yang menjadi patokan adalah perkataan *shahib al-mal* yang didukung oleh *dalalah al-hal*.[32]

---

[29]Sebagaimana perkataan Imam al-Lakhmy, diterima perkataan/klaim kerugian dari pengelola jika dia bisa menghadirkan bukti. Bukti ini bisa diketahui dengan mengkonfirmasi (bertanya) pada pedagang di wilayah tersebut tentang adanya kerugian.

[30] *Hulli Al-Ma'ashim 'Ala Tuhfah Ibn A'shim*, jilid 2, h.219

[31] Lihat juga Dalam *al-Syarhal-kabir,* menurut *Imam al-Dardiry,* Perkataan pengelola jika harta rusak, seluruhnya atau sebagian, karena pemilik harta percaya kepadanya sekalipun Pengelola tidak layak dipercaya dapat diterima, jika tidak ditemukan adanya petunjuk yang membuktikan kebohongan pengelola. Jika ditemukan adanya petunjuk yang membuktikan kebohongan pengelola, maka klaim-nya ditolak dan pengelola harus bertanggungjawab.

[32] Menurut Imam Ibnu Abdus salam dalam kitab al-Baady "*Jika seorang pengelola tidak mampu menjelaskan atau membuktikan kronologis/kondisi kerugian dalam mudharabah, maka dia bertanggungjawab atas kerugian tersebut*, Al-Bahjah Syarh Tuhfah, jilid 2, h.219

C. Analisis Yuridis tentang Urgensi Pembuktian Terbalik sebagai Upaya Mengungkap Tindak Kejahatan Perbankan oleh Pengelola Modal

Perkembangan ekonomi masyarakat sudah meluas dan memiliki jangkauan lintas negara. Bentuk transaksi bukan hanya sebatas privat namun sudah menyentuh ranah lembaga keuangan yang bersifat publik. Dengan meluasnya perkembangan transaksi ekonomi syariah ke ranah internasional tentunya berpengaruh pada faktor kepercayaan (*trust*) antar pemilik modal dan pengelola usaha yang hubungannya masih asing. Transaksi digitalpun sudah marak di dunia maya sehingga untuk membangun kedekatan emosional dan personal sangat susah. Karena alasan itulah, maka dunia perbankan sangat ketat menerapkan prinsip *prudential* (kehati-hatian).

Prinsip *prudential* (kehati-hatian) adalah suatu asas yang mengatakan bahwa bank dalam menjalankan fungsi dan kegiatan usahanya wajib menerapkan prinsip kehati-hatian dalam rangka melindungi dana masyarakat yang dipercayakan padanya. Prinsip ini disebutkan dalam UU Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan atas UU Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan. Penerapan pelaksanaan prinsip kehati-hatian dalam dunia perbankan merupakan suatu kewajiban atau keharusan bagi bank untuk memperhatikan, mengindahkan dan melaksanakannya.

Tujuan diberlakukannya prinsip kehati-hatian supaya bank selalu dalam keadaan sehat, likuid dan solvent. Dengan diberlakukannya prinsip kehati-hatian diharapkan tingkat kepercayaan masyarakat terhadap perbankan tetap tinggi

sehingga masyarakat bersedia dan tidak ragu menginvestasikan dananya di bank.[33] Pelaksanaan prinsip kehati-hatian merupakan hal penting guna mewujudkan sistem perbankan yang sehat, kuat dan kokoh. Hal ini sangat mungkin mengingat bank sebagai institusi yang telah diatur sedemikian kompleksnya (*the most related industry in the world*).[34] Aktifitas perbankan syariah adalah menghimpun dana nasabah dan menginvestasikannya untuk memperoleh keuntungan (margin) berdasarkan prinsip kerjasama. Perbankan syariah sebagai lembaga pengelola keuangan para nasabah otomatis menjadi wakil para nasabah untuk menginvestasikannya di sektor lain untuk mendapatkan keuntungan.

