

**PENYELESAIAN SENGKETA PEMBIAYAAN MUSYARAKAH
DI PENGADILAN AGAMA**

**(Study Penemuan Hukum Dalam Putusan Hakim di Pengadilan Agama
Purbalingga)**

TESIS



Disusun oleh :

Lanjarto

NIM : 06 912 225

BKU : Hukum EKONOMI ISLAM

Program Studi : Ilmu Hukum

**PROGRAM MAGISTER (S2) ILMU HUKUM
UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA
YOGYAKARTA 2009**

**Lampiran Lembar Pengesahan Tugas Akhir Sebelum Ujian
PENYELESAIAN SENGKETA PEMBIAYAAN MUSYARAKAH
DI PENGADILAN AGAMA**

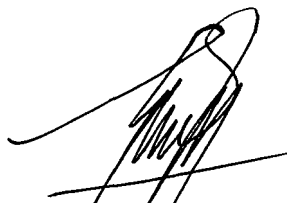
**(Study Penemuan Hukum Dalam Putusan Hakim di Pengadilan Agama
Purbalingga)**

Telah disetujui oleh Dosen Pembimbing Tesis untuk diajukan ke muka Tim Penguji
dalam Ujian Akhir/ Pendaran pada tanggal

Yogyakarta,

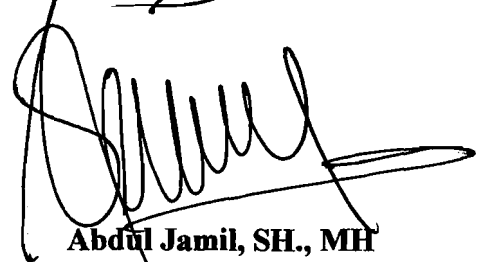
Dosen Pembimbing Tesis,

Pembimbing I



Prof. Dr. Syamsul Anwar, M.A.

Pembimbing II



Abdul Jamil, SH., MH

Mengetahui,
Ketua Program Pascasarjana Ilmu Hukum
Universitas Islam Indonesia



Dr. Ridwan Khairandy, SH., MH.

TESIS

**PENYELESAIAN SENGKETA PEMBIAYAAN MUSYARAKAH
DI PENGADILAN AGAMA**

**(Study Penemuan Hukum Dalam Putusan Hakim di Pengadilan Agama
Purbalingga)**

Disusun oleh:

LANJARTO

Nomor Mhs : 06912225
BKU : Hukum Ekonomi Islam
Program Studi : Ilmu Hukum

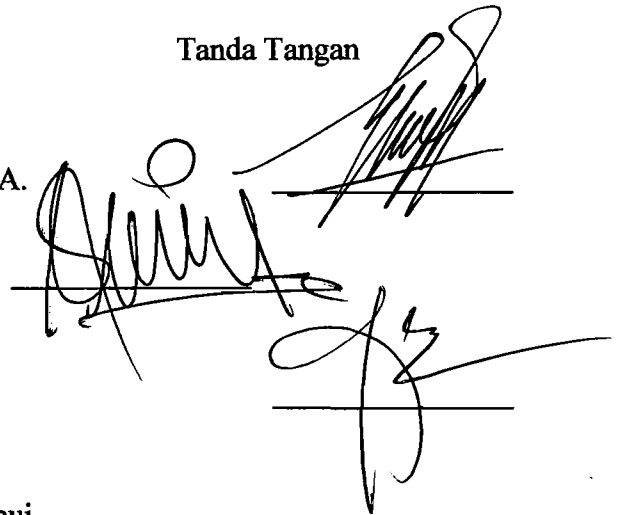
Telah dipertahankan di hadapan Tim Penguji dalam Ujian Tesis
Pada Tanggal 02 Juli 2009 dan dinyatakan **LULUS**

Yogyakarta, 02 Juli 2009

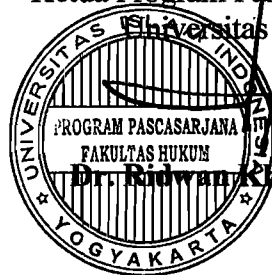
Tim Penguji

Tanda Tangan

1. Ketua : Prof. Dr. Syamsul Anwar, M.A.
2. Anggota : Abdul Jamil, SH., MH
3. Anggota : Nurjihad, S.H., M.Hum



Mengetahui,
Ketua Program Pascasarjana Ilmu Hukum
Universitas Islam Indonesia



Dr. Ridwan Khairandy, SH., MH.

SOLUTION of DEFRAJAL DISPUTE of MUSYARAKAH IN RELIGIOUS
COURT

(Study Invention of Law In Judge Decision In of Religious Court of Purbalingga)

By : Lanjarto

ABSTRACTION

Development of Islamic Banking in Indonesia in this last decade seen hardly gladdens, that thing is marked with new Islamic banks appearance, Bank Pembiayaan Rakyat Syariah (BPRS) and also growing of Islamic financial institution, like : Baitul Maal wat Tanwil (BMT). Position of Islamic Banking gains strength with the born of LAW number 21 The year 2008 about Islamic Banking.

Islamic Bank and also BPRS in channelling financial of musyarakah to the client is always makes agreement between both, which the core of agreement contains rights and obligations to both parties. In agreement often is followed with coalescence of clausal loading law choice and also forum choice solving of dispute.

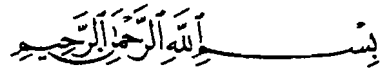
Intention of this research is to know and studies solving of defrajal dispute of musyarakah in Religious Court.

Writing of this thesis applies bibliography research to obtain secondary data by the library research and field research to obtain primary data by performing [a] interview and submits questionnaire to research subject. Herein after all data is analysed descriptively qualitative.

Result from this research is: (1) Coalescence of clausal which there is in agreement of musyarakah is clear and don't generate multi interpretation. In agreement case of musyarakah number : 123/MSA/VII/05 dated 20 Julies 2005 between BPRS Buana Mitra Perwira with the client is mentioned [by] clausal : in the event of dispute will be finalized through/via Badan Arbitrase Syariah (BASYARNAS) in Jakarta or District Court Purbalingga. There is double helix in solving of dispute, atypical such and is not confirmed by LAW NO. 30 The year 1999 about Arbitration and Alternatif Dispute Solution. (2) Borns it LAW NO. 21 The year 2008 about Islamic Banking which one of the reason is arranges about solving of dispute, as found at Section 55 sentences (1) and (2) along with the explanation has peeped out problem choice of law, that is between authorities of absolute Religious Court and District court.

Keyword: Solution of Dispute, Defrajal Musyarakah, in Religious Court

KATA PENGANTAR



Segala puji bagi Allah SWT, Tuhan seru sekalian alam yang telah melimpahkan rahmad dan karunia-Nya kepada semua hamba-Nya. Atas inayah dan ma'unah-Nya penulisan tesis dengan judul Penyelesaian Sengketa Pembiayaan Musyarakah di Pengadilan Agama (Study Penemuan Hukum Dalam Putusan Hakim di Pengadilan Agama Purbalingga) dapat diselesaikan.

Penulis telah berusaha menyusun tesis ini dalam kondisi yang terbaik dan setepat mungkin, namun karena keterbatasan dan kelemahan yang ada, pasti masih terbuka kemungkinan adanya kesalahan. Untuk itu penulis mengharap masukan positif dari semua pihak untuk perbaikan tesis ini.

Dengan penuh kerendahan hati, penulis menyampaikan terima kasih yang tidak terhingga kepada semua pihak yang langsung maupun tidak langsung, turut andil dan memotivasi penyelesaian tesis ini, antara lain kepada :

1. Rektor Universitas Islam Indonesia Yogyakarta, Bapak Prof. Dr. H. Edy Suandi Hamid, M.Ec., yang telah memberi kesempatan kepada penulis untuk dapat belajar dan menggali ilmu pada almamater yang beliau pimpin
2. Dekan Fakultas Hukum Hukum Universitas Islam Indonesia Yogyakarta yang telah mendorong penulis dan juga mahasiswa pada umumnya agar mampu mengembangkan keilmuan khususnya tentang Hukum Ekonomi Islam

3. Ketua Program Pascasarjana Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia Yogyakarta, Bapak Dr. Ridwan Khairandy, SH., MH., yang telah mengarahkan dan banyak memberikan bekal ilmu serta inspirasi kelimuan Ekonomi Syariah kepada penulis
4. DR.Syamsul Anwar, M.A dan Abdul Jamil, SH. MH selaku Pembimbing yang telah berusaha dengan sabar dan cermat membimbing dan mengarahkan penulis untuk menyelesaikan penelitian ini
5. Seluruh Dosen Magister Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia Yogyakarta yang telah berkenan mentransfer dan membuka cakrawala ilmu pengetahuan kepada penulis
6. Teman-teman Mahasiswa Program Magister Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia Konsentrasi Hukum Ekonomi Islam yang sering berbagi wacana
7. Para hakim dan pegawai di lingkungan Pengadilan Agama se-DIY, khususnya Pengadilan Agama Sleman
8. Seluruh karyawan dan Petugas Perpustakaan Magister Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia
9. Isteriku tercinta Ulirfiyah R. dharmawaty, BA dan ke-4 anakku tersayang Rifqy Baihaqi, Hikmah Pravitasari, Fahrunnisa dan Fahrunnida yang telah merelakan banyak waktunya dan memberi dukungan serta do'a yang tulus kepada penulis agar segera menyelesaikan tesis.

Akhirnya, penulis berharap semoga hasil penelitian ini memberi manfaat yang banyak khususnya kepada diri penulis dan umumnya kepada para pembaca. Penulisan

tesis ini tentunya masih banyak kekurangan dan ketidaksempurnaan. Namun penulis berharap kepada para pembaca dan pemerhati di bidang ini agar dengan lapang hati sudilah kiranya memberikan masukan, saran, dan kritik yang membangun demi lebih sempurnanya hasil penelitian ini. Terima kasih.

Penulis

Lanjarto

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL.....	i
HALAMAN PERSETUJUAN.....	ii
HALAMAN PENGESAHAN.....	iii
ABSTRAK.....	iv
KATA PENGANTAR.....	v
DAFTAR ISI.....	viii
BAB I PENDAHULUAN	
A. Latar Belakang Masalah	1
B. Perumusan Masalah	10
C. Tujuan dan Manfaat Penelitian	10
D. Tinjauan Teori	11
E. Metode Penelitian	22
F. Sistematika	26
BAB II PILIHAN HUKUM	
A. Tinjauan tentang pengertian pilihan hukum	28
B. Permasalahan sekitar pilihan hukum	32
C. Hukum perjanjian yang ber klausul Arbitrase Syariah	35

BAB III KEWENANGAN PENYELESAIAN SENGKETA PERBANKAN SYARIAH

- A. Kewenangan absolute Pengadilan Agama48
- B. Titik singgung kewenangan antara Pengadilan Agama dengan Pengadilan Umum yang berkaitan dengan penyelesaian sengketa perbankan syariah64
- C. Kewenangan lembaga non litigasi70

BAB IV PENEMUAN HUKUM

- A. Metode penemuan hukum80
- B. Praktik penemuan hukum dalam pengadilan90
- C. Metode Penemuan hukum Islam94

BAB V PENYELESAIAN SENGKETA PEBIYAAN MUSYARAKAH DI PENGADILAN AGAMA PURBALINGGA

- A. Dasar alasan hakim menerima perkara sedangkan dalam Akad Perjanjian Pembiayaan Musyarakah tidak disebutkan Pengadilan Agama113
- B. Alasan yang menjadi dasar pertimbangan hakim mengabulkan gugatan penggugat di Pengadilan Agama yang farum penyelesaian sengketa telah ditentukan dalam akad.....121

BAB VI PENUTUP

Berisi tentang :

- A. Kesimpulan134
- B. Saran-saran136

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Indonesia sebagai sebuah negara berpenduduk muslim terbesar di dunia baru pada akhir abad XX ini memiliki bank-bank yang mendasarkan pengelolaannya pada prinsip syariah. Pada awal-awal berdirinya Negara Indonesia perbankan masih berpegang pada sistem konvensional atau sistem bunga bank (*interest system*).

Pada tahun 1983 dikeluarkan kebijakan berkaitan dengan pemberian keleluasaan penentuan tingkat suku bunga, termasuk bunga nol persen. Hal ini terus berlangsung paling tidak hingga dikeluarkannya paket kebijakan Oktober 1988 (pakto 88) sebagai kebijakan deregulasi di bidang perbankan yang memperkenankan berdirinya bank-bank baru.

Secara kelembagaan bank syariah yang pertama kali berdiri di Indonesia adalah Bank Muamalat Indonesia (BMI),¹ kemudian baru menyusul bank-bank lain yang membuka jendela syariah (*Islamic window*) dalam menjalankan kegiatan usahanya. Melalui *Islamic window* ini, bank-bank konvensional dapat memberikan jasa pembiayaan syariah. Sedangkan Perbankan syariah secara yuridis di tataran Undang-Undang dimulai pada tahun 2008 dengan diundangkannya Undang-Undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.

¹ Abdul Ghofur Anshori, 2007, *Perbankan Syariah Di Indonesia*, Yogyakarta : Gadjah Mada University Press, hlm. 30.

Dalam periode 1992 sampai dengan 1998, terdapat hanya satu bank umum syariah dan 78 bank perkreditan rakyat syariah (BPRS) yang telah beroperasi. Diundangkannya Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 memberikan landasan hukum yang lebih kuat bagi keberadaan sistem perbankan syariah. Sebelumnya telah dikeluarkannya Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1999 yang telah diamandemen dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2004 tentang Bank Indonesia. Undang-undang ini memberikan kewenangan kepada Bank Indonesia untuk dapat pula menjalankan tugasnya berdasarkan prinsip syariah. Kenyataan ini menyebabkan industri perbankan syariah berkembang lebih cepat.

Adanya Undang-Undang Perbankan Syariah tersebut yang berkaitan dengan penyelesaian sengketa telah memunculkan persoalan baru, yaitu adanya pilihan hukum yang mana penyelesaian sengketa perbankan syariah berdasarkan Pasal 49 UU No. 3 Tahun 2006 menjadi kewenangan absolut Pengadilan Agama. Namun kewenangan tersebut dieliminir oleh penjelasan Pasal 55 ayat (2) UU No. 21 Tahun 2008. Hal ini sebagaimana diatur pada Pasal 55 ayat (1) disebutkan bahwa penyelesaian sengketa Perbankan Syariah dilakukan oleh pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama. Ayat (2) menyatakan bahwa dalam hal para pihak telah memperjanjikan penyelesaian sengketa selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1), penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan isi akad.

Sebelum lahirnya UU No. 21 Tahun 2008 dan sebelum keluarnya UU No. 3 Tahun 2006 tentang perubahan atas UU No. 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama, perkembangan kegiatan ekonomi syariah di Indonesia telah mulai berkembang dan

maju dengan pesat, hal itu ditandai dengan adanya penyaluran dana atau pembiayaan musyarakah yang dilakukan oleh Perbankan Syariah ataupun Bank Pembiayaan Rakyat Syariah (BPRS) kepada masyarakat.

Bank Indonesia yang mempunyai kewenangan untuk melakukan regulasi terhadap perbankan syariah maupun BPR Syariah telah mengeluarkan Peraturan Bank Indonesia (PBI) untuk menciptakan perbankan syariah maupun BPR Syariah yang tangguh dan efisien.

Ketentuan secara teknis mengenai aplikasi akad musyarakah ini telah diatur dalam PBI No. 7/46/PBI/2005 tentang Akad Penghimpunan dan Penyaluran Dana bagi Bank yang melaksanakan kegiatan usaha berdasarkan prinsip syariah.

Penyaluran dana atau pembiayaan musyarakah telah memunculkan permasalahan ketika terjadi wanprestasi, siapa yang berhak menyelesaikan sengketa, apakah Badan Arbitrase Syariah (BASYARNAS) atau pengadilan, sebagai mana telah dilakukan oleh PT. BPR Syariah Buana Mitra Perwira (kreditur) yang beralamat di Jl. Jend. Sudirman No. 45 Purbalingga kepada HERMAN RASNO WIBOWO Bin SODIRIN dan HARNI Binti H. AHMAD SUDARMO (debitur) keduanya bertempat tinggal di Rt. 02/Rw.05 Desa Cipaku, Kecamatan Mrebet, Kabupaten Purbalingga berdasarkan akad perjanjian Musyarakah nomor : 123/MSA/VII/05 tertanggal 20 Juli 2005. BPRS tersebut telah memberikan modal/pembiayaan musyarakah sebesar Rp. 30.000.000,-(tiga puluh juta rupaiah) kepada keduanya untuk keperluan modal usaha dagang gula merah dan kelontong. Setelah menerima modal/pembiayaan tersebut debitur ternyata tidak menggunakan dana yang diterima untuk modal usaha dagang

gula merah dan kelontong akan tetapi untuk keperluan lain sehingga merugikan pihak kreditur.

Upaya kreditur untuk melakukan penagihan atas dana yang telah disalurkan kepada debitur telah diusahakan dengan berbagai cara namun debitur selalu ingkar janji dan tidak ada iktikad baik untuk menyelesaikan kewajiban-kewajibannya kepada kreditur. Adanya pelanggaran yang dilakukan oleh debitur atas akad perjanjian yang telah disepakati bersama dengan kreditur pada Pasal 10 ayat (2), debitur telah menyatakan apabila pembiayaan digunakan untuk keperluan lain, maka pihak kreditur berhak seketika menagih dan pihak debitur diwajibkan tanpa menunda-nunda lagi membayar seluruh pembiayaan yang berupa biaya-biaya dan kewajiban-kewajiban lainnya dengan seketika dan sekaligus lunas.

Adanya alasan wanprestasi yang menyebabkan kreditur menderita kerugian materiil, maka kreditur mengajukan perkaranya ke Pengadilan Agama Purbalingga dengan nomor perkara :1047/Pdt.G/2006/PA.Pbg tertanggal 23 Nopember 2006.

Dalam akad perjanjian pembiayaan musyarakah pada Pasal 12 disebutkan bahwa apabila terjadi sengketa antara kreditur dan debitur akan diselesaikan lewat Badan Arbitase Syariah (BASYARNAS) di Jakarta atau Pengadilan Negeri di Purbalingga. Dalam perjanjian itu ada pilihan ganda sehingga tidak lazim dan tidak dibolehkan menurut hukum acara perdata.

Pembuatan akad atau perjanjian tersebut terjadi sebelum lahirnya UU No. 3 Tahun 2006 dan didasarkan kepada ketentuan Fatwa DSN NO.08/DSN-MUI/IV/2000. yang menyebutkan bahwa "Jika salah satu pihak tidak menunaikan kewajibannya atau

jika terjadi perselisihan di antara para pihak, maka penyelesaiannya dilakukan melalui Badan Arbitrasi Syariah setelah tidak tercapai kesepakatan melalui musyawarah.”² Fatwa DSN tersebut sebagai antisipasi penyelesaian sengketa perbankan yang didasarkan pada syariah. Pada waktu penyaluran dana atau pembiayaan musyarakah penyelesaian sengketa belum menjadi kompetensi Pengadilan Agama.

Kewenangan Pengadilan Agama menangani sengketa ekonomi syariah adalah setelah diundangkannya UU Nomor 3 Tahun 2006 tentang perubahan atas UU Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama. Penyelesaian sengketa ekonomi syariah didasarkan atas ketentuan Pasal 49 UU No. 3 Tahun 2006 yang menyatakan bahwa, ”Pengadilan Agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang : a. Perkawinan, waris, wasiat, hibah, waqaf, zakat, infaq, sadaqah dan . Ekonomi syariah.” Berdasarkan ketentuan Pasal 49 tersebut, Pengadilan Agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara perkawinan, waris, wasiat, hibah, waqaf, zakat, infaq, sadaqah, dan ekonomi syariah (termasuk di dalamnya Bank Syariah/BPRS). Oleh sebab itu, terhitung mulai tanggal 20 Maret 2006 penyelesaian perkara ekonomi syariah menjadi kewenangan mutlak Pengadilan Agama.

Sebelum lahirnya UU No. 3 Tahun 2006 sengketa mengenai ekonomi syariah terutama perbankan syariah diselesaikan oleh Basyarnas. Hal tersebut wajar sebagai

² MUI, 2006, *Himpunan Fatwa Dewan Syariah Nasional*, Edisi Revisi , Diterbitkan atas Kerjasama DSN MUI- Bank Indonesia, hlm. 54.

perbankan syariah didasarkan atas prinsip syariah, sehingga apabila terjadi sengketa tentu saja syariah sebagai dasar penyelesaiannya. Hal ini selaras dengan dasar pemikiran pembentukan Dewan Syariah Nasional (DSN) dan Basyarnas, yaitu :

1. Dengan semakin berkembangnya lembaga-lembaga keuangan syariah di tanah air akhir-akhir ini dan adanya Dewan Pengawas Syariah pada setiap lembaga keuangan, dipandang perlu didirikan Dewan Syariah Nasional yang akan menampung berbagai masalah /kasus yang memerlukan fatwa agar diperoleh kesamaan dalam penanganannya dari masing-masing Dewan Pengawas Syariah yang ada di lembaga keuangan syariah.
2. Pembentukan Dewan Syariah Nasional merupakan langkah efisiensi dan koordinasi para ulama dalam menganggapi isu-isu yang berhubungan dengan masalah ekonomi/keuangan.
3. Dewan Syariah nasional diharapkan dapat berpungsi untuk mendorong penerapan ajaran Islam dalam kehidupan ekonomi.
4. Dewan Syariah Nasional berperan secara pro-aktif dalam menanggapi perkembangan masyarakat Indonesia yang dinamis dalam bidang ekonomi dan keuangan.³

Atas pertimbangan tersebut di atas Majelis Ulama Indonesia (MUI) membentuk DSN dengan tugas :

³ *Ibid.*, hlm. 419.

- a. Menumbuh-kembangkan penerapan nilai-nilai syariah dalam kegiatan perekonomian pada umumnya dan keuangan pada khususnya.
- b. Mengeluarkan fatwa atas jenis-jenis kegiatan keuangan.
- c. Mengeluarkan fatwa atas produk dan jasa keuangan syariah.
- d. Mengawasi penerapan fatwa yang telah dikeluarkan.⁴

Dewan Syariah Nasional berwenang :

- a. Mengeluarkan fatwa yang mengikat Dewan Pengawas Syariah di masing-masing lembaga keuangan syariah dan menjadi dasar tindakan hukum pihak terkait.
- b. Mengeluarkan fatwa yang menjadi landasan bagi ketentuan/peraturan yang dikeluarkan oleh instansi yang berwenang, seperti Departemen Keuangan dan Bank Indonesia.
- c. Memberikan rekomendasi dan/atau mencabut rekomendasi nama-nama yang akan duduk sebagai Dewan Pengawas Syariah pada suatu lembaga keuangan syariah.
- d. Mengundang para ahli untuk menjelaskan suatu masalah yang diperlukan dalam pembahasan ekonomi syariah, termasuk otoritas moneter/lembaga keuangan dalam maupun luar negeri.

⁴ *Ibid.*, hlm. 420.

- e. Memberikan peringatan kepada lembaga keuangan syariah untuk menghentikan penyimpangan dari fatwa yang telah dikeluarkan oleh Dewan Syariah Nasional.
- f. Mengusulkan kepada instansi yang berwenang untuk mengambil tindakan apabila peringatan tidak diindahkan.⁵

Dari gugatan yang telah diajukan oleh kreditur (BPRS Buana Mitra Perwira) ke Pengadilan Agama Purbalingga, setelah dilakukan persidangan ternyata pihak lawan, yaitu debitur, tidak hadir di persidangan meskipun kepadanya telah dilakukan pemanggilan secara sah dan patut menurut hukum sehingga debitur dinyatakan tidak hadir dan putusan perkara ini dijatuhkan tanpa hadirnya debitur (*verstek*). Hakim di Pengadilan Agama Purbalingga yang pengadili perkara tersebut dalam amar putusannya⁶ mengabulkan gugatan penggugat, yaitu :

1. Menyatakan para Tergugat yang telah dipanggil dengan patut untuk menghadap di persidangan, tidak hadir.
2. Mengabulkan gugatan Penggugat dengan *verstek* untuk sebagian.
3. Menyatakan para Tergugat telah melakukan wanprestasi.
4. Membatalkan Akad Perjanjian Pembiayaan Al Musyarokah nomor : 123/MSA/VII/05 tanggal 20 Juli 2005.

⁵*Ibid.*, hlm. 420 - 421

⁶ Putusan Pengadilan Agama Purbalingga Nomor : 1047/Pdt. G/2006/PA. Pbg. Tanggal 29 Januari 2007, hlm. 6-7.

5. Menghukum para Tergugat untuk membayar kepada Penggugat uang sebesar Rp. 37.071.569,00 (tiga puluh tujuh juta tujuh puluh satu ribu lima ratus enampuluh sembilan rupiah) dengan perincian pembayaran :
 - 5.1 Pokok Pembiayaan : Rp. 29.080.000,00
 - 5.2 Denda Ta'widh : Rp. 7.729.569,00
 - 5.3 Biaya APHT : Rp. 262.000,00
6. Menghukum para Tergugat untuk membayar biaya yang timbul dalam perkara ini sebesar Rp. 261.000,00 (dua ratus enam puluh satu ribu rupiah).
7. Menolak dan tidak diterima selain dan selebihnya.

Permasalahan yang muncul adalah lahirnya UU No. 3 Tahun 2006 yang berkaitan dengan kewenangan Pengadilan Agama untuk menyelesaikan sengketa ekonomi syariah lahir kemudian sesudah akad terjadi. Akad / perjanjian pembiayaan musyarakah terjadi pada tanggal 20 Juli 2005 berarti perjanjian dibuat sebelum lahirnya UU No. 3 Tahun 2006 tersebut. Apakah Pengadilan Agama berwenang untuk menyelesaikan sengketa tersebut mengingat dalam Hukum perdata yang berlaku di Indonesia, kebebasan berkontrak dapat disimpulkan dari ketentuan Pasal 1338 (1) KUH Perdata, yang menyatakan bahwa semua kontrak (perjanjian) yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Perjanjian yang ada klausula arbitrase merupakan *Lex specialis* sedangkan kewenangan Pengadilan Agama mengenai ekonomi syariah merupakan *Lex Generalis*.

Berdasarkan ketentuan Pasal 3 UU Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan alternatif penyelesaian menyebutkan bahwa Pengadilan Negeri (dibaca

Pengadilan Agama) tidak berwenang untuk mengadili sengketa para pihak yang telah terikat dalam perjanjian arbitrase. Demikian pula dengan adanya asas yang menyebutkan *Lex Specialis derogate legi generalis* artinya kalau terjadi konflik antara undang-undang yang khusus dengan yang umum maka yang khusus yang berlaku Pasal 1 KUHD.⁷ Berdasarkan ketentuan undang-undang maupun asas perdata tersebut Pengadilan Agama Purbalingga seharusnya menyatakan dirinya tidak berwenang untuk menyelesaikan sengketa pembiayaan musyarakah tetapi di dalam putusannya yang berkaitan dengan masalah tersebut malah menerima dan mengabulkan gugatan itu. Oleh karena itu penulis tertarik untuk meneliti tentang permasalahan hukum atas putusan sengketa kasus ekonomi syariah tersebut.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang masalah sebagaimana diuraikan di atas, maka dapat dikemukakan permasalahan sebagai berikut :

1. Apa dasar alasan Hakim dalam menerima perkara sedangkan dalam Akad Pembiayaan Musyarakah tidak disebutkan Pengadilan Agama.
2. Apakah alasan yang menjadi dasar pertimbangan hakim mengabulkan gugatan penggugat di Pengadilan Agama yang forum penyelesaian sengketaanya disebutkan dalam akad pembiayaan musyarakah ?

C. Tujuan Penelitian

⁷ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Ctk. Kelima, Yogyakarta : Liberty, 2007, hlm. 7

1. Untuk mengetahui tentang landasan hukum acara apa yang menjadi alasan hakim menerima perkara sedangkan dalam Akad Pembiayaan Musyarakah tidak disebutkan Pengadilan Agama.
2. Untuk mengetahui apa alasan yang menjadi dasar pertimbangan hakim mengabulkan gugatan penggugat di Pengadilan Agama yang forum penyelesaian sengketanya disebutkan dalam akad pembiayaan musyarakah.

D. Tinjauan Teori

Secara umum, kekuasaan (*competency*) peradilan dapat dibedakan menjadi dua: kekuasaan relatif (*relative competency*) dan kekuasaan absolut (*absolute competency*). Kekuasaan relatif berkaitan dengan wilayah, sementara kekuasaan absolut berkaitan dengan orang (kewarganegaraan dan keagamaan seseorang) dan perkara.⁸

Setelah pemberlakuan UU No. 3 tahun 2006 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama, perluasan kompetensi absolut peradilan agama dilakukan. Dari segi susunan undang-undang, ketentuan mengenai kekuasaan absolut Peradilan Agama dijelaskan dalam dua tempat; (1) ketentuan yang bersifat "umum" yang ditetapkan pada bagian dua tentang kedudukan peradilan agama; dan (2) ketentuan rincian yang ditetapkan pada bagian "kekuasaan pengadilan."

⁸ Jaih Mubarak, *Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Di Indonesia*, dalam www.badilag.net. Akses : 13.00 pm. Tanggal : 18/02/2009, hlm. 1

Dalam ketentuan mengenai kekuasaan absolut peradilan agama yang bersifat umum sebagaimana disebutkan dalam Pasal 2 UU Nomor 7 Tahun 1989 ditetapkan bahwa peradilan agama adalah salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman bagi pencari keadilan yang beragama Islam mengenai “perkara perdata tertentu. Sementara dalam UU Nomor 3 Tahun 2006 ditetapkan bahwa peradilan agama adalah salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman bagi pencari keadilan yang beragama Islam mengenai “perkara tertentu.” Perubahan klausul (dari “perkara perdata tertentu” menjadi “perkara tertentu) menunjukkan bahwa peradilan agama memiliki potensi untuk memeriksa dan memutus perkara perdata yang lebih luas.

Kewenangan memeriksa dan memutus sengketa hak milik benda-secara umum--adalah kekuasaan absolut pengadilan dalam lingkungan peradilan umum. Akan tetapi, apabila obyek yang disengketakan berkaitan dengan sengketa (seperti perkara wakaf dan waris) yang diajukan ke peradilan agama seperti diatur dalam pasal 9, UU Nomor 3 Tahun 2006, peradilan agama berwenang untuk menetapkan status kepemilikan benda yang disengketakan.

