

KATA PENGANTAR

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
 الْحَمْدُ ؟ الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ. وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَيَّ الْمَبْعُوثِ
 رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ مُحَمَّدٍ الْهَادِي الْأَمِينِ، وَعَلَيَّ آلِهِ الْمُطَهَّرِينَ وَصَحْبِهِ الطَّيِّبِينَ وَمَنْ
 تَبَعَ هَدَاهُمْ إِلَى يَوْمِ الدِّينِ.

Puji syukur kehadiran Allah swt. atas nikmat hidayah dan anugrah ilmu yang terbatas dalam puseran lautan ilmuNya, sehingga kami dapat menyelesaikan penulisan buku yang berjudul “*Arbitrase Syariah: Formalisasi Hukum Islam dalam Ranah Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Secara Non Litigasi*”.

Salam dan salawat terkirim kepada Rasulullah Muhammad SAW, nabi yang mentahbiskan dirinya sebagai “*ummi*”, namun mampu membawa peradaban baru dalam kehidupan umat manusia, mencerahkan dunia dengan ilmu dan peradaban.

Pendirian badan arbitrase Islam di Indonesia sebagai sarana untuk menyelesaikan sengketa lembaga keuangan syariah, baik perbankan syariah, asuransi syariah, pengadaian syariah, dan bisnis-bisnis islam lainnya yang sifatnya formal, seperti perhotelan syariah. Lembaga arbitrase syariah merupakan bentuk penyelesaian sengketa secara non litigasi yang menempuh jalur-jalur mediasi dan perdamaian. Pilihan forum hukum (*choice of forum*) dalam penyelesaian sengketa dibidang perdata memiliki andil yang sangat signifikan dalam mengurangi tingkat kasus di lembaga litigasi.

Bidang ekonomi syariah kontemporer merupakan medan ijtihad baru. Bentuk ijtihad baru tersebut adalah dengan lahirnya fatwa-fatwa Dewan Syariah Nasional (DSN-

MUI) sebagai sebuah hasil ijtihad kolektif di bidang ekonomi syariah yang merupakan jawaban atas permasalahan atau perkembangan aktivitas ekonomi yang muncul di Indonesia. Sekaligus untuk merespons permasalahan-permasalahan ekonomi syariah yang muncul pada ranah empirik

Buku ini merupakan hasil penelitian empirik penulis berkaitan dengan penyelesaian sengketa ekonomi syariah di Indonesia. Kami menyadari bahwa buku ini tidak akan terbit tanpa bantuan secara ikhlas dari berbagai pihak, baik secara langsung maupun tidak langsung.

Makassar, 1 Maret 2017

Penulis

KATA PENGANTAR

Prof. Dr. Phil. H. Kamaruddin Amin, MA.
Dirjen Pendis Kementerian Agama

Hadirnya lembaga-lembaga keuangan dan perekonomian syariah di Indonesia, seperti perbankan syariah, asuransi syariah, dan pengadaian syariah, berimplikasi terhadap semakin intensnya kajian-kajian berbasis ekonomi syariah. Lokomotif utama pengejawantahan konsep dan teori serta system ekonomi dan keuangan syariah terimplementasi lewat lembaga-lembaga keuangan syariah tersebut. Karena itu, konsep-konsep ekonomi Islam akan terus berkembang apabila sarana dan media pengejawantahannya tetap survive memelihara dan memperhatikan prinsip-prinsip dan hukum Islam yang menjadi landasan berpijaknya.

Sistem perbankan syariah di Indonesia diwujudkan dalam kerangka sistem perekonomian Indonesia, khususnya berdasarkan Undang-undang No.7/1992 tentang Perbankan, yakni menerapkan *dual banking system* (mengakomodir penerapan bank syariah dalam sistem perbankan konvensional). Kemudian UU tersebut direvisi dengan Undang-undang No.10/1998 yang mengatur dengan rinci landasan hukum serta jenis-jenis usaha yang dapat dioperasikan dan diimplementasikan oleh bank syariah. Kemudian dipertegas dengan Undang-undang No. 21/2008 tentang Perbankan Syariah. Payung hukum tersebut telah mendorong penguatan eksistensi perbankan syariah di Indonesia. Ketentuan peraturan perundang-undangan tersebut kemudian diikuti dengan berbagai peraturan-peraturan operasional yang dikeluarkan oleh Bank Indonesia berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia (DSN-MUI) sebagai institusi yang memiliki otoritas menjustifikasi kesyariahan produk lembaga keuangan syariah di Indonesia.

Pertumbuhan lembaga keuangan syariah tidak dapat dilepaskan dari dua permasalahan mendasar, yaitu. *Pertama*, permasalahan yang bersifat filosofis-paradigmatik. Penyelesaian permasalahan ini tentunya merupakan tanggung jawab para akademisi dan para ulama. *Kedua*, permasalahan operasional-empirik, penyelesaian permasalahan ini merupakan tanggung jawab praktisi, manajer profesional, dan bankir. Mengedepankan aspek filosofis-paradigmatik saja, tanpa ada upaya implementasi dalam ranah empirik akan

menjadikan lembaga keuangan syariah sebagai wacana belaka. Sebaliknya mengedepankan aspek operasional empirik semata, tanpa landasan filosofis pradigmatik akan menjadikan lembaga keuangan syariah berdiri di atas puing-puing ketidakpastian.

Penyelesaian sengketa bisnis syariah, termasuk perbankan syariah dapat ditempuh melalui jalur litigasi dan non litigasi. Jalur litigasi ditempuh berdasarkan kewenangan Pengadilan Agama. Sedangkan jalur non litigasi ditempuh melalui media Alternative Dispute Resolution (ADR) dan lembaga Arbitrase Syariah. Di Indonesia lembaga arbitrase syariah di akomodir melalui salah satu badan yang terdapat di Majelis Ulama Indonesia, yaitu Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS). Secara struktur organisasi, BASYARNAS berada dalam struktur lembaga Majelis Ulama Indonesia (MUI), hal itu sesuai dengan Surat Keputusan MUI Nomor: Kep-09/MUI/XII/2003 tentang BASYARNAS. Keputusan ini menempatkan BASYARNAS sebagai lembaga arbitrase syariah satu-satunya di Indonesia dan merupakan salah satu perangkat organisasi MUI. Namun tugas dan fungsinya bersifat otonom dan independen.

Kehadiran buku “*Arbitrase Syariah: Formalisasi Hukum Islam dalam Ranah Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Secara Non Litigasi*” hadir dihadapan pembaca sebagai salah satu referensi penting untuk memahami kedudukan dan peran Badan Arbitrase Syariah Nasional dalam penyelesaian sengketa ekonomi syariah di Indonesia.

Jakarta, 1 Maret 2017

Prof. Dr. Phil. H. Kamaruddin Amin,

MA.

DAFTAR ISI BUKU
ARBITRASE SYARIAH; FORMALISASI SYARIAH
DALAM RANAH PENYELESAIAN SENGKETA NON LITIGASI

KATA PENGANTAR	i
DAFTAR ISI.....	v
BAB I	LITERASI PENYELESAIAN SENGKETA DALAM TRADISI FIKIH
	KLASIK.....
	1
	A. Pendahuluan.....
	1
	B. Penyelesaian Sengketa Non Litigasi dalam Tradisi Islam.....
	6
	C. Perdamaian atau <i>al-Sjulah</i>
	6
	1. Rukun dan Syarat <i>al-Sjulah</i>
	8
	2. Implikasi Hukum <i>al-Sjulah</i>
	9
	D. Arbitrase Syariah atau <i>Tahki>m</i>
	12
	1. Dasar Hukum Arbitrase.....
	17
	2. Obyek <i>Tahki>m</i>
	19
	3. Syarat-syarat <i>Tahki>m</i>
	21
	4. Putusan Arbitrase Syariah.....
	22
BAB II	EKSISTENSI ARBITRASE SYARIAH DAN FORMALISASI HUKUM
	ISLAM.....
	26
	A. Teori Keberlakuan Hukum Islam.....
	26
	C. Teori Akad.....
	32
	D. Teori Lembaga Negara.....
	36
BAB III	EKSISTENSI AKAD DALAM RANAH TRANSAKSI PERBANKAN
	SYARIAH.....
	40

A. Standar Operasional Produk Perbankan Syariah.....	40
B. Ketentuan Hukum dalam Akad Pembiayaan Mudharabah.....	53
C. Produk atas Dasar Akad Mudharabah.....	56
D. Ketentuan Hukum akad Pembiayaan Musyarabah.....	70
E. Produk Pembiayaan atas Dasar Akad Musyarabah.....	72
F. Ketentuan Hukum akad Pembiayaan Murabahah.....	82
G. Produk Pembiayaan atas Dasar Akad Murabahah.....	85
BAB IV KEDUDUKAN ARBITRASE SYARIAH DALAM RANAH HUKUM POSITIF DI INDONESIA	
A. Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS).....	103
1. Pengertian Arbitrase.....	115
2. Urgensi Penyelesaian Sengketa Melalui Arbitrase.....	116
3. Arbitrase Syariah.....	118
4. Pengertian Arbitrase Syariah.....	125
5. Eksistensi dan Kewenangan BASYARNAS.....	128
6. Prosedur Beracara di BASYARNAS.....	129
7. Kewenangan BASYARNAS.....	137
8. Eksekusi Putusan BASYARNAS.....	144
B. Materi-materi Hukum dalam Putusan BASYARNAS.....	147
1. Hukum Islam.....	154
2. Hukum Ekonomi Islam.....	164
3. Hukum Perikatan Islam.....	172

	4. Hukum Perdata.....	189
BAB V	EKSISTENSI SUMBER DAYA MANUSIA BADAN ARBITRASE SYARIAH NASIONAL (BASYARNAS)	
	A. Kompetensi Sumber Daya Manusia.....	194
	B. Tantangan dan Prospek BASYARNAS	198
	1. Keterbatasan Jaringan Kantor BASYARNAS.....	200
	2. Lemahnya Dasar Hukum Arbitrase Syariah.....	201
	3. Sumber Pendanaan Yang Tidak Jelas.....	203
	BIOGRAFI.....	205
	DAFTAR PUSTAKA.....	206

BAB I

LITERASI PENYELESAIAN SENGKETA DALAM TRADISI FIKIH ISLAM

A. Pendahuluan

Lembaga keuangan syariah adalah lembaga lembaga yang menghimpun dana dari masyarakat dan menanamkannya dalam bentuk aset keuangan lain yang dikelola dengan prinsip-prinsip syari'ah.¹ Lembaga keuangan syariah merupakan lembaga keuangan yang didirikan untuk mempromosikan dan mengembangkan prinsip-prinsip Islam dalam transaksi keuangan dan perbankan dan bisnis yang terkait. Yang dimaksud dengan prinsip syariah adalah prinsip hukum Islam dalam kegiatan perbankan dan keuangan berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga berwenang.²

Berdasarkan pengertian di atas, maka dapat dipahami bahwa lembaga keuangan syariah adalah lembaga keuangan yang beroperasi sesuai dengan prinsip-prinsip hukum Islam. karena itu, semua produk dan jasa-jasa yang dikeluarkan oleh lembaga itu harus melalui verifikasi dan justifikasi para ahli hukum Islam yang ditunjuk untuk mengawasi lembaga keuangan tersebut.

Bisnis telah menjadi aktifitas terpenting dalam kehidupan umat manusia. hampir dapat dipastikan bahwa orientasi kegiatan manusia sehari-hari berkaitan dengan pemenuhan kebutuhan hidup yang bernuansa materi. Bisnis telah menjadi bagian dari kehidupan sehari-hari umat manusia, tanpa aktifitas bisnis, rasanya roda kehidupan akan terasa kurang *perfect* (sempurna). Sehingga dapat dikatakan bahwa aktifitas bisnis merupakan sebuah keniscayaan dalam kehidupan manusia yang tidak

¹Team Penyusun Kamus Istilah Perbankan II, *Kamus Perbankan*, cet. II; Jakarta: Institut Bankir Indonesia, 1999), h. 103

²Andi Soemitra, M.A, *Bank dan Lembaga Keuangan Syariah*, cet. II; Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2010), h. 36

dapat dihindari. Berbagai bentuk dan ragam kegiatan bisnis terjadi setiap hari, bahkan aktifitas itu dilakoni oleh sebagian besar penduduk bumi ini dalam usaha untuk mempertahankan kehidupannya.

Seiring dengan kemajuan ilmu pengetahuan dan arus globalisasi yang melanda dunia, maka aktifitas bisnis juga semakin dinamis dan berkembang mengikuti perkembangan globalisasi itu, sehingga semakin maju dan berkembang suatu komunitas masyarakat berdampak pada semakin maju pula aktifitas bisnis yang dijalankan oleh mereka. Dengan perkembangan teknologi dibidang komunikasi-informasi, transportasi dan internet berdampak pada perubahan pola pikir, interaksi, dan tingkah laku masyarakat akibat adanya serapan-serapan dibidang teknologi dan akulturasi budaya. Perkembangan teknologi juga berpengaruh pada aktifitas bisnis yang mengarah pada kecenderungan pemanfaatan sumber daya, pengelolaan informasi, dan jaringan marketing yang semakin efektif dan efisien. Kecenderungan itu berdampak pada semakin beragam dan berkualitasnya suatu produk yang dihasilkan, tingkat harga yang relatif terjangkau yang pada akhirnya memicu tingkat konsumsi dan daya beli masyarakat yang juga semakin tinggi.

Dinamika masyarakat yang semakin maju akibat perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi itu menuntut adanya instrumen hukum yang memadai guna mengantisipasi penyimpangan-penyimpangan yang terjadi dalam dunia bisnis yang secara empiris juga semakin canggih dan bervariasi. Instrumen hukum juga harus senantiasa di *up to date* (diperbaharui) mengikuti kecenderungan global, sebab tuntutan hukum pada masa orde lama dan orde baru tentu sangat berbeda dengan tuntutan hukum pada masa reformasi seperti sekarang ini.³

Kenyataan menunjukkan bahwa karakter suatu hukum senantiasa berubah seiring dengan dinamika dan perkembangan masyarakat. Semakin maju dan modern kehidupan masyarakat, maka semakin kompleks persoalan hukum yang harus diselesaikan. Salah satu fungsi hukum adalah sebagai *social engineering* yang

³Muhammad Djakfar, *Hukum Bisnis, Membangun Wacana Integrasi Perundangan Nasional dengan Syariah*, cet. I; Malang: UIN Malang Press, 2009), h. xviii

bertujuan untuk menciptakan masyarakat madani yang beradab, patuh, dan menjunjung tinggi norma hukum yang berlaku. Oleh karena itu, kehadiran instrumen hukum ditengah masyarakat dapat berfungsi sebagai *anticipation* (antisipasi) terhadap perilaku yang menyimpang dan melawan hukum. Juga berfungsi sebagai *curative* (penyembuhan) terhadap perilaku *absurd* masyarakat, agar keadilan, ketenangan dan keamanan dapat terwujud.⁴ sebab manusia lahir dijemput oleh hukum, hidup dengan hukum, dan ketika mati diantar juga dengan hukum.

Fenomena bisnis jika dicermati secara empiris menunjukkan adanya penyimpangan yang dilakukan oleh pelaku-pelaku bisnis, baik pada aspek produksi barang dan jasa, maupun pada tingkat distribusinya. Penyimpangan itu terjadi akibat kepatuhan terhadap hukum tidak diwujudkan disatu sisi. Dan disisi lain *low enforcment* tidak dijalankan dengan baik dan merata, fakta menunjukkan bahwa penegakan hukum di Indonesia masih tebang pilih. Siapa memiliki akses dan uang, maka dengan sendirinya hukum dapat dibeli. Kasus-kasus monopoli, kurang memperhatikan hak-hak konsumen, kasus memproduksi barang tidak sesuai standar adalah bagian dari bentuk-bentuk penyimpangan bisnis yang marak terjadi dan hampir menjadi suguhan informasi sehari-hari disekitar kita.

Kehadiran perangkat hukum yang memadai diharapkan dapat menciptakan perimbangan antara hak dan kewajiban. Produsen tidak akan mengkooptasi hak konsumen, atau sebaliknya, penjual menjadikan pembeli sebagai raja, perusahaan menjadikan karyawannya sebagai aset penting dalam proses produksi. sehingga sifat arogansi pihak yang satu atas pihak yang lain dapat dihindari, masing-masing pihak saling menghormati hak dan kewajibannya. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa kehadiran hukum dan penegakan hukum yang tidak tebang pilih sangat dibutuhkan dalam dunia bisnis untuk mengatur dan mengawasi jalannya aktifitas bisnis, sehingga tidak saling bertabrakan dan saling memakan harta orang lain secara batil.

⁴*Ibid.*, h. xii

Sumber hukum tidak hanya berbentuk hukum positif yang tertulis berupa peraturan perundang-undangan, tapi mencakup juga hukum yang bersumber dari norma-norma sosial (*triangular of society*), dan hukum yang bersumber dari agama, etika atau moral (*triangular of morality*). Di Indonesia sistem hukum yang dikenal adalah hukum positif, hukum adat, dan hukum Islam.

Hukum Islam sebagai salah satu hukum yang hidup di tengah masyarakat (*living law*) sepatutnya juga menjadi sumber inspirasi dalam pengamalan ajaran agama yang tidak terbatas pada ruang privat saja (berkaitan dengan ibadah), tapi hukum Islam (fikih) juga mencakup norma-norma yang harus diimplementasikan dalam bidang muamalah, baik itu berkaitan dengan hukum keluarga maupun hukum bisnis dan kegiatan ekonomi yang lazim dikenal dengan istilah *muamalah maliyah* (hukum-hukum dalam bidang ekonomi). Hukum Islam dalam bidang muamalah telah menjadi sumber dalam pembentukan undang-undang perbankan syariah, zakat dan perwakafan⁵ melalui teori eksistensi, hukum Islam diakui sebagai bagian dari hukum Nasional yang diakomodir melalui UUD 1945 dalam pasal 29 UUD 1945.⁶ Namun hukum Islam sifatnya tidak mandiri, tapi merupakan bagian integral dalam hukum nasional di Indonesia.

Etika pada dasarnya berbicara tentang bagaimana sesuatu itu dilakukan ditinjau dari sudut pandang pantas atau tidaknya sesuatu itu dikerjakan. Namun etika tidak dapat dilepaskan dari persoalan hukum, karena etika (moral) merupakan hukum yang tidak tertulis. Etika bersumber dari kebiasaan yang berlaku (adat), agama, dan

⁵ Dasar hukum perbankan syariah diatur dalam UU No. 7 Tahun 1992 tentang perbankan yang kemudian diubah dengan UU No. 10 Tahun 1998, dan juga dalam UU No. 23 Tahun 1999 tentang Bank Indonesia sebagaimana diubah dengan UU No. 23 Tahun 2004. Tentang zakat diatur dalam UU No 38 Tahun 1999 Tentang Pengelolaan Zakat. Dan institusi wakaf telah diatur berdasarkan pada ketentuan UU Pokok Agraria (UU No. 5 / 1960 pasal 49 (1,2,3), UU No 41 Tahun 2004 tentang wakaf dan Peraturan pemerintah RI No. 42 Tahun 2006 tentang pelaksanaan UU No. 41 Tahun 2004 tentang wakaf, dan KHI UU No. 1 / 1991, tentang Kompilasi Hukum Islam

⁶Abdullah Ahmad, dkk, *Dimensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional, Mengenang 65 Tahun Prof. Dr. H. Busthanul Arifin, SH.* cet. I; Jakarta: Gema Insani Press, 1996), h. 133

hukum-hukum yang berlaku dalam masyarakat. Faktor etika juga dijadikan sebagai salah satu sumber penetapan hukum dalam berbagai bidang, utamanya dalam bidang bisnis.

Aktiiftas bisnis pada intinya berorientasi profit yang sifatnya material. Namun jika *profit oriented* saja yang dikedepankan, maka tanggung jawab sosial pelaku bisnis akan terabaikan. Jika dianalisis lebih jauh, dapat ditemukan bahwa kaitan antara etika dengan bisnis masih sulit untuk dipertemukan. Pada ranah konsep, etika menghendaki pelaku bisnis menjalankan bisnisnya sesuai ketentuan hukum yang berlaku, namun pada praktiknya masih sulit ditemukan praktik bisnis yang tidak menyimpang.⁷ Tampaknya ungkapan bahwa bisnis adalah bisnis yang tidak terikat oleh nilai atau bisnis itu bebas nilai masih dianut oleh sebagian pelaku dan praktisi bisnis, sebab bisnis berkaitan dengan bagaimana pelaku bisnis memainkan strategi bisnis, alat-alat produksi, pendanaan, informasi pasar, dan kekuatan marketing untuk menguasai pasar. Sama sekali tidak terikat dengan nilai-nilai (adat, hukum, atau norma agama) yang mungkin saja dapat menjadi penghalang bagi pencapaian profit dan keamanan perusahaan.

Era globalisasi dan pasar terbuka merupakan pintu masuknya pesaing bisnis dan pemodal asing dalam kancah persaingan pasar di Indonesia. Para produsen dan pelaku pasar akan berkompetisi secara terbuka untuk merebut hati konsumen. Oleh karena itu, produk yang memiliki tingkat kualitas tinggi dan harga yang terjangkau relatif dapat diterima dalam pasar. Dampak positif dari persaingan terbuka ini akan berpengaruh terhadap peningkatan kualitas barang, harga yang kompetitif, dan pelayanan yang baik semakin mudah ditemukan, namun dampak negatifnya dapat menimbulkan praktik kotor dalam bisnis dengan memainkan kecanggihan teknologi, informasi pasar, dan moral *hazard* dalam merebut konsumen. Utamanya produsen yang tidak dapat bersaing secara *fair* (terbuka), berkenderungan mencari jalan pintas

⁷Muhammad Djakfar, *op.cit.*, h. 318

dengan melakukan perilaku menyimpang dalam berbisnis, seperti berlaku curang, manipulasi, praktik KKN dengan pengusaha, sehingga melahirkan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.

B. Penyelesaian Sengketa Non Litigasi dalam Tradisi Islam

1. الصلح (Al Sulh) atau (Perdamaian)

A. Pengertian

Kata صلح bersumber dari kata يصلح إصلاحا yang berarti baik, mendamaikan (pertikaian), dan memperbaiki.

Secara terminology fikih, kata *al-S}ulh* berarti perdamaian, yaitu suatu perjanjian yang diikrarkan untuk menghilangkan silang sengketa di antara para pihak yang bersengketa. Sayyid Sabiq mendefinisikan bahwa الصلح merupakan suatu jenis akad atau perjanjian untuk mengakhiri pertikaian dan permusuhan antara para pihak yang bersengketa atau berperkara secara damai.⁸ Kata الصلح lebih menekankan hasil dari suatu proses إصلاح (mendamaikan), yaitu perdamaian dan perbaikan.

Secara bahasa, “*al-s}ulh*” berarti meredam pertikaian, sedangkan menurut istilah “*al-sulh*” berarti suatu jenis akad atau perjanjian untuk mengakhiri perselisihan atau pertengkaran antara dua pihak yang bersengketa secara damai.

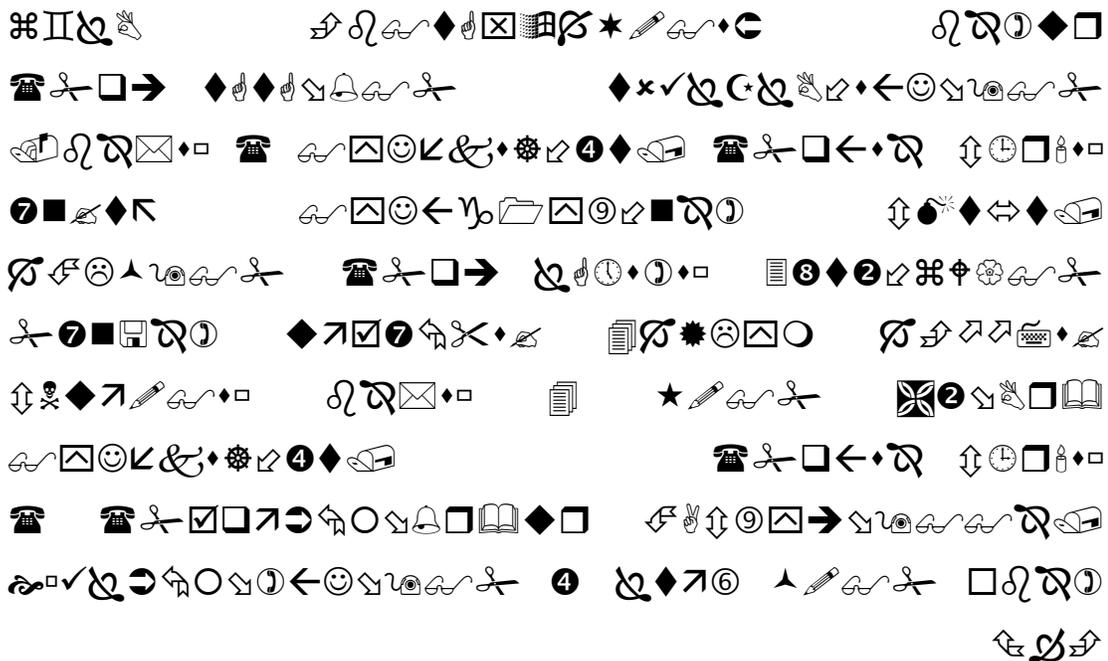
Berdasarkan beberapa definisi di atas, disimpulkan bahwa *al-s}ulh* merupakan salah satu bentuk akad untuk menyelesaikan suatu persengketaan atau perselisihan secara damai.