Posisi bank syariah adalah sebagai lembaga *intermediary* yang melaksanakan multi fungsi dan peran di sektor keuangan. Secara operasional, bank syariah memiliki tiga fungsi yaitu sebagai pengumpul dana, penyalur dana dan sebagai penyedia jasa. Dalam hal melaksanakan fungsi sebagai pengelola, maka bank menjalankan peran sebagai penyedia jasa dalam bentuk akad mudharabah dan musyarakah. Namun ketika melaksanakan fungsi sebagai pemilik modal, bank menjalankan peran sebagai pengumpul dana dan menyalurkannya kepada pihak pengelola.

Dalam kasus jaminan pengembalian modal pembiayaan mudharabah, musyarakah dan wakalah bil istismar sebagaimana termuat dalam fatwa DSN tersebut, bank syariah dalam konteks akad mudharabah dapat berperan sebagai

---

[33]Rachmadi Usman, *Aspek-Aspek Hukum Perbankan di Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2001, h.19

[34]Lindryani Sjofjan, *Prinsip Kehati-hatian (Prudential Banking Principle) Dalam Pembiayaan Syariah Sebagai Upaya Menjaga Tingkat Kesehatan bank Syariah*, Pakuan Law review, Vol. 1, No. 2, (Juli-Desember, 2015), h.143

pemilik modal yang menyalurkan modalnya kepada para *mudharib* selaku pengelola modal. Di sisi lain, bank syariah juga bisa berperan sebagai mitra bisnis dalam akad musyarakah dengan melakukan pembiayaan untuk mendanai sebuah proyek yang bermitra dengan perusahaan lain. Inilah fungsi *intermediary financial* yang sesungguhnya, fungsi bank adalah sebagai lembaga perantara untuk mengelola keuangan di masyarakat. Dengan dana yang ada, bank syariah di satu sisi memainkan peran sebagai *shohib al-mal* dan di sisi lain berperan sebagai mitra bisnis (*syarik*) untuk mengembangkan dana yang terkumpul di lembaganya.

Potensi sengketa antara bank syariah dan nasabah dimungkinkan terjadi jika tidak terdapat kesepakatan penyelesaian melalui jalur *non-litigasi*. Sengketa tersebut dapat berupa pembatalan akad dan gugatan ganti kerugian. Dalam praktiknya, bank menjalankan fungsi sebagai pengelola modal dengan cara mengelola aset dan keuangan nasabah seperti layanan pengelolaan investasi, layanan pengelolaan properti dan simpanan.

Dalam hal pengelolaan investasi, bank menawarkan layanan pengelolaan aset investasi, seperti pengelolaan portofolio saham, obligasi, reksadana, dan aset lainnya. Dalam hal ini, bank berperan sebagai manajer investasi, mengelola aset nasabah untuk mencapai tujuan investasi yang telah ditetapkan. Dalam hal layanan properti, bank menawarkan layanan pengelolaan properti, seperti pengelolaan rumah, apartemen, atau gedung perkantoran. Bank dapat mengelola aset properti nasabah dengan cara menyewakan, menjual, atau mengoptimalkan nilai aset tersebut.

Adapun pengelolaan dalam bentuk simpanan, bank menghimpun dana dari masyarakat melalui berbagai produk simpanan yang kemudian digunakan untuk kegiatan operasional bank dan penyaluran kredit kepada nasabah atau pihak lain. Aset nasabah dalam bentuk simpanan ini kemudian dikelola oleh bank untuk menghasilkan keuntungan bagi bank dan nasabah. Dalam konteks pengelolaan inilah, bank syariah bertanggungjawab jika terjadi kerugian atas modal nasabah yang dikelolanya. Jika terjadi sengketa, maka bentuk tanggungjawab tersebut diimplementasikan dengan mengalihkan beban pembuktian kepada bank selaku pengelola. Yang ingin dibuktikan adalah asas praduga tidak bersalah terhadap pengelolaan aset dan modal nasabah. Bank syariah ketika diperintah hakim untuk membuktikan harus menghadirkan beberapa alat bukti yang menguatkan sanggahannya bahwa kerugian yang terjadi bukan disebabkan kesalahannya. Bisa saja bank membuktikan hal tersebut disebabkan *force majoer* atau keadaan *hardship*. Sehingga dengan pembuktian tersebut bank dapat membuktikan ketidak bersalahannya dan terlepas dari gugatan ganti rugi atau pengembalian modal dari pemilik modal.