Dalam penjelasan UU tersebut ditetapkan bahwa: pertama, peradilan agama berhak mengadili dan memutus sengketa kepemilikan suatu benda sekaligus sengketa perdata lain, apabila obyek yang disengketakan berkaitan dengan sengketa ekonomi syariah yang diajukan ke peradilan agama, dan jika pihak-pihak yang bersengketa memeluk agama Islam; dan kedua, pemberian kewenangan tersebut berkaitan dengan prinsip penyelenggaraan peradilan; yaitu agar dapat menghindari upaya

memperlambat atau mengulur waktu penyelesaian sengketa karena alasan sengketa milik atau sengketa keperdataan lainnya.⁹

Sedangkan kekuasaan peradilan agama yang rinci yang terdapat dalam UU Nomor 3 Tahun 2006 adalah bahwa peradilan agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara antara orang-orang yang beragama Islam di bidang: (a) perkawinan, (b) waris, (c) wasiat, (d) hibah, (e) wakaf, (f) zakat, (g) infaq, (h) shadaqah, dan (i) ekonomi syariah.

Selanjutnya ditetapkan bahwa: pertama, penyelesaian sengketa yang dilakukan oleh Peradilan Agama tidak hanya dibatasi pada bidang perbankan syariah, melainkan termasuk juga kegiatan ekonomi syariah yang bersifat bukan bank; dan kedua, “yang dimaksud dengan ekonomi syariah adalah perbuatan atau kegiatan usaha yang dilaksanakan menurut prinsip syariah, antara lain: (a) bank syaria‘ah, (b) lembaga keuangan mikro syariah, (c) asuransi syariah, (d) reasuransi syariah, (e) reksa dana syariah, (f) obligasi syariah dan surat berharga berjangka menengah syariah, (g) sekuritas syariah, (h) pembiayaan syariah, (i) pegadaian syariah, (j) dana pensiun lembaga keuangan syariah, dan (k) bisnis syariah.

Hukum Perjanjian Islam.

Secara etimologis perjanjian dalam bahasa Arab diistilahkan dengan mu‘ahadah ittifa’ atau akad. Dalam bahasa Indonesia dikenal dengan kontrak,

⁹ Penjelasan UU Nomor 3 Tahun 2006, Pasal 50 ayat (2)

perjanjian atau persetujuan yang artinya adalah suatu perbuatan di mana seseorang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap seseorang lain atau lebih.¹⁰

Menurut istilah perjanjian atau akad adalah pertemuan ijab dan kabul sebagai pernyataan kehendak kedua pihak atau lebih untuk melahirkan suatu akibat hukum pada obyeknya.¹¹ Sedang menurut Ahmad Azhar Basyir memberikan definisi akad sebagai suatu perikatan antara ijab dan kabul dengan cara yang dibenarkan syarak yang menetapkan adanya akibat-akibat hukum pada obyeknya.¹²

Dalam ajaran Islam untuk sahnya suatu perjanjian, harus dipenuhi rukun dan syarat dari suatu akad. Rukun adalah unsur yang mutlak harus dipenuhi dalam sesuatu hal, peristiwa dan tindakan sedangkan syarat adalah unsur yang harus ada untuk sesuatu hal, peristiwa dan tindakan tersebut.

Perjanjian yang dibuat secara sah menurut hukum Islam mempunyai dua konsekwensi yuridis. Pertama bahwa perjanjian harus dilaksanakan oleh para pihak dengan suka rela dan dengan itikad baik. Dalam hal perjanjian tidak dilaksanakan oleh salah satu pihak atau terjadi wanprestasi, maka memberikan hak kepada pihak lain untuk menuntut ganti kerugian dan/atau memutuskan perjanjian melalui pengadilan. Kedua bahwa perjanjian yang diabaikan oleh satu pihak, maka ia akan mendapatkan sanksi dari Allah SWT di akherat kelak. Dari uraian tersebut dapat disimpulkan bahwa fungsi akad adalah merupakan undang-undang bagi mereka yang membuatnya sesuai

¹⁰ Chairuman Pasaribu dan Suhwardi K. Lubis, *Hukum Perjanjian Dalam Islam*, 2004, Jakarta : Sinar Grafika, hlm. 1

¹¹ Syamsul Anwar, *Hukum Perjanjian Syariah Studi tentang Teori Akad dalam Fikih Muamalat*, 2007, Jakarta : Raja Grafindo Persada, hlm.68

¹² Ahmad Azhar Basyir, *Asas-Asas Hukum Muamalat (hukum Perdata islam)*, 2000, Yogyakarta : UII Press, hlm. 65

dengan Pasal 1338 BW. Sebagai kelanjutan dari asas mengikatnya perjanjian dan wajibnya para pihak memenuhi perikatan-perikatan yang timbul dari perjanjian tersebut, maka salah satu pihak tidak dapat menarik kembali perjanjiannya “selain dengan sepakat kedua belah pihak atau karena alasan-alasan yang oleh undang-undang dinyatakan cukup untuk itu” [Pasal 1338 ayat (2)].

Salah satu asas hukum perjanjian Islam adalah *al-musawah* (persamaan atau kesetaraan) yang mengandung pengertian bahwa para pihak mempunyai kedudukan (*bargaining position*) yang sama, sehingga dalam menentukan *term and condition* dari suatu akad/perjanjian setiap pihak mempunyai kesetaraan atau kedudukan yang seimbang.¹³

Dalam hal salah satu pihak tidak mentaati isi perjanjian atau keluar dari ketentuan akad/perjanjian yang telah disepakati bersama, maka secara *normative* pihak yang keluar dari akad tersebut telah melanggar undang-undang yang telah disepakati bersama.

Suatu akad/perjanjian yang berklausula arbitrase bila dikaitkan dengan Kompetensi Absolut badan peradilan sebagaimana disebutkan dalam UU Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase menyebutkan bahwa lembaga Peradilan diharuskan menghormati lembaga arbitrase sebagaimana yang termuat dalam Pasal 11 ayat (2) UU No.30 tahun 1999 yang menyatakan bahwa pengadilan negeri (dibaca Pengadilan Agama) tidak berwenang mengadili sengketa para pihak yang telah terikat dalam

¹³ Abdul Ghofur Anshori, Perbankan Syariah di Indonesia, 2007, Yogyakarta :Gajah Mada University Press, hlm. 57.

perjanjian arbitrase. Pengadilan Negeri (dibaca Pengadilan Agama) wajib menolak dan tidak ikut campur tangan dalam suatu penyelesaian sengketa yang telah ditetapkan melalui arbitrase. Hal tersebut merupakan prinsip *limited court involvement*, akan tetapi bila dalam akad/perjanjian disebutkan penyelesaian sengketa ada hak opsinya, yaitu pilihan antara lembaga arbitrase dan badan peradilan maka sangat mungkin salah satu pihak bisa membawa sengketanya ke badan peradilan.

Dalam kasus penyelesaian sengketa pembiayaan musyarakah di Pengadilan Agama Purbalingga yang memutus perkara tersebut dan mengabulkan gugatan penggugat menunjukkan bahwa badan peradilan dapat menyelesaikan sengketa yang di dalam akadnya ada pilihan forum. Yang menjadi permasalahan pada putusan Pengadilan Agama Purbalingga adalah bahwa di dalam akad/perjanjiannya tidak disebutkan kata "Pengadilan Agama Purbalingga" melainkan disebutkan kata "Pengadilan Negeri Purbalingga". Dengan tidak disebutkannya kata Pengadilan Agama Purbalingga tersebut, apakah pengadilan tersebut tetap mempunyai kewenangan untuk menyelesaikan perkara tersebut ?. Untuk menjawab pertanyaan tersebut dalam tulisan ini akan dibahas dan diuraikan permasalahan di atas.

Adanya titik singgung kewenangan mengadili sengketa perbankan Syariah atau BPR Syariah dengan Badan Arbitrase Syariah, berikut ini diuraikan sekilas tentang Basyarnas.

1. Sejarah lahirnya Basyarnas.

Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS) adalah perubahan dari nama Badan Arbitrase Muamalat Indonesia (BAMUI) yang merupakan salah satu

wujud dari Arbitrase Islam yang pertama kali didirikan di Indonesia. Pendirinya diprakarsai oleh MUI, tanggal 05 Jumadil Awal 1414 H bertepatan dengan tanggal 21 Oktober 1993 M. BAMUI didirikan dalam bentuk badan hukum yayasan sesuai dengan akta notaris Yudo Paripurno, S.H. Nomor 175 tanggal 21 Oktober 1993.

Peresmian BAMUI dilangsungkan tanggal 21 Oktober 1993. Nama yang diberikan pada saat diresmikan adalah Badan Arbitrase Muamalat Indonesia (BAMUI). Peresmiannya ditandai dengan penandatanganan akta notaris oleh dewan pendiri, yaitu Dewan Pimpinan MUI pusat yang diwakili K.H. Hasan Basri dan H.S. Prodjokusumo, masing-masing sebagai Ketua Umum dan Sekretaris Umum Dewan Pimpinan MUI. Sebagai saksi yang ikut menandatangani akta notaris masing-masing H.M. Soejono dan H. Zainulbahar Noor, S.E. (Dirut Bank Muamalat Indonesia) saat itu. BAMUI tersebut di Ketuai oleh H. Hartono Mardjono, S.H. sampai beliau wafat tahun 2003.¹⁴

Kemudian selama kurang lebih 10 (sepuluh) tahun BAMUI menjalankan perannya, dan dengan pertimbangan yang ada bahwa anggota Pembina dan Pengurus BAMUI sudah banyak yang meninggal dunia, juga bentuk badan hukum yayasan sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2001 tentang Yayasan sudah tidak sesuai dengan kedudukan BAMUI tersebut, maka atas keputusan rapat Dewan Pimpinan Majelis Ulama Indonesia Nomor : Kep-09/MUI/XII/2003 tanggal 24 Desember 2003 nama BAMUI diubah menjadi Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS) yang sebelumnya direkomendasikan dari hasil RAKERNAS MUI

¹⁴ By Admin, dalam [http://www.go.id/sejarah_basyarnas/akses_04/11/2008 - 14.24 pm.,hlm. 1](http://www.go.id/sejarah_basyarnas/akses_04/11/2008_-_14.24_pm_.htm)

pada tanggal 23-26 Desember 2002. BASYARNAS yang merupakan badan yang berada dibawah MUI dan merupakan perangkat organisasi Majelis Ulama Indonesia . Di Ketuai oleh H. Yudo Paripurno, S.H.

Kehadiran BASYARNAS sangat diharapkan oleh umat Islam Indonesia, bukan saja karena dilatarbelakangi oleh kesadaran dan kepentingan umat untuk melaksanakan syariat Islam, melainkan juga lebih dari itu adalah menjadi kebutuhan riil sejalan dengan perkembangan kehidupan ekonomi dan keuangan di kalangan umat. Karena itu, tujuan didirikan BASYARNAS sebagai badan permanen dan independent yang berfungsi menyelesaikan kemungkinan terjadinya sengketa muamalat yang timbul dalam hubungan perdagangan, industri keuangan, jasa dan lain-lain dikalangan umat Islam.¹⁵

Sejarah berdirinya BASYARNAS ini tidak terlepas dari konteks perkembangan kehidupan sosial ekonomi umat Islam, kontekstual ini jelas dihubungkan dengan berdirinya Bank Muamalat Indonesia (BMI) dan Bank Perkreditan Rakyat berdasarkan Syariah (BPRS) serta Asuransi Takaful yang lebih dulu lahir.

Di dalam Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan belum diatur mengenai bank syariah, akan tetapi dalam menghadapi perkembangan perekonomian nasional yang senantiasa bergerak cepat, kompetitif, dan terintegrasi dengan tantangan yang semakin kompleks serta system keuangan yang semakin maju diperlukan penyesuaian kebijakan di bidang ekonomi, termasuk perbankan. Bahwa

¹⁵ *Ibid.*

dalam memasuki era globalisasi dan dengan telah diratifikasinya beberapa perjanjian internasional di bidang perdagangan barang dan jasa, diperlukan penyesuaian terhadap peraturan Perundang-undangan di bidang perekonomian, khususnya sektor perbankan, oleh karena itu dibuatlah Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 10 Tahun 1998 Tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan yang mengatur tentang perbankan syariah.¹⁶

2. Tugas dan kewenangan Basyarnas.

Adanya Undang-undang Nomor 10 Tahun 1998 pemerintah telah melegisir keberadaan bank-bank yang beroperasi secara syariah, sehingga lahirlah bank-bank baru yang beroperasi secara syariah. Dengan adanya bank-bank yang baru ini maka dimungkinkan terjadinya sengketa-sengketa antara bank syariah tersebut dengan nasabahnya sehingga Dewan Syariah Nasional menganggap perlu mengeluarkan fatwa-fatwa bagi lembaga keuangan syariah, agar didapat kepastian hukum mengenai setiap akad-akad dalam perbankan syariah, di mana di setiap akad itu dicantumkan klausula arbitrase yang berbunyi : “Jika salah satu pihak tidak menunaikan kewajibannya atau jika terjadi perselisihan diantara para pihak maka penyelesaiannya dilakukan melalui Badan Arbitrase Syariah setelah tidak tercapai kesepakatan melalui musyawarah.”¹⁷

¹⁶ *Ibid.*, hlm. 2

¹⁷ *Ibid.*

Adanya fatwa-fatwa Dewan Syariah Nasional tersebut dimana setiap bank syariah atau lembaga keuangan syariah dalam setiap produk akadnya harus mencantumkan klausula arbitrase, maka semua sengketa-sengketa yang terjadi antara perbankan syariah atau lembaga keuangan syariah dengan nasabahnya maka penyelesaiannya harus melalui BASYARNAS. Badan Arbitrase Syariah Nasional berdiri secara otonom dan independen sebagai salah satu instrumen hukum yang bertugas untuk menyelesaikan perselisihan para pihak, baik yang datang dari dalam lingkungan bank syariah, asuransi syariah, maupun pihak lain yang memerlukannya. Bahkan, dari kalangan non muslim pun dapat memanfaatkan BASYARNAS selama yang bersangkutan mempercayai kredibilitasnya dalam menyelesaikan sengketa. Lahirnya Badan Arbitrase Syariah Nasional ini, menurut Prof. Mariam Darus Badruzaman, sangat tepat karena melalui Badan Arbitrase tersebut, sengketa-sengketa bisnis yang operasionalnya mempergunakan hukum Islam dapat diselesaikan dengan mempergunakan hukum Islam.¹⁸

Urgensi Metode Penemuan Hukum dan Beberapa Metode Penemuan Hukum

Hal yang penting dalam penemuan hukum adalah bagaimana mengkualifikasikan hukum terhadap peristiwa konkret tertentu. Tidak selalu mudah untuk menemukan hukumnya, karena dalam praktek dapat saja dijumpai aturan hukum tertulisnya ada, tetapi tidak jelas, tidak lengkap atau bahkan aturan hukum tertulisnya tidak ada sama sekali. Pada hakikatnya tidak ada perundang-undangan yang sempurna,

¹⁸ http://www.mui.go.id/sejarah_basyarnas/akes-4-11-2008/14.24-wib

pasti di dalamnya ada kekurangan dan keterbatasannya. Tidak ada perundang-undangan yang lengkap selengkap-lengkapinya atau sejelas-jelasnya dalam mengatur seluruh kegiatan manusia. Aturan perundang-undangan bersifat statis dan rigid (kaku), sedangkan perkembangan kegiatan manusia selalu meningkat dari waktu ke waktu, baik jenis maupun jumlahnya. Sehingga dapat dimengerti kalau kemudian muncul suatu ungkapan "*Het recht hink achter de feiten ann*", bahwa hukum tertulis selalu ketinggalan dengan peristiwanya.

Suatu peraturan perundang-undangan yang tidak jelas harus dijelaskan terlebih dahulu, sedangkan peraturan perundang-undangan yang tidak lengkap harus dilengkapi terlebih dahulu agar nantinya dapat diterapkan dalam peristiwanya. Peraturan perundang-undangan yang tidak jelas atau tidak lengkap tidak dapat secara langsung diterapkan terhadap peristiwanya. Demikian pula kalau peraturan perundang-undangannya tidak ada, maka harus dibentuk atau diciptakan aturan hukumnya.

Oleh karena itu suatu peristiwa konkret harus diketemukan hukumnya dengan menjelaskan, menafsirkan, atau melengkapi peraturan perundang-undangannya. Menjelaskan, menafsirkan, melengkapi, dan menciptakan aturan hukumnya dalam suatu peristiwa diperlukan ilmu Bantu berupa methode penemuan hukum. Dalam upaya menemukan hukumnya terdapat beberapa methode penemuan hukum yang selama ini sudah dikenal, yaitu interpretasi (penafsiran, hermeneutika), argumentasi (penalaran, redenering, reasoning) dan eksposisi (konstruksi hukum).

Apabila aturan perundang-undangan tidak jelas digunakan methode interpretasi, apabila peraturan perundang-undangan tidak lengkap atau tidak ada

digunakan metode argumentasi dan apabila peraturan perundang-undangannya tidak ada digunakan metode konstruksi hukum (eksposisi).¹⁹

E . METODE PENELITIAN

1. Spesifikasi Penelitian

Spesifikasi dalam penelitian ini adalah penelitian secara kualitatif empiric. Yang dimaksud dengan metode kualitatif adalah mengolong-golongkan bahan sesuai kualifikasi yang dibutuhkan dan pemberian kode-kode tertentu sesuai dengan yang diinginkan. Analisis bahan-bahan hukum merupakan kegiatan menguraikan/menarasikan, membahas, menafsirkan temuan-temuan penelitian dengan prespektif atau sudut pandang tertentu. Metode empiric, yaitu metode penelitian hukum yang meliputi obyek penelitian yang terkait atau yang telah tertuang dalam rumusan masalah sedang subyek penelitiannya berkaitan dengan pihak-pihak atau orang yang dipilih oleh peneliti untuk memberikan pendapat, informasi atau keterangan terhadap masalah yang diteliti. Dalam analisis ini menggunakan cara berpikir induktif, yaitu menyimpulkan hasil penelitian dari hal yang sifatnya khusus ke hal yang sifatnya umum.

2. Nara Sumber

Dalam penelitian ini yang menjadi responden adalah beberapa praktisi hukum sebagai informan yang terdiri dari hakim yang memutus perkara pembiayaan

¹⁹ Bambang Sutiyoso, , *Metode Penemuan Hukum*, Yogyakarta : UII Press, 2006, hlm. 78

Musyarakah di Pengadilan Agama Purbalingga maupun hakim-hakim dilingkungan Pengadilan Agama maupun para Advokat/Pengacara Praktek.

3. Jenis penelitian dan Sumber Data

Jenis penelitian secara umum dibagi atas dua jenis, yaitu penelitian dasar (*basic research*) dan penelitian terapan (*applied research*). Dalam penulisan tesis ini memilih penelitian terapan adalah penelitian dengan hati-hati, sistematis dan terus menerus terhadap suatu masalah dengan tujuan untuk digunakan dengan segera untuk keperluan tertentu.

Sumber data yang dipergunakan dalam penelitian ini terdiri dari :

1. Data primer, diperoleh langsung dari sumber pertama di lapangan melalui penelitian, yaitu mencakup dokumen-dokumen resmi, buku-buku, hasil penelitian yang berwujud laporan, buku harian dan seterusnya.²⁰ Sumber data primer diperoleh melalui hasil wawancara dengan responden.
2. Bahan hukum sekunder, yaitu bahan hukum yang menjelaskan bahan hukum primer, bahan hukum sekunder yang berupa buku-buku, literature-literatur, makalah-makalah dan data-data yang berkaitan dengan judul dan permasalahan yang diteliti.

4. Teknik Pengumpulan Data dan Instrumen Penelitian

Pengumpulan data di lapangan dalam penelitian ini, akan dilakukan dengan cara wawancara, adalah sukumpulan pertanyaan (tersusun dan bebas) yang diajukan

²⁰ Soejono Soekamto dan Sri Mamudji, 1989, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, Raja Grafindo, hal. 12.

oleh penulis dalam situasi atau keadaan tatap muka atau langsung berhadapan dan catatan lapangan diperlukan untuk menginventarisir hal-hal baru yang terdapat di lapangan yang ada kaitannya dengan daftar pertanyaan.²¹

Instrumen dalam penelitian ini terdiri dari instrument utama dan instrument penunjang. Instrumen utama adalah penelitian penelitian itu sendiri, sedangkan instrument penunjang adalah daftar pertanyaan dan catatan lapangan.²²

5. Metode Pendekatan

Berdasarkan rumusan masalah dan tujuan penelitian maka metode pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah metode pendekatan yuridis sosiologis, yaitu penelitian yang ingin melihat hukum yang tidak terbatas pada teks normative yang abstrak. Tetapi lebih jauh dari itu, hukum ingin dilihat dalam segenap segenap kompleksitasnya dalam interaksinya dengan alam ralitas empiric sebagai medan tumbuh-kembangnya hukum tersebut.²³

Penelitian hukum sosiologis merupakan kegiatan sehari-hari seorang sarjana hukum yang mempunyai banyak kegunaan, diantaranya adalah untuk pendalaman dan pengembangan ilmu. Jenis penelitian hukum sosiologis ini dipilih karena sesuai dengan tujuan penelitian, yaitu untuk memperoleh pengetahuan secara mendalam sekaligus memberikan pemahaman yang lebih jelas mengenai dasar pertimbangan apakah yang dipergunakan oleh Majelis Hakim untuk menerima, memutus dan

²¹ J. Supranto, 1997, *Metode Riset*, Jakarta : Rineka Cipta, Hal 83.

²² S. Nasution, 1992, *Metode Penelitian Naturalistik-Kualitatif*, Bandung : Tarsito, hal. 9

²³ Satjipto Rahardjo, *Sosiologi Hukum di Indonesia*, dalam ceramah dalam rangka "Penataran Pengacara Muda SeIndonesia" yang diselenggarakan oleh Lembaga Bantuan Hukum bersama-sama dengan Persatuan Advokat Indonesia, November 1976 di Jakarta.

menyelesaikan perkara pembiayaan musyarakah oleh BPRS Buana Mitra Perwita yang merupakan usaha untuk penemuan hukum ?

Apa dasar pembatalan Akad Pembiayaan Musyarakah No. 123/MSA/VII /05 Tanggal 20 Juli 2005 oleh Pengadilan Agama Purbalingga serta akibat hukum akibat pembatalan perjanjian tersebut ?

Pendekatan yuridis sosiologis dalam penelitian ini dengan mengkaji pendapat-pendapat dari para responden selaku informan dihadapkan dengan peraturan-peraturan hukum yang berkaitan dengan kewenangan absolut Pengadilan Agama yang berkaitan dengan penyelesaian sengketa pembiayaan musyarakah dan metode penemuan hukum yang digunakan hakim dalam menyelesaikan sengketa tersebut.

6. Pengolahan Data dan Analisis Data

Metode pengolahan data yang dipergunakan dalam penelitian ini adalah metode kualitatif, yaitu metode analisis yang menghasilkan data deskriptif analisis sehingga mendapatkan suatu uraian yang sistematis dan menggambarkan kenyataan, menganalisa fenomena yang terjadi di masyarakat yang dinyatakan oleh responden secara tertulis maupun secara lisan dan dipelajari secara utuh.

Pengertian analisis, dimaksudkan sebagai suatu penjelasan secara logis dan sistematis, logis sistematis menunjukkan cara berpikir deduktif dan mengikuti tata tertib dalam penulisan laporan penelitian ilmiah. Dari hasil tersebut dapat ditarik suatu kesimpulan yang merupakan jawaban atas permasalahan yang diangkat dalam penelitian ini.

F. SISTEMATIKA

Penulisan tesis ini dibagi dalam 6 bab. Bab pertama berisi pendahuluan yang terdiri dari 6 sub bab, yaitu : a). latar belakang masalah, b). perumusan masalah, c). tujuan dan manfaat penelitian, d). tinjauan teori, e). metode penelitian dan f). sistematika.

Bab kedua menguraikan tentang pilihan hukum yang terdiri dari 3 sub bab, yaitu : a). tinjauan tentang pengertian pilihan hukum, b). permasalahan sekitar pilihan hukum, c). hukum perjanjian yang berklausul Arbitrase Syariah.

Bab ketiga menjelaskan tentang kewenangan penyelesaian sengketa perbankan syariah yang terdiri dari 3 sub bab, yaitu : a). kewenangan absolute Pengadilan Agama, b). titik singgung kewenangan antara Pengadilan Agama dengan Pengadilan Umum yang berkaitan dengan penyelesaian sengketa perbankan syariah, c). kewenangan lembaga non litigasi.

Bab keempat membahas tentang penemuan hukum yang terdiri dari 3 sub bab, yaitu : a). metode penemuan hukum, b). praktik penemuan hukum dalam pengadilan, c). metode penemuan hukum Islam.

Bab kelima menganalisa tentang penyelesaian sengketa pembiayaan Musyarakah di Pengadilan Agama Purbalingga yang terdiri dari 2 sub bab, yaitu : a). apa alasan hakim menerima perkara sedangkan dalam akad perjanjian pembiayaan Musyarakah tidak disebutkan Pengadilan Agama, b). apa alasan yang menjadi dasar pertimbangan hakim mengabulkan gugatan penggugat di Pengadilan Agama yang forum penyelesaian sengketa telah ditentukan dalam akad.

Bab ke enam sebagai penutup yang berisi 2 sub bab, yaitu : a). kesimpulan, b). saran-saran.

BAB II

PILIHAN HUKUM

A. Tinjauan Tentang Pengertian Pilihan Hukum dalam Perbankan Syariah

Pengertian pilihan hukum dalam arti bahasa seperti tersebut dalam *Kamus Besar Bahasa Indonesia* berasal dari dua suku kata, yaitu “pilih” dan “hukum”. Kata “pilih” (kata kerja) yang berarti (1) menentukan atau mengambil dsb sesuatu yang dianggap sesuai dengan kesukaan/selera, (2) mencari atau memisah-misahkan mana yang baik (besar, kecil dan sebagainya), (3) menunjuk (orang, calon, dan sebagainya) dengan memberikan suaranya, dan “pilihan” (kata benda) yang berarti proses, cara, perbuatan memilih.²⁴

Sedang kata “hukum” (kata benda) yang berarti (1) peraturan atau adat yang secara resmi dianggap mengikat yang dilakukan oleh penguasa atau pemerintah, (2) Undang-undang, peraturan dsb untuk mengatur pergaulan masyarakat, (3) Patokan (kaidah, ketentuan) mengenai peristiwa alam dsb yang tertentu, (4) Keputusan (pertimbangan) yang ditetapkan oleh hakim dalam pengadilan yang berupa vonis.²⁵

Dari pengertian secara bahasa tersebut dapatlah kiranya diambil pengertian bahwa pilihan hukum adalah proses atau perbuatan memilih undang-undang atau peraturan untuk mengatur pergaulan masyarakat. Bila dikaitkan dengan penyelesaian

²⁴ Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional, 2002, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Edisi ketiga, Jakarta : Balai Pustaka, hlm.874

²⁵ Ibid, hlm 410.

sengketa dalam perbankan syariah pilihan hukum berarti para pihak dalam membuat kontrak dapat menentukan sendiri hukum mana yang dicantumkan dalam kontrak yang mereka buat. Pada dasarnya para pihak bebas untuk melakukan pilihan hukum.

Pilihan hukum tidak bertentangan dengan asas perdata.

Sebagaimana telah diketahui bersama bahwa masalah perbankan termasuk dalam jajaran hukum perdata atau hukum swasta (*privat law*). Pada umumnya hukum perdata bersifat “mengatur” atau “*aanvullen recht*”, dan jarang yang bersifat “memaksa atau “*dwingend recht*” Para pihak dapat dapat menyingkirkan aturan perdata melalui persetujuan.²⁶

Ditinjau dari segi hukum perdata, ketentuan UU Nomor 21 Tahun 2008 tentang Bank Syariah, Pasal 55 ayat (1) penyelesaian sengketa Perbankan Syariah dilakukan oleh Pengadilan Agama. Ayat (2) dalam hal para pihak telah memperjanjikan penyelesaian sengketa selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1) penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan isi akad. Dalam penjelasan Pasal 55 ayat (2) huruf c yang dimaksud dengan penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan akad adalah upaya dengan musyawarah, mediasi perbankan, Badan Arbitrase Syariah Nasional atau lembaga arbitrase lain serta melalui pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum.

Secara materiil substansial Pasal 55 UU Perbankan Syariah telah memunculkan kembali pilihan hukum. Artinya Undang-undang memberi kesempatan

²⁶ M. Yahya Harahap, 1990, *Kedudukan Kewenangan dan Acara Peradilan Agama Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989*, Cetakan I, Jakarta : Pustaka Kartini, hlm. 165

secara sadar kepada para pihak yang bersengketa, untuk memilih hukum maupun memilih forum penyelesaian sengketa baik melalui pengadilan (litigasi) atau melalui selain pengadilan (non litigasi). Permasalahan yang muncul jika para pihak memilih penyelesaian melalui pengadilan tanpa menyebutkan pengadilan mana yang dipilih untuk menyelesaikan sengketa ? Pengadilan mana yang berhak menyelesaikan sengketa tersebut, apakah Pengadilan Agama atau Pengadilan umum ? Dalam masalah ini akan menimbulkan titik singgung kewenangan antara PA dan PN yang sama-sama menyatakan dirinya berwenang untuk menyelesaikan sengketa Perbankan Syariah.

Pilihan hukum itu dapat dilakukan dengan beberapa cara, yaitu :

1. Pilihan hukum secara tegas, artinya para pihak yang mengadakan kontrak secara tegas, maka pilihan hukum tersebut dinyatakan dengan kata-kata yang menyatakan pilihan hukum tertentu dalam kontrak tersebut, Bilamana hakim mengadili perkara-perkara kontrak, maka hakim dalam menentukan hukum yang harus berlaku dalam kontrak tersebut, hakim akan menggunakan pilihan hukum sebagai titik taut penentunya.
2. Pilihan hukum secara diam-diam. Untuk mengetahui adanya pilihan hukum tertentu yang dinyatakan secara diam-diam dapat disimpulkan dari maksud, ketentuan-ketentuan dan fakta-fakta yang terdapat dalam kontrak tersebut. Dengan lain perkataan, kita dapat menyimpulkan maksud para pihak ini mengenai hukum yang mereka kehendaki dari sikap mereka, dari isi dan bentuk perjanjian, misalnya jika para pihak memilih domisili di kantor Pengadilan Negeri di tempat X, maka dapat ditarik kesimpulan bahwa yang

dikehendaki oleh para pihak secara diam-diam adalah agar hukum perdata umum itulah yang berlaku.

3. Pilihan hukum secara dianggap. Dalam hal ini hakim yang menerima perkara menganggap telah terjadi suatu pilihan hukum berdasarkan dugaan hukum belaka. Pada pilihan hukum demikian dugaan hakim tersebut merupakan pegangan yang dipandang cukup untuk mempertahankan bahwa para pihak benar-benar telah menghendaki berlakunya suatu system hukum tertentu.
4. Pilihan hukum secara hipotesis. Dalam pilihan hukum ini tidak ada satu kemauan dari para pihak untuk melakukan pilihan hukum, sang hakimlah yang melakukan pilihan hukum tersebut. Hakim bekerja dengan suatu fiksi. Seandainya para pihak telah berpikir akan hukum yang harus diperlakukan, maka hukum manakah kiranya yang telah dipilih oleh mereka. Jadi sebenarnya pilihan hukum tersebut bukan dari para pihak, melainkan dari pikiran sang hakim sendiri dengan menggunakan fiksi.²⁷

Dalam pilihan hukum juga dikenal batas-batas tertentu sehingga kebebasan untuk memilih bukan berarti dapat berbuat sewenang-wenang. Orang tidak dapat memilih sekehendak hatinya saja hingga menjadi semaunya sendiri.