Perdamaian dengan menggunakan media *al-s}ulh* sering diulas oleh para ulama fikih. Pembahasan ini diurai ketika menjelaskan tentang sengketa-sengketa yang terjadi dalam system transaksi bertujuan profit atau *tija>ri*.

Secara normatif, perintah untuk berdamai atau *al-s}ulh* ditegaskan dalam berbagai anjuran al-Qur’an maupun hadis.

- a. Al-Qur’an Surah al-Hujurat (49) ayat 9

⁸ Sayyid Sabiq, *Fiqh al-Sunnah*,



Terjemahannya: “Dan apabila ada dua golongan orang mukmin berperang, maka damaikanlah antara keduanya, jika salah satu dari keduanya berbuat zalim terhadap (golongan) yang lain, maka perangilah (golongan) yang berbuat zalim itu, sehinggalah golongan itu kembali kepada perintah Allah. Jika golongan itu telah kembali (kepada perintah Allah), maka damaikanlah antara keduanya dengan adil, dan berlakulah adil. Sungguh Allah mencintai orang-orang yang berlaku adil”.⁹

b. Hadis

"المسلمون علي شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً "

Artinya: “Kaum muslimin sangat terikat dengan perjanjian yang dibuatnya, kecuali perjanjian yang mempersyaratkan hal yang mengharamkan yang halal atau mengharamkan yang haram”.

B. Rukun dan Syarat al-Sjulh

⁹ Departemen Agama, *al-Qur'an dan Terjemahannya*, (semarang; PT. Toha Putra, 1989)

Menurut sebagian ulama, rukun *al-s}ulh* itu hanya terdiri dari ijab atau ungkapan penawaran untuk *al-s}ulh*, dan Kabul atau ungkapan menerima *sulh* dari pihak lain. Sedangkan menurut mayoritas ulama, rukun *al-s}ulh* ada empat, yaitu (a) pihak-pihak yang akan melakukan *s}ulh*, (b) ada kesepakatan atau ijab dan Kabul, (c) obyek sengketa, (d) ada perdamaian yang disepakati para pihak.¹⁰

Syarat-syarat *al-s}ulh* menurut para ulama fikih dapat diklasifikasikan sebagai berikut:

- 1) Syarat Subyektif. Yaitu syarat yang berkaitan dengan para pihak yang melakukan perdamaian. (a) kedua belah pihak harus cakap bertindak hukum. (b) Orang yang ditunjuk sebagai juru damai harus memiliki kewenangan atas pihak yang bersengketa.
- 2) Syarat Obyektif, yaitu syarat yang berkaitan dengan obyek sengketa. (a) obyek sengketa harus bernilai, baik berbentuk materi maupun manfaat. (b) berbentuk harta. (c) obyek harus jelas kualitas dan kuantitasnya. (d) obyek sengketa berstatus kepemilikan dan dalam penguasaan.
- 3) Syarat berkaitan dengan substansi obyek yang dapat didamaikan. Para ulama sepakat bahwa hal-hal yang dapat dan boleh didamaikan hanya dalam bentuk pertikaian harta benda yang dapat dinilai dan sebatas hanya kepada hak-hak manusia yang dapat diganti. Dengan kata lain, persoalan perdamaian itu hanya diperbolehkan dalam bidang muamalah saja, sedangkan hal-hal yang terkait dengan hak-hak Allah tidak dapat didamaikan.
- 4) Syarat yang berkaitan dengan juru damai atau pelaksana perdamaian. Perjanjian damai dapat dilaksanakan dengan dua cara, yakni di luar sidang Pengadilan atau melalui sidang Pengadilan. Penyelesaian sengketa dapat dilaksanakan baik oleh mereka sendiri (yang melakukan perdamaian) tanpa melibatkan pihak lain, atau meminta bantuan orang lain untuk menjadi penengah (wasit), itulah yang kemudian disebut dengan arbitrase, atau dalam

¹⁰ Team Penyusun, *Ensiklopedi Hukum Islam*, Jilid V, cet. I; Jakarta: PT. Ichtiar Baru Van Hoeve, 1996, h. 1654

syariat Islam disebut dengan *tahkim*. Pelaksanaan perjanjian damai melalui sidang Pengadilan dilangsungkan pada saat perkara sedang diproses dalam sidang Pengadilan.¹¹

Penyelesaian sengketa dengan menempuh jalur perdamaian sangat dianjurkan oleh Allah SWT seperti terlihat pada firman Tuhan dalam surat Al-Nisa' ayat 128 yang artinya "*Perdamaian itu adalah perbuatan yang baik*".¹² Perdamaian yang dituangkan dalam suatu perjanjian damai memiliki implikasi ikatan hukum, yang masing-masing pihak berkewajiban untuk melaksanakannya.

Penyelesaian sengketa melalui jalur perdamaian sangat bergantung pada keyakinan *hakam* dan I'tikad baik serta keterbukaan para pihak yang bersengketa. Suatu tuntutan dari salah satu pihak apabila diakui kebenarannya oleh pihak yang digugat, maka perdamaian akan mudah dicapai dan disepakati. Selain pengakuan, dibutuhkan juga kerelaan para pihak untuk mengembalikan hak pihak yang dirugikan demi tercapainya perdamaian yang utuh. Rambu syariat hanya menekankan bahwa perdamaian itu sah dan sangat dianjurkan, asalkan bukan perdamaian yang bertujuan untuk menghalalkan yang haram maupun mengharamkan yang halal.

C. Implikasi Hukum Terkait *al-S}ulh*

Suatu sengketa yang penyelesaiannya dilakukan melalui jalur perdamaian dan hasil perdamaian dituangkan dalam suatu perjanjian damai. Isi perjanjian telah disepakati oleh para pihak yang berdamai, maka perjanjian itu tidak dapat dibatalkan secara sepihak. Jika ada pihak yang tidak menyetujui isi perjanjian itu, maka pembatalan perjanjian itu harus atas persetujuan kedua belah pihak. Karena itu, jika perdamaian telah memenuhi unsure rukun dan syarat, maka berlaku ketentuan, yaitu, 1) sengketa dinyatakan berakhir dan tidak ada upaya hukum gugatan baru dengan

¹¹ Team Penyusun, *Ensiklopedi Hukum Islam*, Jilid V, cet. I; Jakarta: PT. Ichtiar Baru Van Hoeve, 1996, h. 1654. Lihat juga, Syahrizal Abbas, *Mediasi dalam Perspektif Hukum Syariah, Hukum Adat, dan Hukum Nasional*, cet. I; Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2009, h. 209

¹² Departemen Agama, *Al-Qur'an dan Terjemahannya*, (Semarang: PT. Toha Putra, 1989)

obyek yang sama. 2) jika obyek sengketa berkaitan dengan jual beli barang cacat, kemudian terjadi kesepakatan damai, maka para pihak diberikan hak *khiyar*, yaitu hak untuk memilih meneruskan atau membatalkan akad jual beli. 3) tidak dibenarkan bertindak hukum terhadap obyek ganti rugi hasil kesepakatan damai sebelum dikuasai oleh pihak penggugat.

Penyelesaian sengketa melalui media perdamaian telah dituangkan dalam suatu peraturan perundang-undangan di Indonesia, yaitu Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa yang diundangkan dalam Lembaran Negara tanggal 12 Agustus 1999 oleh Presiden Bacharuddin Jusuf Habibie. Dalam undang-undang ini, yang dimaksud dengan alternative penyelesaian sengketa adalah lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, atau penilaian ahli.

Penyelesaian sengketa perdata yang penyelesaiannya melalui alternative penyelesaian sengketa harus didasarkan atas itikad baik para pihak yang bersengketa dengan mengesampingkan penyelesaian secara litigasi di Pengadilan. Penyelesaian sengketa melalui media ini harus mempertemukan para pihak secara langsung selama 14 (empat belas hari) dan hasil kesepakatan dituangkan dalam suatu perjanjian damai.

Terdapat dua pola penyelesaian sengketa, yaitu penyelesaian dengan cara mengikat dan terstruktur (*the binding adjudicative procedure*) dan pola penyelesaian yang tidak mengikat (*the non binding adjudicative procedure*). Putusan yang dihasilkan melalui pola pertama adalah putusannya bersifat mengikat para pihak, sedangkan pola kedua putusannya tidak bersifat mengikat para pihaknya. Karena itu, para pihak dapat menyetujui atau menolak isi putusan.

Salah satu bentuk penyelesaian sengketa di luar pengadilan atau *non binding adjudicative procedure* adalah mediasi, yaitu mediator membantu para pihak

mencapai penyelesaian atas dasar negosiasi suka sama suka atas perbedaan pendapat mereka.¹³

Dinamika masyarakat yang semakin maju akibat perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi menuntut adanya instrumen hukum yang memadai guna mengantisipasi penyimpangan-penyimpangan yang terjadi dalam dunia bisnis yang secara empiris juga semakin canggih dan bervariasi. Instrumen hukum juga harus senantiasa di *up to date* (diperbaharui) mengikuti kecenderungan global, sebab tuntutan hukum pada masa orde lama dan orde baru tentu sangat berbeda dengan tuntutan hukum pada masa reformasi seperti sekarang ini.¹⁴

Karakter penyelesaian sengketa bisnis lebih cenderung menggunakan cara-cara damai dan non formal, karena itu penyelesaiannya bersifat tertutup dan rahasia. Namun tidak jarang suatu penyelesaian sengketa bisnis menempuh jalur litigasi atau pengadilan yang sifatnya berbelit dan formal. Penyelesaian sengketa melalui jalur litigasi didesain untuk menyelesaikan sengketa berdasarkan penegakan dan kepastian hukum.

Integrasi penyelesaian sengketa dengan system mediasi ke ranah litigasi atau pengadilan dapat mengefisensikan peran pengadilan dalam memutus perkara yang cenderung lama dan hierarkis. System penyelesaian perkara di pengadilan yang cenderung membutuhkan waktu yang lama dan menguras pikiran serta materi. Selain itu jumlah perkara yang terus bertambah menjadikan lembaga peradilan mencari alternatif baru untuk menyelesaikan perkara secara efisien dan efektif.

Melalui peraturan Mahkamah Agung Nomor 02 Tahun 2003 yang kemudian diperbaharui dengan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 01 Tahun 2008 Tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan. Melalui PERMA ini mediasi menjadi bagian dalam proses peradilan formal dan hakim diminta menjadi mediator untuk proses mediasi

¹³ Susanti Adi Nugroho, *Penyelesaian Sengketa Arbitrase dan Penerapan Hukumnya*, cet. I; Jakarta: Prenada Media Group, 2015, h. 17

¹⁴ Muhammad Djakfar, *Hukum Bisnis, Membangun Wacana Integrasi Perundangan Nasional dengan Syariah* (cet. I; Malang: UIN Malang Press, 2009), h. xviii

pada persidangan-persidangan majelis hakim dianjurkan untuk menawarkan tawaran damai.

Sengketa perdata yang diajukan ke Pengadilan Tingkat Pertama wajib mengupayakan penyelesaian perkara melalui perdamaian dengan bantuan mediator, kecuali perkara yang diselesaikan melalui Pengadilan Niaga, Pengadilan Hubungan Industrial/PHI, dan keberatan atas putusan Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen dan keberatan atas putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha/KPPU tidak perlu dimediasikan di Pengadilan.

2. *Tahki>m* (Arbitrase)

Secara etimologi, tahkim bersumber dari bahasa Arab *تحكيم* *يحكم* *حكم* yang berarti menjadikan seseorang sebagai pencegah suatu sengketa.¹⁵ *Tahki>m* secara terminology berarti berlindungnya dua pihak yang bersengketa kepada orang yang mereka sepakati dan rela menerima keputusannya untuk menyelesaikan persengketaan mereka. Definisi yang lainnya merumuskan bahwa *tahki>m* adalah berlindungnya dua pihak yang bersengketa kepada orang yang mereka tunjuk (sebagai penengah atau mediator) untuk menyelesaikan perselisihan yang terjadi di antara mereka.¹⁶ kedudukan *tahki>m* lebih rendah dari peradilan.

Wahbah al-Zuhaly mendefinisikan *tahki>m* sebagai kesepakatan dua pihak yang bersengketa untuk menunjuk seseorang sebagai arbiter dalam memberikan suatu putusan hukum terhadap sengketa yang terjadi di antara keduanya.¹⁷

Secara umum, tahkim memiliki pengertian yang sama dengan arbitrase yang dikenal dewasa ini, yaitu mengangkat atau menunjuk seseorang atau lebih sebagai arbiter oleh dua orang yang berselisih atau lebih untuk menyelesaikan perselisihan mereka secara damai. Orang yang ditunjuk sebagai arbiter dalam istilah hukum Islam disebut dengan "*Hakam*".

¹⁵ Liwis Ma'luf, *Al-Munjid al-Lughah wa Al-A'lam*, (Daar al-Masyriq: Beirut, tt)h, 146

¹⁶ Team Penyusun, *Ensiklopedi Hukum Islam*, Jilid V; Jakarta: PT. Ichtiar Baru Van Hoeve, 1996, h. 1751

¹⁷ Wahbah al-Zuhaly, *Fiqh Islam wa Adillatuhu*, Jilid VIII,

Secara leksikal arbitrase merupakan istilah yang dijabarkan untuk suatu bentuk penyelesaian sengketa yang timbul berdasarkan perjanjian para pihak yang bertujuan untuk mencapai hasil yang memuaskan para pihak yang secara hukum putusannya bersifat final dan mengikat.¹⁸

Menurut Subekti, arbitrase adalah penyelesaian atau pemutusan sengketa oleh seorang hakim atau para hakim berdasarkan persetujuan bahwa para pihak akan tunduk pada atau menaati keputusan yang diberikan oleh hakim atau para hakim yang mereka pilih atau tunjuk tersebut.¹⁹

Definisi arbitrase secara formal dapat ditelusuri dalam UU No. 30/1999 tentang arbitrase Pasal 1 ayat (1) arbitrase didefinisikan sebagai suatu cara penyelesaian sengketa perdata di luar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yg dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa.²⁰

Secara sosiologis, penyelesaian sengketa melalui jalur *tahkim* telah dikenal sejak sebelum Islam datang. Tradisi bangsa Arab ketika menyelesaikan sengketa pada umumnya menempuh jalur *tahkim*. Jalur ini ditempuh karena bersifat efektif dan efisien. Tidak butuh waktu lama dan biaya mahal untuk menyelesaikan suatu sengketa. Kepala suku memiliki peran penting dalam proses *tahkim*, karena unsur ketokohan menyebabkan proses ini dapat berjalan secara efektif dan diterima berdasarkan pertimbangan emosional.

Sebelum Nabi Muhammad dinobatkan menjadi Rasul, beliau pernah bertindak sebagai juru damai (*hakam*) dalam perselisihan yang terjadi dikalangan qabilah arab Mekkah. Obyek sengketa ketika itu berkekaitan dengan upaya meletakkan kembali *hajar aswad* pada tempat semula. Suku Quraisy saling berselisih tentang siapa yang paling berhak untuk melaksanakan tugas itu. Pertengkar

¹⁸ Susanti Adi Nugroho, *Penyelesaian Sengketa Arbitrase dan Penerapan Hukumnya*, Cet. I; Jakarta; Prenadamedia Group, 2015, h. 77

¹⁹ Subekti, *Arbitrase di Indonesia, Kumpulan Karangan Tentang Hukum Perikatan, Arbitrase dan Peradilan*, Cet. ; Bandung: Penerbitan Alumni 1990

²⁰ UU No. 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase

tersebut hampir mengarah pada bentrok fisik. Namun sengketa itu dapat diselesaikan setelah mereka sepakat untuk menunjuk seorang yang dapat menjadi wasit atau hakam. Ketika itu Nabi Muhammad yang mendapat kehormatan untuk menjadi penengah di antara mereka. Tradisi ini kemudian berlanjut di kalangan sahabat Nabi saw. Said ibn Mu'az pernah menyelesaikan persengketaan di antara Bani Quraidlah dengan cara *tahki*>*m*. Zaid bin Tsabit juga pernah menjadi *hakam* dalam perselisihan antara Umar dengan Ubai bin Ka'ab tentang kasus pembelian seekor binatang unta. Kemudian peristiwa yang tidak dapat dilupakan dalam sejarah politik Islam yaitu ketika Mu'awiyah bin Abi Sufyan menawarkan kepada Ali bin Abi Thalib untuk mengangkat seorang *hakam* dalam menyelesaikan pertikaian mereka terkait perebutan tampuk kepemimpinan khilafah.

Penyelesaian sengketa dengan cara mediasi dan melimpahkan wewenang kepada seorang *hakam* mulai berkembang pada saat pemerintahan khalifah Umar bin Khattab. Beliau sendiri sering kali mendelegasikan kewenangannya sebagai *hakam* kepada sahabat yang memiliki otoritas dan kompetensi dalam hal peradilan. Umar mengeluarkan kebijakan untuk membenahi lembaga peradilan agar masyarakat percaya terhadap institusi yudikatif, bersamaan dengan itu, beliau juga membuat lembaga *tahkim* agar memiliki independensi dan kewibawaan. Beliau juga berhasil menyusun pedoman beracara yang dihimpun dalam sebuah buku yang berjudul "*risalah al-Qadai*}" yang ditujukan kepada qadhi Abu Musa al-Asy'ary. Salah satu prinsip bertahki>*m* yang terdapat dalam pedoman tersebut:

الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا احل حراما أو حرم حلالا.

Terjemahannya: "*Perdamaian itu dibenarkan dilakukan oleh seorang muslim, kecuali perdamaian yang mengarah pada menghalalkan yang haram atau mengharamkan yang halal*".

Kaedah ini kemudian dijabarkan lebih lanjut oleh Ibn Qayyim al-Jauziyah yang mengatakan bahwa prinsip ini merupakan implementasi dari hadis Nabi saw yang diriwayatkan oleh al-Tirmizi dari 'Amru bin 'Auf dengan sedikit penambahan redaksi oleh Nabi saw:

المسلمون علي شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما.

Artinya: “Kaum muslimin sangat terikat dengan perjanjian yang dibuatnya, kecuali perjanjian yang mempersyaratkan hal yang mengharamkan yang halal atau mengharamkan yang haram”.

Menurut Ibn Qayyim, perdamaian yang dimaksud dalam hadis ini berlaku dalam kasus hukum, kecuali kasus hukum yang ada hubungannya dengan hak Allah swt. Dengan demikian, penyelesaian sengketa dengan mengangkat seorang *hakam* (wasit) dibenarkan dalam masalah-masalah yang berhubungan dengan hak-hak sesama manusia saja (حقوق العباد).

Pada masa pemerintahan Umayyah dan Abbasiyah, urgensi penyelesaian sengketa melalui jalur arbitrase kurang mendapat perhatian dan menjadi pilihan utama di kalangan para pihak yang bersengketa, karena pada masa kekhalifan tersebut, institusi peradilan formal telah terbentuk. Pada era itu, system peradilan telah mapan dan semakin independen dan berwibawa. Selain itu, kodifikasi hukum materil telah dilakukan sebagai bahan hukum beracara bagi hakim di lembaga peradilan.²¹

Lembaga peradilan formal menjadi tumpuan masyarakat dalam mencari keadilan, namun seringkali rasa keadilan masyarakat tersebut ternodai dan terabaikan hanya karena perilaku hakim yang absurd dan abnormal. Kasus suap menyuap dan gratifikasi hakim menjadi fenomena usang di institusi peradilan. Wibawa hakim semakin tergerus seiring perkembangan sosio-kultural masyarakat. Padahal teori trias politika mengajarkan bahwa system pemerintahan dan kehidupan bernegara dapat berjalan dengan baik apabila institusi yudikatif melaksanakan fungsi dan tupoksinya dengan berwibawa, bermartabat, independen, dan berkeadilan. Hakim dalam memutus perkara paling tidak harus mempertimbangkan dua alat bukti dan keyakinan hakim. Pertimbangan inilah yang harus dikedepankan dalam pengambilan keputusan,

²¹ Team Penyusun, *Ensiklopedi Hukum Islam*, Jilid V; cet. I; Jakarta: PT. Ichtiar Baru Van Hoeve, 1996, h. 1751

namun karena intervensi kepentingan politik menjadikan institusi ini tidak pro hukum dan mengorbankan rasa keadilan masyarakat.

Penegakan hukum atau *law enforcement* dapat berjalan efektif apabila unsur-unsurnya memiliki independensi dan berwibawa. Substansi hukum atau materi perundangan-undangan harus terlepas dari unsur kepentingan politik dan anasir lainnya, sebab perumusan perundang-undangan dilakukan berdasarkan kajian normative hukum dengan pendekatan perskriptif. Kajian hukum normative bersumber dari pemikiran mazhab hukum positifisme yang mengalami kematangan pada era Auguste Comte (1798-1857). Para pemikir positivisme hukum berpandangan bahwa aliran hukum positivisme adalah cikal bakal hukum yang modern (*modern law*) yang dianut oleh Negara modern. Ciri Negara modern adalah kepatuhan dan ketundukan warga Negara kepada kekuasaan hukum Negara.

Menurut Comte hukum yang berdasarkan pada aliran positivisme adalah merupakan hukum yang bersifat netral dan tidak memihak pada sebuah ideology manapun.²² Artinya hukum harus terlepas dari berbagai anasir-anasir di luar hukum itu sendiri. Hukum harus dilahirkan melalui kontruksi metodologi pengetahuan yang benar dan ilmiah, dan selanjutnya melalui prosedur-prosedur ilmiah pula. Karena itu, aliran positivisme memandang bahwa hukum itu adalah undang-undang yang bersifat memaksa dan mengikat. Teori ini kemudian dipertegas oleh Hans Kelsen yang berpendapat bahwa hukum itu murni melalui teorinya *Pure Theory of Law*. Menurut Hans Kelsen, hukum itu harus bersih dari segala macam anasir-anasir sosial, politik kekuasaan, dan nilai moral.

Tujuan hukum dalam perspektif aliran positivisme hukum adalah untuk menciptakan ketertiban masyarakat. Ketertiban dapat dicapai apabila kepastian hukum ditegakkan berdasarkan hukum yang bersifat pasti dan mengikat. Untuk

²² Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, *Filsafat, Teori, dan Ilmu Hukum, Pemikiran Menuju Masyarakat Yang Berkeadilan dan Bermartabat*, cet. II; Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2013, h. 185

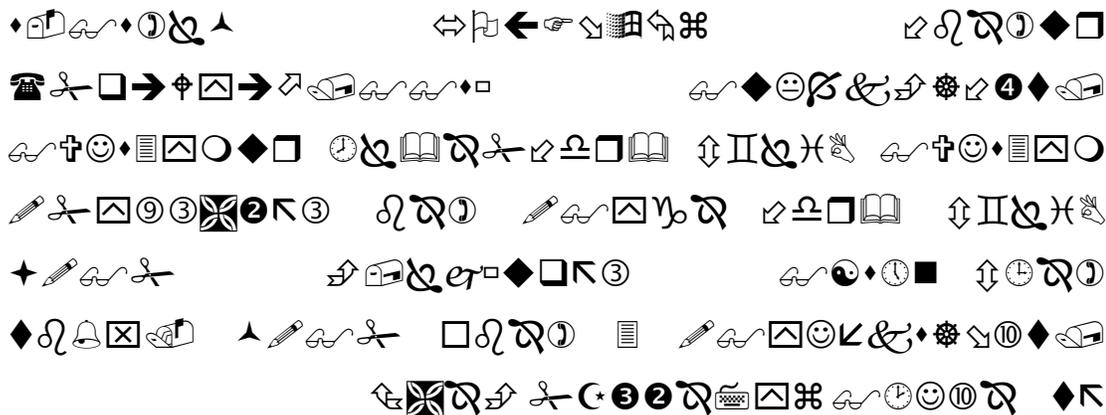
menggapai hal tersebut, terkadang rasa keadilan masyarakat dikorbankan, karena hukum adalah apa yang tertulis dalam peraturan perundang-undangan.

A. Dasar Hukum Arbitrase Syariah

Secara normative, dasar hukum bertahkim dapat ditelusuri dari sumber-sumber hukum Islam.

1. Al-Qur'an:

- Surah al-Nisa (4) ayat 35 yang berbunyi:



Terjemahannya: *“Dan jika kamu menghawatirkan ada persengketaan di antara keduanya, maka kirimlah seorang hakam dari keluarga laki-laki dan seorang hakam dari keluarga perempuan. Jika kedua hakam itu bermaksud mengadakan perbaikan, niscaya Allah Maha Mengetahui dan Maha Mengetahui”*.