Pengelola modal dalam relasi perbankan merupakan wakil para nasabah yang diberikan kepercayaan untuk mengembangkan modal. Dalam kajian fikih klasik mereka tidak bertanggungjawab atas kerugian yang timbul akibat pengelolaan modal selama kerugian tersebut bukan disebabkan kelalaian dan kesengajaan. Hukum asalnya adalah jika terjadi sengketa, maka perkataan (klaim) yang diterima adalah perkataan (klaim) pengelola modal dalam hal penolakan tanggungjawab terhadap usaha yang gagal. Kecuali para nasabah (investor) dapat

membuktikan telah terjadi kelalaian dan kesengajaan yang dilakukan oleh pengelola modal.

Jika paradigma kebebasan tanggungjawab ini diterapkan dalam konteks perbankan syariah sekarang, maka akan muncul berbagai macam problem. Hal ini dapat berpotensi terjadinya *moral hazard* oleh oknum-oknum direktur pengelola investasi pada LKS untuk melakukan pelanggaran dalam mengelola dana nasabah dan lalai menjaga dana nasabah dari risiko kerugian. Para pengelola modal akan dengan mudah terbebas dari tanggungjawab. Hal ini tidak hanya melahirkan bentuk wanprestasi tapi juga berpotensi memunculkan modus-modus baru kejahatan perbankan dan upaya melakukan perbuatan melawan hukum dengan berlindung di balik konsep pelepasan tanggungjawab.

Terkait dengan modus kejahatan perbankan, terdapat beberapa bentuk istilah tindak pidana perbankan yang oleh sebagian para ahli dikategorikan mencakup ruang lingkup yang lebih luas. Hal ini dikarenakan tindak pidana di bidang perbankan terdiri atas perbuatan-perbuatan yang berhubungan dengan kegiatan dalam menjalankan usaha pokok bank.[35] Menurut Edi Setiadi dan Rena Yulia, rumusan tindak pidana perbankan masih kurang komprehensif, karena masih banyak kegiatan-kegiatan perbankan yang tidak tercover. Oleh karena itu, hendaknya rumusan tindak pidana perbankan harus luwes yaitu segala perbuatan yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan dan kebiasaan-kebiasaan yang berhubungan dengan dunia perbankan.[36]

---

[35] H. A. K. Moch. Anwar, *Tindak Pidana di Bidang Perbankan*, Alumni, Bandung, 1986, h.45

[36] Edi Setiadi dan Rena Yulia, *Hukum Pidana Ekonomi,* Graha Ilmu, Yogjakarta, 2010, h.139-140

Sedangkan bagi para ahli yang menggunakan istilah kejahatan perbankan, argumentasi yang dikemukakan cenderung bermuara para kejahatan kerah putih. Secara konseptual kejahatan kerah putih ini digunakan untuk mengidentifikasi kejahatan yang dilakukan oleh kalangan pengusaha/eksekutif dan pejabat yang akibatnya merugikan kepentingan umum. Oleh karena pelaku perbuatan melanggar hukum di bidang perbankan dapat dikatakan hampir semuanya berasal dari kalangan pengusaha/eksekutif dan pejabat, maka istilah yang dipakai adalah kejahatan perbankan.[37]