Pilihan hukum yang dilakukan oleh para pihak dalam perjanjian harus memperhatikan batas-batas sebagai berikut :

1. Tidak melanggar ketertiban umum (*ordre public, public policy*);

²⁷ Sudargo Gautama, *Pengantar Hukum Perdata Internasional*, Bandung ; Bina Cipta, hlm. 177-178

2. Pilihan Hukum hanya boleh dilangsungkan mengenai hukum kontrak;
3. Pilihan hukum tidak boleh menjelma menjadi penyelundupan hukum;
4. Persoalan yang mempunyai hubungan dengan kaidah super memaksa.²⁸

Untuk mewujudkan ketertiban dan kepastian hukum menurut penulis pilihan hukum selayaknya dilakukan secara tegas dan dicantumkan dalam akad atau perjanjian, sehingga bila di kemudian hari timbul sengketa pihak-pihak yang bersengketa akan menyelesaikan sengketanya berdasar kesepakatan yang telah tertuang dalam akad atau perjanjian.

B. Permasalahan Sekitar Pilihan Hukum.

Ditinjau dari segi hukum acara perdata dan penyelesaian perkara, pilihan hukum akan menimbulkan problema hukum. Problem hukum yang mungkin terjadi adalah :

1. Terjadinya ketidakpastian hukum.

Hal itu dapat terjadi mana kala para pihak dalam menentukan pilihan hukum hanya menyebutkan dalam kontraknya, bila terjadi sengketa kedua belah pihak sepakat untuk menyelesaikan sengketa di pengadilan tanpa menyebutkan pengadilan mana yang berhak menyelesaikan sengketa mereka. Apakah yang dimaksud pengadilan adalah Pengadilan Agama atau Pengadilan Negeri ? UU No. 21 Tahun 2008 Pasal 55 ayat (1) dan ayat (2) beserta penjelasannya telah memunculkan problem pilihan hukum, yaitu munculnya kompetensi absolut Peradilan Negeri terhadap perbankan

²⁸ *Ibid.hlm* 16 – 19.

syariah yang sebelumnya telah dilimpahkan kepada Peradilan Agama. Bila para pihak tidak terjadi kata sepakat di dalam memilih peradilan mana yang berhak menyelesaikan sengketa, jika satu pihak memilih Peradilan Agama untuk menyelesaikan sengketa sedang pihak lain memilih Peradilan Negeri, maka yang terjadi adalah timbulnya ketidakpastian hukum bagi para pihak di dalam menentukan penyelesaian sengketa melalui jalur litigasi.

Permasalahan akan semakin bertambah rumit jika salah satu pihak telah memasukan perkaranya di Pengadilan Agama sedang pihak lain juga telah memasukkan perkaranya di Pengadilan Negeri, masing-masing pengadilan baik PA maupun PN telah menyatakan dirinya berwenang untuk menerima, mengadili serta menyelesaikan sengketa perbankan syariah. Dilihat dari sisi hukum acara penyelesaian sengketa masalah tersebut akan menjadi berlarut-larut dan bekepanjangan sehingga tidak sesuai dengan apa yang dikehendaki oleh para pebisnis yang menghendaki penyelesaian perkara secara cepat dan tuntas.

2. Tidak terwujudnya asas beracara cepat, sederhana dan biaya ringan.

Seperti digambarkan di atas apabila para pihak tidak terjadi kata sepakat di dalam menentukan pengadilan mana yang berhak menyelesaikan sengketa perbankan syariah dan ketidaksepakatan itu diikuti dengan masing-masing pihak memasukan perkaranya di lembaga peradilan yang berbeda, yaitu satu pihak memasukan perkaranya di Pengadilan Agama dan di lain pihak memasukan perkaranya di Pengadilan Negeri. Bagi masing-masing pengadilan baik Pengadilan Agama maupun Pengadilan Negeri tentunya akan menerima, memeriksa dan mengadili perkara

perbankan syariah tersebut dengan mendasarkan kewenangan mereka kepada UU Nomor 21 Tahun 2008 Pasal 55 dinyatakan memunculkan pilihan hukum pada pasal beserta penjelasannya tersebut.

Dalam hal terjadi sebagaimana telah disebutkan, yaitu munculnya sengketa kewenangan sebagai akibat adanya pilihan hukum tersebut, maka hendaknya penyelesaian sengketa kewenangan dimintakan kepada Mahkamah Agung untuk menentukan peradilan mana yang berhak menyelesaikan perkara. Ketentuan yang mengatur masalah itu sebagaimana tersebut dalam Pasal 28 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Mahkamah Agung.

Penyelesaian sengketa dengan adanya pilihan hukum akan menimbulkan ketidak pastian hukum karena adanya dua lembaga peradilan yang mempunyai kewenangan yang sama, juga ditinjau dari penyelesaian perkara dari sisi hukum acara menimbulkan penyelesaian perkara yang berkepanjangan disebabkan masing-masing PA maupun PN harus menghentikan proses pemeriksaan perkara tersebut, dan dua badan peradilan tersebut hendaknya mengirimkan berkas perkara ke Mahkamah Agung untuk ditetapkan oleh Mahkamah Agung, siapa yang berwenang memeriksa dan mengadili perkara itu,²⁹ proses yang demikian itu tentu memakan waktu yang cukup lama dan tentunya tidak sederhana lagi karena penyelesaian perkara menjadi bolak balik antara peradilan tingkat pertama ke Mahkamah Agung, dan dari Mahkamah Agung ke peradilan tingkat pertama lagi.

²⁹ Mahkamah Agung, 1994, *Penemuan dan Pemecahan Masalah Hukum dalam Peradilan Agama*, hlm.81

Semua proses yang dijalani itu pasti memerlukan biaya yang tidak sedikit alias banyak. Dari apa yang telah didiskripsikan itu dapat disimpulkan bahwa pilihan hukum yang ada pada UU Perbankan Syariah ditinjau dari segi hukum acara telah memunculkan persoalan baru yang berupa tidak terwujudnya asas beracara cepat, sederhana dan biaya ringan dalam penyelesaian sengketa.

Adanya pilihan hukum tentu tidak lepas dari adanya perjanjian yang berklausula arbitrase yang terjadi antara para pihak pada saat mereka membuat kontrak atau perjanjian.

C. Hukum Perjanjian yang Berklausula Arbitrase Syariah.

Sebelum menguraikan permasalahan di atas, akan diuraikan tentang hukum perjanjian baik dalam hukum perdata maupun dalam hukum Islam.

Hukum perjanjian merupakan bagian dari hukum privat yang secara histories dan sosiologis mendasarkan pada tiga system hukum yang berbeda, yakni hukum Barat (KUHPperdata), hukum adat dan hukum Islam sehingga kemudian melahirkan hukum perjanjian yang diatur dalam buku III KUHPperdata, hukum perjanjian adat dan hukum perjanjian Islam.³⁰ Dalam tulisan ini teori perjanjian sangat relevan untuk ditinjau dari hukum perdata dan hukum Islam.

³⁰ Abdul Ghofur Anshori, 2006, *Pokok-pokok Perjanjian Islam di Indonesia*, Jogjakarta : Citra Media, hlm. 157.

1. Perjanjian Dalam Hukum Perdata.

Perjanjian diistilahkan dalam bahasa Inggris dengan *contract*, dalam bahasa Belanda dengan *verbinten* atau perikatan juga dengan *overeenkomst* atau perjanjian. Kata kontrak lebih sempit karena ditujukan kepada perjanjian yang tertulis dibandingkan dengan kata perjanjian.³¹ Kata perjanjian juga sering dikaitkan dengan perjanjian kerja sama yang dimaksudkan adanya hubungan timbal balik antara satu pihak dengan yang lainnya.

Perjanjian dalam hukum perdata merupakan bagian dari hukum perikatan yang terdapat pada buku III KUHPerdata. Hal ini sesuai dengan bunyi Pasal 1233 KUHPerdata : Tiap-tiap perikatan dilahirkan baik karena persetujuan, baik karena undang-undang. Pasal tersebut menentukan bahwa perjanjian merupakan salah satu sumber dari perikatan di samping undang-undang. Perikatan adalah hubungan yang terjadi diantara dua orang atau lebih yang terletak di dalam lapangan harta kekayaan di mana pihak yang satu berhak atas prestasi dan pihak lainnya wajib memenuhi prestasi itu.³² Sedangkan pengertian perjanjian disebutkan pada Pasal 1313 KUHPerdata, yaitu : “Suatu persetujuan adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih.”

³¹ Supraba Sekarwati, 2001, *Perancangan Kontrak*, Bandung : Iblam, hlm. 23

³² Mariam Darus Badruzaman, 1996, *KUHPerdata Buku III Hukum Perikatan dengan Penjelasan*, Bandung : Alumni, hlm. 1.

Sistem yang dianut oleh buku III juga lazim dinamakan system terbuka yang merupakan kebalikan dari sistem buku II yang bersifat tertutup.³³ Fenomena dalam teori perjanjian dianggap sebagai keranjang sampah *catch all*. Salah satu asas yang menunjukkan fenomena tersebut adalah adanya asas kebebasan berkontrak *freedom of contract*.³⁴ Artinya para pihak bebas membuat kontrak dan mengatur sendiri isi kontrak tersebut, sepanjang memenuhi ketentuan sebagai berikut :

- a). memenuhi syarat sebagai suatu kontrak
- b). tidak dilarang oleh undang-undang.
- c). sesuai dengan kebiasaan yang berlaku
- d). sepanjang kontrak tersebut dilaksanakan dengan itikad baik

Menurut Passal 1320 KUHPerdara, untuk sahnya suatu perjanjian diperlukan 4 syarat :

- a). adanya kata sepakat bagi mereka yang mengikatkan dirinya
- b). cakap untuk membuat suatu perjanjian
- c). adanya suatu hal tertentu
- d). suatu sebab yang halal

Syarat huruf (a) dan (b) dinamakan syarat-syarat subyektif karena mengenai subyek yang mengadakan perjanjian, sedangkan syarat huruf (c) dan (d) dinamakan syarat-syarat obyektif karena mengenai perjanjiannya sendiri. Kalau syarat-syarat subyektif tidak terpenuhi maka perjanjiannya dapat dibatalkan oleh hakim atas

³³ R. Subekti, 2003, *Pokok-pokok Hukum Perdata*, Jakarta : Intermasa, hlm. 128

³⁴ Munir Fuady, 2001, *Hukum Kontrak dari Sudut Pandang Hukum Bisnis*, Bandung : Ctra Aditya Bakti, hlm. 30

permintaan pihak yang tidak cakap atau yang memberikan kesepakatan secara tidak bebas. Selama tidak dibatalkan perjanjian tersebut akan terus mengikat. Sedangkan apabila syarat-syarat obyektif yang tidak dipenuhi maka perjanjiannya batal demi hukum. Artinya dari semula tidak pernah dilahirkan suatu perjanjian dan tidak pernah ada perikatan. Oleh karenanya tidak ada dasar untuk saling menuntut di muka hakim.³⁵

Suatu kontrak yang telah dibuat secara sah mempunyai ikatan penuh seperti undang-undang bagi para pihak yang membuatnya. Asas perjanjian ini dikenal dengan *pacta sunt servanda* yang termuat dalam Pasal 1338 KUHPerdara yang menentukan bahwa segala perjanjian yang dibuat secara sah, berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Berlakunya sebuah perjanjian mengikat kepada para pihak sesaat setelah tercapainya kata sepakat. Asas ini dikenal dengan asas konsensual.³⁶ Oleh karenanya perjanjian tersebut telah mengikat kepada semua pihak, maka perubahan ataupun penambahan hanya mungkin terjadi apabila disepakati oleh masing-masing pihak.

Dalam transaksi perbankan, perjanjian sangat menentukan terhadap isi, bentuk dari fasilitas perbankan yang diperjanjikan. Termasuk pula adalah mengenai klausula penyelesaian sengketa. Pihak-pihak yang melakukan transaksi yaitu antara bank dan nasabah pada dasarnya mempunyai kebebasan untuk menentukannya. Setelah ditentukan, maka masing-masing pihak harus mentaatinya seperti halnya mentaati sebuah undang-undang.

³⁵ R. Subekti, 1979, *Aspek-Aspek Hukum Perjanjian*, Bandung : Alumni, hlm. 113

³⁶ I.G. Ray Widjaja, 2004, *Merancang Suatu Kontrak Teori dan Praktek*, Bekasi : Kesaint Blanc, hlm. 35

Perjanjian secara formil materiil mempunyai kedudukan sama dengan undang-undang. Pertama dinilai secara materiil karena perjanjian dan undang-undang sama-sama sebagai sumber perikatan. Kedua isi dari sebuah perjanjian nilainya sama dengan undang-undang. Dengan demikian maka kekuatan perjanjian yang dibuat antara bank dengan nasabah cukup mengikat kepada kedua belah pihak, yang kekuatannya sama seperti apabila diatur oleh undang-undang.

2. Perjanjian Dalam Hukum Islam

Secara etimologis perjanjian dalam bahasa Arab diistilahkan dengan akad. Dalam Al-Qur'an sendiri setidaknya ada 2 istilah yang berkaitan dengan perjanjian³⁷, yaitu kata akad (*al 'aqdu*) dan kata 'ahd (*al 'ahdu*) Al-Qur'an memakai kata pertama dalam perikatan atau perjanjian, sedangkan kata yang kedua dalam arti masa, pesan penyempurnaan dan janji atau perjanjian.

Istilah "perjanjian" dalam hukum Indonesia disebut "akad" dalam hukum Islam. Kata akad berasal dari kata *al-'aqd*, yang berarti mengikat, menyambung atau menghubungkan (*ar-rabt*). Dalam arti istilah menurut Syamsul Anwar, akad adalah, "pertemuan ijab dan kabul sebagai pernyataan kehendak dua pihak atau lebih untuk melahirkan suatu akibat hukum pada obyeknya."³⁸

³⁷ Mariam Darus Badrulzaman, 2001, *Kompilasi Hukum Perikatan*, Bandung : Citra Aditya Bahakti, hlm. 247

³⁸ Syamsul Anwar, 2007, *Hukum Perjanjian Syariah Studi tentang Teori Akad dalam Fikih Muamalat*, Jakarta : PT. Raja Grafindo Persada, hlm. 68

Legalitas perjanjian dalam Islam ditunjukkan dalam Al-Qur'an Surat *Al Maidah* ayat (1) yang berbunyi :

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

“Hai orang-orang yang beriman, penuhilah aqad- aqad itu”.

Ayat Al Quran ini juga selain sebagai legalitas tentang adanya perintah Allah untuk menunaikan kewajiban juga menunjukkan bahwa kata perjanjian dalam Al-Qur'an menggunakan kata aqad. Adapun kata 'ahdu dapat ditemukan dalam Al-Qur'an Surat *An Nahal* ayat (91)

وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ

“Dan tepatilah Perjanjian dengan Allah apabila kamu berjanji dan janganlah kamu membatalkan sumpah-sumpah(mu) itu, sesudah meneguhkannya, sedang kamu telah menjadikan Allah sebagai saksimu (terhadap sumpah-sumpahmu itu). Sesungguhnya Allah mengetahui apa yang kamu perbuat”.

Kata al-'ahdu juga dapat ditemukan dalam Surat *Al-Isra* ayat (34) yang berbunyi :

وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا

“Dan janganlah kamu mendekati harta anak yatim, kecuali dengan cara yang lebih baik (bermanfa'at) sampai ia dewasa dan penuhilah janji; sesungguhnya janji itu pasti diminta pertanggung jawaban.”

Meskipun perjanjian mempunyai dua padanan kata yaitu 'aqdu dan 'ahdu, namun pemakaian 'aqdu lebih banyak dipergunakan dalam hukum muamalah.

Rumusan 'aqdu yang telah ditransliterasi menjadi akad merupakan perjanjian kedua belah pihak yang bertujuan saling mengikatkan diri tentang perbuatan yang akan dilakukan dalam suatu hal yang khusus setelah akad secara efektif mulai diberlakukan. Dengan demikian aqad ditunjukkan dalam ijab dan qabul yang menunjukkan adanya kerelaan kedua belah pihak.³⁹

Definisi lain dari akad juga dikemukakan oleh Ahmad Azhar Basyir yaitu suatu perikatan antara ijab dan kabul dengan cara yang dibenarkan syara yang menetapkan adanya akibat- akibat hukum pada obyeknya.⁴⁰

Pentingnya suatu perjanjian juga disebutkan dalam hadits Rasulullah yang diriwayatkan al-Tirmidzi dari Amr bin „Auf yang berbunyi :

للمسلمون على شروطهم الا شرطا اخل حراما او حرم دلالا

“Kaum muslimin terikat dengan syarat-syarat mereka kecuali syarat yang mengharamkan yang halal atau menghalalkan yang haram.”

Dalam hadits di atas Rasulullah memerintahkan untuk mentaati terhadap perjanjian yang dibuat oleh masing- masing pihak. Ketentuan yang diambil dari hadits ini adalah mengenai isi perjanjian tidak boleh bertentangan dengan hukum Islam.

Pengertian akad juga dapat ditemukan dalam Peraturan Bank Indonesia Nomor 7/46/P BI /2005 tentang Akad Penghimpunan dan Penyaluran Dana Bagi Bank yang

³⁹ Abdul Ghofur Anshori, 2006, *Pokok-pokok Perjanjian Islam di Indonesia*, Jogjakarta : Citra Media, hlm.20.

⁴⁰ Ahmad Azhar Basyir, 2000, *Asas-Asas Hukum Muamalat (Hukum perdata Islam)*, Yogyakarta :UII Press, hlm. 65.

melaksanakan kegiatan usaha berdasarkan prinsip syariah Pasal 1 ayat (3) menyebutkan bahwa bank yang melaksanakan akad adalah perjanjian tertulis yang memuat ijab (penawaran) dan qabul (penerimaan) antara bank dengan pihak lain yang berisi hak dan kewajiban masing-masing pihak sesuai dengan prinsip syariah.

Sedangkan dalam Undang-Undang Perbankan Syariah Pasal 1 ayat (13) menyebutkan akad adalah kesepakatan tertulis antara Bank Syariah dan Unit Usaha Syariah dan pihak lain yang memuat adanya hak dan kewajiban bagi masing-masing pihak sesuai dengan prinsip syariah.

Ada kemajuan secara substansial antara pengertian perjanjian dikemukakan oleh ahli hukum Islam dengan perjanjian yang tertuang dalam peraturan perundang-undangan. Peraturan Bank Indonesia dan Undang-Undang Perbankan Syariah keduanya memandang unsur kesepakatan tertulis sebagai sebuah keharusan dalam sebuah perjanjian.

Seperti halnya dalam hukum perdata, hukum Islam juga memberikan ketentuan terhadap keabsahan suatu perjanjian. Tinjauan terhadap ijab kabul, sighat akad serta ketentuan subyek dan obyek akad merupakan kajian dalam hukum Islam menentukan terhadap keabsahan suatu perjanjian. Yang perlu diketengahkan di sini adalah mengenai kebebasan dalam membuat sebuah perjanjian. Syariat Islam memberikan kebebasan kepada setiap orang yang melakukan akad sesuai dengan yang diinginkan, tetapi yang menentukan akibat hukumnya adalah ajaran agama.⁴¹

⁴¹ Faturrahman Djamil, 2001, *Hukum Perjanjian Syariah*, dalam Kompilasi Hukum Perikatan oleh Mariam Darus Badruzaman, Bandung : Cita Aditya Bakti, hlm. 249

Hal ini sesuai pula dengan kaidah hukum dari Ibnu Taimiyah yang dikutip oleh

A. Djazuli berbunyi :

الأصل في العقود رضا المتعاقدين

“Dasar dari akad adalah keridhoan kedua belah pihak.”⁴²

Setelah diuraikan tentang perjanjian akan diuraikan tentang teori arbitrase.

a. Arbitrase Dalam Perspektif Islam

Dalam perspektif Islam, arbitrase dapat dipadankan dengan istilah “tahkim”. Tahkim sendiri berasal dari kata “hakkama”. Secara etimologi, tahkim berarti menjadikan seseorang sebagai pencegah suatu sengketa. Secara umum, tahkim memiliki pengertian yang sama dengan arbitrase yang dikenal dewasa ini yakni pengangkatan seseorang atau lebih sebagai wasit oleh dua orang yang berselisih atau lebih, guna menyelesaikan perselisihan mereka secara damai, orang yang menyelesaikan disebut dengan Hakam.”⁴³

Pengertian tahkim dikemukakan juga oleh kelompok ahli hukum Islam mazhab Hanafiyah adalah memisahkan persengketaan atau menetapkan hukum diantara manusia dengan ucapan yang mengikat kedua belah pihak yang bersumber dari pihak yang mempunyai kekuasaan secara umum. Sedangkan pengertian “tahkim” menurut ahli hukum dari kelompok Syafi'iyah yaitu memisahkan pertikaian antara pihak yang bertikai atau lebih dengan hukum

⁴² A. Djazuli, 2006, *Kaidah-kaidah Fiqh, Kaidah-kaidah Hukum Islam dalam Menyelesaikan Masalah-masalah yang Praktis*, Jakarta : Prenada Media Group, hlm.131

⁴³ Abdul Manan, 2006, *Penyelesaian Sengketa Syariah Sebuah Kewenangan Peradilan Agama*, Jakarta, hlm. 16.

Allah atau menyatakan dan menetapkan hukum syara' terhadap suatu peristiwa yang wajib dilaksanakannya.⁴⁴

Ruang lingkup arbitrase hanya terkait dengan persoalan yang menyangkut huqûqul 'Ibâd (hak-hak perorangan) secara penuh, yaitu aturan- aturan hukum yang mengatur hak- hak perorangan yang berkaitan dengan harta bendanya. Oleh karena tujuan dari arbitrase itu hanya menyelesaikan sengketa dengan jalan damai, maka sengketa yang bisa diselesaikan dengan jalan damai itu hanya yang menurut sifatnya menerima untuk didamaikan yaitu sengketa yang menyangkut dengan harta benda dan yang sama sifatnya dengan itu.⁴⁵

b. Arbitrase Dalam Hukum Positif

Arbitrase di Indonesia mempunyai sejarah yang panjang. Hal ini disebabkan arbitrase sudah dikenal dalam peraturan perundang- undangan sejak berlakunya hukum acara perdata Belanda yaitu dengan *Reglement op de Burgerlijke Rechtsvordering*.⁴⁶ Saat ini yang menjadi dasar hukum pemberlakuan arbitrase adalah Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa yang mulai diberlakukan pada tanggal 12 Agustus 1999.

Pasal 1 Undang-Undang tersebut memberikan definisi arbitrase adalah

⁴⁴ Said Agil Husein al Munawar, 1994, *Pelaksanaan Arbitrase di Dunia Islam dalam Arbitrase Islam di Indonesia*, BAMUI & BMI, Jakarta, hlm. 48-49.

⁴⁵ Abdul Manan, op cit, hlm. 7

⁴⁶ Munir Fuady, 2000, *Arbitrase Nasional : Alternatif Penyelesaian Sengketa Bisnis*, Bandung : Citra Aditya Bhakti, hlm. 27.

cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar pengadilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa. Biasanya dalam kontrak bisnis sudah disepakati dalam kontrak yang dibuatnya untuk menyelesaikan sengketa yang terjadi dikemudian hari di antara mereka. Usaha penyelesaian sengketa dapat diserahkan kepada forum-forum tertentu sesuai dengan kesepakatan.

Ada pembaharuan yang telah berlaku dalam UU No. 30 Tahun 1999 yang merupakan gabungan berbagai ketentuan arbitrase. Misalnya, definisi tentang Klausul Arbitrase dalam kontrak kini dianggap sebagai sebagai Kesepakatan Arbitrase dan karena statusnya sebagai suatu kontrak, maka kesepakatan ini tidak dapat dibatalkan kecuali disepakati secara tegas, resmi dan tertulis oleh para pihak. Lengkap dari suatu klausul arbitrase kini ditetapkan dalam undang-undang.

Pengujian yang dalam Pasal 13 UU No. 30 Tahun 1999 menyatakan sebagai berikut : “Perjanjian Arbitrase adalah suatu kesepakatan berupa kelanjutan arbitrase yang tercantum dalam suatu perjanjian tertulis yang dibuat para pihak sebelum timbul sengketa, atau suatu perjanjian arbitrase tersendiri yang dibuat para pihak setelah timbul sengketa (ad-hoc)”. Ada penyelesaian yang langsung ke lembaga Pengadilan atau ada juga melalui lembaga di luar Pengadilan yaitu arbitrase (*choice of forum/choice of jurisdiction*). Di samping itu, dalam klausul yang dibuat oleh para pihak ditentukan pula hukum mana yang disepakati untuk dipergunakan apabila dikemudian hari terjadi sengketa di antara mereka (*choice of*

law).⁴⁷

Di Indonesia terdapat beberapa lembaga arbitrase untuk menyelesaikan berbagai sengketa bisnis yang terjadi dalam lalu lintas perdagangan, antara lain BAMUI (Badan Arbitrase Muamalat Indonesia) yang khusus menangani masalah persengketaan dalam bisnis Islam, BASYARNAS (Badan Arbitrase Syariah Nasional) yang menangani masalah-masalah yang terjadi dalam pelaksanaan Bank Syariah, dan BANI (Badan Arbitrase Nasional Indonesia) yang khusus menyelesaikan sengketa bisnis non Islam.

Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS) saat didirikan bernama Badan Arbitrase Muamalat Indonesia (BAMUI). BAMUI didirikan pada tanggal 21 Oktober 1993, berbadan hukum Yayasan. Perubahan nama dari BAMUI menjadi BASYARNAS diputuskan dalam Rakernas MUI tahun 2002. Perubahan nama, perubahan bentuk dan pengurus BAMUI dituangkan dalam SK MUI No.Kep- 09/MUI/XII/2003 tanggal 24 Desember 2003. Keberadaan BAMUI yang saat ini menjadi BASYARNAS didukung oleh fatwa-fatwa Dewan Syariah Nasional (DSN) sebagai bagian perangkat MUI yang menghendaki adanya klausula penyelesaian sengketa oleh Badan Arbitrase Syariah setelah tidak tercapai kesepakatan melalui musyawarah.⁴⁸

Fatwa-fatwa DSN ini kemudian mengalami perkembangan sejalan dengan

⁴⁷ Abdul Manan, op cit, hlm. 16.

⁴⁸ Majelis Ulama Indonesia, 2004, *Kumpulan Fatwa Dewan Syariah Nasional 2000 s/d 2006*, Jakarta : Prenada Media Group, hlm. 2

lahir nya Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama, maka sejak Fatwa DSN Nomor 54/DSN-MUI/IX/2006 Tentang Syariah Card dalam klausula penyelesaian sengketa menyebutkan penyelesaian dapat dilakukan melalui Badan Arbitrase Syariah atau melalui Pengadilan Agama setelah tidak tercapai kesepakatan melalui musyawarah.

BAB III.

KEWENANGAN PENYELESAIAN SENGKETA PERBANKAN SYARIAH

A. Kewenangan Absolut Pengadilan Agama.

Secara umum, kekuasaan (*competency*) peradilan dapat dibedakan menjadi dua: kekuasaan relatif (*relative competency*) dan kekuasaan absolut (*absolute competency*). Kekuasaan relatif berkaitan dengan wilayah, sementara kekuasaan absolut berkaitan dengan orang (kewarganegaraan dan keagamaan seseorang) dan perkara.

Bertitik tolak dari penjelasan Pasal 10 ayat (2) UU No. 4 Tahun 2004, lingkungan Peradilan Agama adalah salah satu di antaranya lingkungan “Peradilan Khusus” berhadapan dengan lingkungan Peradilan Umum. Ada tiga lingkungan peradilan khusus yang berhadapan dengan lingkungan Peradilan Umum. Masing-masing lingkungan Peradilan Khusus yang terdiri dari lingkungan Peradilan Agama, Peradilan Militer, dan Peradilan Tata Usaha Negara, hanya melaksanakan fungsi kewenangan mengadili perkara-perkara “tertentu” dan terhadap golongan rakyat tertentu. Jadi fungsi kewenangan mengadili lingkungan Peradilan Agama ditentukan dua factor yang menjadi ciri keberadaannya. Pertama faktor “perkara tertentu” dan yang kedua faktor golongan “rakyat tertentu”.

Tentang siapa yang dimaksud dengan golongan rakyat tertentu yang tunduk sebagai subjek hukum ke dalam kekuasaan mengadili lingkungan Peradilan Agama, telah ditegaskan beberapa kali dalam UU No. 7 Tahun 1989. Pertama, tercantum

dalam Pasal 2 dan Pasal 49 ayat (1). Kemudian dipertegas lagi dalam Penjelasan Umum, angka 2 alinea ketiga.

Untuk lebih jelasnya mari kita lihat Pasal 2, yang berbunyi:

“Peradilan Agama merupakan salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman bagi rakyat pencari keadilan yang beragama Islam mengenai perkara perdata tertentu yang diatur dalam undang-undang ini.”

Begitu juga yang digariskan dalam Pasal 49 ayat (1), berbunyi:

“Pengadilan Agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara ditingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam.....”

Hal yang sama juga telah dicantumkan dalam Penjelasan Umum, angka 2, alinea ketiga yang berbunyi:

“Pengadilan Agama merupakan Pengadilan tingkat pertama untuk memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara-perkara antara orang-orang beragama Islam di bidang perkawinan, kewarisan, wasiat, hibah, wakaf, shadaqah berdasar hukum Islam.”

Dari bunyi rumusan ketentuan di atas, salah satu asas sentral yang terdapat dalam UU No. 7 Tahun 1989 ialah asas “personalitas ke-Islaman.” Maksud dari asas tersebut adalah yang tunduk dan yang dapat ditundukkan kepada kekuasaan lingkungan Peradilan Agama, hanya mereka yang mengaku pemeluk agama Islam.

Penganut agama lain ddi luar Islam atau yang nonmuslim tidak tunduk dan tidak dapat dipaksa tunduk kepada kekuasaan lingkungan Peradilan Agama.⁴⁹

Lebih lanjut, sampai sejauh mana ruang lingkup kewenangan mengadili lingkungan Peradilan Agama? Jawabannya, hanya meliputi bidang perkara-perkara perdata “tertentu”. Inilah yang digariskan dalam penjelasan Pasal 10 ayat (1) UU No.14 Tahun 1970 yang telah diamandemen dengan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004. Akan tetapi jika demikian jawabannya, masih mengambang. Bisa menimbulkan kekisruhan dalam menentukan batas-batas kompetensi absolut.