2. Hadis:

A. عن أم سلمة أنها قالت جاء رجلان يختصمان في مواريث بينهما قد درست ليس بينها وبينه فقال رسول الله: إنكم تختصمون إلي رسول الله وإنما أنا بشر ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض وإنما أقضي بينكم علي نحو ما أسمع فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار. فبكي الرجلان وقال كل واحد منهما حقي لأخي فقال رسول الله: أما إذا فقوما فاذهبا فلتقتما ثم توخيا الحق

.B. ".....يا رسول الله، إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضي كلا الفريقين. فقال رسول الله ما أحسن هذا".

Artinya: *“Wahai Rasulullah; Sesungguhnya, ketika kaumku berselisih dalam suatu hal, mereka datang kepadaku lalu aku member keputusan hokum di antara mereka, lalu kedua belah pihak yang berselisih pun rela dan setuju kepadaku. Rasulullah saw bersabda kepadanya “betapa bagusnya hal seperti itu”.*

3. Ijma:

Peristiwa yang terjadi antar Umar bin al-Khattab dengan seorang penjual kuda. Ketika itu, Umar ingin membeli kuda yang waktu ditunggangi kaki kuda tersebut patah. Lalu Umar bermaksud mengembalikan tersebut kepada pemiliknya, tetapi pemiliknya menolak. Kemudian Umar berkata: “tunjukkan seseorang untuk menjadi hakam yang akan bertindak sebagai penengah di antara kita berdua. “pemilik kuda berkata: “Aku setuju Syuraih al-Iraqy untuk menjadi hakam.” Kemudian mereka berdua bertahkim kepada Syuraih dan ia menyatakan kepada Umar: “Ambillah apa yang telah kamu beli atau kembalikan seperti keadaan semula (tanpa cacat).” Maksudnya, Umar harus membayar harga kuda tersebut. Cara penyelesaian seperti ini tidak ada yang membantahnya di kalangan sahabat.

Kewenangan *hakam* (arbitrase syariah) hanya terbatas pada penyelesaian sengketa yang berkaitan dengan wilayah privat atau hak perorangan, karena secara hukum setiap orang memiliki hak untuk melakukan suatu tuntutan atau memilih memaafkan. Karena itu obyek sengketa yang dapat diselesaikan melalui jalur arbitrase syariah terbatas pada sengketa yang dapat didamaikan. Hal ini sesuai tujuan arbitrase, yaitu untuk mendamaikan para pihak yang bersengketa. Sedangkan sengketa yang termasuk hak umum atau hak Allah tidak termasuk kewenangan arbiter syariah.

B. Obyek Tahki>m

Para ahli hukum Islam berbeda pendapat dalam menentukan obyek yang menjadi kewenangan arbitrase atau *tahki>m*.

1. Menurut ulama mazhab Hanafi, *tahki>m* tidak berlaku pada kasus yang berkaitan dengan hukum pidana, semisal kasus yang berkaitan dengan qishas dan dan diyat. Adapun kasus perdata dapat dilimpahkan penyelesaiannya melalui jalur arbitrase.
2. Menurut ulama mazhab Maliki, *tahki>m* hanya berlaku pada sengketa perdata dan tidak berlaku pada sengketa pidana.
3. Menurut ulama mazhab Syafi'I, kewenangan *tahki>m* hanya pada sengketa perdata dan tidak berlaku pada kasus qishash dan pidana. Namun sebagian dari kalangan Syafi'I membolehkan proses *tahki>m* pada semua jenis sengketa, baik perdata maupun pidana.
4. Sedangkan menurut ulama mazhab Hanbali, kewenangan *tahki>m* mencakup semua sengketa perdata. Sedangkan sengketa pidana, qishash dan pencemaran nama baik tidak dapat diselesaikan melalui jalur *tahki>m* atau arbitrase.²³

Menurut Wahbah Al Zuhaily, para ahli hukum Islam dikalangan mazhab Hanabilah berpendapat bahwa tahkim berlaku dalam masalah harta benda, qishas, hudud, nikah, li'an baik yang menyangkut hak Allah dan hak manusia. Sebaliknya ahli hukum dikalangan mazhab Hanafiyah berpendapat bahwa tahkim itu dibenarkan dalam segala hal kecuali dalam bidang hudud dan qishas, Sedangkan dalam bidang ijtihad hanya dibenarkan dalam bidang muamalah, nikah dan talak saja. Ahli hukum Islam dikalangan mazhab Malikiyah mengatakan bahwa tahkim dibenarkan dalam syariat Islam hanya dalam bidang harta benda saja tetapi tidak dibenarkan dalam

²³ Abd. Karim Zaidan, *Nizam al-Qadja> fi al-Syariah al-Islamiyah*, cet. II; Kairo: Maktabah Wal-Basyair, 1989, h. 220

bidang hudud, qishas dan li'an, karena masalah ini merupakan urusan Peradilan.²⁴ Pendapat yang terakhir ini adalah pendapat yang sering dipakai oleh kalangan ahli hukum Islam. Untuk menyelesaikan perkara yang timbul dalam kehidupan masyarakat, termasuk juga dalam bidang ekonomi syariah.

Ruang lingkup ekonomi yang mencakup perniagaan, perbankan, keuangan, penanaman modal, industri, hak kekayaan intelektual dan sejenisnya termasuk yang bisa dilaksanakan arbitrase dalam menyelesaikan sengketa yang timbul dalam pelaksanaannya. Para ahli hukum Islam dikalangan mazhab Hanafiyah, Malikiyah, dan Hambaliyah sepakat bahwa segala apa yang menjadi keputusan hakam (arbitrase) langsung mengikat kepada pihak-pihak yang bersengketa, tanpa lebih dahulu meminta persetujuan kedua belah pihak. Pendapat ini juga didukung oleh sebagian ahli hukum di kalangan mazhab Syafi'i. Alasan mereka ini didasarkan kepada hadis Rasulullah SAW yang menyatakan bahwa apabila mereka sudah sepakat mengangkat hakam untuk menyelesaikan persengketaan yang diperselisihkannya, kemudian putusan hakam itu tidak mereka patuhi, maka bagi orang yang tidak mematuhi akan mendapat siksa dari Allah SWT.

Perbedaan antara Hakim dan Hakam: (1) Hakim harus memeriksa dan meneliti secara seksama perkara yang diajukan kepadanya dan dilengkapi dengan bukti. Sedangkan hakam tidak perlu demikian. (2) wilayah dan wewenang hakim ditentukan oleh akad pengangkatannya dan tidak tergantung kepada kerelaan dan persetujuan para pihak yang diadilinya. Sedangkan hakam mempunyai wewenang terbatas pada kerelaan dan persetujuan para pihak yang bersengketa. (3) tergugat harus dihadirkan di hadapan hakim. Sedangkan dalam hakam masing-masing pihak tidak dapat memaksa lawan perkaranya untuk hadir di majelis *tahkim*. (4) putusan hakim bersifat mengikat dan memaksa dan harus dieksekusi oleh para pihak yang berperkara. Sedangkan putusan hakam akan dilaksanakan berdasarkan kerelaan para pihak yang bersengketa.

²⁴ Wahbah az-Zuhaili, *Al-Fiqh al-Islam wa Adillatuhu*, Juz IV, (Damaskus: Daar al-Fikr, 2005) h, 752

C. Syarat-Syarat Arbitrase Syariah

Sebagian ulama merumuskan syarat-syarat yang berkaitan dengan pelaksanaan *tahki>m*. Di antara syarat-syarat itu adalah sebagai berikut:

- 1) Para pihak yang terlibat dalam praktek *tahki>m*, baik sebagai *hakam* (arbiter), penggugat, dan tergugat harus cakap bertindak hukum (كمل الأهلية), masing-masing pihak berhak dan cakap bertindak hukum.
- 2) Para pihak, baik *hakam*, penggugat dan tergugat termasuk kategori " أهلية الشهادة " atau memiliki kompetensi sebagai saksi.
- 3) Bagi *Hakam* (arbiter) memiliki kompetensi untuk mengadili " مؤهل للقضاء " sebagaimana disyaratkan bagi seorang hakim.
- 4) Proses pelaksanaan *tahki>m* atau proses persidangan sengketa arbitrase berpedoman pada prinsip " *waqt al-tahki>m wa al-hukm*", yaitu adanya kesesuaian antara penetapan putusan *hakam* dengan eksekusi putusannya. Apabila terdapat putusan yang digantungkan, seperti kasus sengketa salah satu pihak yang belum cakap bertindak hukum (belum baligh atau dewasa) yang mana eksekusi putusannya baru dapat dilaksanakan jika yang pihak itu telah cakap bertindak hukum, maka putusan seperti ini tidak sah dan inkrah.
- 5) Para pihak yang besengketa ketika menunjuk *hakam* (arbiter) harus jelas dan pasti (*mu'ayyan*).
- 6) Perkara yang diajukan ke institusi *tahki>m* atau arbitrase harus (*mu'ayyan*) atau jelas dan digantungkan atas syarat-syarat tertentu.²⁵

D. Putusan Arbitrase Syariah

1. Persetujuan para pihak

²⁵ Abd. Karim Zaidan, *Nizham al-Qadha fi al-Syariah al-Islamiyah*, cet II; Kairo: Maktabah al-Basyair, 1989, h. 291

Esensi dari penyelesaian sengketa melalui jalur *tahkim* adalah tercapainya perdamaian bagi para pihak yang bersengketa. Perdamaian tersebut tuangkan dalam suatu akta perjanjian yang ditanda tangani pihak yang bersengketa, karena itu, perjanjian perdamaian ini berlaku mengikat bagi kedua belah pihak. Namun adakalanya putusan arbiter tidak dapat diterima oleh salah satu pihak atau terjadi pengingkaran di kemudian hari atas putusan arbiter. Para ahli hukum Islam klasik berbeda pendapat terkait status putusan arbiter. *Pertama*, mayoritas ulama dari kalangan mazhab Hanafi, Malik, dan Hanbali berpendapat bahwa putusan *hakam* berlaku mutlak bagi para pihak yang bersengketa. Putusan *hakam* bersifat pasti dan mengikat bagi para pihak, karena itu tidak ada alasan bagi salah satu pihak untuk menolaknya. *Kedua*, sebagian ulama dari mazhab Syafi'i berpendapat bahwa putusan *hakam* tidak berlaku mengikat bagi kedua belah pihak yang bersengketa, apabila salah satu pihak tidak rela dan menolak putusan itu. Alasannya, putusan *tahkim* serupa dengan hasil fatwa, dapat diterima dan dapat ditolak. Namun sebagian ulama dari mazhab Syafi'i yang lain berpendapat bahwa putusan *hakam* berlaku pasti dan mengikat bagi para pihak yang bersengketa secara mutlak tanpa bergantung atas persetujuan atau penolakan dari salah satu pihak.²⁶

Tujuan akhir dari proses arbitrase adalah tercapainya *islah* atau perdamaian bagi kedua belah pihak yang bersengketa. Ciri penyelesaian sengketa melalui jalur arbitrase adalah win-win solution, masing-masing pihak memiliki itikad baik untuk menyelesaikan sengketanya secara damai. Karena itu, jika para pihak telah sepakat dan memiliki itikad baik menunjuk seorang atau lebih sebagai *hakam*, maka pihak tersebut harus percaya dan menerima putusan *hakam* itu secara mutlak. *Hakam* dalam memutus suatu sengketa berpegang pada prinsip " نحكم بالظواهر ولا نحكم بالسرائر " artinya putusan itu didasarkan atas bukti-bukti yang sah dan bukan atas motif dan niatnya.

2. Pembatalan Proses Arbitrase

²⁶ Abd. Karim Zaidan, *Nizham al-Qadha fi al-Syariah al-Islamiyah*, h. 295

Penyelesaian sengketa melalui jalur arbitrase dapat dilakukan berdasarkan perjanjian para pihak yang bersengketa, baik sebelum terjadi maupun setelah adanya sengketa. Apabila para pihak telah mendaftarkan sengketa ke lembaga yang disepakati sebagaimana tertuang dalam klausul perjanjian, namun belum ditunjuk arbiter tunggal maupun majelis dan kedua belah pihak yang bersengketa hendak mencabut gugatannya, maka para ahli hukum Islam berpendapat bahwa pencabutan gugatan sengketa arbitrase sebelum terjadi proses persidangan adalah sah, kedua belah pihak dapat menggunakan haknya asalkan didasarkan atas keinginan dan I'tikad baik. Berbeda jika pencabutan gugatan arbitrase dilakukan setelah terjadi proses persidangan, para ulama berbeda pendapat, *Pertama*, pencabutan gugatan arbitrase sebelum terjadi putusan adalah dibolehkan, karena para pihak yang bersengketa memiliki hak yang sama untuk menarik gugatannya sepanjang dilakukan sebelum adanya putusan mengikat. *Kedua*, salah satu pihak yang bersengketa tidak boleh menarik gugatannya, karena hal itu dapat merugikan pihak lainnya, karena telah menduga bahwa hasil putusan tidak berpihak padanya.²⁷

Arbitrase bagian dari system peradilan swasta atau sifatnya non formal. Esensi yang ingin dicapai adalah para pihak yang bersengketa mendapatkan haknya masing-masing dan salah satu pihak tidak kecewa, karena itu arbitrase cenderung menyelesaikan perkara secara damai.

Peraturan Prosedur Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS) Pasal 21 menjelaskan bahwa (1) Selama sebelum dijatuhkan putusan, Pemohon dapat mencabut permohonannya. (2) Apabila pencabutan permohonan itu dilakukan oleh Pemohon sebelum Ketua BASYARNAS menunjuk arbiter tunggal maupun arbiter majelis dan panggilan sidang belum disampaikan, maka biaya pemeriksaan dikembalikan kepada Pemohon. (3) Apabila pencabutan permohonan itu dilakukan oleh Pemohon sesudah ada jawaban dari Termohon, maka pencabutan tersebut hanya diperbolehkan dengan persetujuan Termohon. (4) Apabila pencabutan permohonan

²⁷ Abd. Karim Zaidan, *Nizham al-Qadha fi al-Syariah al-Islamiyah*, h. 295

itu dilakukan oleh Pemohon setelah pemeriksaan dimulai, maka semua biaya yang telah dibayar oleh Pemohon tidak dikembalikan.²⁸

3. Pembatalan Putusan Arbitrase Syariah

Secara yuridis, putusan arbitrase seharusnya didaftarkan di Pengadilan. Pengadilan tidak memiliki kewenangan memeriksa dan memutus perkara yang telah diperjanjikan penyelesaiannya di lembaga arbitrase. Namun secara fikih, putusan arbitrase dapat diajukan ke Pengadilan untuk diperiksa. Apakah hasil putusan arbitrase dapat dibatalkan atau tidak, para ahli hukum Islam berbeda pendapat. *Pertama*, mayoritas ulama mazhab Malikiyah, Syafi'iyah, dan Hanabilah berpendapat bahwa putusan arbitrase tidak dapat dibatalkan oleh Pengadilan apabila *hakam* (arbiter) telah memutus sesuai dengan prinsip-prinsip beracara. *Kedua*, ulama mazhab Hanafi berpendapat bahwa Pengadilan dapat meninjau dan membatalkan putusan arbitrase apabila dianggap menyalahi prosedur beracara dan bertentangan dengan pendapat serta keyakinan hakim.

Peraturan Prosedur Badan Arbitrase Syariah Nasional Pasal 27 menyebutkan bahwa “Putusan arbitrase dapat dibatalkan apabila dipenuhi alasan dan tata cara sebagaimana diatur dalam Undang-undang”. Undang-undang No. 30/1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa Pasal 70 dan 71 menyebutkan bahwa “*Terhadap putusan arbitrase para pihak dapat mengajukan permohonan pembatalan apabila putusan tersebut diduga mengandung unsur-unsur; dokumen palsu atau dinyatakan palsu, terdapat dokumen yang disembunyikan, putusan didasarkan atas tipu muslihat*”. Pasal 71 menyebutkan: “*Permohonan pembatalan putusan arbitrase harus diajukan secara tertulis dalam waktu paling lama 30 (tiga puluh) hari*

²⁸ Majelis Ulama Indonesia, *Peraturan Prosedur Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS)* Pasal 21 ayat (1), (2), (3), dan (4)

*terhitung sejak hari penyerahan dan pendaftaran putusan arbitrase kepada Panitia Pengadilan Negeri”.*²⁹

BAB II

EKSISTENSI ARBITRASE SYARIAH DAN FORMALISASI HUKUM ISLAM

1. Teori Keberlakuan Hukum Islam

Salah satu teori keberlakuan hukum Islam adalah teori *receptie in complexu* yang dikemukakan oleh Van den Berg. Teori ini menyatakan bahwa orang Islam di Indonesia telah melakukan resepsi dan penerimaan hukum Islam dalam keseluruhannya dan sebagai satu kesatuan³⁰ dalam kenyataannya, hukum Islam telah

²⁹ Undang-undang No. 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa Pasal 70 dan 71

³⁰Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam, Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia* (cet. XVI; Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2011), h. 242

menjadi sebuah aturan normatif dalam kehidupan sehari-hari masyarakat muslim Indonesia. Aturan normatif itu mengatur tentang bidang *ah}wa>l al-syakhs}iyah* dan *al-mu'a>malah al-maa>l wa al-iqtis}adiyah*. Tampaknya, masyarakat muslim menyadari bahwa ajaran agama sebagai sumber norma dan nilai tidak dapat dipisahkan dalam kehidupan keseharian. Oleh karena itu, sumber-sumber norma ini ditransformasikan kedalam peraturan-peraturan pemerintah, baik pada zaman kerajaan maupun di era pemerintahan dengan sistem presidensial sebagaimana yang dianut oleh bangsa Indonesia sekarang ini.

Van den Berg pula yang mengkonsepsikan Stbl. 1882 No.152 yang berisi ketentuan bahwa rakyat pribumi atau rakyat jajahan berlaku hukum agamanya yang berada dalam lingkungan hidupnya. Praktisnya, yang berlaku untuk rakyat jajahan yang beragama Islam di Indonesia adalah hukum Islam. Karena yang berlaku ketentuan atau norma hukum Islam, maka badan-badan peradilan agama yang pada waktu pemerintah Hindia Belanda datang ke Indonesia sudah ada dilanjutkan dan diakui kewenangan hukumnya.³¹ Teori *receptie in complex* dengan argumen bahwa hukum Islam telah eksis di Indonesia. Oleh karena itu, diaplikasikan bagi orang Islam Indonesia.³²

Kenyataan empiris pemberlakuan hukum Islam di atas menunjukkan bagaimana hubungan negara dan agama, dan bagaimana norma agama menjadi dasar keyakinan pemeluknya untuk bertindak dan berperilaku sesuai dengan tuntutan ajaran agamanya. Sepanjang sejarah perjalanan pemerintahan, baik itu pemerintahan

³¹Akhmad Mujahidin, *Aktualisasi Hukum Islam, tekstual dan Kontekstual* (cet.I; Riau: Program Pasca Sarjana UIN Suska Pekanbaru, 2008), h. 66.

³²Ratno Lukito, *Pergumulan antara Hukum Islam dan Hukum Adat* (Jakarta: INIS, 1998), h. 44.

bercirikan teokrasi maupun demokratis seperti sekarang ini, peranan agama tetap terus mewarnai peraturan-peraturan perundang-undangan.

Bangsa Barat dan Eropa sebelum masa *renaissance* atau pada abad pertengahan mengakui tentang adanya hubungan negara dan agama dalam sistem pemerintahan. Salah seorang pemikir Yunani yang mencoba menganalisis hubungan negara dan agama adalah Augustinus (354-430), dalam bukunya yang berjudul *De Civitas Dei*, Augustinus mengajukan teori tentang negara Tuhan. Untuk itu, negara dibagi kedalam dua bentuk, yaitu negara Tuhan (*Civitas Dei*) dan negara Iblis (*Civitas Terrena* atau *Diaboli*). Menurut Augustinus negara dengan ciri ketuhanan adalah negara yang terbaik dan ideal. Teori negara teokrasi ini kemudian dikembangkan oleh Thomas Aquinas yang menyatakan bahwa sumber hukum tertinggi adalah Tuhan. Menurutnya hukum Tuhan berfungsi mengisi kekosongan pikiran manusia dan mengarahkan manusia dengan cara yang tidak mungkin salah, karena hukum Tuhan itu bersumber dari ajaran kitab suci.³³

Diskursus tentang hubungan antara agama dan negara juga sempat menjadi perdebatan panjang dikalangan pemikir muslim Indonesia. Sebagian memandang bahwa agama dan negara tidak memiliki keterkaitan. Negara adalah salah satu segi kehidupan duniawi yang dimensinya adalah rasional dan kolektif, sedangkan agama adalah aspek kehidupan yang dimensinya adalah spritual dan pribadi. Indonesia merupakan negara yang tidak berbentuk negara teokrasi yang harus dipimpin oleh seorang pemimpin spritual, namun Undang-Undang Dasar dan ideologi negara Indonesia menganut prinsip-prinsip keagamaan. Karena itu, penduduk Indonesia

³³ Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum, Suatu studi tentang prinsip-prinsipnya dilihat dari segi hukum Islam, Implementasinya pada periode negara Madinah dan Masa kini* (cet. II; Jakarta: Prenada Media, 2004), h. 46

dijamin oleh konstitusi untuk memeluk agama yang diyakini kebenarannya dan mengamalkan ajaran agamanya itu dengan kebebasan, sepanjang tidak memaksakan keyakinannya itu terhadap orang lain.

Atas dasar itu, hubungan antara agama dan negara di Indonesia dalam bidang-bidang tertentu memiliki keterkaitan yang erat, khususnya dalam usaha memformalisasi sebagian ajaran-ajaran agama yang sifatnya bersentuhan dengan urusan publik dalam bentuk legislasi, sehingga dapat memiliki daya paksa dan daya ikat. Formalisasi ajaran agama yang bersifat publik bertujuan agar masing-masing pihak tidak saling mengkooptasi hak dan kewajibannya masing-masing.

Sejarah hukum di Indonesia menganut tiga sistem hukum, yaitu hukum adat, hukum Islam, dan hukum Barat. Ketiga sistem hukum ini telah berlaku dan mendapat tempat di masyarakat Indonesia dan menjadi referensi dalam penegakan hukum, meskipun ketiga sistem hukum ini memiliki perbedaan dari segi, eksistensi pemberlakuannya, bentuknya, tujuannya, dan sumber materinya.³⁴

Sepanjang sejarahnya, pemberlakuan hukum Islam di Indonesia mengalami pasang surut. Melalui teori eksistensi, hukum Islam diakui sebagai salah satu sumber hukum dalam membentuk peraturan perundang-undangan di Indonesia. Hukum Islam di Indonesia telah ada sejak masuknya Islam di bumi Nusantara ini, sehingga menjadi sebuah sumber hukum yang mandiri dan mengikat. Hukum Islam sebagai hukum yang mandiri telah mempunyai kedudukan kuat ditengah masyarakat Indonesia, baik sebagai sumber hukum yang berdiri sendiri maupun sebagai peraturan perundang-undangan negara sebelum kekuasaan kolonial Belanda melancarkan politik hukumnya.

³⁴ Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam, Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, h. 207-213

Sepanjang sejarahnya, bangsa Indonesia mengenal tiga sistem hukum, yaitu sistem hukum adat, sistem hukum Islam, dan sistem hukum Barat. Ketiga sistem hukum ini memiliki ciri dan karakter tersendiri. Hukum adat telah menjadi *living law* dan menjadi hukum tidak tertulis dalam kehidupan masyarakat Indonesia, sebagian hukum adat itu telah ada yang ditransformasi menjadi peraturan perundang-undangan.³⁵ Hukum Islam mulai tumbuh dan berkembang di Indonesia sejak masuknya Islam di bumi pertiwi ini.³⁶ Sedangkan hukum Barat (*civil law*) diperkenalkan di Indonesia bersamaan dengan kedatangan penjajah Belanda di bumi Nusantara. Awalnya hanya berlaku bagi orang Belanda dan Eropa, serta orang yang statusnya disamakan dengan orang Eropa, baik dari kalangan orang Cina maupun orang Indonesia.³⁷ Dalam perkembangan produk hukum selanjutnya, perundang-undangan bangsa Indonesia, terutama Kitab Hukum Pidana (KUH-Pidana) dan Kitab Hukum Perdata (KUH-Perdata) merupakan bukti warisan produk hukum bangsa Belanda. Lembaga legislatif belum mampu membuat KUH-Pidana dan KUH-Perdata yang sesuai dengan nilai dan norma, serta cita hukum bangsa Indonesia dalam rangka mewujudkan unifikasi sistem hukum³⁸ Ketiga sistem hukum tersebut diatas hidup dan menjadi dinamis ditengah masyarakat Indonesia, karena itu, ketiga sistem hukum ini menjadi bahan baku sistem perundang-undangan Nasional.