Undang-Undang Nomor 10 tahun 1998 tentang perbankan tidak merumuskan tentang pengertian tindak pidana perbankan. Undang-undang ini hanya mengkategorikan beberapa perbuatan yang termasuk dalam kejahatan, dan beberapa perbuatan yang termasuk pelanggaran.[38] Apabila pelakunya bank sebagai korporasi, modus operandinya bisa bermacam-macam. Kejahatan ini dikategorikan sebagai *criminal banking* dan selalu dilakukan secara *organized*. Dalam pengertian ini, maka kegiatan perbankan hanyalah merupakan kamuplase karena seluruh kegiatannya adalah *systemic violation of the law for the purposes of making a profit* (suatu perbuatan melawan hukum secara sistematis untuk mencari keuntungan). Biasanya yang paling populer dari *criminal banking* ini adalah *money laundering* dan *window dressing* atau dalam undang-undang perbankan sendiri

[37] M. Sholehuddin, *Tindak Pidana Perbankan*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1997, h.9

[38] Dalam tindak pidana perbankan karakteristiknya bisa bank sebagai korban misalnya penipuan, dan pemalsuan surat-surat bank maka ancaman pidana bisa menggunakan pasal-pasal dalam KUHP seperti Pasal 263,264 dan 378 KUHP. Sedangkan jika bank sebagai pelaku misalnya perbuatan *window dressing,* menetapkan suku bunga yang berlebihan, memberikan kartu kredit yang tidak wajar, menjalankan usaha bank dalam bank, menjalankan usaha bank tanpa ijin serta menjalankan usaha yang menyerupai bank, ancaman pidananya bisa menggunakan pasal-pasal dalam undang-undang perbankan.

telah ditentukan misalnya melakukan kegiatan perbankan tanpa izin, berhubungan dengan rahasia bank dan memberi keterangan yang tidak benar.[39]

Dalam konteks di atas, dihubungkan dengan kerugian yang dialami pemilik modal baik selaku LKS maupun investor perbankan, maka akibat kelalaian atau modus kesengajaan pengelola modal untuk bertindak melawan hukum dapat diklasifikasikan sebagai bentuk kejahatan dan tindak pidana perbankan yang berpotensi merugikan perekonomian negara dan termasuk kategori kejahatan luar biasa (*extraordinary crime*).

Menurut Sukardi[40], *extraordinary crime* adalah suatu kejahatan yang berdampak besar dan multidimensional terhadap sosial, budaya, ekologi, ekonomi dan politik sebuah negara. Mark A. Drumbl[41] menyebutkan bahwa adanya pengkategorian *extraordinary crime* adalah karena kejahatan yang ekstrim secara kuantitatif berbeda dengan kejahatan pada umumnya, karena kejahatan ini sifatnya jauh lebih serius, dan pelakunya dianggap sebagai musuh seluruh umat manusia sehingga pembuktiannya dilakukan secara terbalik.

Menurut teori perlindungan hukum, pemilik modal/masyarakat yang menjadi korban akibat kelalaian atau modus kesengajaan pengelola modal yang bertindak melawan hukum sehingga berdampak sistemik terhadap kinerja sistem perbankan harus diberikan upaya perlindungan hukum dari pemerintah. Kalau kelalaiannya tersebut disebabkan faktor wanprestasi, maka dia berkewajiban

---

[39] Edi Setiadi dan Rena Yulia, Op Cit, h.141

[40] Muhammad Hatta. *Kejahatan Luar Biasa (Extra Ordinary Crime)*. Aceh: Unimal Press, 2019, h.10-11

[41] Mark A. Drumbl. *Atrocity, Punishment, and International Law, Chapter 1: Extraordinary Crime and Ordinary Punishment: An Overview*. Cambridge University Press, 2017, h.3-4

memberikan ganti rugi tapi kalau kerugian tersebut disebabkan faktor kesengajaan dan modus melawan hukum maka dia harus dituntut secara pidana. Menurut Philipus M. Hadjon bahwa perlindungan hukum adalah suatu tindakan untuk melindungi atau memberikan pertolongan kepada subyek hukum, dengan menggunakan perangkat-perangkat hukum.[42]