Oleh karena itu, apa yang di maksud dengan bidang perkara-perkara perdata “tertentu” sangat memerlukan konkretisasi dan rincian yang tegas dan jelas. Ketidakjelasan bidang perkara tertentu di masa yang lalu, merupakan pengalaman pahit dalam menentukan batas yurisdiksi antara lingkungan Peradilan Agama dengan Peradilan Umum, terutama yang menyangkut perkara harta bersama dan warisan.⁵⁰ Untuk memperjelas batas kewenangan mengadili antara lingkungan Peradilan Agama. Misi penegasan batas kewenangan mengadili yang lebih jernih dari masa yang lalu seperti yang diamanatkan St. 1937-116 maupun PP No. 45 Tahun1957, memang terdapat dalam UU No. 7 Tahun 1989 yang telah diamandemen dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006.

⁴⁹M. Yahya Harahap,2003, *Kedudukan Kewenangan dan Acara Peradilan Agama UU No. 7 Tahun 1989*,Edisi Kedua, Jakarta : Sinar Grafika, hlm. 56

⁵⁰*Ibid.* hlm. 137

Penegasan tersebut dapat dilihat pada penjelasan Umum angka 2 alinea ketiga yang sama bunyinya dengan apa yang tercantum dalam Pasal 49 ayat (1) dihubungkan dengan penjelasan Pasal 49 ayat (2) serta Penjelasan Umum angka 2 alinea kelima dan keenam dihubungkan dengan ketentuan Pasal 49 ayat (3) dan Pasal 50 maupun dengan penjelasan Pasal 50.

Ketentuan-ketentuan yang dimaksud merupakan landasan pokok menentukan batas-batas yang jernih fungsi kewenangan mengadili lingkungan Peradilan Agama. Dengan penegasan yang jelas ini, tidak timbul lagi kekisruhan yuridiksi mengadili antara Peradilan Umum dengan lingkungan Peradilan Agama.

Dari berbagai ketentuan pasal dan penjelasan yang dikemukakan di atas, secara umum fungsi kewenangan mengadili lingkungan Peradilan Agama telah ditentukan dalam Pasal 49 ayat (1), yang meliputi perkara-perkara bidang perdata:

Perkawinan;

Kewarisan, wasiat, dan hibah yang dilakukan berdasar hukum Islam;

Wakaf dan shadaqah.

Bidang-bidang hukum perdata di ataslah yang menjadi porsi fungsi kewenangan mengadili lingkungan Peradilan Agama. Dengan sendirinya bidang-bidang tersebut yang diistilahkan dengan bidang "tertentu". Berarti juga bidang tertentu yang menjadi kewenangan mengadili lingkungan Peradilan Agama dihubungkan dengan asas personalitas ke-Islaman sebagai golongan rakyat tertentu, meliputi perkara-perkara perdata dalam kasus perkawinan, warisan, hibah, wakaf, dan shadaqah. Itulah batas kewenangan mengadili yang diberikan undang-undang

kepadanya.⁵¹ Lewat dari itu, dianggap melampaui batas kewenangan yurisdiksi. Sedang bidang perdata selebihnya menjadi porsi Peradilan Umum dan Peradilan Tata Usaha Negara.

Lingkungan Perdata Umum dan Peradilan Tata Usaha Negara dilarang untuk mengklaim dan memasuki bidang hukum perdata yang menjadi kewenangan lingkungan Peradilan Agama, sebab akan terjadi pelanggaran kewenangan yurisdiksi yang melampaui batas. Batas-batas kewenangan mengadili antar lingkungan Peradilan tersebutlah yang dimaksud dengan “kompetensi ansolut”. Artinya, apa yang telah ditegaskan menjadi porsi setiap lingkungan peradilan, secara “mutlak” menjadi kewenangan untuk memeriksa dan memutus perkaranya. Lingkungan peradilan lain secara mutlak tidak berwenang untuk mengadilinya. Hal itu sudah dijelaskan pada pembahasan yang menyangkut kompetensi absolut.

a. Jangkauan Kewenangan Mengadili Perkara Perkawinan.

Di atas sudah dijelaskan kewenangan umum lingkungan Peradilan Agama secara global, meliputi perkawinan, warisan, wasiat, hibah, wakaf, dan shadaqah. Di antara kewenangan global tersebut, yang pertama adalah bidang perkara perdata perkawinan.. Kita ingin mengetahui, sejauh mana jangkauan kewenangan Peradilan Agama mengadili perkara yang berhubungan dengan bidang perkawinan?

Untuk menjawab pertanyaan tersebut perlu kiranya dikemukakan kenyataan masa lalu dan masa sesudah diundangkan UU No. 1 Tahun 1974 sebagai undang-undang dan hukum perkawinan nasional, kewenangan Peradilan Agama mengadili

⁵¹ *Ibid.* hlm. 138

kasus perkara perkawinan bagi mereka yang beragama Islam, tidak utuh secara menyeluruh. Dari sekian luas jangkauan hukum yang diatur dalam UU No. 1 Tahun 1974, tidak secara menyeluruh kewenangan mengadili perkara yang timbul dari padanya menjadi kompetensi absolut Peradilan Agama. Kewenangan mengadili perkara perkawinan bagi mereka yang beragama Islam, tidak bulat.⁵²

Ada bagian yang tersisa yang kewenangan mengadili perkaranya menjadi kompetensi absolute lingkungan Peradilan Umum. Bagian yang tersisa tersebut terutama mengenai perkara yang berkenaan dengan sengketa “harta bersama” suami-istri, sehingga perkara perkawinan bagi golongan rakyat yang memiliki personalitas Ke-Islaman, ditempatkan pada dua sisi kutub. Mengenai perkara perkawinan selain masalah sengketa harta bersama berkutub dan takluk ke lingkungan Peradilan Agama, tetapi sengketa harta bersama yang di dalamnya ada keterkaitan atau sengketa milik dengan pihak ketiga yang Non Muslim, tunduk ke lingkungan Peradilan umum.

Apakah dengan diundangkan UU No. 7 Tahun 1989 Jo UU Nomor 3 Tahun 2006, masih berlangsung suasana yang seperti itu? Dengan berlakunya undang-undang ini, berakhir suasana dua kutub penyelesaian perkara perkawinan. Secara menyeluruh dimasukkan dalam jangkauan kewenangan Peradilan Agama. Semua segi yang berhubungan dengan perkara perkawinan, termasuk sengketa harta bersama, secara utuh menjadi jangkauan kewenangan mengadili lingkungan Peradilan Agama. Tidak ada yang tersisa. Sudah dibagi habis menjadi porsi Peradilan Agama.⁵³ Hal ini

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.* hlm. 139

dapat dilihat dari berbagai penegasan. Pertama, dapat dibaca dari penegasan Penjelasan Umum angka 2 alinea keempat UU Nomor 7 Tahun 1989 Jo UU Nomor 3 Tahun 2006 yang berbunyi:

“Bidang perkawinan yang dimaksud di sini adalah hal-hal yang diatur dalam Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang perkawinan (Lembaran Negara Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3019).”

Lebih lanjut penegasan mengenai keseluruhan perkara perkawinan secara utuh dan menyeluruh menjadi kewenangan yurisdiksi lingkungan Peradilan Agama, terdapat dalam penjelasan pasal 49 ayat (2). Penjelasan dimaksud merupakan rincian terhadap ketentuan Pasal 49 ayat (2), seperti yang dapat dibaca, berbunyi:

“Bidang perkawinan sebagaimana yang dimaksud dalam ayat (1) huruf a ialah hal-hal yang diatur dalam atau berdasarkan Undang-Undang mengenai perkawinan yang berlaku.”

Jika bunyi Pasal 49 ayat (2) UU Nomor 7 Tahun 1989 Jo UU Nomor 3 Tahun 2006 ini dihubungkan dengan penegasan Penjelasan Umum di atas, undang-undang yang dimaksud ialah UU No. 1 Tahun 1974. maka segala apa yang diatur dalam undang-undang itu, apabila pihak yang bersengketa terdiri dari orang-orang yang beragama Islam, kewenangan mengadili perkaranya, menjadi yurisdiksi Peradilan Agama. Akan tetapi rupanya, pembuat Undang-Undang belum merasa puas akan ketentuan dan penegasan yang disebut dalam Pasal 49 ayat (2) dan Penjelasan Umum angka 2 alinea keempat.

Barangkali pembuat Undang-Undang benar-benar ingin menghapus secara sadar pengalaman traumatis tentang ketidakpastian batas kewenangan masing-masing antara lingkungan Peradilan Umum dan Peradilan Agama yang menyangkut perkara sengketa perkawinan.⁵⁴ Untuk melenyapkan pengalaman praktek yang traumatis tersebut, sengaja pembuat undang-undang merinci satu persatu, perkara sengketa perkawinan apa saja yang menjadi kompetensi absolut lingkungan Peradilan Agama. Rinciannya tercantum satu persatu dalam penjelasan Pasal 49 ayat (2). Rincian penjelasan pasal ini sekaligus dapat memudahkan para hakim untuk menguji apakah perkara perkawinan yang diajukan kepadanya masih termasuk dalam batas kewengannya atau tidak.

Menurut penjelasan Pasal 49 ayat (2), yang dimaksud dengan bidang perkawinan yang diatur dalam UU No. 1 Tahun 1974 antara lain:

1. Izin beristri lebih dari seorang (izin poligami);
2. Izin melnsungkan perkawinan bagi orang yang berumur 21 tahun dalam hal orang tua atau wali atau keluarga dalam garis lurus ada perbedaan pendapat;
3. Dispensasi kawin;
4. Pencegahan perkawinan;
5. Penolakan perkawinan oleh Pegawai Pencatat Nikah;
6. Pembatalan perkawinan;
7. Gugatan kelalaian atas kewajiban suami atau istri;
8. Perceraian karena talak;
9. Gugatan perceraian;
10. Penyelesaian harta bersama;
11. Mengenai penguasaan anak;
12. Ibu dapat memikul biaya penghidupan anak bilamana bapak yang seharusnya bertanggung jawab tidak memenuhinya;
13. Penentuan kewajiban memberi biaya penghidupan oleh suami kepada bekas istri atau penentuan suatu kewajiban bagi bekas istri;

⁵⁴ *Ibid.* hlm. 139.

(1) Jo Penjelasan Umum angka 2 alinea ketiga, telah ditetapkan salah satu asas sentral dalam undang-undang ini ialah asas personalitas ke-Islaman. Asas Personalitas ke-Islaman dipandang sebagai salah satu fundamen menegakkan eksistensi lingkungan Peradilan Agama, sebagai pelaksanaan dari ketentuan Pasal 10 UU No. 4 Tahun 2004, yang menentukan bahwa salah satu dari ciri eksistensi kekhususan lingkungan Peradilan Agama, digantungkan kepada faktor golongan rakyat tertentu. Dan golongan rakyat tertentu tersebut, itulah yang dijawab pada Pasal 2 Jo pasal 49 ayat (1) Jo penjelasan Umum angka 2 alinea ketiga UU No. 7 Tahun 1989 Jo UU Nomor 3 Tahun 2006 yakni golongan rakyat yang “beragama Islam”.

Dengan mengkaitkan asas personalitas ke-Islaman yang dimaksud dalam ketentuan Pasal 49 ayat (2) huruf b, Jo Penjelasan Umum angka 2 alinea kedua, yang menentukan salah satu bidang perdata tertentu yang menjadi kewenangan mengadili Peradilan Agama, berarti asas personalitas ke-Islaman dalam bidang perkara perdata kewarisan meliputi seluruh golongan rakyat yang beragama Islam. Dengan kata lain, sengketa perkara warisan yang terjadi bagi setiap orang yang beragama Islam, kewenangan mengadilinya tunduk dan takluk ke dalam lingkungan Peradilan Agama, bukan ke lingkungan Peradilan Umum. Kalau begitu luas jangkauan mengadili Peradilan Agama ditinjau dari subyek pihak-pihak yang berperkara, meliputi seluruh golongan rakyat yang beragama Islam tanpa kecuali.⁵⁵

Untuk melihat jangkauannya dari segi wawasan nusantara. Permasalahan ini perlu dijernihkan mengingat adanya pemisahan berdasar faktor teritorial berlakunya

⁵⁵ *Ibid*, hlm.147.

hukum warisan Islam di masa yang lalu. Pemisahan berdasarkan faktor teritorial atas berlakunya hukum warisan Islam bagi mereka yang beragama Islam, merupakan produk kebijaksanaan hukum yang tertuang dalam St. 1937-116 dan PP No. 45 Tahun 1957. Inti pokok kebijaksanaan hukum di bidang warisan yang digariskan dalam St. 1937-116, menentukan untuk daerah Jawa dan Madura, hukum waris yang berlaku dan diterapkan bagi golongan rakyat bumi putra adalah hukum barat. Begitu pula kebijaksanaan yang digariskan St. 1937-638 dan 639, menetapkan bahwa untuk daerah Karesidenan Kalimantan Timur, berlaku waris Islam kecuali *onderafdeling*, Pulau Laut dan Tanah Bumbu, berlaku warisan adat. Sedang menurut kebijaksanaan yang digariskan dalam PP No. 45 Tahun 1957, sama sekali tidak membawa perubahan karena bersifat status quo dengan kecenderungan yang semakin tidak menentu, sebagai akibat rumusan kabur Pasal 4 yang berisi kalimat “sepanjang hal itu merupakan hukum yang hidup.”

Dengan kalimat mengambang tersebut terjadi kegalauan menentukan kewenangan yuridis perkara warisan bagi yang beragama Islam. Kalau berpegang pada patokan kebijaksanaan yang digariskan St. 1937-116, hanya di Pulau Jawa – Madura saja perkara warisan yang tidak menjadi yurisdiksi Peradilan Agama. Disebabkan rumusan Pasal 4 PP No. 45 Tahun 1957 yang mengambang serta tidak ada petunjuk siapa yang berwenang menentukan hukum Adat atau hukum warisan Islam yang hidup di suatu daerah, terjadilah selisih pendapat, terutama dari kalangan aparat Peradilan umum, hukum warisan yang hidup di masyarakat adalah hukum adat. Berarti yang berwenang untuk mengadili sengketa waris adalah Pengadilan

negeri. Sedang dari kalangan lingkungan Peradilan Agama mendakwa bahwa hukum warisan yang hidup di tengah-tengah masyarakat adalah hukum warisan Islam, dan yang berwenang mengadili sengketa waris adalah Pengadilan Agama.⁵⁶

Bagaimana menurut UU No. 7 Tahun 1989 Jo UU No. 3 Tahun 2006 ? Menurut undang-undang ini, masalah sengketa perkara warisan yang terjadi bagi mereka yang beragama Islam baik dari sudut hukum materiil maupun dari sudut kewenangan yurisdiksi mengadili, ditempatkan dalam suatu gugus wawasan nusantara. Asas wawasan nusantara sengketa waris ditempatkan di bawah wewenang yurisdiksi lingkungan Peradilan Agama bagi mereka yang beragama Islam, dapat dipastikan melalui pendekatan kosideran huruf d, Jo Penjelasan umum angka 1 alinea kedua, Jo Pasal 107 ayat (1) UU Nol. 7 Tahun 1989 Jo UU Nomor 3 Tahun 2006. Ketiga aturan itu sama ketentuannya. Terutama ketentuan yang dicantumkan dalam konsideran huruf d, menegaskan: "*Bahwa pengaturan tentang susunan, kekuasaan, dan hukum acara pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama yang selama ini masih beraneka....., perlu segera diakhiri demi terciptanya kesatuan hukum yang mengatur Peradilan Agama dalam kerangka system dan tata hukum nasional berdasarkan Pancasila dan UUD 1945.*"

Untuk mencapai dan mewujudkan kesatuan sistem dan tata hukum di lingkungan Peradilan Agama, Pasal 107 menyatakan, pada saat mulai berlaku undang-undang ini (UU No. 7 Tahun 1989) semua peraturan Peradilan Agama yang

⁵⁶ *Ibid*, hlm. 148

lama St. 1982, St. 1937-116, St.1937-638 dan 639, dan PP No. 45 Tahun 1957 dinyatakan tidak berlaku.

Apa yang diamanatkan konsideran huruf d dan Pasal 107, jelas menegaskan asas kesatuan wawasan nusantara. Tidak ada lagi perbedaan teritorial pulau Jawa-Madura dan daerah seberang atau luar Jawa-Madura. Sehingga sejak tanggal 29 Desember 1989, saat diundangkan UU No. 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama, lingkungan Peradilan Agama dan tata hukum Islam yang mengatur perkawinan, warisan, wasiat, hibah, wakaf, dan shadaqah, berlaku secara nasional berdasarkan asas personalitas ke-Islaman. Dengan demikian bagi setiap orang yang bergama Islam diperlakukan dan diterapkan hukum warisan Islam di mana saja ia berada, dan kewenangan mengadili perkara yang timbul dalam bidang warisan tunduk kepada lingkungan Peradilan Agama.

2. Meliputi Seluruh Bidang Hukum Waris Islam.

Sampai sejauh mana jangkauan kewenangan mengadili sengketa perkara warisan ditinjau dari segi hukum waris Islam ? apakah benar-benar menjangkau keseluruhan atau hanya sebagian saja ? Untuk mengetahui luas jangkauan yang tepat dan sebenarnya, dilakukan melalui pendekatan ketentuan Pasal 49 ayat (3), Jo Penjelasan Umum angka 2 alinea keenam. Makna yang terkandung dalam kedua ketentuan tersebut sama. Untuk jelasnya disebutkan bunyi ketentuan Pasal 49 ayat (3) : "*Bidang kewarisan sebagaimana yang dimaksud dalam ayat (1) huruf b ialah penentuan siapa-siapa yang menjadi ahli waris, penentuan mengenai harta*

peninggalan, penentuan bagian masing-masing ahli waris, dan melaksanakan pembagian harta peninggalan tersebut'.

Pembagian warisan dapat dilakukan pengadilan di luar eksekusi berdasarkan putusan yang telah memperoleh kekuatan huku tetap, yakni melalui ketentuan Pasal 236 a HIR berupa pembagian atas dasar permohonan pertolongan pembagian harta warisan di luar sengketa. Kebolehan dan kewenangan Pengadilan Agama melakukan pembagian harta warisan berdasar ketentuan Pasal 236 a HIR, sesuai dengan apa yang ditegaskan Pasal 54 UU No. 7 Tahun 1989, yang menyatakan bahwa hukum acara perdata yang berlaku pada pengadilan di lingkungan Peradilan Agama ialah hukum acara perdata yang berlaku dalam lingkungan Peradilan umum. Sedang hukum acara perdata yang berlaku dalam lingkungan Peradilan umum ialah HIR dan RBG. Berarti HIR dan RBG pula yang berlaku dalam lingkungan Peradilan Agama. Dan salah satu aturan yang terdapat dalam HIR ialah Pasal 236 a. Lagi pula Pasal 107 ayat (2) UU No. 7 Tahun 1989 sendiri sudah menegaskan tentang kewenangan Pengadilan Agama melakukan pembagian harta warisan berdasarkan Pasal 236 a HIR dengan syarat dan tata cara : harta warisan yang hendak dibagi di luar sengketa di pengadilan.

Ada permohonan minta tolong dilakukan pembagian dari seluruh ahli waris.

Apabila kedua syarat itu terpenuhi, barulah pengadilan dapat melaksanakan pembagian berdasarkan ketentuan Pasal 236 a HIR. Pengadilan harus terlebih dahulu meneliti dan yakin, bahwa yang memohon pembagian terdiri dari semua ahli waris.

Jika yang memohon hanya terdiri dari sebagian ahli waris saja, pengadilan tidak bisa mempergunakan Pasal 236 a HIR.⁵⁷

Demikian sepintas uraian segi-segi hukum warisan Islam dihubungkan dengan ketentuan Pasal 49 ayat (3), Jo Penjelasan umum angka 2 alinea keenam, secara singkat dapat dikatakan bahwa semua aspek hukum warisan Islam sudah tercakup dalam ketentuan Pasal 49 ayat (3).

Setelah pemberlakuan UU No. 3 tahun 2006 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama, perluasan kompetensi absolut peradilan agama dilakukan. Dari segi susunan undang-undang, ketentuan mengenai kekuasaan absolut peradilan agama dijelaskan dalam dua tempat; (1) ketentuan yang bersifat "umum" yang ditetapkan pada bagian dua tentang kedudukan peradilan agama; dan (2) ketentuan rincian yang ditetapkan pada bagian "kekuasaan pengadilan."

Dalam ketentuan mengenai kekuasaan absolut peradilan agama yang bersifat umum ditetapkan bahwa peradilan agama adalah salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman bagi pencari keadilan yang beragama Islam mengenai "perkara perdata tertentu." Sementara dalam UU Nomor 3 Tahun 2006 ditetapkan bahwa peradilan agama adalah salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman bagi pencari keadilan yang beragama Islam mengenai "perkara tertentu." Perubahan klausul (dari "perkara perdata tertentu" menjadi "perkara tertentu") menunjukkan bahwa peradilan agama memiliki potensi untuk memeriksa dan memutus perkara perdata yang lebih luas.

⁵⁷ *Ibid.* hlm. 152.

Kewenangan memeriksa dan memutus sengketa hak milik benda secara umum adalah kekuasaan absolut pengadilan dalam lingkungan peradilan umum. Akan tetapi, apabila obyek yang disengketakan berkaitan dengan sengketa (seperti perkara wakaf dan waris) yang diajukan ke peradilan agama seperti diatur dalam pasal 9, UU Nomor 3 Tahun 2006, peradilan agama berwenang untuk menetapkan status kepemilikan benda yang disengketakan.

Dalam penjelasan UU tersebut ditetapkan bahwa: *pertama*, peradilan agama berhak mengadili dan memutus sengketa kepemilikan suatu benda sekaligus sengketa perdata lain, apabila obyek yang disengketakan berkaitan dengan sengketa ekonomi syariah yang diajukan ke peradilan agama, dan jika pihak-pihak yang bersengketa memeluk agama Islam; dan *kedua*, pemberian kewenangan tersebut berkaitan dengan prinsip penyelenggaraan peradilan; yaitu agar dapat menghindari upaya memperlambat atau mengulur waktu penyelesaian sengketa karena alasan sengketa milik atau sengketa keperdataan lainnya.

Sedangkan kekuasaan peradilan agama yang rinci yang terdapat dalam UU Nomor 3 Tahun 2006 adalah bahwa peradilan agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara antara orang-orang yang beragama Islam di bidang: (a) perkawinan, (b) waris, (c) wasiat, (d) hibah, (e) wakaf, (f) zakat, (g) infaq, (h) shadaqah, dan (i) ekonomi syariah.” Selanjutnya ditetapkan bahwa: *pertama*, penyelesaian sengketa yang dilakukan oleh peradilan agama tidak hanya dibatasi pada bidang perbankan syariah, melainkan termasuk juga kegiatan ekonomi syariah yang bersifat bukan bank; dan *kedua*, “yang dimaksud dengan ekonomi

syariah adalah perbuatan atau kegiatan usaha yang dilaksanakan menurut prinsip syariah, antara lain: (a) bank syari'ah, (b) lembaga keuangan mikro syariah, (c) asuransi syariah, (d) reasuransi syariah, (e) reksa dana syariah, (f) obligasi syariah dan surat berharga berjangka menengah syariah, (g) sekuritas syariah, (h) pembiayaan syariah, (i) pegadaian syariah, (j) dana pensiun lembaga keuangan syariah, dan (k) bisnis syariah.”

B. Titik Singgung Kewenangan Antara Pengadilan Agama dan Pengadilan Umum yang Berkaitan Dengan Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah.

Bank syariah di Indonesia secara resmi *yuridis* diperkenalkan pada tahun 1992 sejalan dengan diberlakukannya Undang-undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan. Lahirnya undang-undang ini menandakan adanya kesepakatan rakyat dan bangsa Indonesia untuk menerapkan dual banking system atau sistem perbankan ganda di Indonesia . Tahapan ini merupakan tahap pengenalan *introduction* terhadap perbankan.⁵⁸

Undang- Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan tidak secara eksplisit menyebutkan adanya apa yang disebut *bank syari'ah* . Hanya ada dua pasal yang dapat dijadikan dasar yaitu Pasal 6 huruf (m) yang berkenaan dengan lingkup perbankan umum dan Pasal 13 huruf (c) berkenaan dengan salah satu lingkup

⁵⁸ Kamaen Perwataatmadja, 2005, *Bank dan Asuransi Islam di Indonesia*, Jakarta : Kencana, hlm. 3

kegiatan Bank Perkreditan Rakyat dengan isi yang sama menyebutkan bahwa *"menyediakan pembiayaan bagi nasabah berdasarkan prinsip bagi hasil sesuai ketentuan yang ditetapkan dalam Peraturan Pemerintah."*⁵⁹

Secara tegas kegiatan perbankan syariah diatur dalam Undang-Undang Nomor : 10 Tahun 1998 Tentang Perubahan Atas Undang- undang Nomor 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan. Penyebutan mengenai perbankan syariah dapat terlihat dari pengertian bank yang terdapat pada Pasal 1 angka 3, Bank Umum adalah bank yang melaksanakan kegiatan usaha secara konvensional maupun berdasarkan prinsip syariah yang dalam kegiatannya memberikan jasa dalam lalu lintas pembayaran. Hal ini mengingat dalam undang- undang tersebut perbankan syariah diberikan peluang yang luas menjalankan kegiatan usaha, termasuk membuka kesempatan kepada bank umum konvensional untuk membuka kantor cabang yang khusus melakukan kegiatan usaha berdasarkan prinsip syariah. Sedangkan, yang dimaksud dengan prinsip syariah, disebutkan dalam Pasal 1 angka 13, yaitu aturan perjanjian berdasarkan hukum Islam antara bank dan pihak lain untuk penyimpanan dana dan atau pembiayaan kegiatan usaha, atau kegiatan lainnya yang dinyatakan sesuai dengan syariah.

Disini terlihat, bahwa di Indonesia berlaku dua sistem perbankan, yaitu sistem konvensional yang menggunakan sistem bunga dan system syariah yang berlandaskan pada ketentuan Islam. Penegasan adanya prinsip syariah dalam Undang-

⁵⁹ Abdurrahman, 2005, *Eksistensi Perbankan Syariah Dalam Pembinaan Ekonomi Umat, dalam Prospek Bank Syariah di Indonesia*, Bandung : PPHIM, hlm. 26

Undang Nomor 10 Tahun 1998 merupakan salah satu yang membedakan antara bank konvensional dengan bank syariah. Perbedaan lain yang menonjol adalah mengenai penyelesaian sengketa.

Dalam perkembangan selanjutnya mengenai penyelesaian sengketa bank syariah, setidaknya ada tiga lembaga yang mempunyai kompetensi untuk menanganinya, yaitu : arbitrase, peradilan umum dan peradilan agama. Dua lembaga terakhir merupakan lembaga peradilan yang seringkali disebut dengan litigasi, sedangkan satu lembaga lain adalah proses di luar pengadilan (non litigasi).

Kewenangan arbitrase menyelesaikan perbankan syariah dapat didasarkan atas kesepakatan ketika membuat perjanjian *pactum de compromittendo* atau dibuat ketika terjadi sengketa *akta kompromis*.⁶⁰ Penyelesaian sengketa melalui arbitrase sering sekali dilakukan dalam dunia bisnis (termasuk dunia perbankan). Pilihan ini lebih disebabkan banyaknya kelebihan arbitrase dibandingkan proses litigasi. Proses hukum yang memerlukan waktu panjang, biasanya dijadikan alasan utama dalam memilih arbitrase disamping penyelesaian arbitrase yang bersifat *win win solution* dan tidak menempatkan para pihak sebagai lawan. Penanganan sengketa syariah oleh badan arbitrase telah dirintis oleh BAMUI (Badan Arbitrase Muallamat Indonesia) yang dibentuk pada tahun 1993 untuk menyelesaikan sengketa bidang muamalat. Dalam perkembangannya BAMUI kemudian menjadi cikal bakal BASYARNAS (Badan Arbitrase Syariah Nasional).

⁶⁰ Ngatino, 1999, *Arbitrase*, Jakarta : STIH IBLAM, hlm. 21

Selain arbitrase, peradilan umum berwenang menyelesaikan sengketa perbankan syariah berdasarkan Pasal 50 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2004 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 Tentang Peradilan Umum yang menyebutkan bahwa Pengadilan Negeri bertugas dan berwenang memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara pidana dan perkara perdata di tingkat pertama. Sejak lahirnya perbankan syariah (kelahiran Bank Muallamat Indonesia tahun 1991), peradilan umum mempunyai kewenangan untuk menyelesaikan sengketa perbankan syariah, namun sejak tahun 2006 penyelesaian sengketa perbankan syariah beralih menjadi kewenangan Pengadilan Agama berdasarkan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama. Berdasarkan Pasal 49 Undang-Undang tersebut Pengadilan Agama bertugas dan berwenang, memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara ditingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang :

- a. Perkawinan
- b. Waris
- c. Wasiat
- d. Hibah
- e. Wakaf
- f. Zakat
- g. Infaq
- h. Shadaqah dan
- i. Ekonomi syariah

Dalam Penjelasan Pasal 49 huruf (i) mengenai ekonomi syariah mencakup 11 item termasuk di dalamnya bank syariah. Sejak lahirnya Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Jo Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006

Tentang Peradilan Agama maka berdasarkan asas hukum *lex specialis derogat lex generalis*. Pengadilan Negeri sudah tidak berwenang lagi menyelesaikan sengketa ekonomi syariah. Namun demikian dalam sengketa yang berkaitan dengan hak milik atau sengketa keperdataan lain antara orang-orang yang beragama Islam dan non Islam mengenai sengketa sebagaimana dimaksud dalam Pasal 49 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Jo Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 sangat terkait dengan peradilan umum. Hal ini ditegaskan pada Pasal 50 ayat (1) Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Jo Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 menegaskan tentang kewenangan Peradilan Umum manakala terjadi sengketa kepemilikan atas obyek dari Pasal 49. Sedangkan ayat (2) merupakan pembahasan eksepsionalnya, di mana ketika para pihak yang bersengketa adalah orang-orang yang beragama Islam, maka sengketa kepemilikan tersebut diselesaikan bersama-sama dengan sengketa yang terdapat pada Pasal 49.

Setelah lahirnya Undang-Undang Perbankan Syariah selain Pengadilan Agama yaitu Pengadilan Negeri dan Arbitrase mempunyai peluang yang sama dalam penyelesaian sengketa syariah. Pasal 55 Undang-Undang Perbankan Syariah

berbunyi :

(1) Penyelesaian sengketa Perbankan Syariah dilakukan oleh pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama.

(2) Dalam hal para pihak telah memperjanjikan penyelesaian sengketa selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1), penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan isi akad.

(3) Penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak boleh bertentangan dengan Prinsip Syariah.