³⁵ Di antara hukum adat yang ditransformasi menjadi peraturan perundang-undangan adalah UU Pokok Agraria Tahun 1960

³⁶ Di kalangan sejarawan terjadi perbedaan pendapat tentang pengenalan hukum Islam di Indonesia. Ada yang berpendapat bahwa hukum Islam telah dikenal sejak masuknya Islam di bumi pertiwi, yaitu abad ke-1 H atau abad ke-7 M. Pendapat lain mengatakan masuknya Islam di Indonesia terjadi pada abad ke-7 H atau abad ke-13 M. Lihat, Mohammad Daud, Ali, *Hukum Islam, Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, (cet. XVI; Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2011), h. 209

³⁷ Juhaya S. Praja, *Hukum Islam Di Indonesia, Perkembangan dan Pembentukan*, h. 210

³⁸ A. Qadri Azizy, *Eklektisisme Hukum Nasional, Kompetensi Antara Hukum Islam dan Hukum Umum*, h. 114

Hukum Islam sebagai salah satu bahan baku sistem hukum dan perundang-undangan Nasional telah memberikan andil yang cukup signifikan terciptanya suatu perundang-undangan. Hukum Islam sebagai sumber bahan baku perundang-undangan Nasional didasarkan pada UU No. 17 Tahun 2007 tentang Rencana Pembangunan Jangka Panjang Nasional Tahun 2005-2025. Salah satu isi ketentuan UU tersebut menyebutkan bahwa arah pembangunan jangka panjang tahun 2005-2025 di bidang pembangunan hukum adalah mewujudkan sistem hukum Nasional yang mantap bersumber pada Pancasila dan UUD 1945.³⁹ Yeni Salma Barlinti menganalisis bahwa secara eksplisit Pancasila dan UUD 1945 sebagai dasar penggunaan hukum Islam sebagai sumber perundang-undangan Nasional.⁴⁰ Dengan diundangkannya UU No. 17 Tahun 2007 ini, maka GBHN 1999 tidak berlaku lagi, GBHN 1999 secara jelas menyatakan bahwa agama menjadi salah satu sumber perundang-undangan Nasional.

Materi hukum Islam tersebar pada tiga tempat, *Pertama*, terkandung dalam kitab-kitab fikih. *Kedua*, berbentuk peraturan perundang-undangan yang bermuatan hukum Islam, diantara hukum Islam yang dilegislati itu adalah Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang perkawinan, Undang-undang No. 21 Tahun 2008 tentang perbankan syariah, dan Undang-undang No. 41 Tahun 2004 tentang wakaf. *Ketiga*, Putusan hakim yang telah dikodifikasi dalam bentuk yurisprudensi. Namun dilematisnya, karena ketiga sumber hukum Islam tersebut sering terjadi kontradiksi satu sama lainnya, baik antara fikih dengan perundang-undangan, maupun antara

³⁹ UU No. 17 Tahun 2007 Tentang Rencana Pembangunan Jangka Panjang Nasional Tahun 2005-2025 Pasal 3

⁴⁰ Yeni Salma Barlinti, *Kedudukan Fatwa Dewan Syariah Nasional dalam Sistem Hukum Nasional di Indonesia* (cet. I; Jakarta: Badan Litbang dan Diklat Kementerian Agama RI, 2010), h. 39

putusan hakim dengan perundang-undangan.⁴¹ Secara hierarkis, fikih yang berbentuk fatwa maupun yang termaktub dalam kitab-kitab fikih klasik tidak dapat diperhadapkan dengan peraturan perundang-undangan ketika terjadi kontradiktif, karena bentuk dan substansi fikih belum mengikat dan memaksa. Karena itu, melalui proses legislasi fikih diharapkan mampu untuk menafsirkan sesuatu yang sifatnya umum dalam peraturan perundang-undangan.

Fatwa sebagai bagian dari proses dan produk ijtihad, karena itu, fatwa sangat erat kaitannya dengan fikih. Sebab salah satu sumber materi fatwa adalah berasal dari opini syariah yang dikeluarkan oleh para ulama klasik. Pendekatan *tarjih* dan *ilham* merupakan salah satu bentuk metodologi untuk melahirkan keputusan hukum berbentuk fatwa. Antara fikih dengan fatwa saling melengkapi satu sama lainnya. Fikih dipandang sebagai kitab hukum Islam (*rechtsboeken*) yang menjadi referensi penting dalam mengkaji dan mengembangkan pemikiran hukum Islam untuk merespons realitas kekinian. Sedangkan fatwa sebagai jawaban atas persoalan yang dihadapi umat Islam dapat berbentuk resume dari kitab fikih dan dapat memunculkan opini hukum baru yang berbeda dengan fikih.

2. Teori Akad

Kata akad bersumber dari bahasa Arab, yaitu *al-'aqdu* yang merupakan bentuk masdar dari عَقْدًا, يَعْقِدُ, عَقَدَ secara literal berarti menyimpul atau mengikat janji. Sebagian ahli bahasa ada yang melafalkan عُقْدَةً, يَعْقِدُ, عَقَدَ. Secara literal bermakna simpul atau *buhul*. Melakukan ikatan atau perjanjian jual beli diistilahkan dengan

⁴¹ Abdul Manan, *Reformasi Hukum Islam di Indonesia*, (cet. I; Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2006), h. 11

‘*aqdu al-buyu*’. Kata akad yang berkaitan dengan mengikat janji secara umum, baik janji dengan Allah maupun janji yang berhubungan dengan sesama manusia terdapat dalam QS al-Ma'idah/5: 1 sebagai berikut:

(1)..... *أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ*

“Wahai orang-orang yang beriman, penuhilah janji-janji itu...”⁴²

Menurut para ulama, akad didefinisikan sebagai segala sesuatu yang dikerjakan oleh seseorang berdasarkan keinginannya sendiri, seperti wakaf dan talak, atau sesuatu yang pembentukannya membutuhkan keinginan dua orang, seperti akad jual beli dan akad perwakilan.⁴³

Akad dalam pengertian hukum Indonesia diartikan dengan perjanjian dan perikatan. Namun dalam perkembangannya, istilah perikatan (*verbinten*) dipedanankan dengan istilah “*iltizam*”, sedangkan istilah perjanjian (*overeenkomst*) dipersamakan dengan istilah “akad”. Atau secara tegasnya akad merupakan perikatan yang lahir dari perjanjian. Dengan rumusan ini, pengertian akad akan lebih konkret, karena pada dasarnya akad berimplikasi pada hubungan hukum yang memberikan hak dan meletakkan kewajiban kepada para pihak yang membuat perjanjian serta mengikat pihak-pihak yang bersangkutan.⁴⁴

Secara literal, akad berarti perikatan, perjanjian, dan permufakatan. Secara istilah, akad berarti pertalian ijab dan kabul sesuai dengan kehendak syariat yang

⁴² Departemen Agama RI, *Syamil al-Qur'an The Miracle 15 in 1*, (cet. I; Jakarta: PT. Sygma Examedia Arkanleema), h. 209

⁴³ Fathurrahman Djamil, *Penerapan Hukum Perjanjian dalam Transaksi di Lembaga Keuangan Syariah*, h. 6

⁴⁴ Fathurrahman Djamil, *Penerapan Hukum Perjanjian dalam Transaksi di Lembaga Keuangan Syariah*, h. 10-11

berpengaruh pada obyek perikatan.⁴⁵ Dalam kompilasi hukum ekonomi syariah, akad didefinisikan sebagai kesepakatan dalam suatu perjanjian antara dua pihak atau lebih untuk melakukan dan atau tidak melakukan perbuatan hukum tertentu.⁴⁶

Subekti mendefinisikan perikatan sebagai suatu perhubungan hukum antara dua orang atau dua pihak, berdasarkan pihak yang satu berhak menuntut sesuatu hal dari pihak yang lain, dan pihak yang lain berkewajiban untuk memenuhi tuntutan itu.⁴⁷

Sedangkan Hardijan Rusli menegaskan bahwa perikatan adalah suatu hubungan hukum yang terjadi baik karena perjanjian maupun karena hukum. Hubungan hukum yang terjadi karena perjanjian ataupun hukum dinamakan perikatan, karena hubungan hukum tersebut mengikat, yaitu adanya kewajiban-kewajiban yang timbul dari adanya perikatan, sehingga dapat dipaksakan secara hukum. Karena itu, suatu perjanjian yang tidak mengikat atau tidak dapat dipaksakan tidak disebut perikatan. Perjanjian seperti itu biasanya tidak terpenuhi syarat-syarat sahnya suatu perjanjian.⁴⁸

Subekti memberikan batasan bahwa perjanjian merupakan suatu peristiwa dimana seorang berjanji kepada seorang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal. Peristiwa hukum seperti akan menimbulkan hubungan antara dua orang yang selanjutnya disebut perikatan. Karena itu, perjanjian

⁴⁵ Team Penyusun, *Ensiklopedi Hukum Islam, Jilid I* (cet. I; Jakarta: PT. Ichtiar Baru van Hoeve), h. 63

⁴⁶ Team Penyusun, *Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah*, (cet. I; Fokus Media: Bandung, 2008), h. 14

⁴⁷ Subekti, *Hukum Perjanjian*, cet. XVI; Jakarta: Intermasa, h. 1996

⁴⁸ Hardijan Rusli, *Hukum Perjanjian*, dalam Marilang, *Hukum Perikatan, Perikatan yang Lahir dari Perjanjian*, Cet. I; Makassar: Alauddin Press, 2013, h. 53

ini akan menerbitkan suatu perikatan antara dua orang atau dua pihak yang membuatnya.

Berdasarkan pandangan di atas, dapat disimpulkan bahwa hubungan antara perikatan dengan perjanjian adalah: (1) perjanjian menerbitkan perikatan, (2) perjanjian merupakan sumber perikatan. Karena itu, perjanjian merupakan sumber perikatan paling penting diantara sumber perikatan lainnya. Dalam praktik hubungan sosial kemasyarakatan, perjanjian merupakan sarana paling dominan untuk membentuk perikatan, baik melalui perjanjian bernama atau perjanjian yang tidak bernama.⁴⁹ Selain perjanjian yang menjadi sumber perikatan, undang-undang termasuk unsure pembentuk perikatan, sebagaimana tertuang dalam pasal 1233 BW.

Untuk memperjelas keterkaitan antara perjanjian dan perikatan, J. Satrio mengemukakan bahwa hubungan antara perikatan dengan perjanjian dapat dilihat dari dua sisi, yaitu perjanjian merupakan sumber perikatan dan perikatan merupakan isi dari suatu perjanjian.⁵⁰

Menurut Mus}tafa Ahmad al-Zarqa bahwa tindakan hukum yang dilakukan manusia terdiri dari dua bentuk, yaitu, *pertama*, tindakan berupa perbuatan, *kedua*, tindakan berupa perkataan. Tindakan berupa perkataan dapat diklasifikasi menjadi dua, yaitu 1) perkataan yang bersifat akad, yaitu kesepakatan dua atau beberapa pihak mengikatkan diri untuk melakukan suatu perjanjian, seperti akad jual beli, *ija>rah*, dan *syirkah*. 2) perkataan yang tidak mengandung unsur akad, yaitu perkataan

⁴⁹ Marilang, *ibid.*, h. 60

⁵⁰ *Ibid.*, h. 60

sepihak, seperti wakaf dan hibah. Sebagian ulama menganggap bahwa perkataan seperti ini dikategorikan sebagai akad.⁵¹

Unsur akad dalam perspektif fikih memiliki empat dasar yang harus dipenuhi pada setiap akad, yaitu *pertama*, para pihak yang bertransaksi. *kedua*, obyek akad. *ketiga*, substansi (materi) akad. *keempat*, rukun akad. Setiap unsur akad memiliki persyaratan yang harus dipenuhi agar akad itu dianggap sah dan valid.⁵²

Perikatan dalam hukum positif bersumber dari perjanjian dan undang-undang, sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 1233 KUH Perdata, "Tiap-tiap perikatan dilahirkan baik karena persetujuan (perjanjian), maupun karena undang-undang".⁵³ Pasal ini menjelaskan bahwa "Perjanjian merupakan sumber perikatan paling penting".⁵⁴ Sedangkan sumber akad dalam hukum Islam meliputi, *pertama*, akad atau isi perjanjian. *Kedua*, kehendak sepihak (*al-ira>dah al-munfaridah*), *ketiga*, perbuatan merugikan (*al-fi'l al-d}a>r*), *keempat*, perbuatan yang bermanfaat (*al-fi'l al-na>fi'*), dan kehendak syarak. Mencermati sumber perikatan dalam hukum perdata dan hukum Islam, tampaknya memiliki kemiripan, yaitu menempatkan isi akad sebagai sumber perikatan atau perjanjian yang sifatnya mengikat dan berlaku sebagai undang-undang sepanjang tidak bertentangan dengan prinsip syariah sebagaimana hadis Nabi: " **المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالَ أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا** "

Perikatan yang lahir dari suatu kesepakatan berlaku sebagai undang-undang bagi pihak-pihak yang berkontrak. Konsistensi pihak yang berkontrak untuk menjaga

⁵¹ Mus}tafa Ahmad al-Zarqa, *al-Madkhal al-Fiqh al-'A>m*, (cet. I; Beirut: Da>r al-Qalam, 1998), h. 379-380

⁵² Mus}tafa Ahmad al-Zarqa, *al-Madkhal al-Fiqh al-'A>m*, h. 399

⁵³ R. Subekti dan R. Tjitrosudibio, *Kitab Undang-undang Hukum Perdata*, h. 323

⁵⁴ Ahmadi Miru, *Hukum Perikatan Penjelasan Makna Pasal 1233-1456 BW*, h. 3

apa yang disepakati dalam kontrak harus menjadi komitmen bersama. Untuk mencapai komitmen itu, kedua belah pihak yang berkontrak harus sejajar dalam rangka mencapai kesepakatan sebagaimana dituangkan dalam kontrak.

3. Teori Lembaga Negara

Era reformasi yang terjadi di Indonesia telah membawa perubahan besar terhadap dinamika ketatanegaraan. Pasca amandemen Undang-undang Dasar 1945 telah terjadi perkembangan pesat terhadap struktur ketatanegaraan di Indonesia. Konsep triaspolitika yang diperkenalkan oleh John Locke dan Montesquie dengan membagi kekuasaan Negara dalam tiga system kekuasaan, yaitu legislative, eksekutif, dan yudikatif semakin direduksi di era reformasi ini. Doktrin triaspolitika yang begitu melekat diberbagai Negara, termasuk di Indonesia membuat struktur ketatanegaraan di Indonesia selalu dikaitkan dengan konsep tersebut. Padahal bentuk-bentuk organisasi Negara dan pemerintahan telah berkembang pesat dewasa ini.⁵⁵ Karena itu konsepsi ketatanegaraan kitapun harus diformulasikan ulang seiring dengan dinamika bernegara yang semakin demokratis dan terbuka.

Teori Montesquieu menggambarkan bahwa terdapat tiga cabang yang diorganisasikan dalam struktur pemerintahan, yaitu, 1) kekuasaan legislatif, 2) kekuasaan eksekutif atau kekuasaan yang berhubungan dengan pembentukan perundang-undangan Negara, 3) kekuasaan yudikatif atau kekuasaan yang berhubungan dengan kehakiman dan penerapan hukum.

⁵⁵ Jimly Asshiddiqie, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, cet. II; Jakarta: Sinar Grafika, 2012, h. 28

Dinamika system ketatanegaraan berkembang seiring dengan perkembangan system politik dan pemerintahan. Karena itu, konsep *trias politica* versi Montesquieu ini dianggap tidak relevan lagi dalam system politik dan pemerintahan era sekarang ini. Secara empirik, lembaga legislatif dan yudikatif berkembang pesat mengikuti irama dan keinginan masyarakat, selain itu system pemerintahan yang mengarah pada system *checks and balances* atau menganut prinsip pengawasan dan pemerintahan yang bersih, sehingga antar cabang kekuasaan tersebut saling bersentuhan satu sama lainnya.⁵⁶

Istilah lembaga Negara sering dipersamakan dengan organ Negara atau alat-alat perlengkapan Negara. Jimly Asshiddiqie menkonsepsikan pengertian lembaga Negara dalam lima kategori, yaitu, *pertama*, organ Negara dalam pengertian luas mencakup setiap individu yang menjalankan fungsi *law-creating* dan *law-applying*. *Kedua*, organ Negara yang mencakup setiap individu yang menjalankan fungsi *law-creating* atau *law-applying*, namun menempati posisi atau jabatan dalam struktur pemerintahan. *Ketiga*, badan atau organisasi yang menjalankan fungsi *law-creating* atau *law-applying* dalam struktur dan system ketatanegaraan. Lembaga Negara kategori ini dibentuk berdasarkan Undang-undang Dasar, Undang-undang, Peraturan Presiden atau keputusan yang tingkatannya lebih rendah, baik tingkat pusat maupun daerah. *Keempat*, lembaga Negara yang dibentuk berdasarkan Undang-undang Dasar, Undang-undang, atau berdasarkan peraturan yang lebih rendah. Termasuk lembaga Negara yang terdapat di daerah yang kewenangannya diatur dan diberikan oleh Undang-undang Dasar. *Kelima*, lembaga-lembaga Negara yang berkedudukan di

⁵⁶ Jimly Asshiddiqie, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, h.

pusat pemerintahan yang pembentukannya diatur dan ditentukan oleh UUD 1945 yang dalam terminology lainnya disebut lembaga tinggi Negara.⁵⁷

Konsep pemetaan lembaga Negara di atas, mencerminkan bahwa struktur lembaga Negara di Indonesia telah berkembang seiring dengan amandemen UUD 1945. Pasca amandemen konstitusi Negara tersebut, konsep pembagian kekuasaan yang berpusat pada lembaga tertinggi Negara, yaitu Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) diganti dengan konsep pemisahaan kekuasaan (*separation of power*) sekaligus mengimplementasikan prinsip *checks and balances* dalam struktur lembaga-lembaga Negara.

Menurut Jimly Asshiddiqie, norma sumber legitimasi dapat menjadi dasar dalam memberikan kewenangan kepada lembaga Negara berkaitan dengan sumber atau pemberi kewenangan terhadap lembaga Negara yang bersangkutan. Pada aspek ini, tingkat lembaga Negara dapat diklasifikasikan dalam beberapa bagian:

1. Lembaga yang dibentuk berdasarkan Undang-undang Dasar yang diatur dan ditentukan lebih lanjut dalam suatu Undang-undang, Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden, dan Keputusan Presiden.
2. Lembaga yang dibentuk berdasarkan Undang-undang yang diatur dalam suatu Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden, dan Keputusan Presiden.
3. Lembaga yang dibentuk berdasarkan Peraturan Pemerintah atau Peraturan Presiden yang ditentukan kewenangannya lebih lanjut oleh Keputusan Presiden

⁵⁷ Jimly Asshiddiqie, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, h. 35-36

4. Lembaga yang dibentuk berdasarkan Peraturan Menteri yang kewenangannya ditentukan lebih lanjut dengan Keputusan Menteri atau Keputusan pejabat di bawah Menteri.⁵⁸

Secara yuridis normatif, pembentukan lembaga Negara dapat didasarkan pada Undang-undang Dasar, Undang-undang, Keputusan Presiden, dan Peraturan Menteri. Karena itu sifat, kedudukan, dan kewenangan lembaga-lembaga Negara tersebut didasarkan dan diatur sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang mendasarinya. Dalam system dan pengelolaan pemerintahan dewasa ini, ada banyak lembaga Negara yang keberadaan dan kewenangannya dibentuk dan diatur berdasarkan norma sumber legitimasi.

BAB III

EKSISTENSI AKAD DALAM RANAH TRANSAKSI PERBANKAN SYARIAH

A. Standar Operasional Produk pada Perbankan Syariah

Sistem operasional perbankan syariah mengedepankan pengamalan prinsip-prinsip syariah yang berlandaskan pada nilai-nilai keadilan, kemanfaatan, keseimbangan, dan keuniversalan. Konsep berbagi keuntungan dan resiko (bagi hasil dan rugi) merupakan karakteristik pembeda antara perbankan syariah dan perbankan konvensional. Dari sudut pandang ekonomi makro, prinsip berbagi keuntungan dan

⁵⁸ *Jimly Asshiddiqie, Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi, h.*

resiko yang diterapkan pada perbankan syariah mampu menciptakan alur investasi yang sehat dan berimbang, karena pihak-pihak yang terlibat saling berbagi, baik potensi keuntungan maupun resiko kerugian yang timbul. Sehingga hasil keuntungan tidak hanya dinikmati oleh para pemodal tanpa mempertimbangkan kondisi riil dan factor-faktor yang memengaruhi iklim investasi, tetapi keuntungan itu dapat juga dirasakan oleh pengelola modal.

Hukum Islam merupakan salah satu karakteristik perbankan syariah. Norma hukum Islam menjadi sumber hukum materil dalam sistem operasional perbankan syariah. Norma syariah ini dirancang dan dibuat oleh lembaga yang berwenang mengeluarkan fatwa syariah di Indonesia. Doktrin hukum ini merupakan bahan baku pembentukan peraturan dan perundang-undangan yang mengatur secara tegas dan mengikat sistem operasional perbankan syariah di Indonesia.

Menurut E. Saefullah, perkembangan dan tuntutan masyarakat yang terus meningkat di berbagai bidang memerlukan sarana hukum yang memadai, sehingga semua proses interaksi dalam masyarakat berjalan dengan teratur dan damai. Karena itu, masalah sarana hukum merupakan salah satu dari tiga upaya pembinaan dan pengembangan hukum nasional yang harus terus mendapat perhatian yang serius oleh pemerintah dan institusi terkait.⁵⁹

Bentuk pembiayaan yang paling dominan diterapkan pada perbankan syariah meliputi, pembiayaan modal kerja, pembiayaan investasi, dan pembiayaan konsumtif untuk aneka barang dan property. Model akad yang digunakan untuk produk

⁵⁹ Neni Sri Imaniyati, *Perbankan Syariah dalam Perspektif Hukum Ekonomi*, (cet. I; Bandung: Mandar Maju, 2013, h. 14

pembiayaan tersebut mencakup akad bagi hasil dengan pola mudharabah, musyarakah dan musyarakah mutanaqishah. Akad murabahah dengan pola margin keuntungan. Dan akad sewa dengan pola ijarah dan ijarah muntahiyah bittamlik.⁶⁰

Akad dapat dibedakan menjadi akad percampuran dan akad pertukaran. Akad percampuran ialah akad yang mencampurkan asset menjadi satu kesatuan dan pihak-pihak yang terlibat perjanjian di dalamnya bersedia menanggung risiko atas kegiatan usaha yang dilakukan dan membagi keuntungan sesuai kesepakatan. Akad percampuran dapat juga didefinisikan sebagai akad persekutuan antara dua orang atau lebih dalam menjalankan usaha untuk mendapatkan keuntungan. Pihak-pihak yang terlibat saling berkontribusi modal untuk menjalankan usaha dan keuntungan dibagi berdasarkan nisbah yang disepakati.

Sedangkan akad pertukaran adalah menukarkan sesuatu untuk tujuan kepemilikan. Atau dapat juga didefinisikan sebagai memperoleh sesuatu dengan memberikan sesuatu (*muqabalat al-syai bi al-syai*), atau mengganti sesuatu dengan sesuatu (*mubadalat al-syai bi al-syai*). Akad pertukaran apabila ditransformasikan dalam kegiatan perdagangan, maka dapat dilihat dari segi waktu dan obyeknya. Ditinjau dari segi waktu penyerahan barang terdiri dari penyerahan langsung tunai (*naqdan*) dan tangguh (*ba' al-muajjal*). Sedangkan jenis obyeknya terdiri dari asset riil berupa barang, jasa dan manfaat. Dan asset keuangan berupa uang dan sekuritas.

⁶⁰ Akbar, *Koordinator Pembiayaan pada Bank Muamalat cab. Makassar*, Wawancara, tgl 12 Januari 2015

Teori percampuran terdiri dari dua pilar, yaitu, *pertama*, ditinjau dari segi obyek percampuran, yang terdiri dari: (a) 'Ayn (real asset) berupa barang dan jasa. (b) *Dayn* (financial asset) berupa uang dan surat berharga. *kedua*, ditinjau dari segi waktu percampuran, yang terdiri dari: (a) *Naqdan* (dalam bentuk tunai), yaitu penyerahan saat itu juga. (b) *Gairu naqdan* (dalam bentuk tunda), penyerahan dilakukan dikemudian hari. Obyek percampuran dapat diidentifikasi dalam tiga bentuk:

- a. Percampuran real asset ('*ayn*) dengan real asset ('*ayn*)
- b. Percampuran real asset ('*ayn*) dengan financial asset (*dayn*)
- c. Percampuran financial asset (*dayn*) dengan financial asset (*dayn*).⁶¹

Kegiatan transaksi pada perbankan syariah harus didasarkan pada akad. Karena itu, akad menjadi penentu validitas suatu transaksi. Setiap produk yang dikeluarkan oleh bank syariah harus dilaporkan pada Bank Indonesia. Sumber hukum penetapan produk bank syariah didasarkan pada kodifikasi produk perbankan syariah yang diatur dalam surat edaran bank Indonesia. Bank syariah harus memiliki prosedur pelaksanaan atau standar operating procedures (SOP) sebagaimana yang diatur dalam peraturan bank Indonesia.