Pembuktian terbalik merupakan sebuah instrumen perangkat hukum yang dibuat untuk memberikan perlindungan hukum kepada para korban. Dalam kasus penjaminan pengembalian modal pembiayaan *mudharabah, musyarakah* dan *wakalah bil istitsmar* yang terdapat dalam fatwa DSN Nomor 105/DSN-MUI/X/2016, korban dimaksud adalah pemilik modal yang memiliki iktikad baik menyalurkan modal demi keuntungan bersama, namun karena dalam proses pengembangan usaha terdapat iktikad buruk dan tindakan melawan hukum dari pengelola modal maka terjadilah kerugian. Hal ini dapat dibayangkan jika pemilik modal itu adalah perbankan syariah sebagai lembaga *intermediary*, tentu akan berdampak sistemik terhadap seluruh sektor keuangan yang terkait dengannya.

Pemberlakuan konsep pembuktian terbalik ini tentunya juga telah dipertimbangkan dengan hal-hal yang berkaitan dengan jaminan atas perlindungan hak asasi manusia (HAM) sebagai hak konstitusional warga negara sebagaimana yang tertuang dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia (UUDN RI) Tahun 1945 khususnya berkenaan dengan jaminan kepastian hukum, perlindungan diri dan hak milik pribadi beserta dengan harta benda yang berada di

[42] Philipus M. Hadjon, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Gajah Mada University Press, Yogyakarta, 2011, h.10.

bawah kekuasaan seseorang. Hal ini didasari oleh ketentuan dalam UUDN RI Tahun 1945 bahwa jaminan HAM tersebut tidak ditentukan sebagai suatu hak asasi yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun (*non-derogable rights*)[43] dan hak asasi yang tidak termasuk dalam klasifikasi sebagai non-*derogable rights* dapat dilakukan suatu pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang.[44] Atas dasar itulah, maka unsur kelalaian (*ta'addi*) dan kesengajaan (*tafrith*) dalam mengelola modal yang dilakukan oleh pengelola modal yang berpotensi merugikan neraca keuangan negara dan menghambat lajunya pertumbuhan ekonomi pemerintah dapat dikategorikan sebagai bentuk kejahatan luar biasa (*extraordinary crimes*) yang korbannya perlu mendapatkan perlindungan hukum.

D. Analisis Filosofis tentang Konstruksi Hukum Pembuktian Terbalik sebagai Bentuk Perwujudan Asas Keadilan dan Keseimbangan

Secara sosiologis, terbitnya Fatwa DSN Nomor 105/DSN-MUI/XII/2016 adalah untuk merespon kebutuhan perkembangan ekonomi masyarakat yang masih terkesan lamban. Tujuan utama fatwa ini adalah untuk memberikan jaminan dalam kemudahan berusaha dan berbisnis sehingga para pemilik modal tidak merasa khawatir untuk menginvestasikan dananya kepada pihak ketiga. Adanya jaminan pengembalian modal yang diberikan pengelola jika usaha mengalami kegagalan merupakan langkah strategis untuk menarik investor.

Norma yang terkandung dalam fatwa tersebut mengharuskan pihak pengelola dibebani pembuktian jika memang klaimnya terhadap kerugian usaha

---

[43] Lihat pada Pasal 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

[44] Lihat pada Pasal 28I ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

bukan disebabkan oleh *ta'addi, tafrith/taqsir* dan *mukhalafth al-syuruth.* Secara filosofis pembalikan beban pembuktian terhadap pengelola didasarkan pada asas keseimbangan dan keadilan.