Penjelasan dari ayat (2) disebutkan bahwa pihak yang berwenang menyelesaikan sengketa sesuai dengan isi akad adalah upaya dengan musyawarah, mediasi perbankan, badan arbitrase syariah Nasional atau lembaga arbitrase lain serta melalui pengadilan dalam lingkungan peradilan umum.

Secara materiil substansial Pasal 55 Undang- Undang Perbankan Syariah telah memunculkan kembali kompetensi absolute peradilan umum terhadap sengketa ekonomi syariah yang sebelumnya telah dilimpahkan kepada peradilan agama . Dari pasal inilah yang memunculkan titik singgung kewenangan antara Pengadilan Agama dengan Pengadilan Umum.

Penyelesaian sengketa selain melalui peradilan agama (mediasi, arbitrase dan peradilan umum) sangat tergantung terhadap kontrak yang dibuat ketika nasabah dan bank melakukan transaksi perbankan. Seperti halnya dalam sengketa perbankan konvensional, penangannya sangat tergantung kepada kontrak yang dibuat, namun dalam penanganan sengketa perbankan syariah terdapat perbedaan baik secara formil maupun materil.

Perbedaan secara formil, Pengadilan Agama mempunyai kewenangan terhadap penanganan sengketa ekonomi syariah berdasarkan Undang-Undang Peradilan Agama yaitu Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Jo Undang- Undang Nomor Nomor 3 Tahun 2006, sedangkan Pengadilan Negeri mempunyai kewenangan menyelesaikan sengketa syariah berdasarkan pada akad yang dibuat

saat transaksi perbankan. Adapun kewenangan yang diberikan oleh Undang-Undang Peradilan Umum yaitu Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 Jo Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2004 telah *dinasakh* oleh Undang-Undang Peradilan Agama. Dari sisi materil kewenangan Pengadilan Agama ditentukan langsung oleh Undang-Undang Perbankan Syariah, sesuatu yang berbeda yang tidak pernah terjadi pada Pengadilan Negeri, sebab meskipun Pengadilan Negeri berwenang menyelesaikan sengketa perbankan konvensional dan pernah berwenang menyelesaikan sengketa syariah hanya ditetapkan berdasarkan Undang-Undang Peradilan Umum, bukan berdasarkan Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan syariah.

C. Kewenangan Lembaga Non Litigasi.

Yang dimaksud dengan kewenangan lembaga non litigasi adalah kewenangan lembaga di luar pengadilan untuk menyelesaikan sengketa atau dengan kata lain disebut penyelesaian sengketa alternative. Penyelesaian sengketa alternative telah berkembang sejak lama di negara-negara Timur seperti China dan Jepang, kemudian mendapat sambutan yang sama di negara-negara Barat seperti Amerika maupun Eropa,⁶¹ walaupun dengan alasan yang berlainan.

Penyelesaian sengketa alternative di Timur didasarkan pada alasan untuk menjaga harmoni, dimana setiap sengketa diselesaikan secara kekeluargaan. Pengadilan bukan tempat yang tepat untuk orang bisnis menyelesaikan sengketa

⁶¹ Erman Rajagukguk, 2005, *Penyelesaian Sengketa Alternatif Negosiasi, Mediasi, Konsiliasi, Arbitrase*, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, hlm. 1.

mereka yang selalu menjaga hubungan baik. Pengadilan adalah tempat orang-orang nakal yang melanggar ketertiban. Alasan budaya menyebabkan negosiasi, mediasi, konsiliasi dan arbitrase berkembang di Timur, terutama bangsa-bangsa yang mempunyai akar kepada ajaran confusius.

Penyelesaian sengketa alternative berkembang di negara-negara Barat, terutama karena alasan efisiensi, untuk menghemat waktu dan biaya. Proses pengadilan yang panjang, acapkali melelahkan dari Pengadilan Tingkat Pertama sampai Mahkamah Agung dan memakan biaya yang besar. Di bawah ini akan diuraikan tentang negosiasi, mediasi, konsiliasi dan arbitrase.

1. Negosiasi

Negosiasi biasa dilakukan berkenaan dengan transaksi maupun perselisihan. Pada pembahasan ini ditekankan kepada negosiasi sebagai jalan untuk menyelesaikan sengketa perselisihan. Suatu negosiasi berhasil apabila terdapat kompromi atas posisi-posisi para pihak yang antara lain dapat diukur dengan nilai uang.⁶² Pendekatan *problem solving* dalam negosiasi menekankan pencapaian apa sebenarnya yang dikehendaki ke dua belah pihak dan mencari hal-hal yang dapat memuaskan kedua belah pihak. Pendekatan ini dilakukan sebagai ganti dari pendekatan untuk keuntungan salah satu pihak atas pihak lainnya. Negosiasi merupakan penyelesaian sengketa alternative yang paling banyak ditempuh di Amerika Serikat sekarang ini, karena masyarakat mulai sadar akan lama dan mahalnya penyelesaian sengketa melalui Pengadilan.

⁶²*Ibid.* hlm. 4

Negosiasi merupakan salah satu penyelesaian sengketa alternative yang menarik di Indonesia, karena azas musyawarah dan mufakat yang telah menjiwai bangsa kita. Negosiasi adalah perundingan langsung antara para pihak yang bersengketa tanpa ada penengah. Dalam proses negosiasi perlu memahami tiga aspek dalam proses negosiasi : culture, legal dan practical.⁶³

Pertama, aspek culture atau budaya. Setiap bangsa berlainan dalam melihat hukum, peranan sarjana hukum dan kontrak. Perbedaan budaya mencakup pula cara dan kebiasaan. Hukum bagi masyarakat Barat diartikan sebagai hak (*rights*). Masyarakat Amerika dikatakan “*very litigious*”, hampir selalu menuntut hak mereka melalui Pengadilan. Sedangkan masyarakat Timur, terutama yang mempunyai akar ajaran Confucius, hukum itu dianggap sebagai instrument untuk menjaga ketertiban (*order*). Mereka yang mengganggu ketertiban perlu di hukum. Hukum identik dengan hukuman yang diputus oleh hakim di Pengadilan.

Erman RajaGukGuk dalam bukunya *Penyelesaian Sengketa Alternatif* lebih lanjut mengemukakan bahwa Masyarakat Amerika Serikat selalu membawa “*lawyer*” dalam proses negoisasi untuk merundingkan hak-hak dan kemudian kewajiban mereka. Ini sangat berbeda dalam proses negosiasi dengan orang china, Jepang atau Korea. Dalam salah satu buku “*How to do business with the Japanese*” tercantum nasehat “*If you negotiate with the Japanese for the first time, don't bring a lawyer.*”⁶⁴ Mereka akan bertanya, jika anda membawa “*lawyer*”, apakah anda mau berbisnis atau

⁶³ *Ibid.* hlm. 5.

⁶⁴ *Ibid.*

mencari kesalahan. Ada perbedaan persepsi mengenai kontrak. Untuk orang Jepang kontrak adalah simbol kerja sama untuk saling menguntungkan dan bukan merupakan suatu dokumen hukum sedang orang Amerika kontrak merupakan dokumen perjanjian yang mengikat.⁶⁵

Kedua, aspek legal atau hukum, setiap negosiator mutlak untuk memahami peraturan perundang-undangan yang berkenaan dengan sengketa yang akan diselesaikan. Mungkin ada peraturan perundang-undangan yang merupakan “*public policy*”. Para negosiator perlu mengetahui instrument hukum yang dapat dipergunakan sebagai tanda tercapainya penyelesaian sengketa nantinya.

Ketiga, aspek praktis, yaitu bagi negosiator sangat perlu untuk menetapkan target maksimal dan minimal yang hendak dicapai dalam perundingan untuk menyelesaikan sengketa yang ada. Tim negosiator jika dipandang perlu dilengkapi dengan staf yang mengerti masalah keuangan, produksi atau pemasaran.⁶⁶

2. Mediasi

Mediasi adalah suatu proses dimana seorang yang netral berusaha membantu pihak-pihak yang bersengketa menyelesaikannya sendiri. Mereka yang bersengketa seringkali dalam keadaan marah dan acap kali pula saling menakut-nakuti satu sama lain.

Mediasi menyediakan wacana yang aman seperti wilayah demiliterisasi untuk

⁶⁵ *Ibid.* hlm. 5

⁶⁶ *Ibid.* hlm.6

kedua pihak yang bersengketa untuk bertemu, tukar menukar penawaran dan kompromi. Dalam mediasi para pihak mengontrol hasilnya. Mereka adalah arsitek untuk solusi yang mereka buat. Mediasi adalah pribadi, sukarela dan tidak mengikat, kecuali setelah terjadi kesepakatan, tidak formal dan consensus. Setiap saat proses mediasi bisa diakhiri, dengan alasan maupun tanpa alasan. Ada dua syarat untuk berhasilnya suatu mediasi. *Pertama*, kedua belah pihak yang bersengketa pada dasarnya ingin menyelesaikan sengketa. *Kedua*, adanya mediator (penengah) yang baik.⁶⁷

Adapun yang menjadi tujuan dari lembaga mediasi secara umum adalah: (1) untuk menemukan solusi terbaik atas sengketa yang terjadi di antara para pihak, dimana solusi ini dapat mereka percayai atau jalankan dan bukan untuk mencari kebenaran atau memaksakan penegakan hukum, melainkan untuk menyelesaikan masalah; (2) mensosialisasikan dan mengembangkan konsep mediasi kepada publik, pemerintah dan organisasi dengan bekerjasama dengan berbagai institusi; (3) mendorong pemanfaatan mediasi dalam menyelesaikan sengketa pada seluruh lapisan masyarakat sesuai dengan semangat musyawarah; dan (4) memberikan jasa mediasi.⁶⁸

⁶⁷ Thomas E. Crowley, 1994, *Settle it Out Of Court*, New York : John Willey & Sons. Inc, hlm. 145-146

⁶⁸ Nindyo Pramono, 2007, *Lembaga Mediasi Perbankan Independen dan Mediasi Perbankan Oleh BI (Temporary)*, Makalah pada Diskusi Terbatas Pelaksanaan Mediasi Perbankan Oleh Bank Indonesia & Pembentukan Lembaga Mediasi Independen, Kerjasama Bank Indonesia dan Magister Hukum UGM, Denpasar, 11 April 2007, hlm. 3.

Mediasi sebagai forum penyelesaian sengketa di luar pengadilan (*out of court*) ini memiliki beberapa manfaat, antara lain yakni: (1) dapat ditempuh dalam waktu relatif singkat, menghemat waktu, biaya, *skill*; (2) pelaksanaannya secara tertutup dan rahasia, (3) prosedur dan proses bersifat informal, (4) fokus kepada akar permasalahan dengan memperhatikan aspek-aspek komersial, psikologis dan emosi para pihak, (5) bentuk penyelesaian pada hakikatnya merupakan hasil kesepakatan para pihak yang bersengketa.⁶⁹

Bahwa khusus untuk penyelesaian sengketa perbankan antara nasabah dengan bank, berdasarkan PBI No. 8/5/PBI/2006 dapat dilaksanakan oleh Mediasi Perbankan yang sedianya akan dilaksanakan oleh Lembaga Mediasi Independen. Namun mengingat Lembaga Mediasi Independen belum dapat dibentuk oleh Asosiasi Perbankan, maka fungsi Mediasi Perbankan untuk sementara dilaksanakan oleh Bank Indonesia.

Mediasi merupakan suatu proses negosiasi penyelesaian masalah (sengketa) dimana suatu pihak, tidak memihak, netral, tidak bekerja dengan para pihak yang bersengketa, membantu mereka (yang bersengketa) mencapai suatu kesepakatan hasil negosiasi yang memuaskan.⁷⁰

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Garry Goodpaster, 1999, *Panduan Negosiasi dan Mediasi, Seri Dasar Hukum Ekonomi 9*, Jakarta : Elips, hlm. 241.

Mediasi biasa dipakai untuk menyelesaikan *case-case* keperdataan. PBI No.8/5/PBI/2006 memberikan kewenangan kepada BI untuk sementara melaksanakan mediasi perbankan sebelum terbentuknya lembaga mediasi perbankan independen, yang selambat-lambatnya dibentuk 31 Desember 2007. Artinya, pelaksanaan mediasi perbankan oleh Bank Indonesia bersifat sementara (*temporary*) sebelum terbentuknya lembaga baru yang secara khusus melaksanakan mediasi perbankan nantinya.

Fungsi mediasi yang dilaksanakan oleh Bank Indonesia terbatas pada upaya membantu nasabah dan bank untuk mengkaji ulang permasalahan atau sengketa yang timbul di antara mereka untuk memperoleh kesepakatan. Adapun yang dimaksud dengan “membantu Nasabah dan Bank” adalah Bank Indonesia memfasilitasi penyelesaian Sengketa dengan cara memanggil, mempertemukan, mendengar, dan memotivasi nasabah dan bank untuk mencapai kesepakatan tanpa memberikan rekomendasi atau keputusan⁷¹.

3. Konsiliasi

Blacks Law Dictionary menjelaskan bahwa yang dimaksud dengan konsiliasi adalah penciptaan penyesuaian pendapat dan penyelesaian suatu sengketa dengan suasana persahabatan dan tanpa ada rasa permusuhan yang dilakukan di pengadilan sebelum dimulainya persidangan dengan maksud untuk menghindari proses litigasi.

⁷¹Pasal 4 dan penjelasan PBI No 8/5/PBI/2006

Dari definisi tersebut dapat dipahami bahwa pada dasarnya konsiliasi adalah bentuk ADR yang dapat dilakukan dalam proses non ADR, yaitu litigasi dan arbitrase. Dengan kata lain yang dimaksud dengan ADR berbentuk Konsiliasi merupakan institusi perdamaian yang bisa muncul dalam proses pengadilan dan sekaligus menjadi tugas hakim untuk menawarkannya sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1851 KUH Perdata.

Konsiliasi mempunyai kekuatan hukum mengikat sama dalam konsultasi dan negosiasi, yakni 30 hari terhitung setelah penandatungannya dan dilaksanakan dalam waktu 30 hari terhitung sejak pendaftarannya. (Vide Pasal 6 ayat (7) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999).

Pendapat atau Penilaian Ahli Bentuk ADR lainnya yang diintrodusir dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1990 adalah pendapat (penilaian) ahli. Dalam rumusan Pasal 52 Undang-Undang ini dinyatakan bahwa para pihak dalam suatu perjanjian berhak untuk memohon pendapat yang mengikat dari lembaga arbitrase atas hubungan hukum tertentu dari suatu perjanjian.

Ketentuan ini pada dasarnya merupakan pelaksanaan dari tugas lembaga arbitrase sebagaimana tersebut dalam Pasal 1 ayat (8) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 yang berbunyi lembaga arbitrase adalah badan yang dipilih oleh para pihak yang bersengketa untuk memberikan putusan mengenai sengketa tertentu, lembaga tersebut juga dapat memberikan pendapat yang mengikat mengenai suatu

bisnis dan sekaligus menjadi bagian dari seluruh topic yang diperjanjikan oleh para pihak tersebut.

Di Indonesia terdapat beberapa lembaga arbitrase untuk menyelesaikan berbagai sengketa bisnis yang terjadi dalam lalu lintas perdagangan, antara lain BAMUI (Badan Arbitrase Muamalat Indonesia) yang khusus menangani masalah persengketaan dalam *Badan Arbitrase Syari ah Nasional* bisnis Islam, BASYARNAS yang menangani masalah-masalah yang terjadi dalam pelaksanaan Bank Syari ah, dan BANI (Badan Arbitrase Nasional Indonesia) yang khusus menyelesaikan sengketa bisnis non Islam.⁷³

⁷³ Ibid. hlm. 16-17

BAB IV

PENEMUAN HUKUM

A. Metode Penemuan Hukum

Sebelum menguraikan tentang metode penemuan hukum yang perlu dijelaskan terlebih dahulu adalah alasan penemuan hukum, pendapat para ahli tentang penemuan hukum serta pengertian pilihan hukum.

Berangkat dari permasalahan hukum yang dihadapi oleh hakim di dalam menerima, memeriksa, mengadili dan memutus perkara, sering kali mendapatkan perkara atau permasalahan yang hukum atau peraturan perundang-undangannya belum ada, walaupun sudah ada tetapi tidak jelas sehingga masih perlu digali dan diketemukan hukumnya. Hukum tidak selalu berupa kaidah (*das sollen*) baik tertulis ataupun tidak, tetapi dapat juga berupa perilaku atau peristiwa (*das sein*).⁷⁴ Dari perilaku itu sebenarnya dapat digali atau diketemukan hukumnya (vide Pasal 28 UU No. 4 Tahun 2004). Sebagai contoh kongkrit dapat dikemukakan kasus dalam akad perjanjian pembiayaan Musyarakah antara BPRS Buana Mitra Perwira dengan nasabahnya yang terjadi pada Tahun 2005, di dalam akadnya disebutkan bila terjadi sengketa antara kedua belah pihak akan diselesaikan di BASYARNAS di Jakarta atau Pengadilan Negeri Purbalingga. Pada Tahun 2006 nasabah tersebut wan prestasi sehingga pihak BPRS mengajukan gugatan ke Pengadilan Agama Purbalingga bukan

⁷⁴ Bambang Sutyoso, 2006, *Metode Penemuan hukum Upaya Mewujudkan Hukum yang Pasti dan Berkeadilan*, Yogyakarta ; UII Press, hlm. 31

BASYARNAS atau ke Pengadilan Negeri Purbalingga. Permasalahan tersebut tidak mudah untuk menemukan hukumnya perlu dilakukan penemuan hukum. Selanjutnya akan dijelaskan apa pengertian hukum.

Ada beberapa pendapat mengenai pengertian penemuan hukum, di antaranya adalah :

- a. Menurut Paul Scholten, penemuan hukum oleh hakim merupakan sesuatu yang lain dari pada hanya penerapan peraturan-peraturan pada peristiwanya, kadang-kadang dan bahkan sangat sering terjadi bahwa peraturannya harus ditemukan, baik dengan jalan interpretasi maupun dengan jalan analogi ataupun *rechssverwijning* (pengkonkretan hukum).⁷⁵
- b. Menurut John Z Laode, mengemukakan bahwa penemuan hukum adalah penerapan ketentuan pada fakta dan ketentuan tersebut kadangkala harus dibentuk karena tidak selalu terdapat dalam undang-undang yang ada.⁷⁶
- c. Menurut Sudkno Mertokusumo, berpendapat bahwa penemuan hukum adalah proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas –petugas hukum lainnya yang diberi tugas menerapkan hukum terhadap peristiwa-peristiwa hukum yang kongkret. Dengan kata lain, merupakan proses konkretisasi atau individualisasi peraturan hukum (*das sollen*) yang bersifat umum dengan mengingat akan peristiwa konkret (*das sein*) tertentu. Yang penting dalam penemuan hukum

⁷⁵ N.E Algra dan Van Duyvendijk, 1983, *Mula Hukum*, diterjemahkan oleh J.C.T. Simorangkir, Bandung : Bina Cipta, hlm. 359.

⁷⁶ John Z Laode, 1985, *Menemukan hukum Melalui Tafsir dan Fakta*, Jakarta : Bina Aksara, hlm. 69.

adalah bagaimana mencari atau menemukan hukum untuk peristiwa kongkret.⁷⁷

Dari beberapa pendapat tersebut dapat disimpulkan bahwa penemuan hukum merupakan proses pembentukan hukum oleh subyek atau pelaku penemuan hukum dalam upaya menerapkan peraturan hukum umum terhadap peristiwa tertentu berdasarkan kaidah-kaidah atau metode-metode tertentu yang dapat dibenarkan dalam ilmu hukum. Berikut ini akan diuraikan tentang metode-metode penemuan hukum .

Penemuan hukum merupakan kegiatan utama dari Hakim dalam melaksanakan Undang-undang apabila terjadi peristiwa konkrit. Undang-undang sebagai kaedah umumnya adalah untuk melindungi kepentingan manusia. Oleh sebab itu harus dilaksanakan/ditegakkan. Agar dapat memenuhi azas bahwa setiap orang dianggap tahu akan Undang-undang maka undang-undang harus disebar luaskan dan harus jelas.

Kalaupun Undang-undang itu jelas tidak mungkin lengkap dan tuntas, tidak mungkin Undang-undang mengatur segala kehidupan manusia secara lengkap dan tuntas karena kegiatan manusia sangat banyaknya. Selain itu Undang-undang sebagai hasil karya manusia yang sangat terbatas kemampuannya.

Setiap peraturan hukum itu bersifat abstrak dan pasif. Abstrak karena sangat umum sifatnya dan pasif karena tidak akan menimbulkan akibat hukum apabila tidak terjadi peristiwa konkrit.

Peristiwa hukum yang abstrak memerlukan rangsangan agar dapat aktif, agar

⁷⁷ Sudkno Mertokusumo, 1998, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Yogyakarta : Liberty, hlm. 26.

dapat diterapkan kepada peristiwanya. Interpretasi (penafsiran) adalah salah satu metode penemuan hukum yang memberi penjelasan mengenai teks Undang-undang agar ruang lingkup kaedah tersebut diterapkan kepada peristiwanya.

Carl Von Savigny memberi batasan tentang penafsiran yaitu rekonstruksi pikiran yang tersimpul dalam Undang-undang. Ini bukan metode penafsiran yang dapat dipergunakan semauanya tetapi pelbagai kegiatan yang semuanya harus dilaksanakan bersamaan untuk mencapai tujuan yaitu penafsiran Undang-undang⁷⁸.

Yang memerlukan penafsiran ialah terutama perjanjian dan Undang-undang. Dalam hal bunyi atau kata-kata dalam perjanjian itu cukup jelas kiranya tidak perlu dijelaskan. Bahwa penjelasan itu tidak boleh ditafsirkan menyimpang dari bunyi (isi) perjanjian, azas ini disebut "Sens Clair" tercantum dalam Pasal 1342 KUHPerdara yang berbunyi "Apabila kata-kata dalam perjanjian itu tegas maka tidak dibenarkan untuk menyimpang dari padanya dengan jalan penafsiran."

Mayor Polak mengemukakan bahwa cara penafsiran ditentukan oleh⁷⁹ :

1. Materi peraturan per Undang-undangan yang bersangkutan misalnya : per Undang-undangan jual beli.
2. Tempat dimana perkara tersebut timbul yaitu memperhatikan kebiasaan setempat.
3. Waktu yaitu berlaku tidaknya peraturan hukum tersebut.

⁷⁸ Sudikno Mertokusumo, 2006, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Yogyakarta : Liberty, hlm. 57

⁷⁹ Liza Erwina, *Penemuan Hukum oleh Hakim (recht vinding)*, hlm. 2. Dalam www.usu.ac.id /2008/21. akses : 18/2/2009 jam 13.20.

. Beberapa metode penafsiran antara lain :

a. Metode interpretasi menurut bahasa (gramatikal) yaitu suatu cara penafsiran Undang-undang menurut arti kata-kata (istilah) yang terdapat pada Undang-undang. Hukum wajib menilai arti kata yang lazim dipakai dalam bahasa sehari-hari yang umum. Misalnya : a). Peraturan per Undang-undangan yang melarang orang menghentikan “Kenderaannya” pada suatu tempat. Kata kendaraan bila ditafsirkan beragam, apakah roda dua, roda empat atau kendaraan bermesin, bagaimana dengan sepeda dan lain-lain (E Utrecht). Jadi harus diperjelas dengan kendaraan yang mana yang dimaksudkan. b). Mengenai istilah “dipercayakan” yang tercantum dalam Pasal 342 KUHP Misalnya : sebuah paket yang diserahkan kepada Dinas Perkereta Api (PJKA). Sedangkan yang berhubungan dengan pengiriman tidak ada selain Dinas tersebut artinya dipercayakan. c). Istilah “menggelapkan” dalam Pasal 372 KUHP sering ditafsirkan sebagai menghilangkan.⁸⁰

b. Metode Interpretasi secara historis yaitu menafsirkan Undang-undang dengan cara melihat sejarah terjadinya suatu Undang-undang. Penafsiran historis ini ada 2 yaitu : a). Penafsiran menurut sejarah hukum (*Rechts historische interpretatie*) adalah suatu cara penafsiran dengan jalan menyelidiki dan mempelajari sejarah perkembangan segala sesuatu yang berhubungan dengan hukum seluruhnya. Contoh : a. KUHPerdato/BW) yang dikodifikasikan pada tahun 1848 di Hindia Belanda. Menurut sejarahnya mengikuti code civil Perancis dan di Belanda (Nederland) di

⁸⁰Sudikno, *Penemuan hukum.....Op Cit*, hlm.58

kodifikasikan pada tahun 1838.⁸¹ b). Penafsiran menurut sejarah penetapan suatu undang-undang (*Wethistoorsche interpretatie*) yaitu penafsiran Undang-undang dengan menyelidiki perkembangan suatu undang-undang sejak dibuat, perdebatan-perdebatan yang terjadi dilegislatif, maksud ditetapkannya atau penjelasan dari pembentuk Undang-undang pada waktu pembentukannya.

c. Metode interpretasi secara sistematis yaitu penafsiran yang menghubungkan pasal yang satu dengan pasal yang lain dalam suatu per Undang-undangan yang bersangkutan, atau dengan Undang-undang lain, serta membaca penjelasan Undang-undang tersebut sehingga kita memahami maksudnya. Contoh : a. Dalam Pasal 1330 KUHPerduta menyatakan “Tidak cakap membuat persetujuan/perjanjian antara lain orang-orang yang belum dewasa”. Timbul pertanyaan : “Apakah yang dimaksud dengan orang-orang yang belum dewasa.” Untuk hal tersebut harus dikaitkan pada Pasal 330 KUHPerduta yang mengatur batasan orang yang belum dewasa yaitu belum berumur 21 tahun. b). Apabila hendak mengetahui tentang sifat pengakuan anak yang dilahirkan diluar perkawinan orang tuanya, tidak cukup hanya mencari ketentuan-ketentuan di dalam KUHPerduta (BW) saja melainkan harus dihubungkan juga dengan Pasal 278 KUHP.⁸²

d. Metode Interpretasi secara Teleologis Sosiologis yaitu makna Undang-undang itu ditetapkan berdasarkan tujuan kemasyarakatan artinya peraturan perUndang-undangan disesuaikan dengan hubungan dan situasi sosial yang baru. Ketentuan

⁸¹ Bambang Sutyoso, 2006, *Metode Penemuan Hukum Upaya Mewujudkan Hukum Yang Pasti dan Berkeadilan*, Yogyakarta : UII Press, hlm.87

⁸² Sudikno Mertokusumo, *Op Cit*, hlm. 59

Undang-undang yang sudah tidak sesuai lagi disesuaikan dengan keadaan sekarang untuk memecahkan/menyelesaikan sengketa dalam kehidupan masyarakat. Peraturan yang lama dibuat aktual.⁸³

Penafsiran seperti ini yang harus dimiliki lebih banyak pada hakim-hakim di Indonesia mengingat negara Indonesia yang pluralistik dan kompleks. Peraturan perundang-undangan dalam tatanan Hukum Nasional harus diterjemahkan oleh para hakim sesuai kondisi sosial suatu daerah. Umpamanya : Didaerah suku Dayak di Kalimantan, tanah dianggap seperti ibu yang dapat dimiliki oleh setiap orang dan harus dijaga/dirawat layaknya menjaga/merawat seorang ibu. Dalam hal ini hakim harus mensesuaikan pandangan sosial kemasyarakatannya dengan Undang-undang No. 5 tahun 1960 tentang Pokok-pokok Agraria.

e. Metode Interpretasi secara Authentik (Resmi) yaitu penafsiran yang resmi yang diberikan oleh pembuat Undang-undang tentang arti kata-kata yang digunakan dalam Undang-undang tersebut.⁸⁴ Contoh : Dalam Titel IX Buku I KUHP dijelaskan secara resmi (authentik) tentang arti beberapa kata/sebutan didalam KUHP. Seperti dalam Pasal 97 KUHP yang dimaksud "sehari" adalah masa yang lamanya 24 jam, "sebulan" adalah masa yang lamanya 30 hari. Tetapi tafsiran dalam Titel IX Buku I KUHP ini tidak semestinya berlaku juga untuk kata-kata yang dipergunakan oleh peraturan pidana diluar KUHP artinya Hakim tidak hanya bertindak sebagai corong hukum saja melainkan harus aktif mencari dan menemukan hukum itu sendiri dan

⁸³ Bambang Sutiyoso, *Op Cit*, hlm. 88

⁸⁴ *Ibid*, hlm. 92

menmsosialisikannya kepada masyarakat.

f. Metode interpretasi secara ekstentif yaitu penafsiran dengan cara memperluas arti kata-kata yang terdapat dalam Undang-undang sehingga suatu peristiwa dapat dimasukkan kedalamnya⁸⁵. Contoh : Bahwa Jurisprudensi di Nederland : “Menyambung” atau “menyadap” aliran listrik dapat dikenakan Pasal 362 KUHP artinya Jurisprudensi memperluas pengertian unsur barang (benda), dalam Pasal 362 KUHP.

g. Metode Interpretasi Restriktif yaitu penafsiran yang membatasi/mempersempit maksud suatu pasal dalam Undang-undang⁸⁶ seperti : Putusan Hoge Road Belanda tentang kasus Per Kereta Api “Linden baum” bahwa kerugian yang dimaksud Pasal 1365 KUHPerdada juga termasuk kerugian immateril yaitu pejalan kaki harus bersikap hati-hati sehingga pejalan kaki juga harus menanggung tuntutan ganti rugi separuhnya (orang yang dirugikan juga ada kesalahannya).⁸⁷

h. Metode interpretasi Analogi yaitu memberi penafsiran pada sesuatu peraturan hukum dengan memberi kias pada kata-kata dalam peraturan tersebut sesuai dengan azas hukumnya sehingga suatu peristiwa yang sebenarnya tidak termasuk kedalamnya dianggap sesuai dengan bunyi peraturan tersebut.⁸⁸ Contoh penafsiran penjualan dalam Pasal 1576 KUHPerdada yaitu “*Penjualan barang yang disewa tidak memutuskan sewa menyewa kecuali apabila diperjanjikan.*”

⁸⁵ *Ibid*, hlm. 91

⁸⁶ Sudikno Mertokusumo, *Op Cit*, hlm. 63

⁸⁷ C. Asser, /Paul Scholtes, 1986, *Penuntun Dalam Mempelajari Hukum Perdata Belanda*, Gajah Mada University Press, hlm. 84-85

⁸⁸ Sudikno, *Penemuan Hukum..... Op Cit*, hlm. 67

Misalnya seseorang menghibahkan rumah miliknya kepada orang lain sedangkan rumah tersebut dalam keadaan disewakan kepada orang lain, bagaimana? Berdasarkan persamaan yang ada dalam perbuatan memberi (hibah), menukar, mewariskan dengan perbuatan menjual, dan persamaan itu adalah perbuatan yang bermaksud mengasingkan suatu benda maka hakim membuat suatu pengertian “bahwa pengasingan (menukar, mewariskan) tidak memutuskan (mengakhiri) sewa menyewa. Pasal 1576 KUHPerdota walau hanya menyebut kata “menjual” masih juga dapat diterapkan pada peristiwa hibah, menukar mewariskan. Oleh konstruksi hukum seperti itu.