Ketentuan umum pembiayaan pada perbankan syariah harus memiliki kebijakan umum pembiayaan secara tertulis yang dituangkan dalam bentuk standar operasional produk (SOP). Ketentuan ini didasarkan pada Peraturan Bank Indonesia Nomor: 10/17/PBI/2008 Tentang Produk Bank Syariah dan Unit Usaha Syariah dan SE Bank Indonesia No. 10/31/DPbs tanggal 7 Oktober 2008 Perihal Produk Bank

⁶¹ Mardani, *Hukum Perikatan Syariah di Indonesia*, (cet. I; Jakarta: Sinar Grafika, 2013), h. 161

Syariah dan Unit Usaha Syariah. Standar Operasional Produk pada Perbankan Syariah sebagai berikut:

a. Akad Pembiayaan Mudharabah

Akad Pembiayaan Mudharabah	
Definisi	<p>Transaksi penanaman dana dari pemilik dana (<i>shahibul maal</i>) kepada pengelola dana (<i>mudharib</i>) untuk melakukan kegiatan usaha tertentu yang sesuai syariah, dengan pembagian hasil usaha antara kedua belah pihak berdasarkan nisbah yang telah disepakati sebelumnya. Akad mudharabah terdiri dari, (a) mudharabah muthlaqah, yaitu pembiayaan mudharabah untuk kegiatan usaha yang cakupannya tidak dibatasi oleh spesifikasi jenis usaha, waktu, dan daerah bisnis sesuai permintaan pemilik dana. (b) mudharabah muqayyadah, yaitu mudharabah untuk kegiatan usaha yang cakupannya dibatasi oleh spesifikasi jenis usaha, waktu, dan daerah bisnis sesuai permintaan pemilik dana.</p>
Sumber Hukum	<ol style="list-style-type: none"> 1. Fatwa DSN-MUI No. 07/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Pembiayaan Mudharabah. 2. PBI No. 7/6/PBI/2005 tentang Transparansi informasi produk bank dan penggunaan data pribadi nasabah beserta ketentuan perubahannya 3. PBI No. 9/19/PBI/2007 tentang Pelaksanaan Prinsip Syariah dalam Kegiatan Penghimpunan Dana dan Penyeluran Dana serta Pelayanan jasa bank syariah

b. Pembiayaan atas Dasar Akad Musyarakah

Pembiayaan atas dasar akad musyarakah pada perbankan syariah mengacu pada standar operasional produk (SOP) dengan ketentuan sebagai berikut:

Akad Pembiayaan Musyarakah	
Definisi	Transaksi penanaman dana dari dua atau lebih pemilik dana (<i>shahibul maal</i>) dan/atau barang untuk menjalankan usaha tertentu sesuai syariah dengan pembagian hasil usaha antara kedua belah pihak berdasarkan nisbah yang disepakati, sedangkan pembagian kerugian berdasarkan proporsi modal masing-masing.
Fitur dan Mekanismenya	<p>a. Bank dan nasabah masing-masing bertindak sebagai mitra usaha dengan bersama-sama menyediakan dana dan/atau barang untuk membiayai suatu kegiatan usaha tertentu.</p> <p>b. Nasabah bertindak sebagai pengelola usaha dan bank sebagai mitra usaha dapat ikut serta dalam pengelolaan usaha sesuai dengan tugas dan wewenang yang disepakati seperti melakukan review, meminta bukti-bukti dan laporan hasil usaha yang dibuat oleh nasabah berdasarkan bukti pendukung yang dapat dipertanggungjawabkan.</p> <p>c. Pembagian hasil usaha dari pengelolaan dana dinyatakan dalam bentuk nisbah yang disepakati.</p> <p>d. Nisbah bagi hasil yang disepakati tidak dapat diubah sepanjang jangka waktu investasi, kecuali atas dasar kesepakatan para</p>

	<p>pihak.</p> <p>e. Pembiayaan atas dasar akad musyarakah diberikan dalam bentuk uang harus dinyatakan secara jelas jumlahnya.</p> <p>f. Dalam hal pembiayaan atas dasar akad musyarakah diberikan dalam bentuk barang, maka barang tersebut harus dinilai atas dasar harga pasar (net realizable value) dan dinyatakan secara jelas jumlahnya.</p> <p>g. Jangka waktu pembiayaan atas dasar akad musyarakah, pengembalian dana dan pembagian hasil usaha ditentukan berdasarkan kesepakatan antara bank dan nasabah.</p> <p>h. Pengembalian pembiayaan atas dasar akad musyarakah dilakukan dalam dua cara, yaitu secara angsuran ataupun sekaligus pada akhir periode pembiayaan atas dasar akad musyarakah.</p> <p>i. Pembagian hasil usaha berdasarkan laporan hasil usaha nasabah berdasarkan bukti pendukung yang dapat dipertanggungjawabkan.</p> <p>j. Bank dan nasabah menanggung kerugian secara proporsional menurut porsi modal masing-masing.</p>
<p>Tujuan dan Manfaat</p>	<p>1. Bagi bank:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Sebagai salah satu bentuk penyaluran dana - Memperoleh pendapatan dalam bentuk bagi hasil sesuai pendapatan usaha yang dikelola.

	2. Bagi nasabah. Untuk memenuhi kebutuhan modal usaha melalui sisten kemitraan dengan bank
Analisis dan Identifikasi Resiko	<p>a. Resiko pembiayaan yang disebabkan oleh nasabah wanprestasi atau <i>default</i>.</p> <p>b. Risiko pasar yang disebabkan oleh pergerakan nilai tukar jika pembiayaan atas dasar akad musyarakah diberikan dalam valuta asing</p> <p>c. Risiko operasional yang disebabkan oleh internal fraud antara lain pencatatan yang tidak benar atas nilai posisi, penyogokan, ketidaksesuain pencatatan pajak (secara sengaja), kesalahan, manipulasi dan mark up dalam akuntansi pencatatan maupun pelaporan.</p>
Sumber Hukum	<p>1. Fatwa DSN-MUI No. 08/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Pembiayaan Musyarakah.</p> <p>2. PBI No. 7/6/PBI/2005 tentang Transparansi informasi produk bank dan penggunaan data pribadi nasabah beserta ketentuan perubahannya</p> <p>3. PBI No. 9/19/PBI/2007 tentang Pelaksanaan Prinsip Syariah dalam Kegiatan Penghimpunan Dana dan Penyeluran Dana serta Pelayanan jasa bank syariah</p>
Perlakuan akuntansi	<p>1. PSAK No. 106 tentang Akutansi Musyarakah</p> <p>2. PAPSI yang berlaku</p>

c. Pembiayaan atas Dasar Akad Mura>bahjah

Pembiayaan atas dasar akad mura>bah}ah pada perbankan syariah mengacu pada standar operasional produk (SOP) dengan ketentuan sebagai berikut:

Akad Pembiayaan Mura>bah}ah	
Definisi	Transaksi jual beli suatu barang sebesar harga perolehan barang ditambah dengan margin yang disepakati oleh para pihak, dimana penjual menginformasikan terlebih dahulu harga perolehan kepada pembeli.
Fitur dan Mekanismenya	<ol style="list-style-type: none"> a. Bank bertindak sebagai pihak penyedia dana dalam kegiatan transaksi mura>bah}ah dengan nasabah b. Bank dapat membiayai sebagian atau seluruh harga pembelian barang yang telah disepakati kualifikasinya. c. Bank wajib menyediakan dana untuk merealisasikan penyediaan barang yang dipesan nasabah d. Bank dapat memberikan potongan dalam besaran yang wajar dengan tanpa diperjanjikan dimuka.
Tujuan dan Manfaat	<ol style="list-style-type: none"> 1. Bagi bank: <ul style="list-style-type: none"> - Sebagai salah satu bentuk penyaluran dana - Memperoleh pendapatan dalam bentuk margin 2. Bagi nasabah: <ul style="list-style-type: none"> - Merupakan salah satu alternative untuk memperoleh barang tertentu melalui pembayaran dari bank - Dapat mengangsur pembayaran dengan jumlah angsuran yang tidak akan berubah selama masa perjanjian.

<p>Analisis dan Identifikasi Resiko</p>	<p>a. Resiko pembiayaan yang disebabkan oleh nasabah wanprestasi atau <i>default</i>.</p> <p>b. Risiko pasar yang disebabkan oleh pergerakan nilai tukar jika pembiayaan atas dasar akad mura>bah}ah diberikan dalam valuta asing.</p>
<p>Sumber Hukum</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Fatwa DSN-MUI No. 04/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Pembiayaan Mura>bah}ah. 2. Fatwa DSN-MUI No. 10/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Wakalah 3. Fatwa DSN-MUI No. 13/DSN-MUI/IX/2000 Tentang uang muka dalam mura>bah{ah 4. Fatwa DSN-MUI No. 16/DSN-MUI/IX/2000 tentang diskon dalam mura>bah}ah 5. Fatwa DSN-MUI No. 23/DSN-MUI/III/2002 tentang potongan pelunasan dalam mura>bah}ah 6. Fatwa DSN-MUI No. 46/DSN-MUI/II/2005 tentang potongan tagihan mura>bah}ah (khamis fi al-mura>bah}ah) 4. Fatwa DSN-MUI No. 47/DSN-MUI/II/2005 tentang penyelesaian piutang mura>bah}ah bagi nasabah tidak mampu membayar 5. Fatwa DSN-MUI No. 48/DSN-MUI/II/2005 tentang penjadwalan kembali tagihan mura>bah}ah 6. Fatwa DSN-MUI N0. 49/DSN-MUI/II/2005 tentang konversi akad mura>bah}ah 7. PBI No. 7/6/PBI/2005 tentang Transparansi informasi produk

	<p>bank dan penggunaan data pribadi nasabah beserta ketentuan perubahannya</p> <p>8. PBI No. 9/19/PBI/2007 tentang Pelaksanaan Prinsip Syariah dalam Kegiatan Penghimpunan Dana dan Penyeluran Dana serta Pelayanan jasa bank syariah</p>
Perlakuan akuntansi	<p>a. PSAK No. 102 tentang Akuntansi Murni</p> <p>b. PAPS yang berlaku</p>

d. Pembiayaan atas Dasar Akad Ijarah

Pembiayaan atas dasar akad ijarah pada perbankan syariah mengacu pada standar operasional produk (SOP) dengan ketentuan sebagai berikut:

Akad Pembiayaan Ijarah dan Ijarah Muntahiyah Bittamlik	
Definisi	<p>Akad ijarah adalah Transaksi sewa menyewa atas suatu barang dan/atau jasa antara pemilik obyek sewa termasuk kepemilikan hak pakai atas obyek sewa dengan penyewa untuk mendapatkan imbalan atas obyek sewa yang disewakan. Sedangkan akad ijarah muntahiyah bittamlik adalah transaksi sewa menyewa antara pemilik obyek sewa dan penyewa untuk mendapatkan imbalan atas obyek sewa yang disewakannya dengan opsi perpindahan hak milik obyek sewa.</p>
Fitur dan Mekanismenya	<p>a. Bank bertindak sebagai pihak penyedia dana dalam kegiatan transaksi ijarah dengan nasabah</p> <p>b. Bank wajib menyediakan dana untuk merealisasikan</p>

	<p>penyediaan obyek sewa yang dipesan nasabah</p> <p>c. Pengembalian atas penyediaan dana bank dapat dilakukan baik dengan angsuran maupun sekaligus</p> <p>d. Pengembalian atas penyediaan dana bank tidak dapat dilakukan dalam bentuk piutang maupun dalam bentuk pembebasan utang</p> <p>e. Dalam hal pembiayaan atas dasar ija'rah muntahiya bittamlik, selain bank sebagai penyedia dana dalam kegiatan transaksi ija'rah dengan nasabah, juga bertindak sebagai pemberi janji (wa'ad) antara lain untuk memberikan opsi pengalihan hak penguasaan obyek sewa kepada nasabah sesuai kesepakatan.</p>
Tujuan dan Manfaat	<p>1. Bagi bank:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Sebagai salah satu bentuk penyaluran dana - Memperoleh pendapatan dalam bentuk imbalan, fee, dan ujarah <p>2. Bagi nasabah:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Memperoleh hak manfaat atas barang yang dibutuhkan. - Memperoleh peluang untuk mendapatkan hak penguasaan barang dalam hal menggunakan akad ija'rah muntahiya bittamlik - Merupakan sumber pembiayaan dan layanan perbankan syariah untuk memperoleh hak manfaat atas barang dan/atau memperoleh peluang untuk mendapatkan hak penguasaan barang.
Analisis dan Identifikasi	<p>a. Resiko pembiayaan yang disebabkan oleh nasabah wanprestasi atau <i>default</i>.</p>

Resiko	c. Risiko pasar yang disebabkan oleh pergerakan nilai tukar jika pembiayaan atas dasar akad ijarah diberikan dalam valuta asing.
Sumber Hukum	<ol style="list-style-type: none"> 1. Fatwa DSN-MUI No. 09/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Pembiayaan Ijarah. 2. Fatwa DSN-MUI No. 27/DSN-MUI/VIII/2002 tentang al-Ijarah al-Muntahiyah bi al-Tamlik 3. PBI No. 7/6/PBI/2005 tentang Transparansi informasi produk bank dan penggunaan data pribadi nasabah beserta ketentuan perubahannya 4. PBI No. 9/19/PBI/2007 tentang Pelaksanaan Prinsip Syariah dalam Kegiatan Penghimpunan Dana dan Penyeluran Dana serta Pelayanan jasa bank syariah
Perlakuan akuntansi	<ol style="list-style-type: none"> b. PSAK No. 59 tentang Akuntansi Mubahah c. PAPS yang berlaku

Bentuk akad yang dikembangkan pada perbankan syariah meliputi. *Pertama*, akad *tijari* yang berorientasi keuntungan. Akad *tijari* ini didasarkan atas prinsip *natural certainty contract*. Karena itu bersifat pasti. Dan juga didasarkan atas prinsip *natural uncertainty contract* yang bersifat tidak pasti. Akad dengan prinsip *natural certainty contract* melahirkan akad mubahah, salam, istishna', ijarah, dan ijarah muntahiyah bittamlik⁶². Sedangkan akad dengan prinsip *natural uncertainty contract*

⁶² Istilah ijarah muntahiyah bittamlik didefinisikan sebagai akad penyediaan dana dalam rangka memindahkan hak guna atau manfaat dari suatu barang atau jasa berdasarkan transaksi sewa

melahirkan akad mud}a>rabah, musya>rakah, muzara'ah, dan mus}aqat. *Kedua*, akad tabarru' yang berorientasi sosial dengan prinsip kebajikan. Karena itu bank tidak berhak mensyaratkan imbalan apapun. Namun dapat meminta upah sekedar menutupi biaya (*cover the cost*), dan tidak boleh sedikitpun mengambil laba dari akad tabarru' tersebut. Akad tabarru' diturunkan dalam bentuk akad *qard al-hasan*.⁶³

Menurut al-Harran, pembiayaan pada perbankan syariah dapat diklasifikasikan dalam tiga kategori, yaitu:

1. Return bearing financing, yaitu bentuk pembiayaan yang secara komersil menguntungkan, ketika pemilik modal menanggung resiko kerugian dan nasabah juga dapat memberikan keuntungan.
2. Return free financing, yaitu bentuk pembiayaan yang tidak untuk mencari keuntungan.
3. Charity financing, yaitu bentuk pembiayaan yang memang diberikan kepada orang miskin dan membutuhkan, sehingga tidak ada klaim terhadap pokok dan keuntungan.⁶⁴

Pembiayaan dengan bentuk return bearing financing menjadi dasar terhadap produk-produk pembiayaan yang disalurkan untuk tujuan investasi ke sector riil. Investasi ini bersifat produktif. Pola yang digunakan dalam bentuk investasi bersama dengan skim bagi hasil berdasarkan akad mud}a>rabah dan musya>rakah. Dapat juga dilakukan dalam bentuk investasi sendiri dengan menggunakan pola jual beli atau

dengan opsi pemindahan kepemilikan barang. Lihat, Muhammad Amin Summa, *Himpunan Undang-undang Perdata Islam dan Peraturan Pelaksanaan Lainnya di Negara Hukum Indonesia*, h. 1492

⁶³ Slide pelatihan bank muamalat. Akad *qard al-hasana* adalah

⁶⁴ Ascarya, *Akad dan Produk Bank Syariah*, (cet. I; Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2007), h. 122

mura>bah}ah ataupun dengan pola sewa dengan akad ija>rah dan ija>rah muntahiyah bittamli>k.

B. Ketentuan Hukum dalam Akad Pembiayaan Mud}a>rabah}

Ketentuan perjanjian mud}a>rabah yang diterapkan oleh perbankan syariah memuat persyaratan yang bersumber dari kombinasi antara aspek hukum perikatan Islam dengan aspek hukum perjanjian perdata. Ketentuan persyaratan tersebut meliputi:

1. Perjanjian mud}a>rabah harus dilakukan secara tertulis dalam akta notaris yang dibuat dihadapan notaris yang disepakati. Ketentuan ini sejalan dengan hukum Islam⁶⁵, meskipun teknis penulisan perjanjian ini tidak dijelaskan dalam fatwa DSN No. 7/DSN-MUI/IV/2000 tentang pembiayaan muda>rabah (*qiradh*), maupun dalam PBI No. 7/46/PBI/2005, serta kodifikasi produk perbankan syariah, namun praktek mekanisme perjanjian pembiayaan muda>rabah pada perbankan syariah harus ditulis diatas akta notaries.
2. Kewajiban *s}a>hibul ma>l* adalah menyerahkan modal atau dana pembiayaan yang dinyatakan dengan jelas berbentuk tunai dan bukan piutang kepada pengelola usaha (*mud}a>rib*)
3. *S}a>hibul ma>l* berkewajiban menyediakan dana, sedangkan *mud}a>rib* berkewajiban menyediakan keahlian, waktu, pikiran, dan upaya untuk mengelola proyek atau kegiatan usaha.

⁶⁵ Ayat tentang perintah menulis perjanjian utang adalah “ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَدَّدٍ فَارْتَبِعُوا تَرْجِيئَهُمْ وَلَا تَمْنُوا تَأْخِيْرَهُمْ بِغَيْرِ مَعْرُوفٍ ” artinya “Hai orang-orang yang beriman, apabila kamu melakukan utang piutang untuk waktu yang ditentukan, hendaklah kamu menuliskannya”

4. Jangka waktu usaha, tatacara pengembalian dana, dan pembagian keuntungan ditentukan berdasarkan kesepakatan pihak-pihak yang berakad (bank dan pengusaha)
5. Pembagian keuntungan dibagi menurut perbandingan berdasarkan prinsip bagi hasil (*net revenue sharing*) yang harus disepakati sebelum dituangkan dalam perjanjian. Besaran pembagian keuntungan harus ditentukan di muka dan proporsinya ditentukan secara tegas dalam bentuk nisbah prosentase.
6. Pembagian keuntungan dapat dilakukan setelah diadakan perhitungan oleh pengelola (nasabah) dan *s}a>hibul ma>l* (bank) melakukan perhitungan kembali setelah dikurangi biaya-biaya sebelum dipotong pajak. Karena itu, kerugian yang timbul harus dihitung dan telah dihapusbukukannya kerugian terhadap modal.
7. *S}a>hibul ma>l* dan *mud}a>rib* keduanya harus menanggung resiko. *S}a>hibul ma>l* menghadapi resiko keuangan. Sedangkan *mud}a>rib* menanggung resiko non financial. Syarat yang memperjanjikan *mud}a>rib* harus memikul resiko keuangan adalah batal. Ketentuan seperti ini dianggap sebagai *mud}a>rabah fasidah*.
8. *Mud}a>rib* berkewajiban mengembalikan seluruh pembiayaan pokok dan bagian keuntungan yang menjadi hak *s}a>hibul ma>l* (bank) yang pembagiannya telah ditentukan sebelumnya.
9. Syarat-syarat perjanjian *mud}a>rabah* harus memenuhi ketentuan perundang-undangan yang berlaku. Karena itu, ketentuan Pasal 1339⁶⁶, 1347⁶⁷, 1342⁶⁸, dan 1351⁶⁹ KUH Perdata harus diperhatikan.

⁶⁶ Pasal 1339 KUH Perdata berbunyi: "Perjanjian-perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan di dalamnya, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat perjanjian, diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan atau undang-undang.

10. *Mud}a>rib* (pengusaha) dapat melakukan berbagai macam usaha yang telah disepakati bersama dan mengikuti ketentuan prinsip syariah dan perundang-undangan yang berlaku. Pembatasan-pembatasan oleh *sahibul mal* dapat diabaikan oleh *mud}a>rib* apabila pembatasan tersebut menghalangi tercapainya tujuan bisnis *mud}a>rabah*, jika hal itu berkaitan dengan perjanjian *mud}a>rabah mutlaqah*.
11. Bank tidak berhak ikut serta dalam mengelola usaha *mud}a>rabah*. Tetapi bank berhak melakukan pengawasan dan pembinaan dengan cara menerima laporan perhitungan usaha secara berkala. Nasabah harus membuat laporan pembukuan secara jujur.
12. *S}a>hibul ma>l* (Bank) dapat meminta jaminan kepada *mud}a>rib* (pengusaha) yang besarnya ditentukan berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku.
13. *Mud}a>rib* (pengusaha) dianggap melakukan pelanggaran yang berujung terjadinya resiko kerugian yang harus ditanggung oleh *mud}a>rib* apabila menggunakan pembiayaan diluar tujuan dan rencana kerja, lalai dan tidak

⁶⁷ Pasal 1347 KUH Perdata berbunyi: “Hal-hal yang menurut kebiasaan selamanya diperjanjikan, dianggap secara diam-diam dimasukkan dalam persetujuan, meskipun tidak dengan tegas dinyatakan.

⁶⁸ Pasal 1342 KUH Perdata berbunyi: “Jika kata-kata suatu perjanjian jelas, tidaklah diperkenankan untuk menyimpang daripadanya dengan jalan penafsiran”

⁶⁹ Pasal 1351 KUH Perdata berbunyi: “Jika seseorang dalam suatu perjanjian menyatakan suatu hal untuk menjelaskan perikatan, tak dapatlah ia dianggap bahwa dengan demikian hendak mengurangi maupun membatasi kekuatan perjanjian menurut hukum dalam hal-hal yang tidak dinyatakan”. Lihat Ahmadi Miru, *Hukum PErikatan Penjelasan Makna Pasal 1233-1456 BW*, h. 79-85

memanajerial usahanya dengan professional, dan melakukan pengalihan bentuk usaha dengan cara apapun.

14. Penyelesaian sengketa terhadap isi perjanjian diselesaikan dengan cara musyawarah dan mufakat. Apabila usaha tersebut tidak menghasilkan keputusan yang disepakati, maka penyelesaian sengketa dapat dilakukan dengan memberi kuasa kepada Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS) dan atau Pengadilan sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.⁷⁰

C. Produk Atas Dasar Akad Mudharabah pada Perbankan Syariah

Akad perjanjian di atas akan melahirkan produk pembiayaan dalam bentuk pembiayaan modal kerja. Pembiayaan dengan akad mudharabah umumnya ditujukan untuk pembiayaan produktif berbentuk pembiayaan modal kerja, yaitu bank bertindak sebagai *sahibul maal* (pemodal) dan nasabah sebagai *mudharib* (pengelola). Bank syariah hanya bermitra dengan nasabah atau lembaga keuangan non bank yang jenis usahanya berpegang pada prinsip syariah. seperti pembiayaan pembangunan property, pengelolaan budi daya ikan dan udang air tawar, dan kerjasama dengan lembaga finance syariah.

Pola pembiayaan yang diterapkan menggunakan dua pola, *Pertama, pola executing*, yaitu pemberian pembiayaan untuk tujuan konsumtif atau produktif yang diberikan langsung kepada Mitra untuk diteruskan kepada anggota sebagai *end user* dalam bentuk pembiayaan. *Kedua, pola Channeling*, adalah pemberian pembiayaan

⁷⁰ Sumber ketentuan perjanjian diatas dielaborasi dari berbagai akta-akta notaries yang berkaitan perjanjian pembiayaan mudharabah pada bank BPD Syariah dan Bank Muamalat cab. Makassar.

untuk tujuan konsumtif atau produktif yang diberikan secara langsung kepada anggota sebagai *end user* melalui mitra yang bertindak sebagai agen atau channel dari bank syariah dalam menyalurkan pembiayaan.⁷¹

Ketentuan bahwa akad *mudharabah* harus dituangkan secara tertulis dalam akta notaries dan adanya permintaan jaminan atas akad *mudharabah* merupakan pengembangan konsep dari pemikiran ulama fikih. Secara teori akad *mudharabah* bagian dari akad amanah yang menuntut kepercayaan dari *sahibul mal* kepada *mudharib*, karena itu, tidak dipersyaratkan penyerahan jaminan dari nasabah, dan akad harus dituangkan secara tertulis. Namun berdasarkan pendekatan sosiologis, bahwa tingkat kepercayaan masyarakat modern sekarang ini semakin luntur dan rendah akibat dampak globalisasi yang cenderung membawa nilai pragmatis dan hedonostis dalam kehidupan masyarakat.