Dilihat dari sisi kedudukan, pemilik modal dalam fatwa DSN Nomor 105/DSN-MUI/XII/2016 memiliki posisi sebagai *shahib al-mal* dalam akad mudharabah*, musyarik* dalam akad musyarakah dan *muwakkil* dalam akad wakalah bil ististmar. Sebagai *shahib al-mal* dalam akad mudharabah dan *muwakkil* dalam akad wakalah bil ististmar tentunya pemilik modal berada di pihak yang pasif. Pasif disini dimaknai ruang lingkupnya sebatas memberikan modal usaha untuk dikembangkan dan mempercayakan sepenuhnya kepada pengelola tentang usaha yang dijalankan. Di akhir perjanjian nantinya, Pengelola akan menerima keuntungan dari bagi hasil yang dijalankan disertai dengan pengembalian modal. Adapun pihak pengelola disini dapat dikatakan sebagai pihak yang aktif yang memiliki kewenangan penuh untuk mengelola modal yang dikucurkan. Dalam konteks ini pengelola bebas untuk men*tsharruf*kan seluruh modal yang diberikan berdasarkan kemampuan, keahlian, dan kapasitas dia sebagai pihak yang profesional dalam mengelola modal. Kewenangan yang besar dalam mengelola modal inilah yang menjadikan pengelola sebagai pihak yang dominan sehingga diberikan kepercayaan dan amanah dalam mengelola usaha/proyek. Oleh karenanya seluruh informasi dan data tentang usaha/proyek yang dijalankan seluruhnya berada di pihak pengelola modal.

Jika usaha/proyek mengalami kerugian, maka pemilik modal dapat menuntut pengelola untuk mengembalikan modal yang telah diberikan. Apabila

terjadi perbedaan pendapat tentang kerugian tersebut, maka pengelola wajib membuktikan bahwa kerugian bukan disebabkan oleh unsur *ta'addi, tafrith* dan *mukhalafth al-syruth*. Adanya pembebanan bukti kepada pengelola modal selaku tergugat didasarkan pada *ratio* bahwa pihak pengelola adalah sebagai pihak yang menguasai alat bukti berupa informasi dan data terkait usaha/proyek yang dijalankan. Kalau pembuktian ini dibebankan kepada penggugat/pemilik modal tentunya akan terjadi ketidakseimbangan pembebanan alat bukti, dimana pemilik modal mendapat kesulitan untuk membuktikan kegagalan usaha itu terjadi karena kesalahan pengelola dalam menjalankan usaha.

Argumentasi pembebanan bukti terbalik ini bertujuan untuk melindungi pihak pemilik modal dari bentuk kesewenangan pembebanan alat bukti meskipun dari sisi kedudukan bertentangan dengan asas umum pembuktian, tapi secara substansi menempatkan pemilik modal dan pengelola modal berada pada posisi yang seimbang sesuai dengan kapasitas dan kedudukannya. Metode penempatan inilah yang secara hakiki bertujuan memberikan keadilan secara substantif.

Dasar pemikiran dari teori pembalikan beban pembuktian adalah seseorang dianggap tidak bersalah sampai yang bersangkutan dapat membuktikan sebaliknya. Hal ini terkesan bertentangan dengan asas hukum praduga tak bersalah (*presumption of innocence*) yang lazim dikenal dalam hukum pidana. Namun, jika dalam kasus jaminan pengembalian modal sebagaimana dalam fatwa DSN ini akan tampak asas yang sebaliknya yaitu asas praduga bersalah dimana pihak tergugat selalu dianggap bersalah atas kerugian pengelolaan usaha sampai pengelola

menghadirkan bukti-bukti yang menyatakan dirinya tidak melakukan kesalahan dalam pengelolaan usaha dan melepaskan tuntutan kerugian.

Pembalikan beban pembuktian erat kaitannya dengan teori keadilan substantif yang menekankan keseimbangan kedua belah pihak. Hal ini dikarenakan dengan adanya beban pembuktian terbalik memberikan beban pembuktian sesuai dengan porsi masing-masing (pemilik modal dan pengelola usaha). Dalam pembalikan beban pembuktian, Pemilik modal harus membuktikan adanya perbuatan melanggar hukum dari pengelola usaha, adanya kerugian pemilik modal, dan adanya hubungan kausal antara perbuatan melanggar hukum dari pengelola dengan kerugian usaha, sedangkan unsur kesalahan menjadi beban pembuktian pengelola usaha. Sehingga hal ini memberikan kedudukan yang seimbang bagi masing-masing pihak, baik pemilik modal maupun pengelola.