Hakim dapat menyempurnakan sistem formil hukum. Konstruksi hukum seperti diatas menurut Scholten tidak boleh dilakukan secara sewenang-wenang. Konstruksi itu harus meliputi bahan-bahan yang positif (*Constructive moet de positive stof dekken*). Yang dimaksud dengan bahan-bahan positif adalah sistem materil Undang-undang yang sedang berlaku. Konstruksi itu harus didasarkan atas pengertian-pengertian hukum yang memang ada dalam Undang-undang yang bersangkutan dan menjadi dasar Undang-undang yang bersangkutan.

Konstruksi tidak boleh didasarkan atas anasir-anasir (elemen-elemen) diluar sistem materil positif. Didalam hukum pidana analogi dilarang sedangkan metode interpretasi ekstensif dibolehkan (contoh Kasus penyambungan/penyadapan aliran listrik) Hukum di Inggris yang sebagian tertulis (*Statute law*) dan sebagian tidak tertulis (*Common law*) mengenal analogi. Walaupun demikian Hukum di Inggris menolak menggunakan analogi terhadap hukum pidana. Sedangkan di Uni Soviet

menghilangkan dengan sengaja ketentuan *nullum delictum* dan menggunakan prinsip bahwa hakim pidana harus menghukum semua tindakan yang membahayakan masyarakat.⁸⁹

i. Metode interpretasi *argumentus a contrario* yaitu suatu penafsiran yang memberikan perlawanan pengertian antara peristiwa konkrit yang dihadapi dengan peristiwa yang diatur dalam Undang-undang. Berdasarkan perlawanan ini ditarik suatu kesimpulan bahwa perkara yang dihadapi tidak termasuk kedalam pasal tersebut melainkan diluar peraturan per undang-undangan.⁹⁰

Scolten mengatakan bahwa tidak hakekatnya pada perbedaan antara menjalankan Undang-undang secara analogi dan menerapkan Undang-undang secara *argumentum a contrario* hanya hasil dari ke 2 menjalankan Undang-undang tersebut berbeda-beda, analogi membawa hasil yang positif sedangkan menjalankan Undang-undang secara *Argumentus a contrario* membawa hasil yang negatif. Contoh : Dalam Pasal 34 KUHPerdara menyatakan bahwa seorang perempuan tidak dibenarkan menikah lagi sebelum lewat suatu jangka waktu tertentu yaitu 300 hari sejak perceraian dengan suaminya. Berdasar *Argumentus a contrario* (kebalikannya) maka ketentuan tersebut tidak berlaku bagi lelaki/pria. Menurut Azas hukum Perdata (Eropa) seorang perempuan harus menunggu sampai waktu 300 hari lewat sedangkan menurut Hukum Islam dikenal masa iddah yaitu 100 hari atau 4 x masa suci karena dikhawatirkan dalam tenggang waktu tersebut masih terdapat benih dari suami terdahulu. Apabila ia

⁸⁹ Liza Ervina, *Penemuan Hukum.....Op Cit*, hlm.8

⁹⁰ Sudikno, *Op Cit*, hlm., 69.

menikah sebelum lewat masa iddah menimbulkan ketidak jelasan status anak yang dilahirkan dari suami berikutnya.⁹¹

B. Praktik Penemuan Hukum Dalam Pengadilan.

Dalam berbagai kasus hukum yang terjadi di tanah air, seringkali menimbulkan pendapat pro dan kontra yang kemudian mencuat menjadi bahan perbincangan public. Salah satu penyebabnya tidak lain karena para penegak hukum (Hakim, Jaksa, Polisi dan Pengacara) seringkali mempunyai persepsi maupun penafsiran yang berbeda dalam menangani suatu kasus, meskipun sebenarnya landasan hukum dan aturan main (*rule of game*) yang digunakan sama.⁹²

Sebut saja contoh kasus yang pernah terjadi, ketika hakim Bismar Siregar menganalogikan “kemaluan Wanita” sebagai suatu “barang”, sehingga seorang pria yang ingkar janji menikahi pasangannya dapat dianggap telah menipu “barang” milik orang lain (Pasal 378 KUHP). Dalam kasus pengajuan Peninjauan Kembali, Jaksa Penuntut Umum menganggap dirinya berwenang meskipun KUHP tidak mengatur masalah itu, perbedaan interpretasi dalam menentukan delik pornografi atau pada kasus yang terjadi beberapa waktu yang lalu di Yogyakarta ketika termohon pra peradilan dalam eksepsinya menddalilkan bahwa pelecehan seksual tidak diatur dalam perundang-undangan (KUHP).

⁹¹ Liza Ervina, *Op Cit*, hlm. 9

⁹² Bambang Sutyoso, 2004, *Aktualita Hukum dalam Era Reformasi*, Jakarta Raja Grafindo Persada, hlm. 52

Dalam konteks hukum, perbedaan tafsir terhadap perundang-undangan sebenarnya hal yang biasa terjadi sejak zaman dahulu. Meskipun demikian, terhadap kasus-kasus seperti itu, perlu kiranya mendapat perhatian dan kajian yang serius di masa mendatang, supaya tidak berdampak merugikan kepentingan pencari keadilan (*justiciabel*).

Dalam praktek harus diakui, seringkali dijumpai suatu permasalahan yang belum diatur dalam perundang-undangan ataupun kalau sudah diatur tetapi ketentuan perundang-undangan tersebut tidak mengatur secara jelas dan lengkap. Bahkan seperti dikemukakan Sudikno Mertokusumo, bahwa tidak ada hukum atau UU yang lengkap selengkap-lengkapinya atau jelas dengan sejelas-jelasnya. Karena fungsi hukum adalah untuk melindungi kepentingan manusia dengan mengatur seluruh kegiatan manusia. Sedangkan kepentingan manusia itu tidak terhitung jumlahnya dan jenisnya, dan terus menerus berkembang sepanjang masa. Oleh karena itu kalau UU-nya tidak jelas atau tidak lengkap harus dijelaskan atau dilengkapi dengan menemukan hukumnya.

Interpretasi atau penafsiran hukum ini hanya merupakan salah satu metode dalam penemuan hukum (*rechtvinding*). Selain itu masih ada beberapa metode penemuan hukum yang dapat digunakan oleh hakim. Manakala hukumnya tidak jelas, maka digunakan metode interpretasi (penafsiran), sedangkan apabila aturan hukunya tidak lengkap atau tidak ada, digunakan metode argumentasi (*argumentum per analogian, argumentum a contrario, rechtverwijning, fiksi hukum*) dan metode eksposisi (konstruksi hukum) untuk membentuk pengertian-pengertian hukum baru.

Masing-masing metode ini telah diuraikan di atas. Adapun sumber utama penemuan hukum secara hierarki dimulai dari peraturan perundang-undangan, hukum kebiasaan, yurisprudensi, perjanjian internasional dan baru kemudian doctrine (pendapat ahli hukum).

Kalau mengacu kepada UU Nomor 4 Tahun 2004 tentang Ketentuan Kekuasaan Kehakiman, sebenarnya ada beberapa ketentuan yang bisa menjadi rujukan. Pasal 14 ayat (1) menyatakan *“Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa dan mengadili suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya”* Dengan demikian hukum yang tidak ada atau kurang jelas, tidak dapat dijadikan alasan penolakan bagi hakim terhadap suatu perkara yang diajukan pencari keadilan. Selanjutnya Pasal 5 ayat (1) menyebutkan *“Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membedakan orang”* Pasal inientunya lebih luas ruang lingkupnya dibandingkan Pasal 20 AB, yang menyebutkan hakim mengadili menurut Undang-Undang, karena pengertian “hukum” di sini bisa dalam arti hukum tertulis (perundang-undangan) maupun hukum yang tidak tertulis (hukum adapt atau kebiasaan). Pentingnya hakim memperhatikan hukum tidak tertulis ini dipertegas lagi dalam ketentuan Pasal 28 ayat (1) yang menegaskan *“Hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat”*.

Bila dicermati pasal-pasal di atas terutama berkaitan erat dengan tugas dan kewajiban hakim dalam memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara. Dalam

kaitan ini hakim perlu juga memperhatikan *idée des recht* (asas dalam undang-undang), yang meliputi tiga unsure, yaitu kepastian hukum (*rechtssicherheit*), keadilan (*gerechtigkei*t) dan kemanfaatan (*zweckmassigkeit*) secara proposional.⁹³ Tetapi bukan hal yang mudah untuk dapat mengakomodir ketiga unsure tersebut.

Suatu masalah yang secara normative jelas jelas kepastian hukumnya namun belum tentu memenuhi rasa keadilan masyarakat. Sebaliknya sesuatu yang adil belum tentu sesuai dengan ketentuan perundang-undangan. Dalam hal ini patutlah direnungkan pendapat Bismar Siregar, bahwa hakim harus berani menafsirkan UU agar UU berfungsi sebagai hukum yang hidup (*living law*), karena hakim tidak semata-mata menegakkan aturan formal, tetapi juga harus menemukan keadilan yang hidup di tengah-tengah masyarakat. Senada dengan itu Thomas Aquinas mengemukakan bahwa esensi hukum adalah keadilan, oleh karena itu hukum yang tidak adil bukanlah hukum.⁹⁴ Demikian pula apabila dilihat dari kepala putusan bukanlah demi kepastian hukum, tetapi berupa kalimat yang berbunyi “ Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan yang maha Esa”. Dalam ajaran Islampun apabila seseorang memutuskan sesuatu hukuman di antara manusia, diperintahkan untuk memutuskan dengan adil Al Qur’an Surah An-Nisa : 58 menegaskan “...dan (menyuruh kamu) apabila menetapkan hukum di antara manusia supaya kamu menetapkan dengan adil...” Dengan demikian menurut hemat penulis keadilan harus

⁹³ Bambang Sutyoso, *Metode Penemuan.....Op Cit*, hlm. 149

⁹⁴ *Ibid.* hlm. 150

ditegakkan dan menjadi titik tekan dalam penegakan hukum tanpa mengabaikan kepastian hukum itu sendiri.

Begitu pentingnya peranan dan tugas hakim dalam penegakan hukum, maka di dalam hukum acara hakim dianggap mengetahui semua persoalan hukumnya (*ius curia novit*), di mana pada saatnya nanti akan menentukan hitam putih hukum melalui putusan-putusannya. Tidak mengherankan, hakim sering menjadi tempat tumpuhan harapan bagi tegaknya hukum dan keadilan di tanah air ini, meskipun harapan itu tidak selalu menjadi kenyataan.

C. Metode Penemuan hukum Islam

Penemuan hukum dalam Islam dapat ditemukan dalam istilah ilmu Ushul Fiqh, yaitu metode penemuan hukum dipakai dengan istilah "*istinbath*". Istinbath artinya adalah mengeluarkan hukum dari dalil, jalan istinbath ini memberikan kaidah-kaidah yang bertalian dengan pengeluaran hukum dari dalil.⁹⁵ Imam Al-Ghazali dalam kitabnya "*Al-Mustashfa*", memasukan dalam bab III dengan judul "*Thuruqul Istitsmar*". Jika dilihat tujuan mempelajari *Ushul Fiqh* maka *passwar* yang paling penting dalam mempelajari ilmu tersebut adalah agar dapat mengetahui dan mempraktekkan kaidah-kaidah cara mengeluarkan hukum dari dalilnya. Dengan demikian metode penemuan hukum merupakan *thuruq al-istinbath* yaitu cara-cara yang ditempuh seorang mujtahid dalam

⁹⁵ Asjmuni A. Rahman, 2004, *Metode Penetapan Hukum Islam*, Cet.2 Jakarta : Bulan Bintang, hlm. 1

mengeluarkan hukum dari dalilnya, baik dengan menggunakan kaidah-kaidah bahasa (*lingkustik*) maupun dengan menggunakan kaidah-kaidah *Ushuliyah* lainnya.⁹⁶ Ahli Ushul Fiqh menetapkan ketentuan bahwa untuk mengeluarkan hukum dari dalilnya harus terlebih dahulu mengetahui kaidah *syar' iyyah* dan kaidah *lughawiyah*.

a. Kaidah syar' iyyah.

Yang dimaksud dengan kaidah *syar' iyyah* ialah ketentuan umum yang ditempuh *syara* dalam menetapkan hukum dan tujuan penetapan hukum bagi subyek hukum (*mukallaf*).⁹⁷ Selanjutnya perlu juga diketahui tentang penetapan dalil yang dipergunakan dalam penetapan hukum, urutan dalil, tujuan penetapan hukum dan sebagainya.

b. Kaidah lughawiyah.

Dengan kaidah *lughawiyah*, makna dari suatu lafaz, baik dari *dalalah*-nya maupun *uslub*-nya dapat diketahui, selanjutnya dapat dijadikan pedoman dalam menetapkan hukum.⁹⁸ Kaidah ini berasal dari ketentuan-ketentuan ahli *lughat* (bahasa) yang dijadikan sandaran oleh ahli *ushul* dalam memahami arti lafaz menurut petunjuk lafaz dan susunannya.

Dengan demikian istinbath adalah cara bagaimana memperoleh ketentuan Hukum Islam dari dalil-dalilnya sebagaimana dibahas dalam ilmu Ushul Fiqh.

⁹⁶ A. Djazuli, 2005, Ilmu Fiqh Penggalan, Perkembangan dan Penerapan Hukum islam, Ctk. 5 Edisi Revisi, Jakarta : Prebada Media, hlm. 17

⁹⁷ *Ibid.* hlm. 18

⁹⁸ *Ibid.*, hlm. 5

Usaha memperoleh ketentuan hukum dari dalilnya itulah yang disebut istinbath. Beristinbath hukum dari dalil-dalilnya dapat dilakukan dengan jalan pembahasan bahasa yang dipergunakan dalam dalil Al-Qur'an atau Sunnah Rasul, dan dapat pula dilakukan dengan jalan memahami jiwa hukum yang terkandung dalam dalilnya, baik yang menyangkut latar belakang yang menjadi landasan ketentuan hukum ataupun yang menjadi tujuan ketentuan hukum.⁹⁹

Syarat untuk dapat beristinbath dengan jalan pembahasan bahasa adalah harus memahami bahasa dalil Al-Qur'an dan Sunnah Rasul, yaitu bahasa Arab. Tanpa memiliki pengetahuan bahasa Arab, beristinbath melalui pembahasan bahasa tidak dapat dilakukan.

Dari sinilah dapat diketahui bahwa pengetahuan tentang bahasa Arab merupakan hal yang mutlak wajib dipelajari oleh setiap orang yang ingin berijtihad.¹⁰⁰ Penemuan hukum (*rechtsvinding*) pada dasarnya merupakan wilayah kerja hukum yang sangat luas cakupannya. Ia dapat dilakukan oleh orang-perorangan (individu), ilmuwan / peneliti hukum, para penegak hukum (hakim, jaksa, polisi, dan pengacara / advokat), direktur perusahaan swasta dan BUMN/BUMD sekalipun.¹⁰¹

⁹⁹ Ahmad Azhar Basyir, 1984, *Pokok-Pokok Persoalan Filsafat Hukum Islam*, Yogyakarta : UII Press, hlm. 32

¹⁰⁰ *Ibid.* hlm. 33.

¹⁰¹ Jazim Hamidi, 2004, *Hermeneutika Hukum, Teori Penemuan Hukum Baru dengan interpretasi Teks*, Yogyakarta : UII Press, hlm. 51

Metode Penemuan Hukum Bayani, Ta'lili dan Taufiqi.

a. Metode Bayani.

Dalam perspektif penemuan hukum Islam dikenal juga dengan istilah metode penemuan hukum *al-bayan* mencakup pengertian *al-tabayun* dan *al-tabyin* : yakni proses mencari kejelasan (*azh-zhuhr*) dan pemberian penjelasan (*al-izhar*) ; upaya memahami (*al-fahm*) dan komunikasi pemahaman (*al-ifham*) ; perolehan makna (*al-talaqqi*) dan penyampaian makna (*al-tablig*).¹⁰² Dalam perkembangan hukum bayani atau setidaknya tidaknya mendekati sebuah metode yang dikenal juga dengan istilah *hermeneutika* yang bermakna „mengartikan , „menafsirkan atau „menerjemah dan juga bertindak sebagai penafsir.¹⁰³

Dalam pengertian ini dapat dipahami sebagai proses mengubah suatu dari situasi ketidaktahuan menjadi mengerti, atau usaha mengalihkan diri dari bahasa asing yang maknanya masih gelap ke dalam bahasa kita sendiri yang maknanya lebih jelas, atau suatu proses transformasi pemikiran dari yang kurang jelas atau *ambigu* menuju ke yang lebih jelas / konkret; bentuk transformasi makna semacam ini, merupakan hal yang esensial dari pekerjaan seorang *penafsir / mufassir*.

Dalam tradisi Hukum Islam sesungguhnya terminologi hermeneutika telah lama dikenal dalam keilmuan Islam yang sering disebut dengan istilah “ilmu tafsir” (*ilm ta wil* dan *ilm al bayan*). Bahkan dalam perkembangan dewasa ini ilmu tafsir mengalami kemajuan pesat dalam wacana keislaman, dalam perspektif yang

¹⁰² *Ibid.* hlm. 23

¹⁰³ *Ibid.* hlm.20.

pendapat dan hasil ijtihad para ahli hukum (doktrin).¹⁰⁵ Metode dan teknik menafsirkannya dilakukan secara holistik dalam bingkai keterkaitan antara teks, konteks dan kontekstualisasi.

Secara filosofis metode bayani mempunyai tugas ontologis yaitu menggambarkan hubungan yang tidak dapat dihidari antara teks dan pembaca, masa lalu dan sekarang yang memungkinkan untuk memahami kejadian yang pertama kali (*geniun*) Urgensi kajian ini dimaksudkan tidak hanya akan membebaskan kajian-kajian hukum dari otoritarianisme para yuris positif yang elitis tetapi juga dari kajian-kajian hukum kaum strukturalis atau *behavioralis* yang terlalu emperik sifatnya. Sehingga diharapkan kajian tidak semata-mata berkuat demi kepentingan profesi yang eksklusif semata-mata menggunakan paradigma *positivisme* dan metode logis formal, namun lebih dari itu agar para pengkaji hukum supaya menggali dan meneliti makna-makna hukum dari perspektif para pengguna dan / atau para pencari keadilan. Relevansi dari kajian penemuan hukum bayani mempunyai dua makna sekaligus.¹⁰⁶

Pertama, metode bayani dapat dipahami sebagai metode interpretasi atas teks-teks hukum atau metode memahami terhadap suatu naskah normatif, di mana berhubungan dengan isi (kaidah hukumnya), baik yang tersurat maupun yang tersirat, atau antara bunyi hukum dan semangat hukum.

Kedua, metode bayani juga mempunyai pengaruh besar atau relevansi dengan

¹⁰⁵ *Ibid.* hlm. 45.

¹⁰⁶ Al Ffitri, *Metode Penemuan Hukum (Bayani, Ta'lil dan Istislahi)*, hlm. 7 dalam :www.badilag.net. Akses, 19/02/2009 jam. 13.40

teori penemuan hukum. Hal mana ditampilkan dalam kerangka pemahaman lingkaran spirial hermeneutika (*cyricel hermeneutics*) yaitu berupa proses timbal-balik antara kaidah-kaidah dan fakta-fakta.

Di bawah ini dapat kita lihat bagaimana proses penemuan hukum, yang dilakukan oleh ahli hukum dengan pendekatan metode bayani :

1. *Penemuan hukum bayani oleh qadhi (hakim) :*

Sebelum mengambil putusan (*ex ante*) disebut “heuristika” yaitu proses mencari dan berfikir yang mendahului tindakan pengambilan putusan hukum. Pada tahap ini berbagai argumen pro-kontra terhadap suatu putusan tertentu ditimbang-timbang antara yang satu dengan yang lain, kemudian ditemukan mana yang paling tepat. Dan tahap sesudah pengambilan putusan (*ex post*) disebut “legitimasi” yang berkenan dengan pembenaran dari putusan yang sudah diambil. Pada tahap ini putusan diberi motivasi (pertimbangan) dan argumentasi secara substansial, dengan cara menyusun suatu penalaran yang secara rasional dapat dipertanggungjawabkan. Apabila suatu putusan hukum tidak bisa diterima oleh forum hukum, maka berarti putusan itu tidak memperoleh legitimasi. Konsekuensinya, premis-premis yang baru harus diajukan, dengan tetap berpegang pada penalaran *ex ante* , untuk menyakini forum hukum tersebut agar putusan dapat diterima. Disinilah pentingnya penemuan hukum bayani oleh hakim pada saat menemukan hukum. Penemuan hukum oleh hakim tidak semata-mata hanya penerapan undang-undang dan peraturan-peraturan hukum terhadap peristiwa

konkrit, tetapi sekaligus pencipta hukum dan pembentuk hukum.¹⁰⁷

2. *Penemuan hukum bayani oleh badan legislasi.*

Metode penemuan hukum ini mempunyai peran penting bagi para pembuat undang-undang dan peraturan kebijakan, sebab pembuatan hukum yang dimulai dari perencanaan, perancangan pembahasan, putusan, sampai dengan sosialisasi hukum itu sarat dengan pekerjaan interpretasi atau pemahaman hukum. Interpretasi itulah merupakan ruh dari metode bayani.

3. *Ilmuwan hukum / Fuqahak.*

Ilmuwan / fuqahak berperan dalam memberikan *anotasi* (pandangan dan penilaian hukum) atas suatu peristiwa hukum di masyarakat sehingga meningkatkan bobot dan kualitas hukum.¹⁰⁸

b. Metode Ta'lili

Sebelumnya penulis akan menguraikan sekitar masalah 'illah. Ulama Ushul Fiqh membicarakan masalah 'illah ketika membahas *qiyas (analogy)*. 'Illah merupakan rukun qiyas dan qiyas tidak dapat dilakukan bila tidak dapat ditentukan „illahnya. Setiap hukum ada 'illah yang melatarbelakanginya. 'Illat sebagian ulama mendefinisikan sebagai suatu sifat-lahir yang menetapkan dan sesuai dengan hukum. Defenisi lain dikemukakan oleh sebagian ulama Ushul Fiqh : 'Illat ialah suatu sifat khas yang dipandang sebagai dasar dalam penetapan

¹⁰⁷ *Ibid.* hlm. 8

¹⁰⁸ *Ibid.* hlm. 9

hukum.¹⁰⁹ Orang yang mengakui adanya 'illat dalam nash, berarti ia mengakui adanya qiyas.

Para ulama Ushul Fiqh memandang masalah „illat menjadi 3 golongan.¹¹⁰ :

- a. Golongan pertama (Mazhab Hanafi dan Jumhur) bahwa nash-nash hukum pasti memiliki 'illat, sesungguhnya sumber hukum asal adalah 'illat hukum itu sendiri, hingga ada petunjuk (*dalil*) yang menentukan lain.
- b. Golongan yang kedua sebaliknya, bahwa nash-nash hukum itu tidak ber 'illat, kecuali ada dalil yang menentukan adanya 'illat.
- c. Golongan ketiga ialah ulama yang menentang qiyas (*mufatul qiyas*) yang menganggap tidak adanya 'illat hukum.

Dengan semakin luasnya perkembangan kehidupan dan makin dirasakan meningkatnya tuntutan pelayanan hukum dalam kehidupan umat Islam. Maka banyak ketentuan hukum *nash* yang harus memperhatikan jiwa yang melatarbelakanginya, jiwa itu tidak dalam aplikasinya pada suatu saat dan keadaan tertentu, ketentuan hukum yang disebutkan dalam nash tidak dilaksanakan. Yang dimaksud dengan jiwa yang melatarbelakangi sesuatu ketentuan hukum ialah „illat hukum atau kausa hukum.¹¹¹ Selama 'illat hukum masih terlibat, ketentuan hukum berlaku, sedang jika 'illat hukum tidak tampak, ketentuan hukum pun tidak berlaku. Dalam perkembangan ilmu Hukum Islam, para

¹⁰⁹ Muhammad Abu Zahrah, 2000, *Ushul al-Fiqh*, Terjemahan Saefullah Ma'shum, Ctk. ke-6, Jakarta : Pustaka Firdaus, hlm. 362

¹¹⁰ *Ibid.* hlm. 365

¹¹¹ Ahmad Azhar Basyir, *Op Cit.*, hlm. 20

fukahak melahirkan kaidah fiqh yang mengatakan : “Hukum itu berkisar bersama „illatnya, baik ada atau tidak adanya.¹¹²

Arti kaidah fiqh tersebut ialah setiap ketentuan hukum berkaitan dengan „illat (kausa) yang melatarbelakanginya ; jika ‘illat ada, hukum pun ada, jika ‘illat tidak ada, hukum pun tidak ada. Menentukan sesuatu sebagai ‘illat hukum merupakan hal yang amat pelik. Oleh karenanya, memahami jiwa hukum yang dilandasi iman yang kokoh merupakan keharusan untuk dapat menunjuk ‘illat hukum secara tepat.

Mengenai adanya kaitan antara „illat dan hukum, para fuqaha mazhab Zahiri tidak dapat menerimanya sebab yang sesungguhnya mengetahui „illat hukum hanyalah Allah dan Rasul-Nya. Manusia tidak mampu mengetahuinya secara pasti. Manusia wajib taat kepada ketentuan hukum nash menurut apa adanya.¹¹³

Menetapkan adanya kaitan hukum dengan ‘illat yang melatarbelakangi amat diperlukan jika kita akan mengetahui hukum peristiwa yang belum pernah terjadi pada masa Nabi, yang terlihat adanya persamaan ‘illat hukum peristiwa yang terjadi pada masa Nabi disebutkan dalam nash. Dengan mengetahui „illat hukum peristiwa yang terjadi pada masa Nabi dapat dilakukan *qiyas* atau analogi terhadap peristiwa yang terkadi kemudian.

‘Illat sangat penting dan sangat menentukan ada atau tidak adanya hukum dalam kasus baru sangat bergantung pada ada atau tidak adanya „illat pada kasus tersebut. Sehingga ‘illat dirumuskan sebagai suatu sifat tertentu yang jelas dan

¹¹² *Ibid.*, hlm. 22

¹¹³ *Ibid.*

dapat diketahui secara obyektif (*zhahir*), dapat diketahui dengan jelas dan ada tolak ukurnya (*mundabith*) dan sesuai dengan ketentuan hukum, yang eksistensinya merupakan penentu adanya hukum. Sedangkan *hikmat* adalah yang menjadi tujuan atau maksud disyariatkannya hukum, dalam wujud kemaslahatan bagi manusia. 'Illat merupakan "tujuan yang dekat" dan dapat dijadikan dasar penetapan hukum, sedangkan hikmat merupakan "tujuan yang jauh" dan tidak dapat dijadikan dasar penetapan hukum.

Sedangkan menurut al-Syatibi berpendapat bahwa yang dimaksud dengan „illat adalah hikmat itu sendiri, dalam bentuk *mashlahat* dan *mafsadat*, yang berkaitan dengan ditetapkannya perintah, larangan, atau keizinan, baik keduanya itu *zhahir* atau *tidak*, *mundhabith* atau *tidak*.¹¹⁴ Jadi baginya 'illat itu tidak lain kecuali adalah *mashlahat* dan *mafsadat* itu sendiri. Kalau demikian halnya, maka baginya hukum dapat ditetapkan berdasarkan hikmat, tidak berdasarkan 'illat. Sebenarnya hikmat dengan „illat mempunyai hubungan yang erat dalam rangka penemuan hukum.

Berdasarkan pernyataan di atas dapat dipahami, bahwa dalam *qiyas* penemuan „illat dari hikmat sangat menentukan keberhasilan mujtahid dalam menetapkan hukum. Dari sinilah dapat dilihat betapa eratnya hubungan antara metode *qiyas* dengan *maqashid al-syari'at*. Dalam pencarian 'illat dinyatakan bahwa salah satu syarat diterimanya *shifat* menjadi 'illat adalah bahwa *shifat* tersebut *munasabat*, yakni sesuai dengan *maslahat* yang diduga sebagai tujuan

¹¹⁴Al-Syatibi, *Al-Muwafakat fi Ushul al-Ahkam*, Jilid I, Dar al-Fikr, tt, hlm. 185

disyariatkan hukum itu. Maslahat dalam 'illat menjadi *maslahat daruriyat*, *hajiyyat*, dan *takmiliyyat*, dan dari sinilah muncul pengembangan prinsip dan teori *maqashid al-syariat*. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa mashlahat yang menjadi tujuan utama disyariatkan hukum Islam, merupakan faktor penentu dalam menetapkan hukum melalui jalur *qiyas*.

'Illat adalah hal yang oleh *syari'* (pembuat aturan) dijadikan tempat bersandar, tempat bergantung atau petunjuk adanya ketentuan hukum. 'Illat pada pokoknya dapat dibagi menjadi 3 macam atas dasar sumber pengambilannya, yaitu 'illat diperoleh dengan dalil *naqli*, nas yang diperoleh dengan *ijma* dan 'illat yang diperoleh dengan jalan *istinbath* (pemahaman kepada nash)¹¹⁵. 'Illat yang diperoleh dengan dalil *naqli* dibagi lagi menjadi tiga macam, yaitu yang diperoleh dengan jelas disebutkan dalam nash yang disebut *shari*, yang diperoleh hanya dengan isyarat, yang disebut *ima*, dan yang diperoleh dari adanya petunjuk *sebab*.¹¹⁶

'Illat yang diperoleh dengan jalan *istinbath* merupakan hal yang amat pelik. Untuk menentukan 'illat dengan jalan *istinbath* diperlukan ketajaman pemikiran. Sifat pemikiran kefilsafatan dalam menentukan 'illat dengan jalan *istinbath* ini amat nyata. Untuk menentukan 'illat dengan jalan *istinbath* ditempuh dua macam cara, yaitu :

1. Jika di dalam sesuatu ketentuan hukum terdapat beberapa hal yang dirasakan sesuai benar sebagai 'illat hukum, untuk menentukan mana di antara hal itu yang

¹¹⁵ *Ibid.*, hlm. 24

¹¹⁶ Muhammad Makruf ad-Dawaalibi, 1959, *Al Madkhal Ilaa 'Ilm Ushul al-Fiqh*, hlm. 417.

benar-benar sebagai 'illat dilakukan *taqsim* dan *sabr*. *Taqsim* ialah membatasi hal yang dirasakan sesuai sebagai 'illat hukum, dan *sabr* adalah meneliti hal yang telah dibatasi dan dirasakan sesuai sebagai 'illat hukum itu sehingga dapat diketahui mana yang harus disisihkan sebagai 'illat dan mana yang harus diambil atau ditetapkan. Cara ini merupakan peluang amat luas untuk berijtihad dan amat memungkinkan terjadi perbedaan pendapat di kalangan para mujtahid.