Problem syarat ada jaminan sebagai bagian dari mekanisme pembiayaan pada perbankan syariah, dasar hukumnya didasarkan melalui pendekatan *sad al-z'ari'ah*⁷² bertujuan untuk menutup jalan terjadinya resiko kerugian penyalagunaan dan mismanajemen pengelolaan dana *mudharabah* yang diakibatkan oleh rendahnya integritas dan kepercayaan terhadap *mudharib*. Unsur kepercayaan yang merupakan *ilat* sehingga menjadi dasar untuk tidak mengambil jaminan dalam pembiayaan *mudharabah* sangat tidak sesuai dengan kondisi masyarakat modern yang telah mengalami degradasi nilai dan prilaku, sehingga alasan (*ilat*) tersebut dapat berubah

⁷¹ *Ibid.*, h.

⁷² Metode *sad al-z'ari'ah* (tindakan preventif) dalam terminology hukum islam merupakan pendekatan preventif dengan melarang suatu perbuatan yang menurut hukum agama (syariat) dibolehkan, namun karena mengandung unsur kemudharatan, maka perbuatan tersebut dilarang berdasarkan mekanisme ijtihad.

untuk disesuaikan dengan kondisi kekinian dan tradisi lembaga perbankan dan keuangan. Sebagaimana kaedah hukum " *الْحُكْمُ يَدُورُ مَعَ عَلَيْهِ وَجُودًا وَعَدَمًا* " dan kaedah fikih " *الْمَعْرُوفُ بَيْنَ التُّجَّارِ كَالْمَشْرُوطِ بَيْنَهُمْ* " ⁷³ Sedangkan berdasarkan pendekatan *masalah 'ammah*⁷⁴ bahwa untuk mengurangi cedera janji dan silangseengketa, karena suatu perjanjian tidak dicatat dalam akta notaries, maka perjanjian berdasarkan akad mudharabah harus dituangkan dalam akta notaris sebagaimana ketentuan perundang-undangan yang berlaku dan kaedah fikih " *الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا أَحَلَّ* " *حَرَامًا أَوْ حُرْمَ حَلَالًا*

Jaminan pada bank syariah terbagi dua macam, yaitu, *pertama*, jaminan utama berupa usaha yang dijalankan oleh nasabah. *kedua*, jaminan tambahan berupa asset, sertifikat, dan bank garansi. Penetapan jaminan bertujuan untuk melihat kemampuan nasabah membayar pinjamannya pada bank. disisi lain juga untuk mencermati keseriusan nasabah terhadap pembiayaan yang diajukannya.⁷⁵

Perjanjian yang dibuat dihadapan notaris yang dituangkan dalam akta notaris mengindikasikan bahwa perjanjian tersebut memenuhi prinsip-prinsip hukum perjanjian. Pasal 1320 BW menyebutkan bahwa: "*untuk sahnya perjanjian-perjanjian diperlukan empat syarat, 1) sepakat mereka yang mengikatkan dirinya, 2) kecakapan untuk membuat suatu perikatan, 3) suatu hal tertentu, 4) suatu sebab yang halal*".⁷⁶

⁷³ Artinya: Sesuatu yang menjadi kebiasaan dikalangan para pengusaha dan pebisnis dapat berlaku sebagai syarat dikalangan mereka". Selanjutnya lihat, Abd. Azis Muhammad 'Azzam, *al-Qawaid al-Fiqhiyah*, (cet. I; Kairo: Daar al-Hadis, 2005), h. 196

⁷⁴ Metode Masalah 'Ammah dalam terminology hukum islam didefenisikan sebagai segala kepentingan yang bermanfaat dan baik, namun tidak ada nas al-Qur'an dan hadis yang mendukungnya dan melarangnya secara langsung.

⁷⁵ Akbar Sulaiman, *Financing Coordinator Bank Muamalat cabang Makassar*, wawancara tgl 11 Pebruari 2015

⁷⁶ Subekti dan Tjitrosudibio, *Kitab Undang-undang Hukum Perdata*, h. 339

Pasal 1320 BW ini mencakup syarat-syarat yang harus dipenuhi untuk lahirnya suatu perjanjian. Syarat tersebut terdiri dari syarat subyektif yang meliputi pihak-pihak yang berkontrak. Dan syarat obyektif meliputi isi suatu perjanjian, baik itu berkaitan dengan obyek yang diperjanjikan maupun konten perjanjian itu tidak bertentangan dengan undang-undang kesusilaan dan ketertiban umum.⁷⁷

Tujuan pembiayaan perbankan syariah dapat ditinjau dari aspek makro yang meliputi, *Pertama*, pemberdayaan kekuatan ekonomi masyarakat. *Kedua*, menjamin ketersediaan dana untuk produktifitas usaha. *Ketiga*, mengoptimalkan distribusi kekayaan dan pendapatan. *Keempat*, meningkatkan produktifitas tenaga kerja dan pengentasan kemiskinan. Secara mikro, tujuan pembiayaan adalah untuk, (a) memaksimalkan laba dan distribusi pendapatan. (b) meminimalisir resiko likuiditas. (c) memenuhi kepentingan pemilik dana. (d) pendayagunaan sumber ekonomi untuk kesejahteraan dan kemakmuran bersama. Pembiayaan pada perbankan syariah bertujuan untuk pembiayaan produktif, yaitu untuk pembiayaan modal kerja perdagangan dan jasa atau investasi khusus, dan pembiayaan ekspor. Adapun pembiayaan konsumtif meliputi pembiayaan kepemilikan rumah dan kendaraan.

Berdasarkan statistik laporan tahunan perbankan syariah yang dipublikasikan oleh perbankan Indonesia per tahun 2013 menyebutkan bahwa pembiayaan berdasarkan akad mudharabah mengambil porsi sekitar 12,629 M yang tersebar pada sektor industri, perdagangan, restoran, hotel, dan jasa dunia usaha.⁷⁸ Pembiayaan dengan akad mudharabah ini persentasenya sangat kecil berkisar 30% dari total

⁷⁷ Ahmadi Miru, *Hukum Perikatan, Penjelasan Makna Pasal 1233 sampai 1456 BW*, h. 67

⁷⁸ Bank Indonesia, *statistik iBI 2013, Situs Resmi Bank Indonesia*, www. Bank Indonesia.com. (15 Juni 2014)

pembiayaan perbankan secara nasional ketimbang dengan pembiayaan atas dasar akad *mudharabah* yang berkisar 60% dari total pembiayaan. Hal itu disebabkan: (1) Pembiayaan mudharabah memiliki tingkat resiko tinggi, sebaliknya pembiayaan non bagi hasil beresiko rendah dan lebih mudah dikelola. (2) Kerangka regulasi dan institusional yang tidak kondusif bagi pengembangan perbankan syariah, terutama sistem bagi-hasil. (3) Nasabah penyimpan dana terbiasa dengan pola simpanan bebas resiko dari perbankan konvensional sehingga tidak siap berbagi kerugian. Keterbatasan teknologi dan sumber daya manusia perbankan syariah untuk memanagerial pembiayaan berbasis mudharabah ini berdampak pada kurang optimalnya penyaluran pembiayaan berbasis akad mudharabah.

Secara teknis, untuk menerapkan pembiayaan yang murni bagi hasil, diperlukan banyak persyaratan untuk meminimalisir *moral hazard*, menekan resiko pembiayaan, dan sekaligus menghindari masalah *mismatch* dana, antara lain. *Pertama*, ketersediaan sumber daya manusia yang memiliki kompetensi memahami bisnis *mudharabah* dan cara mengawasinya. *Kedua*, *mudharabah* memiliki kesiapan untuk transparansi usahanya. *Ketiga*, Perlindungan hukum yang kuat ketika terjadi *dispute*. *Keempat*, Ketersediaan data *rate of return* dari setiap sector usaha untuk penetapan rasio bagi hasil yang *fair* dan sekaligus untuk menghindari penggunaan suku bunga sebagai *benchmarking*. *Kelima*, Bank harus menyediakan dana jangka panjang yang siap untuk berbagi resiko dalam investasi di sektor riil.⁷⁹

⁷⁹ Yusuf Wibisono, *Politik Ekonomi UU Perbankan Syariah Peluang dan Tantangan Regulasi Industri Perbankan Syariah*, Jurnal Ilmu Administrasi dan Organisasi, Volume 16 Nomor 2 Mei–Agustus 2009, hlm. 105-115

Karena itu, salah satu alternative untuk tetap menjalankan pembiayaan berbasis mudharabah yang merupakan *brand image* perbankan syariah adalah dengan menggunakan akad multi akad. Seiring dengan perkembangan teknologi dan untuk mengantisipasi kebutuhan transaksi nasabah, perbankan syariah cenderung mengembangkan pola multi akad dalam satu transaksi perbankan.

Dalam kajian fikih *mu'alah* modern diperkenalkan pola akad berbasis akad *murakkabah* atau multi akad. Pengertian multi akad merupakan gabungan dari dua suku kata. Kata multi yang berarti (1) banyak, lebih dari satu, lebih dari dua, (2) berlipat ganda.⁸⁰ Dengan demikian, multi akad dalam bahasa Indonesia diartikan dengan akad berganda atau akad terdiri dari beberapa akad, lebih dari satu akad. Sedangkan kata multi akad merupakan terjemahan dari bahasa Arab yaitu *al-'uqûd al-murakkabah* yang berarti akad ganda (rangkap). *Al-'uqûd al-murakkabah* terdiri dari dua kata *al-'uqûd* (bentuk jamak dari 'aqd) dan *al-murakkabah*. Kata 'aqd sudah dijelaskan secara khusus pada bagian sebelumnya. Sedangkan kata *Al-murakkabah* (*murakkab*) secara etimologi berarti *al-jam'u*, yakni mengumpulkan atau menghimpun.⁸¹ Kata *murakkab* berasal dari kata "*rakkaba-yurakkibu-tarkiban*" yang mengandung arti meletakkan sesuatu pada sesuatu yang lain sehingga menumpuk, ada yang di atas dan yang di bawah. Pengertian akad *murakkabah* secara epistemologi dapat merujuk pada definisi yang diajukan oleh Dr. Nazih Hammad sebagaimana berikut:

"أَنْ يَتَّفِقَ الطَّرَفَانِ عَلَى إِبْرَامِ مُعَامَلَةٍ (صَفَقَةٍ) تَشْتَمِلُ عَلَى عَقْدَيْنِ فَأَكْثَرَ كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ وَالْهَبَةِ وَالْوَكَالَةِ وَالْقَرْضِ وَالْمُزَارَعَةَ وَالصَّرْفَ وَالْمُزَارَعَةَ وَالشَّرِكَةَ وَالْمُضَارَبَةَ بِحَيْثُ تَعْتَبَرُ

⁸⁰ Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, Kamus Besar Bahasa Indonesia, edisi II, h. 671

⁸¹ Team Penyusun, *al-Mu'jam al-Wasit*h Jilid II, (cet. V; Kairo: Maktabah al-Syuruq al-Dauliyah, 2011), h.

مُوجِبَاتِ تِلْكَ الْعُقُودِ الْمُجْتَمَعَةِ وَجَمِيعِ الْحُقُوقِ وَالْإِلْتِزَامَاتِ وَالشَّرْكَةِ الْمُتَرْتِبَةَ عَلَيْهَا جُمْلَةً
وَإِحْدَاةً لَا تُقْبَلُ التَّفْرِيقُ وَالتَّجْرِئَةُ وَالْإِنْفِصَالُ بِمِثَابَةِ أَثَارِ الْعَقْدِ الْوَاحِدِ⁸²

Menurut Moh. Burhan Arbouna, akad murakkabah adalah persetujuan antara dua pihak atau lebih untuk menyatukan dua akad atau lebih yang berbeda fitur dan kosekuensi hukumnya agar tercapai transaksi yang dapat berjalan sesuai dengan yang diinginkan.⁸³

Berdasarkan definisi di atas, dapat disimpulkan bahwa definisi multi akad adalah menggabungkan dua akad transaksi yang berbeda fitur dan konsekuensi hukumnya yang apabila akad-akad tersebut berdiri sendiri akan menimbulkan transaksi yang sah.

Sebagian ulama fikih membolehkan suatu transaksi keuangan didasarkan atas beberapa akad, karena hukum penggabungan beberapa akad dalam satu transaksi dibolehkan dengan syarat tidak ada dalil yang melarangnya, dan akad-akad yang menjadi alas transaksi itu apabila berdiri sendiri hukumnya boleh. Menurut mayoritas ulama dari golongan Hanafi, Syafi’I, dan Hanbali, bahwa penggabungan beberapa akad dalam satu transaksi boleh dengan syarat akad-akad tersebut apabila berdiri sendiri sah menjadi alas transaksi. Menurut al-Kasa>ni bahwa penggabungan dua atau tiga akad dalam satu transaksi hukumnya boleh dengan syarat akad-akad itu

⁸² Artinya: “Kesepakatan dua pihak untuk melaksanakan suatu akad yang mengandung dua akad atau lebih --seperti jual beli dengan sewa menyewa, akad hibah dengan waka>lah, akad qard dengan muza>ra’ah, akad s}arf dengan muza>ra’ah, dan atau syirkah dengan mudharabah ... dst.-- sehingga semua akibat hukum akad-akad yang terhimpun tersebut, serta semua hak dan kewajiban yang ditimbulkannya dipandang sebagai satu kesatuan yang tidak dapat dipisah-pisahkan, sebagaimana akibat hukum dari satu akad”. Lihat, Nazi>h Hammad, *al-‘Ukud al-Murakkabah fi al-Fiqh al-Islami*, h. 7

⁸³ Moh. Burhan Arbouna, *combination of Contract in Shariah; A Potential Mechanism for Product Development in Islamic Banking and Finance*, dalam Fathurrahman Djamil, *Penerapan Hukum Perjanjian dalam Transaksi di LEmbaga Keuangan Syariah*, h. 118

apabila berdiri sendiri sah menjadi alas transaksi, seperti bolehnya akad syirkah *mufawa>d}ah* yang didasarkan atas akad al-wakalah dan al-kafalah.⁸⁴

Penggabungan beberapa akad dalam satu transaksi sepanjang mengandung unsur kemaslahatan dan tidak ada dalil pasti yang melarangnya, maka proses itu dianggap sah. Karena pada dasarnya aspek mu'a>malah ma>liyah aspek pertimbangan kemaslahatan dan kemanfaatan lebih diutamakan. Namun terdapat beberapa ketentuan yang harus diperhatikan berkaitan penggabungan beberapa akad dalam satu transaksi, yaitu, *Pertama*, penggabungan dua atau tiga akad (akad murakkabah) dalam satu transaksi tidak bertujuan untuk menjadi solusi terhadap akad yang dilarang oleh syariat, sehingga dapat mengakibatkan pendapatan mengandung unsure riba. *Kedua*, pembentukan akad murakkabah tidak bertujuan untuk menyiasati transaksi yang mengandung unsur riba. *Ketiga*, unsur-unsur pembangun multi akad tidak saling bertentangan dalam status hukumnya.⁸⁵

Pasca di Undangkannya UU Perbankan Syariah Tahun 2008 maka agenda terpenting industri perbankan syariah diarahkan untuk mencapai peningkatan daya tarik dan daya saing untuk membesarkan dirinya. Ada empat unsur yang harus dipenuhi perbankan syariah dalam rangka meningkatkan daya tarik dan daya saingnya, yaitu, *Pertama*, meningkatkan kemampuan permodalan perbankan syariah sehingga dapat efisien dan kompetitif. *Kedua*, mengembangkan variasi produk-produk perbankan syariah yang beragam sesuai kebutuhan bisnis dan masyarakat. *Ketiga*, mengoptimalkan jaringan perbankan syariah yang luas. *Keempat*, adanya

⁸⁴ Nazih Hammad, *al-'Uqu>d al-Murakkabah fi al-Fiqh al-Islami, Dira>sah Ta's}jilyah lilmanzu>mat al-Aqdiyah al-Mustahdas}ah*, h. 8-9

⁸⁵ Nazih Hammad, *al-'uqud al-Murakkabah fi al-Fiqh al-Islami*, h. 13-19

pasar modal dan pasar uang syariah yang memiliki produk dan instrumen keuangan syariah yang beragam, kompetitif dan likuid.⁸⁶

Ketentuan-ketentuan yang ditetapkan Undang-undang No. 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah terkait meminimalisir perilaku *garar* dalam aktifitas pembiayaan dengan akad mudharabah dapat ditemukan pada Pasal 23, 36, dan 37 yang mengatur ketentuan tentang kelayakan penyaluran dana yang menganut prinsip kehati-hatian, meneliti secara seksama calon penerima fasilitas pembiayaan, dan mengajukan syarat-syarat pengajuan pembiayaan.⁸⁷ Pasal-pasal tersebut merupakan jaring pengaman terhadap aktifitas *garar* dan meminimalisir perilaku *zalim* dan *maisir*. Karena itu, pihak bank dituntut berhati-berhati dalam menetapkan calon nasabah penerima pembiayaan dan harus menyebarkan dana pembiayaan secara merata agar tidak berpusat pada nasabah debitur tertentu. Sehingga resiko pembiayaan merata pada sektor pembiayaan. Bank syariah harus berkeyakinan bahwa calon nasabah pembiayaan memiliki kemauan berkaitan dengan iktikad baik untuk membayar kembali penggunaan dana sesuai yang diperjanjikan dan memiliki kemampuan berkaitan dengan keadaan atau aset calon penerima fasilitas pembiayaan, sehingga dianggap mampu untuk membayar kembali dana yang dipinjamkan.

Penilaian iktikad baik dan kemampuan calon penerima fasilitas pembiayaan ini harus dilakukan oleh bank syariah secara teliti dengan memperhatikan, *Pertama*, jaminan yang diajukan harus likuid dan bebas sengketa. *Kedua*, kemampuan yang

⁸⁶ Yusuf Wibisono, Politik Ekonomi UU Perbankan Syariah Peluang dan Tantangan Regulasi Industri Perbankan Syariah, *Jurnal Ilmu Administrasi dan Organisasi*, vol. 16 no. 2 (Mei–Agustus 2009), hlm. 105-115. www.muslim.com (diakses 10 Juni 2013)

⁸⁷ M. Amin Summa, *Himpunan Undang-undang Perdata Islam dan Peraturan pelaksanaan Lainnya di Negara Hukum Indonesia*, h. 1468 dan 1472

berkaitan dengan keahlian atau skill berusaha dan system manajemen usahanya. *Ketiga*, berkaitan dengan watak calon nasabah pembiayaan yang meliputi kejujuran dan iktikad baiknya. *Keempat*, bank syariah dan UUS harus melakukan analisis terhadap posisi keuangan, baik untuk masa akan datang maupun yang sementara berjalan, sehingga dapat diketahui kemampuan permodalan calon nasabah dalam menunjang pembiayaan proyek. *Kelima*, bank syariah dan UUS harus melakukan analisis prospek usaha calon nasabah dengan melihat kondisi pasar dan prospek pemasaran dari hasil proyek yang akan dibiayai. Langkah-langkah penilaian diatas ini adalah bagian dari usaha untuk meminimalisir kemungkinan terjadinya *garar* dan *maisir*.

Kegiatan usaha yang tidak boleh dilakukan oleh bank umum syariah dan UUS dalam rangka meminimalisir praktek kegiatan haram; (a) Tidak melakukan kegiatan usaha yang bertentangan dengan prinsip syariah yang meliputi kegiatan berbasis *riba*, *maisir*, *garar*, *zhalim*, dan haram. (b) Jual beli saham langsung di Pasar modal. (c) Melakukan penyertaan modal sementara yang meliputi pembelian saham dan atau konversi pembiayaan menjadi saham dalam perusahaan nasabah untuk mengatasi kegagalan penyaluran dana dan atau piutang dalam jangka waktu tertentu sebagaimana dimaksud dalam ketentuan Bank Indonesia.

Secara praktek, sebagian bank syariah konsisten terhadap ketentuan perundang-undangan berkaitan dengan penyaluran pembiayaan secara selektif dengan tidak menyalurkan pembiayaan pada usaha-usaha yang kemungkinan mengandung unsur haram, namun sebagian bank syariah belum konsisten terhadap ketentuan peraturan perundang-undangan berkaitan dengan penyaluran pembiayaan dengan memilih jenis usaha nasabah yang tidak bertentangan dengan prinsip syariah.

Pembiayaan modal kerja iB yang dikembangkan masih bermitra dengan pembiayaan konvensional, seperti Koperasi pegawai negeri. Secara akad kerjasama antara perbankan syariah Koperasi atau lembaga finance konvensional menggunakan akad mudharabah, namun pembiayaan yang dilakukan oleh Koperasi atau lembaga finance konvensional dengan para nasabahnya menggunakan instrument bunga sebagai imbalan atas pinjaman yang diberikan.

Secara kultural, kegiatan ekonomi syariah belum dapat dilepaskan secara radikal dari sistem ekonomi konvensional yang karakteristiknya berbasis riba. karena faktor hierarkis kelembagaan, yaitu lembaga keuangan syariah akan saling bersinergi dengan lembaga keuangan konvensional yang ribawi, baik dari aspek permodalan, penempatan dana, pengembangan produk, maupun sharing keuntungan yang diperoleh. Karena itu, untuk mengantisipasi resiko reputasi dan mis persepsi terhadap unit usaha syariah, maka DSN-MUI menerapkan kaedah fikih keindonesian, yaitu “*al-tafriq al-halal min al-haram*” (pemisahan unsur halal dari yang haram). Kaedah ini didasarkan atas pandangan bahwa uang dalam persepektif fiqh adalah sesuatu yang halal. Penentuan keharamannya bukan karena zatnya, tetapi karena cara perolehannya (*kasbiyyah*). Karena itu, apabila uang yang halal bercampur dengan yang haram, sedangkan bagian yang haram dapat diidentifikasi dan dikeluarkan, maka uang yang tersisa adalah halal hukumnya.⁸⁸

Kaedah tersebut di atas bersumber dari kaedah umum, yaitu “*izala' al-halal wa al-haram gulliba al-haram*” (apabila sesuatu yang halal dan yang haram saling bercampur, maka sesuatu yang haram lebih diunggulkan). Kaedah ini dapat dikesampingkan apabila unsur haram dan unsur halal memungkinkan untuk

⁸⁸ M. Ma'ruf Amin,

dipisahkan dan dibedakan. Karena itu, pembiayaan sebagian perbankan syariah yang bermitra dengan Koperasi atau lembaga finance konvensional berdasarkan akad mudharabah memungkinkan untuk memperoleh pendapatan yang sesuai syariah, apabila memungkinkan pemisahan unsur haram dan unsur halal dari pendapatan Koperasi mitranya. Sebaliknya, apabila proses identifikasi itu sulit dilakukan, maka secara sah dan meyakinkan telah terjadi indikasi pelanggaran terhadap prinsip syariah, yaitu tidak bebas dari unsur haram.

Pembiayaan mudharabah membolehkan bank melakukan pengawasan dan kontrol terhadap usaha nasabahnya dengan cara meminta laporan hasil pengelolaan dan pendapatan dari dana mudharabah. Laporan tersebut diberikan secara periodik, baik itu triwulan atau tahunan. Hasil laporan pengelolaan dana mudharabah menjadi masukan bank untuk melihat realisasi dari proyeksi keuntungan pendapatan yang telah diproyeksikan sejak awal penandatanganan akad mudharabah.

Ketentuan tentang bank memiliki hak dalam pengawasan dan pembinaan usaha nasabah dengan cara meminta bukti-bukti dari laporan hasil usaha nasabah. ketentuan ini diatur dalam fatwa DSN-MUI No. 07/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Pembiayaan Mudharabah (qirad), sebagaimana diatur dalam peraturan bank Indonesia Nomor 10/16/PBI/2008 Tentang Perubahan atas Peraturan Bank Indonesia Nomor 9/19/PBI/2007 Tentang Pelaksanaan Prinsip Syariah dalam Kegiatan Penghimpunan Dana dan Penyaluran Dana, serta Pelayanan Jasa Bank Syariah. Dan pelaksanaannya dituangkan dalam Surat Edaran Nomor 10/14/DPbs tanggal 17 Maret 2008.

Konsistensi pihak bank meminta laporan dan bukti pendukung atas pengelolaan dana mudharabah merupakan salah satu tindakan preventif untuk

mencegah terjadinya g}ara>r dan mencegah terjadinya mud}arat akibat kesalahan pengelolaan dana mud}a>rabah}. Adanya audit internal syariah pada bank syariah yang senantiasa menelusuri laporan dan bukti pengolaan dana mud}a>rabah} menunjukkan bahwa tindakan tersebut untuk mencegah terjadinya g}ara>r yang dapat terjadi terhadap bank.

Pelanggaran terhadap ketentuan perundang-undangan dan peraturan pemerintah sesuai yang ditetapkan oleh UU No. 21 Tahun 2008 meliputi sanksi administratif dan pidana. Sanksi administratif ditetapkan oleh bank Indonesia kepada bank syariah atau UUS, anggota dewan komisaris, anggota Dewan Pengawas Syariah, direksi, pegawai bank syariah, bank umum konvensional yang memiliki unit usaha syariah, yang menghalangi dan tidak melaksanakan prinsip syariah dalam menjalankan usaha dan tugasnya sebagaimana yang ditunjuk oleh Undang-undang perbankan syariah. Peraturan bank Indonesia No. 10/16/PBI/2008 Tentang Perubahan atas Peraturan Bank Indonesia No. 9/19/PBI/2007 Tentang Pelaksanaan Prinsip Syariah dalam Kegiatan Penghimpunan Dana dan Penyaluran Dana Serta Pelayanan Jasa Bank Syariah Pasal 2 angka 2 menyebutkan bahwa dalam melaksanakan jasa perbankan melalui kegiatan penyaluran dana, bank wajib memenuhi Prinsip Syariah. Pada Pasal 5 ditegaskan tentang sanksi pidana yang diberikan kepada bank syariah yang tidak memenuhi prinsip syariah sebagaimana dimaksud pada Pasal 2 angka 2 berupa sanksi administratif sebagaimana yang ditetapkan dalam UU No. 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah.