Dalam proses penyelesaian sengketa termasuk dalam praktik hukum acara perdata, penerapan asas keseimbangan ini ditetapkan melalui suatu asas dalam hukum acara perdata yang dikenal dengan asas *audi et alterem partem*[45] yang berarti memberikan hak dan kesempatan yang sama kepada para pihak antara penggugat dengan tergugat. Dalam praktik peradilan, kedua belah pihak haruslah diberlakukan sama, tidak memihak dan didengar bersama-sama. Asas ini ditetapkan dalam Pasal 4 ayat (1) Undang Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang menentukan bahwa pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang.

[45] *Audi et alterem partem* yang berasal dari kata "et" artinya "dan", "audio" artinya mendengar, "alter" artinya yang lain, dan "pars" yang artinya pihak adalah salah satu asas dalam hukum acara perdata Indonesia yang memberikan hak yang sama kepada para pihak yang berperkara untuk mempertahankan hak dan kepentingannya masing-masing di hadapan proses pengadilan

Asas *audi et alterem partem* sebagaimana ditetapkan dalam Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tersebut diatas, menurut Sudikno Mertokusumo mengandung arti bahwa di dalam hukum acara perdata yang berperkara harus sama-sama diperhatikan, berhak atas perlakuan yang sama dan adil serta masing-masing harus diberi kesempatan untuk memberi pendapatnya. Dengan asas *audi et alterem partem* bahwa hakim tidak boleh menerima keterangan dari salah satu pihak sebagai yang benar bila pihak lawan tak didengar atau tak diberi kesempatan untuk mengeluarkan pendapatnya. Hal itu berarti juga bahwa pengajuan alat bukti harus dilakukan di muka sidang yang dihadiri oleh kedua belah pihak (Pasal 132a, 121 ayat (2) HIR, 145 ayat (2), 157 RBg, 47 Rv).[46]

Dalam konteks keseimbangan di atas, maka secara filosofis, norma pembuktian terbalik dalam fatwa DSN Nomor 105/DSN-MUI/2016 tentang jaminan pengembalian modal pembiayaan *musyarakah, mudharabah* dan *wakalah bil ististmar* bertujuan untuk memberikan nilai keadilan hukum kepada pihak yang posisinya lemah dari segi pembuktian yaitu pemilik modal. Kelemahan pemilik modal dari segi pembuktian karena dia tidak memegang kunci mengelola bisnis yang menjadi faktor utama mengungkap fakta terjadinya kebangkrutan/gagalnya usaha yang dijalankan. Kalau mendasarkan kepada asas pembuktian umum tentunya yang membuktikan adalah pihak pemilik modal selaku penggugat, namun karena terdapat kesulitan dalam pengungkapan data dan fakta oleh pemilik modal, maka beban pembuktian dibebankan secara terbalik kepada pengelola modal selaku

[46] Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Edisi Ketujuh (Yogyakarta: Liberty, 1998), h. 15

tergugat. Pembalikan beban pembuktian kepada pihak tergugat secara formil kontradiktif dengan asas umum pembuktian, namun secara substantif bertujuan untuk memberikan nilai keadilan hukum dan memberikan jaminan perlindungan kepada pemilik modal sebagai pelaku utama ekonomi.