2. Menetapkan kesesuaian 'illat bagi sesuatu ketentuan hukum dengan mengkaji 'illat yang sesuai dengan hukum, kemudian menetapkan berlakunya 'illat itu terhadap hukum bersangkutan. 'Illat yang sesuai dengan ketentuan hukum itu disebut *al-'illah al-munasibah*.¹¹⁷ *Al-'illah al-munasibah* ada empat macam, yaitu : 'illat *muatstsirah* (membekas), 'illat *mula-imah* (sejalan), 'illat *gharibah* (asing), 'illat *mursalah* (lepas, bebas).¹¹⁸ di bawah ini akan dibahas tentang empat 'illat itu :

a. al-'illah al-munasab.

Illat yang secara jelas dapat diperoleh dari *nash* atau dan diketahui membekas pengaruhnya terhadap ketentuan hukum. Misalnya perwalian yang ditetapkan atas anak di bawah umur, yang dipandang 'illatnya adalah keadaan di bawah umur.

b. 'illat mula-imah.

¹¹⁷ Ali Hasbullah, 1964, *Ushul at-Tasyrii' al-Islami*, hlm. 131.

¹¹⁸ Ahmad Azhar Basyir, *Op Cit.*, hlm. 28-31.

'Illat yang diperoleh dari nash, tetapi agak jelas membekas pengaruhnya terhadap hukum karena nash yang mengandung hukum memang tidak memberikan kejelasan mengenai 'illatnya. Namun 'illat itu dapat diperoleh dari sejumlah nash lain mengenai masalah yang sejenis yang dapat dipandang ada kesejalanannya untuk dijadikan 'illat hukum yang bersangkutan.

c. *'illat gharibah*

'Illat yang diperoleh dari nash, tetapi tidak jelas bahwa 'illat itu membekas pengaruhnya terhadap hukum dan tidak ketahu dengan jelas kesejalanannya dengan hukum bersangkutan dari nash lain mengenai masalah yang bersangkutan dari nash lain mengenai masalah yang sejenis. Namun 'illat yang diperoleh dari nash itu sendiri sesuai dengan hukum yang dikandungnya.

d. *'illat mursalah*

'Illat yang tidak terdapat pendukungnya dari nash, tetapi dapat diketahui dari jiwa ajaran Islam pada umumnya. „Illat macam inilah yang merupakan hal yang amat pelik. Untuk menetapkannya diperlukan ketajaman pandangan dan keluasan cakrawala pemikiran tentang tujuan dan rahasia hukum Islam khususnya dan ajaran Islam umumnya.

Oleh karenanya 'illah adalah sifat yang jelas dan ada tolak ukurnya, yang di dalamnya terbukti adanya hikmah pada kebanyakan keadaan. Maka 'illah ditetapkan sebagai bertanda (*madzinnah*) yang dapat ditegaskan dengan jelas bagi

adanya hikmah.¹¹⁹ Hikmah itu bersifat implisit di dalam ‘illah dan tidak terpisah dengannya, karena hikmah tidak ada jika ‘illah tidak ada. Di samping itu, ‘illah adalah dasar perbuatan. Jika ‘illah ada tanpa adanya hikmah, maka ‘illah tidak dapat dianggap berasal dari hukum. Jika ‘illah itu jelas, tidak ada kesulitan, namun apabila ‘illah itu tidak jelas, para ahli Ushul Fiqh berbeda pendapat. Ada yang mengambil jalan *takwil* dan mencoba menggali ‘illah berkenaan dengan kata-kata nash yang implisit. Sedangkan yang lainnya mengambil metode interpretasi nash sesuai dengan akal berkenaan dengan kepentingan masyarakat (*social utility*). Dengan demikian dapat dikatakan bahwa ‘illah merupakan “sebab” atau “tujuan” ditetapkan hukum. Adakalanya langsung disebut dalam nash (*manshushah*) dan adakalanya tidak (*muntanbathah*).¹²⁰

c. Metode Taufiqi

Metode penemuan hukum taufiqi adalah upaya mempertemukan dan mendekatkan pengertian dua dalil yang diperkirakan berbenturan atau menjelaskan kedudukan hukum yang ditunjuk oleh kedua dalil itu, sehingga tidak terlihat lagi adanya perbenturan.

Dalam upaya penyelesaian perbenturan antara dua dalil hukum, para ulama ushul fikih bertolak pada suatu prinsip yang dirumuskan dalam kaidah : “Mengamalkan dua dalil yang berbenturan lebih baik dari pada menyingkirkan satu

¹¹⁹ Fathurrahman Djamil, 1997, *Filsafat Hukum dalam Islam*, Jakarta : Logos, hlm. 4

¹²⁰ *Ibid.*

diantaranya.”¹²¹

Ada tiga tahap penyelesaian yang tergambar dalam kaidah itu :

1. Sedapat mungkin kedua dalil itu dapat digunakan sekaligus, sehingga tidak ada dalil yang disingkirkan.
2. Setelah dengan cara apapun kedua dalil itu tidak dapat digunakan sekaligus, maka diusahakan setidaknya satu di antaranya diamalkan, sedangkan yang satu lagi ditinggalkan.
3. Sebagai langkah terakhir, tidak dapat dihindarkan kedua dalil itu ditinggalkan, dalam arti tidak diamalkan keduanya.

Metode taufiqi dibagi menjadi dua, yaitu : Nasakh dan Tarjih.

a. Nasakh.

Secara etimologis, kata “nasakh” dalam bahasa Arab digunakan dengan arti *al-izalah*, artinya menghilangkan atau meniadakan.¹²² Para ulama berbeda-beda di dalam memberikan definisi tentang nasakh akan tetapi ahli ushul fikih kalangan Syafi’I mengartikan nasakh itu dengan arti mencabut dalam definisi yang menyatakan : mencabut hukum yang telah ditetapkan dengan khitab terdahulu dengan khitab yang datang kemudian.”¹²³

Al-Syathibi dari kalangan ulama Maliki juga menetapkan nasakh dengan arti mencabut yang dirumuskan secara sederhana dalam definisinya : “Mencabut hukum

¹²¹ Amir Syarifuddin, 1997, *Ushul Fiqh*, Jilid 1, Ciputat :PT Logos Wacana Ilmu, hlm. 208

¹²² *Ibid.* hlm. 211

¹²³ *Ibid.* hlm.213

syar'i dengan dalil syar'i terkemudian."¹²⁴

Dari beberapa definisi yang berbeda tersebut, dapat disimpulkan bahwa hakikat dari nasakh itu adalah :

1. Ada titah pembuat hukum (*syari'*) yang menetapkan hukum untuk berlaku terhadap suatu kejadian dalam suatu masa.
2. Kemudian secara terpisah datang titah pembuat hukum yang menetapkan hukum terhadap kejadian yang berbeda dengan apa yang telah ditetapkan sebelumnya.
3. Titah yang datang kemudian itu disamping menetapkan hukum baru, sekaligus mencabut berlakunya hukum lama, yang menurut istilah al-Amidi : mencegah berlanjutnya pemberlakuan hukum yang sebelumnya.¹²⁵

Golongan ulama yang membolehkan adanya nasakh mengemukakan bahwa syarat-syarat nasakh yang disepakati adalah :

1. Yang dinasakh itu adalah hukum syar'i, yaitu hukum yang bersifat amaliah, bukan hukum 'aqli dan bukan yang menyangkut aqidah.
2. Dalil yang menunjukkan berakhirnya masa berlaku hukum yang lama itu datang secara terpisah dan terkemudian dari dalil yang dinasakhkan. Kekuatan kedua dalil itu adalah sama, serta tidak mungkin dikompromikan.
3. Dalil dari hukum yang dinasakhkan tidak menunjukkan berlakunya hukum untuk selamanya, karena pemberlakuan secara tetap dan berkelanjutan

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Ibid.* hlm. 214

menutup kemungkinan pembatalan berlakunya hukum dalam suatu waktu.

Dengan adanya persyaratan tersebut, maka meskipun secara prinsip nasakh itu dapat berlaku menurut mayoritas ulama, namun nasakh itu tidak berlaku dalam hal-hal sebagai berikut :

1. Hal-hal yang mengandung nilai baik dan buruk yang berlaku secara universal, dalam arti tidak terikat pada kondisi dan situasi, lingkungan dan individu. Umpamanya nilai baik dalam menghormati orang tua.
2. Hal-hal yang secara pasti menyatakan berlakunya hukum untuk selamanya; seperti firman Allah dalam surat *al-Nur* (24):4: “Deralah mereka sebanyak 80 kali dan janganlah terima kesaksian mereka untuk selamanya”.
3. Hal-hal yang menyangkut tauhid dan pokok-pokok agama. Tauhid berkenaan dengan batin manusia dan karenanya tidak terpengaruh oleh hubungan luar. Di samping itu tauhid adalah hak yang terpokok dalam Islam yang tidak mungkin ditiadakan.¹²⁶

b. Tarjih

Pengertian tarjih secara etimologi berarti “menguatkan”. Dalam arti istilah, terdapat beberapa definisi. Yang lebih kuat di antara definisi itu adalah yang dikemukakan oleh Saifuddin al-Amidi dalam bukunya *Al-Ihkam* yang menyebutkan : “Ungkapan mengenai diiringinya salah satu dari dua dalil yang pantas menunjukkan kepada apa yang dikehendaki di samping keduanya berbenturan yang mewajibkan

¹²⁶ *Ibid*, hlm. 231

untuk mengamalkan satu di antaranya dan meninggalkan yang satu lagi.”¹²⁷

Dari definisi tersebut dapat diketahui hakikat tarjih dan sekaligus merupakan persyaratan bagi tarjih, yaitu :

1. Dua dalil tersebut berbenturan dan tidak mungkin ada kemungkinan untuk mengamalkan keduanya dengan cara apaun. Dengan demikian tidak terdapat tarjih dalam dua dalil yang *qath'i* karena dua dalil *qath'i* tidak mungkin saling berbenturan.
2. Kedua dalil yang berbenturan itu sama-sama pantas untuk memberi petunjuk kepada yang dimaksud.
3. Ada petunjuk yang mewajibkan beramal dengan salah satu di antara dua dalil dan meninggalkan dalil yang satu lagi.

Hukum mengamalkan dalil yang rajah adalah wajib, sedangkan mengamalkan dalil yang marjuh di samping adanya yang rajih tidak dibenarkan. Dalil yang menunjukkan wajibnya beramal dengan rajih itu adalah apa yang dinukilkan dan diketahui dari ijma' sahabat dan ulama salaf dalam beberapa kasus berbeda yang mewajibkan mendahulukan dalil rajih dari dua dalil yang zhanni. Umpamanya mendahulukan khabar dari Aisyah tentang wajibnya mandi bila telah terjadi persetubuhan, atas khabar Abu Hurairah yang maksudnya mandi hanya diwajibkan bila keluar air mani.¹²⁸

¹²⁷ *Ibid.* hlm.259

¹²⁸ *Ibid.*

BAB V
PENYELESAIAN SENGKETA PEBIYAAAN MUSYARAKAH DI PENGADILAN
AGAMA PURBALINGGA

A. Dasar alasan hakim menerima perkara sedangkan dalam Akad Pembiayaan Musyarakah tidak disebutkan Pengadilan Agama.

Sebelum menjawab pertanyaan di atas, yang perlu diuraikan adalah adanya akad atau perjanjian pembiayaan Musyarakah antara BPR Syariah Buana Mitra Perwira (kreditur) dengan HERMAN RASNO WIBOWO Bin SODIRIN dan HARNI Binti H. AHMAD SUDARMO (debitur) keduanya bertempat tinggal di Rt. 02/Rw.05 Desa Cipaku, Kecamatan Mrebet, Kabupaten Purbalingga berdasarkan akad perjanjian musyarakah nomor : 123/MSA/VII/05 tertanggal 20 Juli 2005. BPRS tersebut telah memberikan modal/pembiayaan musyarakah sebesar Rp. 30.000.000,-(tiga puluh juta rupiah) kepada keduanya untuk keperluan modal usaha dagang gula merah dan kelontong. Setelah menerima modal/pembiayaan tersebut debitur ternyata tidak menggunakan dana yang diterima untuk modal usaha dagang gula merah dan kelontong akan tetapi untuk keperluan lain sehingga merugikan pihak kreditur.

Upaya kreditur untuk melakukan penagihan atas dana yang telah disalurkan kepada debitur telah diusahakan dengan berbagai cara namun debitur selalu ingkar janji dan tidak ada iktikad baik untuk menyelesaikan kewajiban-kewajibannya kepada kreditur.

Adanya pelanggaran yang dilakukan oleh debitur atas akad yang telah disepakati bersama dengan kreditur pada Pasal 10 ayat (2), dimana debitur telah menyatakan apabila pembiayaan digunakan untuk keperluan lain, maka pihak kreditur berhak seketika menagih dan pihak debitur diwajibkan tanpa menunda-nunda lagi membayar seluruh pembiayaan yang berupa biaya-biaya dan kewajiban-kewajiban lainnya dengan seketika dan sekaligus lunas serta adanya alasan wanprestasi yang menyebabkan kreditur menderita kerugian materiil, maka kreditur mengajukan perkaranya ke Pengadilan Agama Purbalingga dengan nomor perkara :1047/Pdt.G/2006/PA.Pbg tertanggal 23 Nopember 2006.

Dalam akad pembiayaan musyarakah pada Pasal 12 disebutkan apabila terjadi sengketa antara kreditur dan debitur akan diselesaikan lewat Badan Arbitase Syariah (BASYARNAS) di Jakarta atau Pengadilan Negeri di Purbalingga. Dalam perjanjian itu ada pilihan ganda sehingga tidak lazim dan tidak dibolehkan menurut hukum acara perdata. Pembuatan akad atau perjanjian tersebut terjadi sebelum lahirnya UU No. 3 Tahun 2006 dan didasarkan kepada ketentuan Fatwa DSN NO.08/DSN-MUI/IV/2000. yang menyebutkan bahwa *“Jika salah satu pihak tidak menunaikan kewajibannya atau jika terjadi perselisihan di antara para pihak, maka penyelesaiannya dilakukan melalui Badan Arbitrasi Syariah setelah tidak tercapai kesepakatan melalui musyawarah”*. Adalah sebagai antisipasi penyelesaian sengketa perbankan yang didasarkan pada syariah. Dimana penyelesaiannya belum menjadi kompetensi Pengadilan Agama.

Dalam putusan PA. Purbalingga nomor perkara :1047/Pdt.G/2006/PA.Pbg tertanggal 23 Nopember 2006. tidak ditemukan adanya alasan mengapa pengadilan tersebut dapat menerima dan memeriksa perkara perkara tersebut, padahal dalam Akad Pembiayaan Musyarakah telah disebutkan apabila terjadi sengketa antara kreditur dan debitur akan diselesaikan lewat Badan Arbitase Syariah (BASYARNAS) di Jakarta atau Pengadilan Negeri di Purbalingga. Penggugat tidak mendaftarkan perkaranya ke BASYARNAS atau ke Pengdilan negeri Purbalingga melainkan mendaftarkannya ke Pengadilan Agama Purbalingga.

Menurut Sudikno Mertokusumo, dalam bukunya *Penemuan Hukum* menyatakan bahwa tidak semua putusan yang dibuat oleh hakim menyebutkan tentang alasan atau argumen¹²⁹ kenapa hakim menerima dan memeriksa perkara yang ditanganinya. Sebuah putusan yang baik tentunya dapat dipertanggung jawabkan kepada para pihak yang berperkara karena merupakan penyelesaian sebuah sengketa dan putusan itu memuat sumber hukum yang dapat dikaji secara ilmiah mengenai pemecahan masalah tertentu.

Berkaitan dengan Putusan Pengadilan Agama Purbalingga yang tidak mempertimbangkan alasan kenapa menerima perkara tersebut. Penulis telah melakukan wawancara dengan Ketua Majelis Hakim¹³⁰ yang menyidangkan perkara tersebut, menyatakan bahwa alasan menerima perkara itu didasarkan atas penafsiran

¹²⁹ Sudikno Mertokusumo, *Op Cit*, hlm. 55

¹³⁰ Hasil wawancara dengan Makmuri, Ketua Majelis Hakim yang memutus perkara Nomor : 1047/Pdt.G/2006/PA.Pbg, pada tanggal 7 Februari 2009 di Kampus Terpadu UII, Jln. Kaliurang KM 14,5 Yogyakarta.

terhadap klausul arbitrase yang tersebut dalam akta perjanjian yang telah dibuat oleh para pihak. Menurut Ketua Majelis dikatakan bahwa dengan berlakunya UU Nomor 3 Tahun 2006 Pasal 49 huruf (i) Pengadilan Agama mempunyai kewenangan absolut untuk menyelesaikan sengketa ekonomi syariah termasuk di dalamnya perbankan syariah, maka kata-kata Pengadilan Negeri Purbalingga yang tersebut dalam akta/perjanjian tersebut harus dibaca atau diartikan sebagai Pengadilan Agama Purbalingga.

Menurut penulis alasan yang dikemukakan oleh Ketua Majelis tersebut adalah tidak tepat dan tidak dapat dipertanggung jawabkan. Alasannya adalah bahwa akta/perjanjian yang telah dibuat oleh para pihak itu terjadi pada 20 Juli 2005 berdasarkan prinsip syari'ah, artinya pada saat akta tersebut dibuat, yang berwenang menyelesaikan sengketa perbankan syariah adalah Basyarnas atau Pengadilan Negeri Purbalingga. Pada waktu itu Pengadilan Agama belum mempunyai kewenangan untuk menyelesaikan sengketa ekonomi syariah. Kalau kemudian perkara itu diajukan pada tanggal 23 Nopember 2006, dimana Pengadilan Agama telah memiliki kewenangan absolut untuk menyelesaikan sengketa ekonomi syariah dengan lahir UU Nomor 3 Tahun 2006, berlaku efektif UU tersebut sejak bulan Maret 2006.

Reasoning yang dipergunakan oleh Majelis Hakim Pengadilan Agama Purbalingga semestinya, *pertama* adalah dengan menggunakan asas ketertiban dan kepastian hukum yang tersebut dalam Pasal 6 ayat (1) huruf (i) UU Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, menyebutkan bahwa tidak mungkin dua lembaga peradilan (Pengadilan Negeri dan Pengadilan Agama) mempunyai kewenangan absolut yang sama untuk perkara tertentu, kalau itu terjadi

maka akan menimbulkan ketidaktertiban dan tidak ada kepastian hukum. Untuk mewujudkan adanya tertib dan kepastian hukum, maka yang perlu dilakukan adalah menggunakan asas "*lex posteriore derogat legi priori*" artinya peraturan yang baru mengalahkan atau melumpuhkan peraturan yang lama. Makna dari asas ini berarti kewenangan Pengadilan Negeri Purbalingga telah dihapus dengan lahirnya UU No. 3 Tahun 2006 sehingga yang berhak untuk menyelesaikan sengketa ekonomi syariah adalah Pengadilan Agama Purbalingga. Alasan *kedua* yang dapat dikemukakan adalah Majelis Hakim melakukan penemuan hukum dengan cara melakukan penafsiran/analogi terhadap klausul arbitrase yang terdapat dalam Akta Pembiayaan Musyarakah tersebut. Adanya penunjukan badan arbitrase dalam akta perjanjian dalam menyelesaikan sengketa, maka *klausul* arbitrase tersebut berlaku dan mengikat para pihak (Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999), sehingga Pengadilan menjadi tidak berwenang untuk mengadili sengketa para pihak yang telah terikat dengan perjanjian arbitrase (Pasal 3 dan 11 ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999). Namun demikian dalam memahami ketentuan Pasal 3 dan 11 undang-undang tersebut, terdapat dua aliran yaitu¹³¹

Aliran Pertama : Pendapat yang bercorak generalisasi/absolut yang menyatakan, bahwa asal dalam perjanjian terdapat klausul arbitrase, maka merupakan kewenangan absolut arbitrase untuk menyelesaikan segala sengketa yang timbul dari perjanjian,

¹³¹Andriyani Nurdin, *Penyelesaian Sengketa Niaga Di Pengadilan Negeri Sebagai Cikal Penyelesaian Sengketa Niaga Syariah Di Pengadilan Agama*, (Makalah pada seminar nasional reformulasi system ekonomi syariah dan legislasi nasional di Semarang tanggal 6-8 juni 2006), hlm.6

tanpa memperdulikan jangkauan/ruang lingkup sengketa yang disebut dalam rumusan arbitrase. Aliran ini juga disebut aliran *Pacta Sunt Servanda*.¹³²

Aliran Kedua : Pendapat yang menyatakan bahwa, sekalipun terdapat klausul arbitrase, namun karena arbitrase bukan *publik policy* atau bukan *openbare orde*, maka penerapannya tidak secara absolut, tetapi melihat rumusan klausul arbitrase dengan seksama.

Selain kedua aliran tersebut di atas, ada satu perkembangan yang sebenarnya bersifat sempalan yang sangat bertolak belakang dengan aliran pertama (aliran *Pacta Sunt Servanda*), atau bisa disebut *aliran ketiga* seperti putusan Mahkamah Agung No.1851 K/Pdt/1984 yang pada pokoknya menyatakan bahwa sungguhpun *ada klausul arbitrase* dan sungguhpun ada eksepsi dari lawan, maka Pengadilan tetap berwenang.¹³³ Dengan demikian sekalipun para pihak telah sepakat jika timbul sengketa akan diselesaikan melalui arbitrase, hal tersebut tidak dapat dijadikan alasan atau menutup kemungkinan jika salah satu pihak mengajukan perkaranya langsung ke *Pengadilan* tanpa melalui arbitrase. Dalam hal salah satu pihak telah mengajukan perkaranya ke Pengadilan, maka dapat ditafsirkan *para pihak tidak serius dengan*

¹³² Putusan MA-RI No.3179 K/Pdt.1984 tgl.4 Mei 1988, No.116 PK/Pdt/1988 tgl 14 Juli 1990 pada intinya sepanjang ada klausul arbitrase, maka yang berwenang mengadili adalah lembaga arbitrase yang ditunjuk dan pengadilan negeri tidak berwenang mengadili perkara tersebut.

¹³³ Munir Fuady, 2000, *Arbitrase Nasional, alternative penyelesaian sengketa bisnis*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, hlm.122.

perjanjian arbitrase atau dalam hati para pihak tidak ada niat untuk menggunakan arbitrase.

Penafsiran ini sesuai dengan yurisprudensi Mahkamah Agung RI No.2027 K/Pdt/1984 tanggal 23 april 1986 yang pada pokoknya menegaskan bahwa perjanjian yang secara tidak wajar sangat memberatkan pihak lainnya, tidak mengikat atas dasar bertentangan dengan keadilan. Pendirian Mahkamah Agung ini merupakan bukti nyata bahwa Pengadilan di Indonesia menganut paham, sekalipun suatu perjanjian telah ditanda tangani oleh kedua belah pihak, namun para pihak tidak terikat sepenuhnya pada perjanjian itu sebagaimana dimaksudkan oleh Pasal 1338 KUHPerdara.¹³⁴

Kasus yang terjadi di Pengadilan Agama Purbalingga, sebagaimana putusannya Nomor : 1047/Pdt.G/2006/PA.Pbg tanggal 29 Januari 2007, dalam akadnya terdapat klausul sebagai berikut : "Tentang akad ini dan segala akibatnya serta pelaksanaannya para pihak memilih tempat kedudukan hukum (domisili) yang tetap dan umum di kantor kepaniteraan Badan Arbitrase Syari'ah (BAS) di Jakarta atau Pengadilan Negeri di Purbalingga dan/atau Panitia Urusan Piutang dan Lelang

¹³⁴Sri Gambir Melati Hatta,1999, *Beli sewa sebagai perjanjian tak bernama, pandangan masyarakat dan sikap MA-RI Bandung*: Alumni, hlm. 43, lihat juga Putusan MA-RI No.3642 K/Pdt/2001 tanggal 11 September 2002;

Negara (PUPLN) /Kantor Pelayanan Pengurusan Piutang dan Lelang Negara (KP3LN) di Semarang.¹³⁵

Akad Pembiayaan Musyarakah dalam kasus ini dibuat tanggal 20 Juli 2005 berdasarkan prinsip syari'ah, sengketa terjadi pada bulan Oktober 2006 dan perkaranya didaftarkan di Kepaniteraan Pengadilan Agama Purbalingga tanggal 23 Nopember 2006 yaitu setelah berlakunya Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 (berlaku sejak 20 Maret 2006).¹³⁶ Timbul pertanyaan; lembaga mana yang berwenang mengadili, apakah Badan Arbitrase Syariah Nasional (Basyarnas) di Jakarta, ataukah Pengadilan Negeri Purbalingga, sebagaimana klausul atau isi akad, ataukah Pengadilan Agama Purbalingga sebagaimana pilihan Penggugat?.

Meskipun dalam kasus diatas jelas-jelas terdapat klausul arbitrase, namun Pengadilan Agama Purbalingga menyatakan dirinya berwenang mengadilinya, yaitu dengan mengabulkan gugatan penggugat untuk sebagian.¹³⁷ Jika dihubungkan dengan adanya 3 aliran dalam penafsiran tentang klausul arbitrase sebagaimana dimaksud Pasal 3 dan 11 UU No.30 Tahun 1999, dapat dinyatakan bahwa Majelis Hakim Pengadilan Agama Purbalingga lebih memilih aliran kedua atau ketiga dalam menafsirkan klausul arbitrase, bahkan Majelis Hakim tersebut bukan hanya

¹³⁵Yusuf Buchori dalam Tesis berjudul "*Litigasi sengketa perbankan syariah dalam perspektif UU No.3 Tahun 2006*", UII Yogyakarta, hlm.127 .

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ *Mimbar Hukum Nomor. 66*, Edisi bulan Desember 2008, Jakarta : Pusat Pengembangan Hukum Islam dan Masyarakat Madani, hlm.183.

mengesampingkan klausul arbitrase, tetapi juga klausul pilihan domisili pada kepaniteraan Pengadilan Negeri Purbalingga.

Dalam ilmu hukum dikenal asas "*lex posteriore derogat legi priori*" artinya peraturan yang baru mengalahkan atau melumpuhkan peraturan yang lama.¹³⁸ Boleh jadi asas inilah yang menjadi pegangan Majelis Hakim Pengadilan Agama Purbalingga untuk mengesampingkan klausul domisili di kepaniteraan Pengadilan Negeri Purbalingga, karena berdasarkan asas hukum diatas, dapat ditegaskan bahwa sengketa perbankan syariah tersebut *secara absolut* menjadi kekuasaan/kewenangan Peradilan Agama (Pasal 49 UU No.3 Tahun 2006), karena terjadinya sengketa tersebut pada bulan Oktober 2006 yaitu setelah lahirnya Undang-Undang No. 3 Tahun 2006 (berlaku sejak tanggal 20 Maret 2006) sehingga Pengadilan Negeri Purbalingga (UU Nomor 8 Tahun 2004) tidak ada kewenangan lagi untuk mengadilinya.

B. Alasan yang menjadi dasar pertimbangan hakim mengabulkan gugatan penggugat di Pengadilan Agama yang farum penyelesaian sengketa telah ditentukan dalam akad.

Sebelum menjawab permasalahan di atas, akan diuraikan tentang Akad Pembiayaanl Musyarakah antara kreditur dengan debitur pada Pasal 12 disebutkan apabila terjadi sengketa antara kreditur dan debitur akan diselesaikan lewat Badan

¹³⁸Sudikno Mertokusumo.,1988, *Mengenal Hukum*, Yogyakarta : Liberty, , hlm.73.

Arbitrase Syariah (BASYARNAS) di Jakarta atau Pengadilan Negeri di Purbalingga. Dalam perjanjian itu ada pilihan ganda, yaitu BASYARNAS dan Pengadilan Negeri, bila dihubungkan dengan ketentuan Fatwa DSN NO.08/DSN-MUI/IV/2000. yang menyebutkan bahwa “*Jika salah satu pihak tidak memunaikan kewajibannya atau jika terjadi perselisihan di antara para pihak, maka penyelesaiannya dilakukan melalui Badan Arbitrasi Syariah setelah tidak tercapai kesepakatan melalui musyawarah*”.

Dari ketentuan fatwa DSN tersebut tidak ada pilihan forum, artinya kalau suatu perjanjian telah menyebutkan adanya klausula arbitrase maka telah tertutup hak para pihak untuk mengajukan penyelesaian sengketa atau beda pendapat yang termuat dalam perjanjian ke Pengadilan, ketentuan tersebut sebagaimana ditegaskan oleh ketentuan Pasal 11 UU No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Dalam Pasal 7 UU No. 30 Tahun 1999 disebutkan bahwa klausula arbitrase yang terdapat dalam pasal tersebut sesuai prinsip *Pactum de Compromittendo*¹³⁹ yang memungkinkan para pihak untuk menyerahkan sengketa dikemudian hari melalui arbitrase. Dalam hal ini para pihak membuat suatu persetujuan untuk menyerahkan penyelesaian sengketa yang mungkin timbul dikemudian hari kepada arbiter yang akan memeriksa dan memutus sengketa tersebut. Dengan demikian para pihak setuju untuk tidak menyelesaikan sengketa mereka ke Pengadilan. Pada Pasal 9 UU No. 30 Tahun 1999 menyatakan bahwa persetujuan arbitrase tentang sengketa yang telah timbul haruslah dibuat dalam bentuk tertulis dan

¹³⁹ Setiawan, 2003, *Sekilas Memahami Arbitrase*, Makalah dalam Kapita Selekta Arbitrase dan Permasalahannya, Mahkamah Agung RI, hlm. 65

ditanda tangani kedua belah pihak atau persetujuan tersebut dibuat dihadapan Notaris dalam hal para pihak tidak mampu menandatangani, bentuk aktanya berupa *akta kompromis*.¹⁴⁰ Dari dua bentuk klausula arbitrae tersebut juga tidak ditemukan adanya pilihan forum untuk penyelesaian sengketa yang berklausula arbitrase.

Berkaitan dengan penyelesaian sengketa ekonomi dan keuangan syariah selama ini diatur oleh fatwa-fatwa syariah dari lembaga ulama (MUI). Agar semua kegiatan ekonomi dan keuangan syariah memiliki landasan yang kuat secara syariah, maka Dewan Syariah Nasional (DSN) didirikan pada tahun 1999 Sebagai bagian dari Majelis Ulama Indonesia.¹⁴¹ Kedudukan fatwa DSN merupakan salah satu institusi dalam hukum Islam untuk memberikan jawaban dan solusi terhadap problem yang berkaitan dengan ekonomi dan keuangan syariah. Dalam kajian ushul fiqh, kedudukan fatwa hanya mengikat bagi orang yang meminta fatwa dan yang memberi fatwa. Dalam konteks ini, teori itu tidak sepenuhnya bisa diterima, karena konteks, sifat dan karakter fatwa saat ini telah berkembang dengan pesat dan berbeda dengan fatwa klasik. Teori lama tentang fatwa harus direformasi dan diperbaharui sesuai dengan perkembangan dan proses terbentuknya fatwa sehingga fatwa DSN saat ini tidak hanya mengikat bagi praktisi lembaga ekonomi syariah, tetapi juga bagi masyarakat Islam Indonesia, apalagi fatwa-fatwa itu kini telah dipositivisasi melalui Peraturan Bank Indonesia (PBI). Bahkan DPR telah mengamandemen UU Nomor 7 Tahun 1989 Jo UU Nomor 3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama yang secara tegas memasukkan

¹⁴⁰ *Ibid* . hlm. 66

¹⁴¹ Agustianto, *Fatwa Ekonomi Syariah di Indonesia*, dalam <http://agustianto.niriah.com>. Hlm. 3 akses 20/05/2009 jam 13.14

ekonomi syariah sebagai wewenang Peradilan Agama.¹⁴² Dari pandangan yang diuraikan di atas, bahwa fatwa DSN mengikat bagi praktisi ekonomi syariah dan masyarakat Islam Indonesia, maka ketentuan DSN NO.08/DSN-MUI/IV/2000 tentang pembiayaan Musyarakah mengikat kreditur dan debitur yang telah sepakat membuat perjanjian tersebut.