Menurut Sudarto, unsur penentuan pidana harus memperhatikan aspek-aspek sebagai berikut: *Pertama*, Penerapan hukum pidana harus memperhatikan tujuan pembangunan nasional, yaitu untuk mewujudkan masyarakat adil makmur yang

merata secara materil dan spiritual berdasarkan Pancasila. *Kedua*, Perbuatan yang akan dicegah dengan hukum pidana harus merupakan perbuatan yang dikehendaki yaitu perbuatan yang dapat mendatangkan kerugian secara materil maupun spiritual atas warga masyarakat. *Ketiga*, Penerapan hukum pidana harus pula memperhatikan efektifitas dan kemampuan daya kerja dari badan-badan penegak hukum.⁸⁹

Berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang menegaskan adanya sanksi pidana terhadap pelanggaran yang tidak memenuhi prinsip syariah dalam penyaluran dana pada perbankan syariah merupakan upaya preventif pemerintah terhadap perbankan syariah untuk menjaga konsistensinya menerapkan prinsip syariah dalam penyaluran dana. Karena konsistensi terhadap prinsip syariah merupakan karakteristik dan brand image yang dapat memengaruhi ekspektasi masyarakat terhadap perbankan syariah.

D. Ketentuan Hukum Akad Pembiayaan Musyarakah

Pembiayaan *musyarakah* pada perbankan syariah terdiri dari pembiayaan *musyarakah* biasa, dan pembiayaan *musyarakah mutanaqishah*. Ketentuan akad *musyarakah mutanaqishah* dalam perjanjian yang dibuat oleh bank Muamalat cab. Makassar dengan nasabah meliputi beberapa hal sebagaimana berikut:

1. Pembiayaan *musyarakah mutanaqishah* adalah pembiayaan dalam rangka kerjasama antara Bank dan Nasabah, dimana masing-masing pihak memberikan kontribusi modal dan pembebanan resiko untung dan rugi sesuai yang disepakati bersama. Adapun kepemilikan asset atau barang salah satu

⁸⁹ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Bandung, 1983

pihak (*sya>rik*) dari waktu ke waktu akan berkurang disebabkan pembelian secara bertahap oleh pihak lainnya.

2. Mitra adalah pihak-pihak yang berakad antara Bank dan Nasabah yang masing-masing pihak berkontribusi terhadap modal.
3. Modal adalah sejumlah dana dan atau barang yang terlebih dahulu dinilai dengan uang berdasarkan nilai wajar atau harga pasar dalam mata uang yang sama dan disepakati oleh para pihak yang berakad.
4. Porsi kepemilikan adalah besarnya porsi modal yang diserahkan oleh Bank dan Nasabah dalam rangka pembelian barang yang disepakati.
5. Nisbah keuntungan adalah porsi bagi hasil yang ditetapkan oleh Bank berdasarkan besar kecilnya porsi modal yang disetor oleh para pihak yang berakad. Nisbah tersebut dari waktu ke waktu akan berubah sesuai dengan jumlah porsi kepemilikan sebagaimana ditentukan di dalam daftar angsuran atau cicilan.
6. Perhitungan bagi hasil akan dilakukan setiap bulan sebagaimana daftar angsuran yang ditetapkan oleh bank.
7. Bagi Hasil adalah pembagian hasil usaha yang dihitung dari hasil sewa atas barang dalam periode tertentu yang disepakati oleh para Pihak.
8. Barang adalah proyek pembiayaan *musya>rakah mutana>qis}ah* sebagaimana disebutkan dalam akad ini.
9. Kewajiban nasabah adalah segala sesuatu yang berkaitan dengan pengembalian modal yang menjadi hak Bank oleh Nasabah.
10. Biaya-biaya yang wajib ditanggung oleh nasabah meliputi antara lain, biaya administrasi, dan biaya-biaya yang timbul berkenaan dengan pelaksanaan akad,

tetapi tidak terbatas pada biaya notaries atau PPAT, premi asuransi, dan biaya pengikatan jaminan.

11. Ta'zir merupakan kewajiban yang dibebankan kepada nasabah akibat terlambat membayar kewajiban dari jadwal yang telah ditetapkan. Dana *ta'zir* diperuntukkan untuk dana social. Selain denda *ta'zir*, nasabah juga wajib mengganti kerugian riil (*ta'widj*) yang diakibatkan atas keterlambatan pembayaran. Dana *ta'widj* diperuntukkan untuk menutupi kerugian riil bank atas fasilitas pembiayaan *musya>rakah mutana>qisjah*.
12. Penyelesaian sengketa diselesaikan secara musyawarah untuk mufakat. Apabila tidak tercapai kesepakatan untuk mufakat, maka akan diselesaikan melalui Badan Arbitrasi Syariah Nasional (BASYARNAS). Putusan BASYARNAS merupakan putusan tingkat pertama dan terakhir serta mengikat para pihak. Eksekusi putusan BASYARNAS dilaksanakan oleh Peradilan dalam lingkup Pengadilan Negeri.⁹⁰

Ketentuan pembiayaan *musya>rakah mutana>qisjah* diatur dalam fatwa DSN-MUI Nomor: 73/DSN-MUI/XI/2008 Tentang MUSYARAKAH MUTANAQISAH. Fatwa ini lahir berdasarkan permintaan dari Bank Muamalat Indonesia (BMI), Bank Tabungan Negara (BTN) Syariah, dan PKES, dan lembaga keuangan syariah lainnya. Latarbelakang lahirnya fatwa ini didasarkan atas kebutuhan masyarakat untuk bertransaksi dalam memperoleh barang atau modal secara patungan, sebagaimana dicantumkan dalam fatwa, yaitu pembiayaan musyarakah memiliki keunggulan dalam kebersamaan dan keadilan, baik dalam berbagi keuntungan maupun resiko kerugian, sehingga dapat menjadi alternatif dalam

⁹⁰ Diola dari akad pembiayaan *musya>rakah mutana>qisjah* yang dikeluarkan oleh Bank Muamalat cab. Makassar

proses kepemilikan aset (barang) atau modal. Kepemilikan aset (barang) atau modal sebagaimana dapat dilakukan dengan cara menggunakan akad *musya>rakah mutana>qis}ah*.

E. Produk Pembiayaan atas Dasar Akad Musya>rakah

Pembiayaan *musyarakah mutana>qis}ah* pada bank syariah dioperasionalkan untuk produk konsumtif berupa kepemilikan rumah (KPR) dengan menggunakan system multi akad, yaitu akad *musya>rakah* (perkongsian), sewa, dan jual beli. Akad ini termasuk akad baru yang dikembangkan oleh perbankan syariah sebagai alternative bagi nasabah dalam memilih pembiayaan kepemilikan rumah selain pembiayaan atas dasar akad *mura>bahah*. Produk KPR yang didasarkan atas akad *musya>rakah mutana>qis}ah* bertujuan untuk memberikan pilihan pembiayaan kepemilikan rumah dengan mengacu pada Peraturan Pemerintah yang mengharuskan uang muka beberapa persen dari harga rumah yang akan dibiayai oleh bank. uang muka tersebut merupakan kontribusi modal nasabah. sisanya merupakan modal bank yang dikonversi sebagai pembiayaan.

Ketentuan yang dicantumkan dalam akad perjanjian *musya>rakah mutana>qis}ah* pada syariah terkait nisbah bagi hasil, yaitu bahwa nisbah bagi hasil akan berubah dari waktu ke waktu yang disesuaikan dengan jumlah porsi kepemilikan masing-masing pihak terhadap barang. Sedangkan kerugian akan ditanggung oleh pihak-pihak yang berakad secara proporsional menurut porsi kepemilikan masing-masing. Kecuali kerugian itu karena ketidakjujuran dan atau kelalaian pihak lain sebagaimana dicantumkan dalam akad.

Keuntungan usaha merupakan tujuan dari proses transaksi bisnis. Industry bisnis, baik dikelola secara sederhana maupun secara professional memiliki orientasi

profit, karena keuntungan itulah menjadi salah satu tolak ukur keberhasilan industry bisnis. Perbankan syariah sebagai salah satu industry bisnis juga memiliki orientasi profit yang bertujuan untuk membangun jaringan ekonomi yang berbasis demokrasi ekonomi dan mengedepankan prinsip-prinsip syariah dalam system operasionalnya. Dalam kajian fikih, untuk memperoleh keuntungan usaha yang legal menurut syariah harus memperhatikan tiga aspek, yaitu, *Pertama*, aspek modal atau kepemilikan terhadap asset. *Kedua*, aspek potensi usaha atau usaha yang membutuhkan modal. *Ketiga*, aspek jaminan atau garansi atas resiko-resiko. Modal dalam bahasa fikih diistilahkan dengan "رأس المال", yaitu salah satu faktor produksi selain tanah, tenaga kerja, dan organisasi yang digunakan untuk membantu mengeluarkan aset lain. Sebagian pakar mempersamakan istilah "*ma>l*" dengan modal, yaitu ketika sebagian harta diproduktifkan untuk kegiatan ekonomi. Untuk lebih jelasnya pengertian di atas, dapat dilihat firman Tuhan dalam surah al-Imran ayat 14 sebagai berikut:

" زَيْنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ وَالْقَنَاطِيرِ الْمُقَنْطَرَةِ مِنَ الذَّهَبِ
وَالْفِضَّةِ..... ذَلِكَ مَتَاعُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا"⁹¹

Kata "*mata>'un*" yang meliputi berbagai jenis harta itu menunjukkan bahwa kata ini berkonotasi modal. Kata "*zuyyina*" menunjukkan pentingnya modal dalam kehidupan manusia.⁹² dalam sistem ekonomi Islam modal itu harus terus dikembangkan, tidak boleh stagnan. sebab apabila aset itu tidak digunakan (*idle*) untuk menghasilkan kekayaan, maka modal kerja akan berkurang untuk usaha

⁹¹Artinya: "Dijadikan indah dalam (pandangan) manusia kecintaan pada apa-apa yang diingini, yaitu wanita-wanita, anak-anak, harta yang banyak dari jenis emas dan perak,.... Itulah kesenangan hidup di dunia dan perhiasannya yang fana...".

⁹² Muhammad Djakfar, *Hukum Bisnis*, Membangun Wacana Integrasi Perundangan Nasional dengan Syariah, (cet. I; Malang: UIN Malang Press, 2009), h. 97

perdagangan, industri maupun pertanian. Dampaknya dapat menjadikan pertumbuhan ekonomi akan melambat dan cenderung melegalkan praktek-praktek yang tidak dibenarkan, seperti monopoli, ogopoli dan pasar gelap. Harta merupakan titipan Tuhan yang harus digunakan untuk kesejahteraan bersama, untuk mencapai sasaran itu, tentu harta harus dibelanjakan pada usaha produktif, bukan untuk berfoya-foya, boros, dan pamer kekayaan (*demonstration effect*) yang dapat menimbulkan kecemburuan sosial dan memperlebar gap antara masyarakat kaya dan miskin. Sedangkan usaha atau "العمل", yaitu usaha dan pekerjaan riil yang membutuhkan keterampilan untuk menghasilkan suatu produk. Pekerjaan secara professional membutuhkan manajemen waktu, pengelolaan, tenaga, dan fikiran untuk menghasilkan seni karya yang tinggi. Karena itu dibutuhkan imbalan atas pekerjaan tersebut. Sementara itu, aspek jaminan atas resiko merupakan sebab tercapainya keuntungan didasarkan atas kaedah "الخراج بالضمان", pihak-pihak yang berakad sepakat atas pembagian resiko atas kegagalan dalam mendapatkan keuntungan. Pihak pemodal bersiap atas kehilangan sebagian modalnya karena resiko yang timbul diluar kemampuan pihak mitra. Sedangkan mitra lain siap menerima kegagalan atas pekerjaan diakibatkan resiko yang timbul. Karena pihak-pihak yang berakad bersiap menanggung resiko itulah sehingga bersiap juga atas keuntungan yang akan diperoleh.

Dalam rangka terus mendorong dan menjaga kesinambungan pengembangan perbankan syariah, Bank Indonesia memandang perlu dilakukannya langkah pengembangan dan kebijakan perbankan syariah yang difokuskan pada hal-hal berikut :

a. Pembiayaan Perbankan Syariah yang Lebih Mengarah kepada Sektor Ekonomi Produktif dan Masyarakat yang Lebih Luas.

Arah pengembangan yang sesuai untuk memberikan *multiflier effect* yang lebih besar bagi pertumbuhan ekonomi Indonesia adalah dengan turut menunjang pertumbuhan perekonomian nasional. Dukungan pembiayaan kepada sektor produktif tidak hanya akan meningkatkan *market share* perbankan syariah namun juga akan mendukung perekonomian nasional yang lebih berdikari. perbankan syariah diarahkan untuk mengembangkan pelayanan akan pembiayaan sektor-sektor produksi. Beberapa terobosan yang dapat ditempuh antara lain dengan memasuki sektor-sektor yang mendapatkan prioritas dari pemerintah seperti konstruksi, listrik dan gas, pertanian dan industri kreatif, sektor produktif untuk *start up business*, dan sector Usaha Kecil dan Menengah (UMKM) serta proyek-proyek skala prioritas dalam inisiatif MP3EI (Master plan percepatan dan perluasan pembangunan ekonomi Indonesia).

b. Pengembangan Produk yang Lebih Memenuhi Kebutuhan Masyarakat dan Sektor Produktif

Bank Indonesia akan memprioritaskan dukungan bagi pengembangan produk-produk yang terkait sektor produktif dan dapat lebih memenuhi kebutuhan masyarakat yang lebih luas. Dukungan tersebut antara lain diberikan melalui penyempurnaan regulasi, proses perizinan produk, kajian produk dan diseminasi *knowledge* dan *skill*. Untuk analisis pembiayaan sektor produktif melalui kegiatan, seperti, *workshop*, lokakarya, dan seminar. Pertumbuhan sektor produktif yang ekspansif dan berkesinambungan membutuhkan prasyarat pengembangan infrastruktur dan struktur industri yang efisien dan dapat memenuhi kebutuhan

masyarakat yang lebih luas. Sehubungan dengan hal tersebut, Bank Indonesia akan melakukan kajian efisiensi dan *cost structure* perbankan syariah dan potensi pengembangan skim pembiayaan *Islamic Microfinance* yang selama ini bergerak di sektor produktif dengan menysasar sebagian besar penduduk Indonesia. Bank Indonesia akan terus menyempurnakan regulasi terkait produk perbankan syariah. Melanjutkan kebijakan pada tahun-tahun sebelumnya, Bank Indonesia menyelenggarakan forum kerjasama *tripartite* dengan Dewan Syariah Nasional dan Ikatan Akuntan Indonesia dalam mempercepat pengembangan produkproduk baru atau *non standard*. Sebagaimana tahun sebelumnya, diagendakan untuk produk yang relevan dengan kebutuhan bank dan masyarakat.⁹³

Bentuk akad *musya>rakah mutana>qis}ah* mengembangkan model akad murakkabah (multi akad) dengan menggabungkan akad *musya>rakah*, jual beli, dan sewa. Penggabungan akad *musya>rakah* dalam bentuk multi akad diakomodir dalam fatwa DSN tentang *musya>rakah mutana>qis}ah*, yaitu akad *musya>rakah mutana>qis}ah* terdiri dari akad musyarakah dan bai' (jual-beli). Multi akad dapat diberlakukan sepanjang akad-akad pendukungnya jika berdiri sendiri hukumnya boleh. Praktek yang dilakukan perbankan syariah adalah dengan menggabungkan akad *musya>rakah*, *Ija>rah*, dan jual beli.

Akad *musyarakah mutanaqis}ah* pada perbankan syariah dapat ditujukan untuk kegiatan pembiayaan produktif berupa penyertaan modal bersama dengan nasabah. Selain itu, dapat juga dioperasionalkan dalam bentuk pembiayaan konsumtif berupa pembiayaan kepemilikan rumah dengan skim penyertaan modal

⁹³ Bank Indonesia, Outlook Perbankan Syariah 2013, *Situs Resmi Bank Indonesia*. www.bankindonesia.com, (12 Mei 2014)

(musyarakah), ijarah, dan jual beli. Teknisnya, bank dan nasabah masing-masing menyertakan modal dalam pembelian rumah. Komposisi modal tergantung kesepakatan. Bank membiayai nasabah dalam memiliki rumah yang akan dibayar dalam bentuk sewa yang diangsur setiap bulan selama periode akad. Komposisi saham bank terhadap kepemilikan rumah akan berkurang seiring dengan angsuran sewa yang terbayarkan. Pada akhir periode akad akan dilaksanakan akad jual beli untuk mengalihkan kepemilikan bank terhadap obyek yang dipersewakan kepada nasabah. Selama masa angsuran, harga sewa dapat berubah yang akan diberitahukan kepada nasabah.

Mencermati klausul akad perjanjian *musya>rakah mutanaqis}ah* di atas, tampaknya akad yang dioperasionalkan dalam pembiayaan *musya>rakah mutanaqis}ah* menggunakan prinsip multi akad, yaitu akad *musya>rakah* dengan komponen *ija>rah*, sewa, dan jual beli dalam satu transaksi, seperti transaksi pembelian rumah tinggal. Pembiayaan kepemilikan rumah (KPR) berdasarkan akad *musya>rakah mutanaqis}ah* sesuai dengan fatwa Dewan Syariah Nasional NO: 73/DSN-MUI/XI/2008 Tentang Musyarakah Mutanaqisah dengan ketentuan, diantaranya:

Pertama, Ketentuan Hukum, yaitu bahwa Hukum Musyarakah Mutanaqisah adalah boleh.

Kedua : Ketentuan Akad

1. Akad Musyarakah Mutanaqisah terdiri dari akad Musyarakah atau syirkah dan bai' (jual-beli).

2. Dalam Musyarakah Mutanaqisah berlaku hukum sebagaimana yang diatur dalam Fatwa DSN No. 08/DSN-MUI/IV/2000 tentang Pembiayaan Musyarakah, yang para mitranya memiliki hak dan kewajiban, di antaranya:
 - a. Memberikan modal dan kerja berdasarkan kesepakatan pada saat akad.
 - b. Memperoleh keuntungan berdasarkan nisbah yang disepakati pada saat akad.
 - c. Menanggung kerugian sesuai proporsi modal.
3. Dalam akad Musyarakah Mutanaqisah, pihak pertama (syarik) wajib berjanji untuk menjual seluruh *hishshah*-nya secara bertahap dan pihak kedua (syarik) wajib membelinya.
4. Jual beli sebagaimana dimaksud dalam angka 3 dilaksanakan sesuai kesepakatan.
5. Setelah selesai pelunasan penjualan, seluruh *hishshah* LKS beralih kepada syarik lainnya (nasabah).

Ketiga: *Ketentuan Khusus*

1. Aset Musyarakah Mutanaqisah dapat di-*ijarah*-kan kepada syarik atau pihak lain.
2. Apabila aset Musyarakah menjadi obyek Ijarah, maka syarik (nasabah) dapat menyewa aset tersebut dengan nilai ujarah yang disepakati.
3. Keuntungan yang diperoleh dari ujarah tersebut dibagi sesuai dengan nisbah yang telah disepakati dalam akad, sedangkan kerugian harus berdasarkan proporsi kepemilikan. Nisbah keuntungan dapat mengikuti perubahan proporsi kepemilikan sesuai kesepakatan para syarik.

4. Kadar atau ukuran bagian dan porsi kepemilikan asset Musyarakah syarik (LKS) yang berkurang akibat pembayaran oleh syarik (nasabah), harus jelas dan disepakati dalam akad.⁹⁴

Ketentuan di atas didasarkan atas dalil baik dari al-Qur'an, hadis, dan pendapat ulama seperti yang tertuang dalam konsideran fatwa. Dalil-dalil tersebut sebagai berikut:

- a. Firman Allah Swt dalam surah Shad [38]: 24:

...وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ....

- b. Hadis riwayat Abu Daud dari Abu Hurairah, Rasulullah SAW bersabda:

عن أبي هريرة رفعه قال : " إن الله تعالى يقول أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خانه خرجت من بينهما " (رواه أبو داود)⁹⁵

- c. Pendapat Wahbah al-Zuhaili:

Menurut Wahbah al-Zuhaili, akad musyarakah mutanaqis}ah bagian dari bentuk syirkah al-'ina>n, yaitu perkongsian dua orang terhadap kepemilikan harta untuk dikomersialkan dengan syarat keuntungan dibagi di antara keduanya. Bentuk ini dibenarkan berdasarkan ijma' sebagaimana yang disebutkan oleh Ibn Munzir. Tidak ada persyaratan yang mengharuskan modal dan pengelolaan harus seimbang dalam syirkah al-'ina>n, karena itu, salah seorang boleh memiliki porsi modal lebih banyak dari mitranya, tetapi keuntungan harus dibagi sesuai kesepakatan, salah seorang dapat menjadi delegasi pihak lain dalam pengelolaan obyek usaha. Setelah selesai masa perkongsian, obyek kongsi dapat dijual seluruh atau sebagian porsinya kepada mitra lainnya, dengan ketentuan akad penjualan dilakukan secara terpisah yang tidak terkait dengan akad syirkah".⁹⁶

⁹⁴ Kumpulan fatwa DSN-MUI

⁹⁵ Sulaiman bin al-Asy'ats bin Syadad bin 'Amru bin 'Amir, *Sunan Abu Daud*, Bab *Fi al-Syirkah*, No. Hadis 3383 h. 491/CD Room Maktabah Syamilah

⁹⁶ Wahbah al-Zuhaili, *al-Fiqh al-Islamy wa Adillatuhu*, Juz V, h. 3880-3881

Implementasi ketentuan-ketentuan hukum *musyarakah mutanaqisjah* diwujudkan dalam bentuk perjanjian yang ditandatangani dihadapan notaris. Namun dalam praktiknya terdapat beberapa hal yang perlu dicermati, yaitu, *Pertama*, ketentuan tentang jual beli yang harus dilakukan dalam akad perjanjian terpisah dari akad syirkah. Pada praktiknya, perjanjian jual beli terhadap obyek perkongsian telah disepakati pada awal akad ketika perjanjian *musyarakah mutanaqisjah* ditandatangani dan dituangkan dalam satu surat perjanjian. *Kedua*, sewa atas obyek perkongsian kemungkinan dapat berubah atau bersifat fluktuatif.

Kesepakatan yang dilakukan oleh bank muamalat dengan nasabah berkaitan dengan transaksi jual beli yang telah dituangkan dalam kontrak perjanjian adalah bagian dari kebiasaan dalam bidang bisnis dan tradisi perbankan modern. Sebab suatu perjanjian yang dibuat harus menjadi satu kesatuan utuh, sehingga tidak menimbulkan penafsiran ganda terhadap isi perjanjian. Berdasarkan pendekatan *'urf* dan *sad al-zari'ah*, karena itu, perjanjian jual beli dapat diperjanjikan sejak awal dan menjadi mengikat bagi nasabah untuk merealisasikannya. Sedangkan sewa atas obyek perkongsian ada kemungkinan bersifat fluktuatif tidak sesuai dengan karakteristik *musyarakah* yang salah satu unsurnya adalah perkongsian modal untuk membiayai usaha tertentu dengan skim bagi hasil. Karena itu, bagian bagi hasil nasabah dapat dikonversi sebagai bagian dari angsuran sewa atas obyek perkongsian.

Umumnya para ulama membolehkan penggabungan akad sewa dengan jual beli dalam satu obyek transaksi. karena unsur-unsur akad sewa dan jual beli memiliki kemiripan, yaitu keduanya termasuk kategori akad-akad *mu'awadah* (akad atas

beban).⁹⁷ Diantara argument tentang bolehnya terjadi dua akad dalam satu obyek transaksi, yaitu, *pertama*, akad *ija>rah* tidak menjadi fasid ketika disertakan dengan akad jual beli dalam satu obyek transaksi, seperti akad *musya>rakah mutanaqis}ah*, karena akad *ija>rah* dan jual beli memiliki konstruk yang sama. *Kedua*, aliran Syafi'I membolehkan penggabungan dua akad dalam satu obyek transaksi asalkan kedua akad itu berbeda implikasi hukumnya, seperti antara akad *ija>rah* dan jual beli.⁹⁸ Sedangkan akad jual beli yang digantungkan atas syarat tertentu, dikalangan ahli fikih terjadi perbedaan pendapat. *Pertama*, menurut mayoritas ulama (Hanafi, Malik, dan Syafi'I bahwa akad-akad *al-Mu'awad}ah* tidak dapat digantungkan atas syarat tertentu pada masa akan datang. Alasannya, akad-akad *mu'awad}ah*, seperti jual beli, akad sewa termasuk akad pemindahan kepemilikan yang bersifat pasti. Menggantungkan akad atas syarat tertentu bertentangan dengan sifat kepastian, karena itu, akad model itu tidak sah, karena mengandung unsur spekulasi yang mengarah pada penipuan. Alasan lainnya adalah bahwa pemindahan kepemilikan harus berdasarkan atas kerelaan. Dan kerelaan bersifat pasti. Menggantungkan akad atas syarat tertentu mengindikasikan ketidakpastian, dan hal ini dilarang.