Pembuktian terbalik secara materiil memiliki 2 (dua) tujuan yaitu *pertama* menerapkan asas keadilan subtansial kepada para pihak dan *kedua*, sebagai bentuk perlindungan hukum kepada pihak penggugat. Meskipun azas pembuktian terbalik yang dianut dalam sengketa penjaminan pengembalian modal pembiayaan *musyarakah, mudharabah* dan *wakalah bil ististmar* bertentangan dengan asas umum pembuktian, namun secara substansial hal ini dapat diargumentasikan ketika dalam kasus *a quo* beban pembuktian tetap diberikan kepada penggugat, maka akan terjadi ketimpangan atau ketidakseimbangan posisi. Pihak penggugat sebagai pihak yang tidak mengerti dan menguasai tentang mekanisme pengembangan usaha tentunya akan mengalami kesulitan dalam menghadirkan alat-alat bukti terutama data-data yang berhubungan dengan perusahaan karena seluruh data tentang perusahaan dipegang tergugat. Ketika penggugat mengklaim tergugat lalai dan wanprestasi atau melakukan perbuatan melanggat hukum sehingga mengakibatkan gagalnya usaha, maka penggugat akan kesulitan dalam mencari data-data yang berkaitan dengan penyebab gagalnya usaha. Sebaliknya tergugat yang tidak dibebani pembuktian akan dengan mudahnya berkelit dan menolak bahwa dia tidak lalai atau merugikan usaha. karena itulah layak dikatakan posisi penggugat dalam hal ini lemah dibandingkan tergugat dari segi profesionalitas dan pengetahuan dalam mengembangkan usaha. Sehingga tidak adil kalau beban pembuktian ini

diberikan kepada penggugat yang secara pengetahuan (*knowledge*) dianggap sebagai pihak yang lemah.

Keadilan itu akan nampak ketika beban pembuktian diberikan kepada pihak tergugat yang lebih mengerti dan menguasai mekanisme dan seluk beluk pengembangan usaha dimana seluruh data perusahaan dan neraca keuangan semuanya dipegang oleh tergugat. Wajar kalau semua data-data dalam mengelola usaha itu diungkap tergugat untuk menyanggah bahwa dia tidak melakukan wanprestasi dan melakukan perbuatan melawan hukum dan benar-benar profesional dalam menjalankan usaha. Disinilah letak keadilan substansial itu sesungguhnya. Porsi beban pembuktian lebih banyak diberikan kepada pihak tergugat selaku pengelola usaha.

Nilai keadilan substansial dalam penerapan beban pembuktian terbalik ini juga berlaku dalam hal kegagalan usaha disebabkan adanya perbuatan melawan hukum yang dilakukan tergugat (pengusaha) baik berbentuk pelanggaran maupun kejahatan bisnis. Hal ini dilatarbelakangi oleh sulitnya pembuktian yang dilakukan oleh pihak penggugat karena kunci kejahatan itu sebenarnya dipegang pihak tergugat. Karena lemahnya posisi penggugat dalam hal mengungkap kebenaran melalui alat-alat bukti, maka beban pembuktian diberikan kepada tergugat. Kalau dihubungkan dengan sikap *ta'addi* dan *tafrith* yang dilakukan pengusaha terhadap modal yang diamanahkan, maka pengusaha selaku tergugat dituntut secara terbalik membuktikan bahwa ia tidak bersalah melakukan tindakan perbuatan melawan hukum (PMH).

Menurut penulis, konsep *ta'addi, tafrith* dan *mukhalafth al-syuruth* tidak hanya dimaknai sebatas wanprestasi dan kelalaian. Bisa jadi ke depan banyak terjadi kasus-kasus pelanggaran hukum dalam bentuk perbuatan melawan hukum (PMH) yang dilakukan oleh *mudharib* (pengusaha) untuk memperkaya diri sendiri dan merugikan perusahaan atau bisnis. Oleh karena itu meskipun pembuktian terbalik dalam fatwa DSN hanya menyentuh ranah pelanggaran terhadap perjanjian, namun pemaknaan tersebut harus diperluas mengingat transaksi keuangan memiliki jangkauan yang lebih luas yang tentunya berpotensi akan melahirkan bentuk-bentuk pelanggaran hukum dalam praktik bisnis.