Menilai Akad Pembiayaan Musyarakah antara kreditur dengan debitur pada Pasal 12 disebutkan apabila terjadi sengketa antara kreditur dan debitur akan diselesaikan lewat Badan Arbitase Syariah (BASYARNAS) di Jakarta atau Pengadilan Negeri di Purbalingga, akad atau perjanjian tersebut ternyata tidak sesuai dengan ketentuan DSN NO.08/DSN-MUI/IV/2000, maka klausula arbitrase yang tersebut dalam akad pembiayaan musyarakah harus dinyatakan batal demi hukum karena dalam akad ada pilihan forum dan pilihan farum dalam hal para telah memilih perjanjian arbitrase dilarang oleh ketentuan Pasal 11 UU Nomor 30 Tahun 1999.

Akad Pembiayaan Musyarakat yang berklausula arbitrase dan klausula tersebut telah dinyatakan batal demi hukum, maka kedudukan Akad Pembiayaan Musyarakah dinyatakan tidak ada klausula arbitrase sehingga pada saat penggugat mengajukan perkara ke Pengadilan Agama Purbalingga pada tanggal 23 Nopember 2006, di mana pada waktu itu Pengadilan Agama telah berwenang menyelesaikan sengketa tentang ekonomi syariah dengan diundangkannya UU Nomor 3 Tahun 2006 Jo UU Nomor 7 Tahun 1989 yang berlaku efektif sejak Maret 2006, maka inilah alasan Majelis Hakim Pengadilan Agama Purbalingga dapat menerima, memeriksa dan mengadili perkara

¹⁴² *Ibid.* hlm.3

yang diajukan penggugat yang forum penyelesaian sengketa telah ditentukan dalam akad.

Untuk meneliti dan mengkaji pertimbangan hakim menerima perkara sengketa pembiayaan musyarakah, yang perlu dikemukakan adalah petitum penggugat yang dituangkan dalam surat gugatan Penggugat yang terdaftar di Pengadilan Agama Purbalingga dengan Nomor : 1047/Pdt.G/2006/PA.Pbg tertanggal 23 Nopember 2006 selengkapnya adalah sebagai berikut :

1. Mengabulkan gugatan Penggugat.
2. Menetapkan para Tergugat telah wanprestasi.
3. Menghukum para Tergugat untuk memenuhi kewajiban-kewajibannya.
4. Meletakkan Sita Eksekusi terhadap barang-barang jaminan.
5. Menetapkan secara hukum Kantor Lelang dan atau KP2LN Purwokerto untuk melaksanakan lelang jaminan.
6. Menghukum para Tergugat untuk membayar semua biaya yang timbul dalam perkara ini.

Dalam putusan Pengadilan Agama Purbalingga yang terkait dengan masalah tersebut, tidak semua tuntutan penggugat dikabulkan oleh Majelis Hakim, tuntutan penggugat pada point 4 dan 5 tidak dikabulkan dengan alasan bahwa gugatan untuk masalah tersebut masih premature karena gugatan itu berkaitan dengan eksekusi dan eksekusi baru dapat dilaksanakan manakala putusan telah berkekuatan hukum tetap. Selengkapnya putusan Pengadilan Agama Purbalingga adalah sebagai berikut :

1. Menyatakan para Tergugat yang telah dipanggil dengan patut untuk menghadap di persidangan, tidak hadir.
2. Mengabulkan gugatan Penggugat dengan verstek untuk sebagian.
3. Menyatakan para Tergugat telah melakukan Wanprestasi.
4. Membatalkan Akad Perjanjian Pembiayaan Al Musyarokah nomor : 123/MSA/VII/05 tanggal 20 Juli 2005.
5. Menghukum para Tergugat untuk membayar kepada Penggugat uang sebesar Rp. 37.071.569,00 (tiga puluh tujuh juta tujuh puluh satu ribu lima ratus enampuluh sembilan rupiah) dengan perincian pembayaran :
 - 5.1 Pokok Pembiayaan : Rp. 29.080.000,00
 - 5.2 Denda Ta'wid : Rp. 7.729.569,00
 - 5.3 Biaya APHT : Rp. 262.000,00
6. Menghukum para Tergugat untuk membayar biaya yang timbul dalam perkara ini sebesar Rp. 261.000,00 (dua ratus enam puluh satu ribu rupiah).
7. Menolak dan tidak diterima selain dan selebihnya.

Dalam putusan itu terutama dalam pertimbangan hukum halaman 3 disebutkan bahwa yang pertama dipertimbangkan adalah ketidak hadiran para Tergugat dalam persidangan meskipun para Tergugat telah dipanggil secara sah dan patut. Implikasi dari ketidak hadiran para Tergugat dalam persidangan, yang *pertama* ketidak hadiran para Tergugat dianggap oleh hukum bahwa para Tergugat telah membenarkan dan mengakui isi gugatan penggugat. *Kedua* para Tergugat tidak dapat membela hak-

haknya di persidangan. *Ketiga* berdasarkan ketentuan pasal 125 HIR para tergugat yang tidak hadir di persidangan sejak sidang pertama sampai perkara diputus tidak pernah hadir dan telah dipanggil secara sah dan patut, maka dijatuhkan putusan dengan verstek atau tanpa hadirnya para Tergugat. Kalau sekiranya para Tergugat hadir pada sidang pertama, maka terbuka kesempatan baginya untuk mengajukan eksepsi bahwa Pengadilan agama Purbalingga tidak berwenang mengadili perkara tersebut karena tidak disebutkan dalam perjanjian.

Yang dipertimbangkan selanjutnya adalah tentang para Tergugat yang telah melakukan wanprestasi. Dalam surat gugatan Penggugat dijelaskan bahwa para Tergugat telah dengan sengaja mengalihkan pembiayaan modal usaha dagang gula merah dan kelontong sesuai dengan akad/perjanjian untuk keperluan lain dan Penggugat telah melakukan berbagai upaya penagihan akan tetapi para Tergugat tidak ada itikad baik untuk menyelesaikan kewajiban-kewajibannya. Majelis Hakim dalam mempertimbangkan tentang wanprestasi hanya disandarkan kepada pendapat Prof. Subekti, SH. (vide halaman 5 dari putusan). Secara teori sebelum menetapkan para Tergugat telah melakukan perbuatan wanprestasi, yang perlu dipertimbangkan adalah adanya Akad Pembiayaan Musyarakah Nomor : 123/MSA/VII/05 tertanggal 20 Juli 2005, apakah perjanjian tersebut sah menurut hukum apa tidak ?

Apabila perjanjian tersebut telah dinyatakan sah menurut hukum yang berarti perjanjian itu mengikat kedua belah pihak laksana undang-undang bagi para pihak

yang membuatnya, sesuai ketentuan Pasal 1338 KUHPdt. Jika salah satu pihak ada yang tidak melaksanakan isi perjanjian atau melanggar salah satu ketentuan yang telah tertuang dalam akad/perjanjian maka terjadilah apa yang disebut dengan wanprestasi. Kemudian dijelaskan mengenai apa yang dimaksud dengan wanprestasi, banyak pendapat dari para ahli hukum tentang masalah wanprestasi itu. Sebagai contoh pendapat Yahya Harahap dalam bukunya *Segi-segi Hukum Perjanjian* menyebutkan bahwa wanprestasi adalah pelaksanaan perjanjian yang tidak tepat waktunya atau dilakukan tidak menurut selayaknya atau tidak dilaksanakan sama sekali.¹⁴³

Apabila debitur melakukan wanprestasi, apa yang dapat dilakukan atau yang dapat dituntut kreditur kepada debitur ? Menurut Setiawan dalam bukunya *Pokok-pokok Hukum Perikatan*, apabila debitur melakukan wanprestasi, maka kreditur dapat menuntut debitur untuk melakukan 1) pemenuhan perjanjian. 2) pemenuhan perjanjian ditambah ganti rugi 3) ganti rugi 4) pembatalan perjanjian timbal balik 5) pembatalan dengan ganti rugi.¹⁴⁴

Dengan adanya 5 opsi bagi kreditur untuk menuntut kepada Debitur, maka Majelis Hakim dapat menentukan pilihannya sesuai dengan kasus yang ditanganinya. Yang perlu diperhatikan adalah kewajiban membayar ganti rugi (*schade vergoeding*) tersebut tidak timbul seketika saat terjadi kelalaian, melainkan baru efektif setelah

¹⁴³ Yahya Harahap, 1984, *Segi-segi Hukum Perjanjian*, Cet. II, Bandung : Alumni, hlm. 60.

¹⁴⁴ Setiawan, 1977, *Pokok-pokok Hukum Perjanjian*, Bandung : Bina Cipta, hlm. 14

debitur dinyatakan lalai (*ingebrekestelling*) dan tetap tidak melaksanakan prestasinya. Hal ini diatur dalam Pasal 1243 KUHPdt. Sedangkan bentuk pernyataan lalai tersebut diatur dalam Pasal 1238 KUHPdt yang pada pokoknya menyatakan : a) pernyataan lalai tersebut harus berbentuk surat perintah atau akta lain yang sejenis, yaitu suatu salinan dari pada tulisan yang telah dibuat lebih dahulu oleh Juru sita dan diberikan kepada yang bersangkutan. b) berdasarkan kekuatan perjanjian itu sendiri. c) jika tegoran kelalain sudah dilakukan barulah menyusul peringatan atau *aanmaning* yang biasa disebut *sommasi*.

Dalam putusan PA Purbalingga tersebut Majelis Hakim tidak mempertimbangkan apakah penggugat telah menyatakan para Tergugat lalai dengan dikeluarkan surat tegoran pernyataan lalai melaksanakan prestasi, bila tegoran kelaian sudah dilakukan maka dilakukan tahap peringatan atau *aanmaning* atau *somasi*. Setelah proses teguran kelalain dilaksanakan dan dilanjutkan dengan *aanmaning*, maka sampailah kepada tahap penetapan bahwa Debitur dinyatakan wanprestasi. Dalam putusan itu Majelis memilih doktrin hukum opsi yang kelima, yaitu pembatalan dengan ganti rugi.

Pada halaman 5 dari Putusan PA. Purbalingga Majelis mempertimbangkan bahwa Penggugat dalam surat gugatannya tidak secara jelas memohon agar Akad Pembiayaan Musyarakah Nomor :123/MSA/VII/05 tanggal 20 Juli 2005 dibatalkan, namun Penggugat mohon agar pokok pembiayaan dikembalikan kepadanya. Menurut

Majelis penggugat kurang pengetahuan masalah hukum, sebenarnya yang dituntut Penggugat ke Pengadilan adalah pembatalan perjanjian tersebut. Menurut hemat penulis tanpa ada pertimbangan seperti tersebut di atas, Majelis mempunyai kewenangan untuk memilih satu dari 5 opsi sebagaimana disebutkan di atas. Majelis dalam membatalkan Akad Pembiayaan Musyarakah mendasakan pendapatnya kepada doktrin hukum dari pendapat Dr. Wahab AzZuhaili dalam bukunya *Al Fiqhul Islamy*.

Menurut penulis pembatalan akad justru lebih tepat bila didasarkan kepada Pasal 10 ayat (2) dari Akad Perjanjian tersebut, yang menyebutkan "*Apabila pembiayaan digunakan untuk keperluan lain, maka pihak pertama berhak seketika menagih dan pihak kedua diwajibkan tanpa menunda-nunda lagi membayar seluruh pembiayaannya yang berupa biaya-biaya, dan kewajiban-kewajiban lainnya dengan seketika dan sekaligus lunas*" Dari pasal ini dengan jelas dapat dipahami bila pembiayaan digunakan tidak sesuai dengan perjanjian, maka perjanjian antara kedua belah pihak menjadi batal karena pihak kedua/debitur diwajibkan tanpa menunda-nunda lagi untuk membayar seluruh pembiayaan ditambah kewajiban-kewajiban yang terkait dengan pembiayaan sekaligus dan lunas.

Selanjutnya yang dipertimbangkan Majelis adalah petitum Penggugat yang menuntut agar para Tergugat dihukum untuk membayar kewajiban-kewajibannya kepada Penggugat yang terdiri :

Pokok Pembiayaan : Rp. 29.080.000,00

Denda Ta'widh	: Rp. 7.729.569,00
Biaya APHT	: Rp. 262.000,00

Menurut Majelis bahwa tuntutan tersebut telah berdasar hukum karena telah sesuai dengan Pasal 8 dan Pasal 19 Peraturan Bank Indonesia Nomor : 7/46/PBI/2005 sehingga penggugat dikabulkan. Menurut penulis pertimbangan Majelis langsung to the point, tanpa mempertimbangkan kenapa para Tergugat dihukum untuk membayar tuntutan Penggugat. Selayaknya Majelis mempertimbangkan terlebih dahulu konsekwensi dari wanprestasi, setelah dibatalkan Akad Pembiayaan Musyarakah dilanjutkan dengan mempertimbangkan ganti rugi, seperti tersebut dalam pasal 1246 KUHPdt yang mengatur apabila debitur wanprestasi kreditur dapat menuntutnya yang berupa kerugian yang berupa : a) ongkos (biaya). b) kerugian yang nyata diderita kreditur c) keuntungan yang seharusnya akan diperoleh.

Menurut Pasal 1248 KUHPdt ganti rugi yang dapat dituntut adalah kerugian berupa sejumlah uang, dan bentuk ganti ruginya haruslah berbentuk sejumlah uang, tidak bisa lain. Disyaratkan kerugian yang dapat dituntut haruslah kerugian yang menjadi akibat langsung dari wanprestasi. Artinya antara kerugian dan wanprestasi harus ada hubungan sebab akibat. Dalam hal ini kreditur harus dapat membuktikan besarnya kerugian yang dialami dan faktor penyebab kerugian tersebut adalah wanprestasi karena kelalain debitur, bukan karena faktor diluar kemampuan debitur. Apabila objek perjanjian berupa pembayaran sejumlah uang, maka kerugian yang

dapat dituntut akibat wanprestasi adalah bunga menurut undang-undang (*moratorium interesse*) sebagaimana disebut dalam pasal 1250 KUHPdt. Dalam hal ini kreditur tidak perlu/tidak dibebani kewajiban pembuktian. Cukup jika debitur telah nyata terlambat membayar kreditur dapat menuntut ganti rugi berupa bunga. Dalam Perbankan syariah berdasarkan ketentuan PBI Nomor 7/46/PBI/2005 Pasal 19 huruf (f) menyebutkan bahwa besarnya ganti rugi atas kerugian riil ditetapkan berdasarkan kesepakatan antara Bank dengan nasabah.

Bahwa alasan Majelis Hakim mengabulkan gugatan penggugat dalam perkara ini, menurut penulis secara garis besar telah sesuai dan berdasar hukum, hanya saja di dalam mempertimbangkan petitum penggugat, Majelis cenderung langsung ke pokok persoalan tanpa diuraian terlebih dahulu masalah-masalah yang menghantar kepada pokok persoalan, seperti masalah wanprestasi. Sebelum membahas wanprestasi terlebih dahulu seharusnya dipertimbangkan apa kriteria seseorang dikatakan wanprestasi.

Berdasarkan ketentuan Pasal 54 UU Nomor 7 Tahun 1989 yang telah diubah dengan UU Nomor 3 Tahun 2006 tentang Pengadilan Agama menyebutkan :
“Hukum acara yang berlaku pada Pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama adalah Hukum Acara Perdata yang berlaku pada Pengadilan dalam Lingkungan Peradilan Umum kecuali yang telah diatur secara khusus dalam undang-undang ini.” Selayaknya Majelis menggunakan ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam

KUHPerdata terutama buku tiga tentang perikatan yang mengatur tentang perjanjian dan hukum acaranya. Setelah diuraikan secara seksama mengenai penyelesaian sengketa pembiayaan musyarah di Pengadilan Agama Purbalingga, sampailah kepada tahap kesimpulan dan saran-saran yang dapat disampaikan setelah melakukan pembahasan yang terkait dengan permasalahan tersebut.

BAB VI

PENUTUP

Sebelum mengakhiri pembahasan mengenai penyelesaian sengketa pembiayaan musyarakah di Pengadilan Agama, perlu kiranya penulis mengemukakan hal-hal sebagai berikut :

Kesimpulan

1. Dasar alasan hakim menerima perkara yang dalam Akad Pembiayaan Musyarakah tidak disebutkan Pengadilan Agama adalah di dasarkan atas alasan bahwa perkara tersebut menjadi kewenangan absolut Pengadilan Agama Purbalingga, *pertama* adalah dengan menggunakan asas ketertiban dan kepastian hukum yang tersebut dalam Pasal 6 ayat (1) huruf (i) UU Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, menyebutkan bahwa tidak mungkin dua lembaga peradilan (Pengadilan Negeri dan Pengadilan Agama) mempunyai kewenangan absolut yang sama untuk perkara tertentu, kalau itu terjadi maka akan menimbulkan ketidaktertiban dan tidak ada kepastian hukum. Untuk mewujudkan adanya tertib dan kepastian hukum, maka yang perlu dilakukan adalah menggunakan asas "*lex posteriore derogat legi priori*" artinya peraturan yang baru mengalahkan atau melumpuhkan peraturan yang lama. *Kedua* mendasarkan alasan kepada putusan Mahkamah Agung No.1851 K/Pdt/1984 yang pada pokoknya menyatakan bahwa sungguhpun *ada*

klausul arbitrase dan sungguhpun ada eksepsi dari lawan, maka Pengadilan tetap berwenang.

2. Alasan yang menjadi dasar pertimbangan hakim mengabulkan gugatan Penggugat di Pengadilan Agama yang farum penyelesaian sengketa telah ditentukan dalam akad adalah pertimbangan bahwa perkara tersebut menjadi kewenangan absolut Pengadilan Agama Purbalingga dengan menyatakan klausula arbitrase yang terdapat dalam akad/perjanjian adalah batal demi hukum karena klausula arbitrasenya ada pilihan forum. Suatu perjanjian yang telah memilih penyelesaian sengketa melalui arbitrase dilarang oleh UU Nomor 30 Tahun 1999 untuk mengajukan perkaranya ke lembaga Pengadilan. Adanya wanprestasi para Tergugat terhadap perjanjian yang telah disepakati bersama dengan Penggugat, yaitu Akad Pembiayaan Musyarakah Nomor : 123/MSA/VII/05 tertanggal 20 Juli 2005 pada Pasal 10 ayat (2). Alasan hakim menyatakan para Tergugat wanprestasi didasarkan kepada pendapat Prof. Subekti, SH. Yang menyatakan bahwa debitur dapat dikatakan wanprestasi apabila tidak memenuhi kewajibannya atau terlambat memenuhinya atau memenuhinya tetapi tidak seperti yang telah diperjanjikannya dan akibat langsung dari wanprestasi adalah pembatalan perjanjian tersebut adalah tidak tepat.
3. Majelis Hakim dalam pertimbangan hukum, sama sekali tidak mempertimbangkan apa alasan menerima, memeriksa dan memutus perkara yang diajukan oleh Penggugat. Yang dipertimbangkan oleh Majelis Hakim

adalah petitum penggugat tanpa menghiraukan adanya Akad Pembiayaan Musyarakah yang di dalamnya tidak disebutkan Pengadilan Agama. Menurut penulis, pertama kali yang harus dipertimbangkan adalah kenapa Majelis Hakim menerima perkara tersebut, kalau menerima, apa dasar atau landasan hukum yang digunakan untuk menerima perkara itu dengan mempertimbangkan alasan yang menyimpangi ketentuan yang terdapat dalam Akad Pembiayaan Musyarakah tersebut.

Saran-saran

1. Untuk menghindari pendapat yang desparitas terkait dengan Klausula Arbitrase dalam suatu perjanjian, hendaknya Mahkamah Agung menerbitkan Surat Edaran yang menjelaskan batasan dan ruang lingkup yang terkait dengan Pasal 3 dan Pasal 11 UU Nomor 30 Tahun 1999.
2. Untuk mewujudkan ketertiban dan kepastiah hukum, perlu dilakukan amandemen terhadap Pasal 55 ayat (2) huruf d Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, agar kewenangan absolut Pengadilan Agama terkait dengan perbankan syariah sebagaimana tersebut dalam UU No. 3 Tahun 2006 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 menjadi kewenangan yang sempurna.
3. Bahwa Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) yang dijadikan rujukan bagi hakim untuk penyelesaian sengketa ekonomi syariah, namun demikian para hakim tetap dituntut untuk melakukan penemuan hukum karena antara

KHES dengan perkara yang diselesaikan tentu sangat berbeda. Menuntut kecakapan hakim di lingkungan Peradilan Agama untuk mendalami dan mengkaji Kitab Undang-Undang Hukum Perdata sebagai bahan perbandingan maupun sebagai sandaran untuk menyelesaikan sengketa.

DAFTAR PUSTAKA

- Abdurrahman, 2005, *Eksistensi Perbankan Syariah Dalam Pembinaan Ekonomi Umat, dalam Prospek Bank Syariah di Indonesia*, Bandung : PPHIM.
- Abdul Aziz Ibn Abdurrahman Ibn Ali al-Rabi'ah, 1979, *Adillat al-Tasyri' al-Mukhatalaf Fi al-Ihtijaj Biha, Mu'assasat al-Risalat*, Cet. 1.
- Abdul Ghofur Anshori. 2007. *Perbankan Syariah di Indonesia*. Yogyakarta : Gadjah Mada University Press.
- Ahmad Azhar Basyir. 2000. *Asas-Asas Hukum Muamalat (Hukum Perdata Islam)*. Yogyakarta : UII Press.
- Ali Hasbullah, 1964, *Ushul at-Tasyrii' al-Islami*.
- Asjmuni A. Rahman, 2004, *Metode Penetapan Hukum Islam*, Cet.2 Jakarta : Bulan Bintang.
- A. Djazuli, 2005, *Ilmu Fiqh Penggalan, Perkembangan dan Penerapan Hukum islam*, Cet. 5 Edisi Revisi, Jakarta : Prebada Media.
- Anonim, 2007, "*Pelaksanaan Fungsi Mediasi Perbankan*", Direktorat Investigasi dan Mediasi Perbankan Bank Indonesia, , tanggal akses 18 Februari 2009.
- Andriyani Nurdin, *Penyelesaian Sengketa Niaga Di Pengadilan Negeri Sebagai Cikal Penyelesaian Sengketa Niaga Syariah Di Pengadilan Agama*, (Makalah

pada seminar nasional reformulasi system ekonomi syariah dan legislasi nasional di Semarang tanggal 6-8 juni 2006), hal.6

Bambang Sutiyoso. 2006. *Metode Penemuan Hukum Upaya mewujudkan Hukum yang Pasti dan Berkeadilan*. Yogyakarta : UII Press.

Chairuman Pasaribu dan Suhrawardi K. Lubis, *Hukum Perjanjian Dalam Islam*, 2004, Jakarta : Sinar Grafika.

Chairuddin Syah Nasution. *Manajemen Kredit Syariah Bank Muamalat*. Dalam www.bi.go.id.

Fathurahman Djamil (et al). 2001. *Hukum Perjanjian Syariah dalam Kompilasi Hukum Perikatan* oleh Mariam Darus Badruzaman et al. Cet.1. Bandung : Citra Aditya Bakti.

-----, 1997, *Filsafat Hukum dalam Islam*, Jakarta : Logos

Garry Goodpaster, 1999, *Panduan Negosiasi dan Mediasi, Seri Dasar Hukum Ekonomi 9*, Jakarta: Elip.

Al-Ghazali, *al-Mustahsfa min "Ilmi al-Ushul*, Jilid II, Sayyid al-Husein, Kairo.

Gunawan Wijaya, 2001, *Alternatif Penyelesaian Sengketa*, Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada.

Henry Campbel Black, 1990, *Black Law Dictionary (sixth edition)*, USA: St. West Publishing Co.

Jaih Mubarak, *Penyelesaian Ekonomi Syariah di Indonesia*. Dalam www.Badilag.net.

Jazim Hamidi, 2004, *Hermeneutika Hukum, Teori Penemuan Hukum Baru dengan interpretasi Teks*, Yogyakarta : UII Press.

J. Supranto. 1997. *Metode Riset*. Jakarta :Rineka Cipta.

Mariam Darus Badruzaman, 2001, *Kompilasi Hukum Perikatan*, Bandung : Citra Aditya Bahakti

Muhammad Syafi'I Antonio. 2001. *Bank Syariah dari Teori ke Praktek*. Jakarta : Gema Insani Press.

Muhammad Abu Zahrah, 2000, *Ushul al-Fiqh*, Terjemahan Saefullah Ma'shum, Cetakah ke-6, Jakarta : Pustaka Firdaus.

Muhammad Makruf ad-Dawaalibi, 1959, *Al Madkhal Ilaa 'Ilm Ushul al-Fiq.h*

Munir Fuady, *Arbitrase Nasional, alternative penyelesaian sengketa bisnis*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2000).

Nindyo Pramono, 2007, *Lembaga Mediasi Perbankan Independen dan Mediasi Perbankan Oleh BI (Temporary)*, Makalah pada Diskusi Terbatas Pelaksanaan Mediasi Perbankan Oleh Bank Indonesia & Pembentukan Lembaga Mediasi Independen, Kerjasama Bank Indonesia dan Magister Hukum UGM, Denpasar, 11 April 2007

Putusan MA-RI No.3179 K/Pdt.1984 tgl.4 Mei 1988, No.116 PK/Pdt/1988 tgl 14 Juli 1990 pada intinya sepanjang ada klausul arbitrase, maka yang berwenang mengadili adalah lembaga arbitrase yang ditunjuk dan pengadilan negeri tidak berwenang mengadili perkara tersebut.

Rachmadi Usman, 2003, *Pilihan Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti.

Rachmat Syafe'I, 1999, *Ilmu Ushul Fiqih*, Cet.1, Bandung : Pustaka setia.

R. Subekti, 1979, *Aspek-Aspek Hukum Perjanjian*, Bandung : Alumni.

Setiawan, 1977, *Pokok-pokok Hukum Perjanjian*, Bandung : Bina Cipta

Soejono Soekamto dan Sri Mamuji. *Penelitian Hukum Normatif suatu Tinjauan Singkat*. Jakarta : Raja Grafindo Persada.

Sudikno Mertokusumo, 2007, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Cet. Ke-7, Yogyakarta : Liberty.

Syamsul Anwar. 2007. *Hukum Perjanjian Syariah Studi tentang Teori Akad dalam Fikih Muamalat*. Jakarta : PT. Raja Grafindo Persada.

Syatibi, *Al-Muwafakat fi Ushul al-Ahkam*, Jilid I, Dar al-Fikr,

Sunaryati Hartono. 1991. *Politik Hukum Menuju Sistem Hukum Nasional*. Bandung : Alumni.

S. Nasution. 1992. *Metode Penelitian Naturalistik-kualitatif*. Bandung : Tarsito.

Sudargo Gautama, *Pengantar Hukum Perdata Internasional*, Bandung ; Bina Cipta

Suhardi, Gunarto, 2003, *Usaha Perbankan Dalam Perspektif Hukum*, Yogyakarta:

Kanisius.

Sri Gambir Melati Hatta, *Beli sewa sebagai perjanjian tak bernama, pandangan*

masyarakat dan sikap MA-RI (Bandung: Alumni, 1999), hal.43, lihat juga

Putusan MA-RI No.3642 K/Pdt/2001 tanggal 11 September 2002;

M. Yahya Harahap, 2003, *Kedudukan Kewenangan dan Acara Peradilan Agama UU*

No. 7 Tahun 1989, Edisi Kedua, Jakarta : Sinar Grafika.

-----, 1984, *Segi-segi Hukum Perjanjian*, Cet.II, Bandung : Alumni

Yusuf Buchori dalam Tesis berjudul "*Litigasi sengketa perbankan syariah dalam perspektif*

UU No.3 Tahun 2006", UII Yogyakarta.

Peraturan Perundang-Undangan

Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang *Pengadilan Agama*

Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang *Perubahan Atas Undang-Undang*

Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama.

Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang *Perbankan Syariah*

Undang-Undang Nomor Nomor 10 Tahun 1998 tentang *Perubahan Atas Undang-*

Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan

Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang *Arbitrase dan Alternatif*

Penyelesaian Sengketa

Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang
Nomor 23 Tahun 1999

Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-Undang
Nomor 23 Tahun 1999 tentang Bank Indonesia

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata

Peraturan Bank Indonesia Nomor 6/24/PBI/2004 tentang *Bank Umum yang
Melaksanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syariah.*

Peraturan Bank Indonesia Nomor 7/46/PBI/2005 tentang *Akad Penghimpunan dan
Penyaluran Dana Bagi Bank yang Melaksanakan Kegiatan Usaha
Berdasarkan Prinsip Syariah.*

Peraturan Bank Indonesia Nomor 7/7/PBI/2005 tentang *Penyelesaian Pengaduan
Nasabah*

PBI No. 8/3/PBI/2006 tentang *Perubahan Kegiatan Usaha Bank Umum
Konvensional menjadi Bank Umum yang Melaksanakan Kegiatan Usaha
Berdasarkan Prinsip Syariah dan Pembukaan Kantor Bank yang
Melaksanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip syariah oleh Bank
Umum Konvensional.*

Peraturan Bank Indonesia Nomor 8/5/PBI/2006 tentang *Mediasi Perbankan*

Peraturan Bank Indonesia Nomor 10/1/PBI/2008 tentang Perubahan Atas Peraturan
Bank Indonesia Nomor 8/5/PBI/2006 tentang *Mediasi Perbankan*

Peraturan Bank Indonesia Nomor 10/10/PBI/2008 tentang *Perubahan Atas Peraturan
Bank Indonesia Nomor 7/7/PBI/2005 tentang Penyelesaian Pengaduan
Nasabah*

Surat Edaran Bank Indonesia Nomor 8/14/DPNP tanggal 1 Juni 2006 Perihal *Mediasi
Perbankan.*

Fatwa Nomor 08/DSN-MUI/IV/2000 tentang Pembiayaan Musyarakah.