Kedua, menurut kelompok kecil dari golongan Hanbali bahwa akad-akad *mu'awad}ah* dapat digantungkan atas syarat tertentu. alasannya, argument kelompok pertama yang menyatakan bahwa akad-akad *mu'awad}ah* bersifat pasti tidak memiliki dasar dari al-Qur'an, Sunah, dan ijmak. Sebab, pada dasarnya penentuan legalitas akad itu didasarkan atas ada tidaknya unsur kerelaan dari pihak-pihak yang

⁹⁷ Akad *al-Mu'awad}ah* adalah akad dimana terdapat prestasi yang timbal balik sehingga masing-masing pihak menerima sesuatu sebagai imbalan prestasi yang diberikannya. Contoh, akad jual beli dan akad sewa menyewa. Lihat. Syamsul Anwar, *Hukum Perjanjian Syariah*, h. 82

⁹⁸ Ali Jum'ah Muhammad, *Mausu'ah al-Iqts}ad al-Islami fi al-Mas}rif wa al-Nuqu>d wa al-Aswa>q al-Ma>liyah*, Jilid III, h. 564

bertransaksi, sepanjang kesepakatan tersebut tidak untuk menghalalkan yang haram dan mengharamkan yang halal, maka akad itu bersifat pasti dan mengikat yang harus dilaksanakan. Akad-akad yang digantungkan atas syarat tertentu tidak menghalangi sifat kepastian akad tersebut. Karena kehendak akad adalah sesuai apa yang disepakati oleh pihak-pihak yang bertransaksi. Alasan lainnya, sebagian golongan Malikiyah membolehkan penggantungan akad *tabarru'* atau akad atas beban dan cuma-cuma⁹⁹ atas syarat tertentu, akad *tabarru'* termasuk akad *al-mu'awad}ah*. Karena itu, jika akad *tabarru'* dibolehkan terjadi penggantungan atas syarat tertentu, kenapa akad *al-mu'awad}ah* biasa tidak dibolehkan, padahal substansi akadnya sama, yaitu pemindahan kepemilikan.

F. Ketentuan Hukum Pembiayaan atas Dasar Akad *Mura>bah}ah*

Ketentuan-ketentuan pembiayaan *mura>bahah* pada perbankan syariah dicantumkan dalam akad yang tertuang dalam akta notaris sebagai berikut:

1. Pembiayaan *mura>bahah* adalah penyediaan dana atau tagihan atas transaksi jual beli antara bank dan nasabah terhadap barang sebesar harga perolehan ditambah margin keuntungan yang disepakati.
2. Obyek akad atau barang yang dibutuhkan oleh nasabah telah dibeli dan dimiliki oleh bank secara sah. Mekanisme pembeliannya dapat diwakilkan kepada nasabah atau pihak ketiga yang ditunjuk dan disetujui oleh bank untuk selanjutnya bank akan menjualnya kepada nasabah.
3. Obyek akad adalah segala jenis barang berwujud yang dihalalkan oleh syariah, baik zat maupun cara perolehannya.

⁹⁹ Akad *tabarru'* adalah akad yang pada mulanya merupakan akad cuma-cuma, namun pada akhirnya menjadi akad atas beban. Contoh akad peminjaman

4. Harga obyek atau barang meliputi harga beli ditambah margin keuntungan. Apabila terdapat diskon atas obyek, maka akan dikurangi harga beli atau harga jual sesuai ketentuan yang berlaku di bank.
5. Margin merupakan selisih harga jual dengan harga perolehan yang menjadi keuntungan bank atas terjadinya jual beli *mura>bahah* yang disepakati oleh bank dan nasabah dan ditentukan hanya sekali pada awal akad dan tidak berubah selama periode akad dengan kondisi apapun.
6. Pembayaran oleh nasabah dapat dilakukan secara tunai atau tangguh yang meliputi utang *mura>bahah* ditambah biaya-biaya lain yang timbul akibat akad transaksi dan bank wajib menyampaikannya kepada nasabah.
7. Jangka waktu pembayaran ditentukan berdasarkan kesepakatan bank dan nasabah.
8. Uang muka atau '*urbun* adalah sejumlah uang yang diminta oleh bank kepada nasabah sebagai tanda kesungguhan nasabah dalam transaksi *mura>bahah*.
9. Bank dapat meminta uang muka atau '*urbun* yang besaran dan mekanismenya ditentukan berdasarkan kesepakatan bank dan nasabah. Pada prinsipnya uang muka adalah milik nasabah yang tidak boleh digunakan oleh bank. Apabila transaksi *mura>bahah* disepakati, maka uang muka dapat menjadi pengurang dari piutang *mura>bahah*. Sebaliknya, jika transaksi *mura>bahah* tidak jadi disepakati, maka uang muka harus dikembalikan kepada nasabah setelah dikurangi kerugian riil yang dialami oleh bank. Jika uang muka itu tidak mencukupi untuk menutup resiko kerugian, maka nasabah wajib membayar kekurangannya kepada bank.

10. Bank diperbolehkan meminta jaminan tambahan selain obyek atau barang yang dibiayai oleh bank yang dibuktikan dengan penyerahan dokumen-dokumen yang berkaitan dengan jaminan dan menandatangani perjanjian untuk mengikat jaminan sesuai persyaratan yang berlaku.
11. Bank dapat memberikan potongan pelunasan bagi nasabah yang telah melakukan pelunasan piutang *mura>bahah* tepat waktu atau bagi nasabah yang melakukan pelunasan lebih cepat dari waktu yang telah disepakati.
12. Bank dapat memberikan potongan tagihan *mura>bahah* bagi nasabah yang mengalami penurunan kemampuan pembayaran disebabkan oleh resiko bisnis.
13. Pelaksanaan akad tunduk kepada peraturan perundangan-undangan yang berlaku sesuai domisili pihak-pihak yang bertransaksi. Peraturan tersebut meliputi undang-undang perbankan syariah, peraturan bank Indonesia, dan fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia.
14. Penyelesaian sengketa jika terjadi perbedaan pendapat atau penafsiran atas isi akad, maka akan diselesaikan dengan musyawarah untuk mufakat. Apabila tidak tercapai mufakat, maka diselesaikan melalui Pengadilan Agama atau Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS) yang putusannya bersifat mengikat.¹⁰⁰

G. Produk Pembiayaan atas Dasar Akad *Mura>bah*ah

Pembiayaan *mura>bah*ah pada perbankan syariah umumnya dikembangkan dalam bentuk produk yang bersifat konsumtif. Produk tersebut berupa pembiayaan kepemilikan kendaraan dan kepemilikan rumah (KPR) dengan system jual beli yang

¹⁰⁰ Diola dari berbagai akad berakta notaries pada bank muamalat Makassar.

disertai margin. Pembiayaan kepemilikan dapat berbentuk kepemilikan rumah baru maupun bekas dengan system *take over*.

Mencermati ketentuan-ketentuan perjanjian yang diterapkan pada perbankan syariah, tampaknya telah mengikuti ketentuan-ketentuan yang dimuat dalam fatwa DSN-MUI No. 04/DSN-MUI/IV/2000 tentang *mura>bah}ah*, fatwa DSN Nomor 13/DSN-MUI/IX/2000 tentang Uang Muka dalam *Mura>bah}ah*, fatwa DSN Nomor 16/DSN-MUI/IX/2000 Tentang Diskon dalam *Mura>bah}ah*, Fatwa DSN Nomor 23/DSN-MUI/III/2002 Tentang Diskon Pelunasan dalam *Mura>bah}ah*, Fatwa Nomor 46/DSN-MUI/II/2005 Tentang Diskon Tagihan *Mura>bah}ah*, (*al-khusum fi al-mura>bahah*) dan Fatwa Nomor 47/DSN-MUI/II/2005 Tentang Penyelesaian Piutang *Mura>bahah* bagi Nasabah Tidak Mampu Membayar. Ketentuan perbankan syariah tentang pembiayaan *mura>bahah* berdasar pada Peraturan Bank Indonesia No. 7/46/PBI/2005 Pasal 9 dan Pasal 10 sebagian ketentuan dalam PBI menggunakan redaksi yang sama dalam fatwa-fatwa DSN-MUI yang berkaitan dengan *Mura>bah}ah*, dan sebagian lainnya merupakan penyesuaian redaksi kalimat terhadap ketentuan dalam PBI.

Prinsip syariah merupakan ketentuan yang harus diterapkan perbankan syariah terhadap semua transaksi, baik itu transaksi penyimpanan dana, pembiayaan, dan jasa. Pada transaksi pembiayaan berbasis *mura>bah}ah* terdapat beberapa potensi pelanggaran prinsip syariah, yaitu, *pertama*, bank menyerahkan uang tunai kepada nasabah untuk membeli barang secara *mura>bah}ah*, nasabah cukup menyerahkan kwitansi yang ditandatangani oleh supplier atas nama bank, padahal antara bank dan supplier tidak terjadi transaksi pembelian dan penyerahan barang yang diinginkan nasabah. *Kedua*, terjadi penandatanganan akad *mura>bah}ah* yang disertai

kesepakatan pembelian barang, namun kesepakatan itu dilakukan sebelum barang menjadi milik penuh bank.

Implementasi prinsip-prinsip syariah atau fikih yang harus diperhatikan dalam penerapan akad *mura>bah}ah* pada perbankan syariah meliputi ketentuan-ketentuan, yaitu:

Pertama, konsistensi terhadap perjanjian.¹⁰¹ Pihak-pihak yang bertransaksi dituntut untuk konsisten terhadap perjanjian. Para ulama berpendapat bahwa perjanjian *mura>bahah* yang disepakati sifatnya mengikat pihak-pihak yang berakad. Argumentasi ini didasari dari firman Tuhan¹⁰² " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ " ayat ini menegaskan bahwa pada dasarnya akad-akad itu bersifat mengikat. Dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah Pasal 21 menyebutkan bahwa salah satu asas akad harus bersifat *luzum*, yaitu setiap akad dilakukan dengan pertimbangan yang matang dan dilaksanakan secara tepat dan cermat.¹⁰³ Perbankan syariah merupakan industri bisnis dan jasa yang melibatkan berbagai kepentingan dan pemenuhan hak dan kewajiban terhadap pihak-pihak yang berinteraksi di dalamnya. Karena itu perjanjian yang dibangun harus bersifat mengikat untuk menjamin kepastian hukum bagi pihak-pihak yang terlibat transaksi.

Akad perjanjian *mura>bah}ah* bagian dari akad jual beli. Dalam pandangan fikih, perjanjian akad jual beli sifatnya tidak mengikat, karena berlaku hak *khiyar* (hak opsi) bagi pihak-pihak yang melakukan transaksi dengan akad *mura>bahah*. jika ketentuan hak *khiyar* ini juga diberlakukan terhadap perjanjian *mura>bahah* pada perbankan syariah, maka akan menimbulkan inkonsistensi pihak-pihak yang

¹⁰¹ Ali Jum'ah Muhammad, *Mau>su>'ah al-Iqts}ad al-Islami fi al-Mas}>arif wa al-Nuqu>d wa al-Aswa>q al-Ma>liyah*, Jilid. III, (cet. I; Kairo: Daar al-Sala>m, 2009), h. 403

¹⁰² Artinya: "wahai orang-orang yang beriman penuhilah akad-akad itu".

¹⁰³ Team Penyusun, *Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah*, h. 18

berakad terhadap perjanjian yang disepakatinya, sehingga berimplikasi pada ketidakpastian hukum.

Secara teoritis-normatif, ketentuan fatwa DSN-MUI Tentang akad *mura>bah}ah* mengindikasikan bahwa akad *mura>bah}ah* terikat secara hukum, yaitu bank menawarkan aset kepada nasabah berdasarkan perjanjian yang mengikat secara hukum. Karena itu kedua pihak harus membuat kontrak jual beli.¹⁰⁴ Ketentuan ini kontra dengan sifat dasar akad *mura>bah}ah* yang menurut mayoritas mazhab fikih pada dasarnya tidak mengikat para pihak (*ghair lazim*) dan tetap berlaku hak *khiyar*. Bahkan menurut sebagian kalangan mazhab Hanafi, jika ada unsur khianat atas janji, maka pembeli memiliki hak *khiyar* untuk menerima barang dengan harga yang disepakati atau membatalkan perjanjian.¹⁰⁵ Sedangkan menurut mazhab Maliki, ketika informasi harga tidak pasti dan kondisi riil barang tidak sesuai dengan keinginan pembeli, maka pemesan dapat membatalkan akadnya.

Fatwa tentang *mura>bah}ah* yang mengikat secara hukum atau sifatnya *lazim* kepada penjual dan pembeli barang adalah tuntutan hukum fikih modern berkaitan dengan *mu'a>malah ma>liyah*, khususnya dalam praktik perbankan berdasarkan metode *sad al-zari'ah*, yaitu untuk menghindari pembatalan akad oleh pemesan yang akan menimbulkan kerugian pada pihak bank.¹⁰⁶ Ibn Hazm menukil dari Ibn Syabramah bahwa semua perjanjian berorientasi muamalah bersifat *lazim* atau mengikat dan memaksa pihak-pihak yang melakukan ikatan perjanjian.¹⁰⁷ Dalam komentar yang lain dikatakan bahwa semua perjanjian yang bersifat *lazim* tidak

¹⁰⁴ Fatwa DSN-MUI No. 04/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Mura>bahah

¹⁰⁵ Wahbah az-Zuhaili, *al-Fiqh al-Islam wa Adillatuhu*, Jilid V, h. 3775

¹⁰⁶ M. Cholil Nafis, *Teori Hukum Ekonomi Syariah*, h. 171

¹⁰⁷ Ali Jum'ah Muhammad, *mausu>'ah al-Iqts}a>d al-Isla>mi fi al-Mas}arif wa al-Nuqu>d wa al-Aswa>q al-Ma>liyah*, Jilid III, (cet. I; Kairo: Da>r al-Sa>lam, 2009), h. 403

bertujuan untuk menghalalkan yang haram dan mengharamkan yang halal merupakan perjanjian yang bersifat mengikat dan memaksa.¹⁰⁸ Sebagaimana juga ditegaskan oleh kaedah fikih . " الْأَصْلُ فِي الْعُقُودِ الْإِجْرَاءُ " " pada dasarnya akad-akad itu bersifat pasti dan mengikat", sepanjang akad-akad yang dibuat memenuhi rukun dan syaratnya, serta tidak bertentangan dengan kehendak syariat.

Menurut Mariam Darus Badruzaman mengutip pendapat Goudekete bahwa perjanjian kredit yang di dalamnya terdapat perjanjian pinjam uang adalah perjanjian yang bersifat konsensual (*pactum decontranendo*). Perjanjian ini mempunyai kekuatan mengikat sesuai dengan Pasal 1338 KUH Perdata¹⁰⁹ menurut Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah, akad harus mencakup asas keadilan dan saling menguntungkan. Asas keadilan bermakna pihak-pihak yang melakukan transaksi ekonomi harus berlaku dan diperlakukan secara adil dan memiliki kedudukan yang setara, dan mempunyai hak dan kewajiban yang seimbang. Asas saling menguntungkan bermakna setiap akad dilakukan untuk memenuhi kepentingan para pihak sehingga tercegah dari praktik manipulasi yang merugikan salah satu pihak.¹¹⁰ Secara empiris, akad perjanjian yang dibuat oleh bank dan nasabah dibuat dihadapan notaris berdasarkan akta notaris yang ditunjuk oleh bank. Karena itu secara otomatis tunduk pada aturan hukum perdata, sehingga semua perjanjian yang dibuat diatas akta notaris berlaku sebagai undang-undang yang sifatnya mengikat pihak-pihak yang bertransaksi.

¹⁰⁸ Wahbah az-Zuhaili, *al-Fiqh al-Islam wa Adillatuhi*, Jilid V, h. 3777

¹⁰⁹ Pasal 1338 KUH Perdata berbunyi: "semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Suatu perjanjian tidak dapat ditarik kembali selain dengan sepakat kedua belah pihak, atau karena alasan-alasan yang oleh undang-undang dinyatakan cukup untuk itu. Suatu perjanjian harus dilaksanakan dengan I'tikad baik". Lihat, R. Subekti dan R. Tjitrosudibio, *Kitab Undang-undang Hukum Perdata*, h. 342

¹¹⁰ Team Penyusun, *Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah*, h. 19

Secara kontraktual, asas *taswiyah* atau kesetaraan, dan asas saling menguntungkan sebagaimana yang dicantumkan pada Pasal 21 Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah belum diakomodir dalam klausul-klausul kontrak perbankan syariah. Padahal keseimbangan hak dan kewajiban bagi pihak-pihak yang bertransaksi mutlak harus diperhatikan dan diakomodir dalam klausul kontrak. Faktanya, klausul-klausul kontrak pada perbankan syariah hanya memihak pada kepentingan bank semata. Seperti kewajiban nasabah harus konsisten dengan perjanjiannya, karena itu, wajib bagi nasabah menyerahkan uang muka untukantisipasi pembatalan akad. Sebaliknya pihak bank tidak dituntut untuk mengganti kerugian apapun kepada nasabah, jika bank menyalahi atau cidera janji.

Karakteristik hubungan kontraktual memiliki sifat dan mengandung hak dan kewajiban yang sangat luas. Para ahli menekankan dua aspek utama untuk mengetahuinya, yaitu, *pertama*, interpretasi terhadap sifat serta luasnya hak dan kewajiban kontraktual. *Kedua*, factor-faktor yang berpengaruh terhadap sifat serta luasnya hak dan kewajiban kontraktual, yang meliputi; (a) factor otonom (terkait daya mengikatnya kontrak). (b) factor heteronom (factor-faktor yang berasal dari luar para pihak, terdiri dari, undang-undang, kebiasaan, syarat yang biasa diperjanjikan, dan kepatutan)¹¹¹

Analisis diatas mengindikasikan bahwa daya ikat suatu kontrak tidak hanya bersumber dari faktor otonom, yaitu pernyataan-pernyataan yang tercantum dalam klausul kontrak. Tetapi juga bersumber dari faktor heteronom, yaitu faktor-faktor yang berasal dari undang-undang, kebiasaan, syarat yang biasa diperjanjikan, dan kepatutan. Hal ini dipahami dari rumusan Pasal 1339 BW yang menyatakan bahwa,

¹¹¹ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersil*, h. 226

“Suatu perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan di dalamnya, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat perjanjian, diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan, atau undang-undang”.¹¹² Karena itu, klausul akad pada perbankan syariah, tidak hanya memuat pernyataan-pernyataan yang disepakati pihak-pihak yang berakad, tetapi juga semestinya pernyataan-pernyataan yang dicantumkan tidak bertentangan dengan kepatutan, kebiasaan, dan undang-undang. Seperti adanya asas *taswiyah* yang merupakan karakteristik ekonomi syariah, seharusnya terakomodir dalam perumusan klausul-klausul akad perbankan syariah. Meskipun prinsip kehati-hatian sebagai upaya preventif melindungi kepentingan perbankan menjadi faktor determinan, sehingga berpengaruh pada penyusunan klausul akad, namun asas lainnya menyatakan bahwa system ekonomi Islam berdasarkan pada demokrasi ekonomi, yaitu pengejawantahan nilai-nilai keadilan, kebersamaan, pemerataan, dan kemakmuran yang sesuai dengan prinsip syariah.

Asas operasional perbankan syariah sebagaimana diatur pada Pasal 2 UU No. 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah menyebutkan bahwa perbankan syariah dalam menjalankan kegiatan usahanya berasaskan pada prinsip syariah, demokrasi ekonomi, dan prinsip kehati-hatian. Karena itu, teknis operasional perbankan syariah harus memperhatikan prinsip syariah yang bersumber dari ketentuan-ketentuan fatwa DSN-MUI. Nasabah wajib menyerahkan uang muka (*'urbun*) dalam pembiayaan *mura>bah}ah* merupakan bukti konsistensi bank terhadap ketentuan fatwa DSN-MUI. Sedangkan salah satu implementasi prinsip-prinsip kehati-hatian dalam pembiayaan *mura>bah}ah* adalah merumuskan klausul-klausul perjanjian yang tidak merugikan bank. Pasal 36 UU Perbankan Syariah (UUPS) menyebutkan bahwa

¹¹² R. Subekti dan R. Tjitrosudibio, *Kitab Undang-undang Hukum Perdata*, h. 342

dalam penyaluran pembiayaan, bank syariah dan UUS wajib menempuh cara-cara yang tidak merugikan bank syariah. Sedangkan pasal 37 UUPS menyebutkan bahwa Bank Indonesia menetapkan ketentuan mengenai batas maksimum penyaluran dana berdasarkan prinsip syariah. Karena penyaluran dana berdasarkan prinsip syariah dapat mengandung resiko gagal bayar dan kredit macet, sehingga berpengaruh terhadap kesehatan bank dan keamanan dana nasabah yang menyimpan dananya pada bank syariah dan UUS.

Konten suatu aturan perundang-undangan dapat ditinjau dari aspek instrumental hukum dan fungsi ekspresif hukumnya. Instrumental hukum lebih bersifat penegakan kebenaran dan kepastian hukum yang cenderung kaku dan rigid. Sedangkan fungsi ekspresif hukum menekankan penegakan supremasi hukum yang adil dan responsive. Yaitu penegakan hukum harus memperhatikan pandangan hidup dan nilai-nilai agama dan budaya yang telah menjadi *living law* dalam kehidupan masyarakat. Karena itu, klausul-klausul perjanjian tidak hanya memperhatikan kepastian hukumnya saja, tetapi juga mengakomodir nilai-nilai keadilan dan kesetaraan dalam melakukan akad perjanjian. Transaksi bisnis syariah yang hanya mengandalkan konten perjanjian yang bersifat kaku dan mengarah pada kepastian hukum semata cenderung menghindari prinsip kebersamaan dan prinsip keadilan dalam melakukan kontrak perjanjian. Secara praktik, perbankan syariah terjebak pada klausul perjanjian baku yang cenderung memberatkan pihak nasabah.¹¹³ Karena itu, sebaiknya dalam pembuatan klausul-klausul akad perjanjian hendaknya memperhatikan ketentuan perundang-undangan terkait dan masih berlaku, seperti undang-undang perlindungan konsumen, undang-undang perbankan syariah,

¹¹³ Jundiani, *Pengaturan Hukum Perbankan Syariah di Indonesia*, (cet. I; Malang: UIN Malang Press, 2009), h. 52-53

kompilasi hukum ekonomi syariah, dan ketentuan-ketentuan fatwa DSN-MUI dibidang perbankan syariah.

Kedua, Jual beli *mura>bah}ah* didasarkan atas kepemilikan sah dan penuh.¹¹⁴ Ketentuan umum dalam fatwa DSN-MUI Tentang *Mura>bah}ah* bahwa pihak bank harus membeli barang atas nama sendiri melalui proses jual beli yang sah dan bebas dari unsur riba. Kemudian menjual kepada nasabah dengan menyebutkan harga jual dan keuntungannya sebagaimana lazimnya proses jual beli *mura>bah}ah*. Konsep ini sesuai dengan pendapat mayoritas mazhab fikih aliran sunni.¹¹⁵ Yaitu pihak penjual harus membeli barang dari pihak pertama dan barang itu dalam penguasaannya, kemudian menjual kepada pihak ketiga dengan harga pertama ditambah margin keuntungan disertai asas transparansi informasi, teknis pembayarannya dapat dilakukan dengan tunai maupun tangguh. Syarat ini termasuk salah satu syarat yang harus terpenuhi dalam obyek jual beli berdasarkan hadis Nabi saw: " نَهَى النَّبِيُّ ص. م عَنْ " ¹¹⁶ jual beli *mura>bah}ah* didasarkan atas akad *amanah* (kepercayaan) karena mensyaratkan penjual menjelaskan harga pertama tanpa didukung dengan bukti dan saksi. Karena itu, pembeli percaya terhadap penjual. Namun jika penjual tidak menjelaskan harga awal terhadap pembelian barang, maka akad *mura>bah}ah* menjadi batal.¹¹⁷

Dokumen akta notaris pada bank perbankan syariah pada umumnya mencantumkan syarat realisasi pembiayaan setelah nasabah memenuhi persyaratan,

¹¹⁴ Ali Jum'ah Muhammad, *mausu>'ah al-Iqts}a>d al-Isla>mi fi al-Mas}arif wa al-Nuqu>d wa al-Aswa>q al-Ma>liyah*, Jilid III, h. 404

¹¹⁵ Ali Jum'ah Muhammad, *mausu>'ah al-Iqts}a>d al-Isla>mi fi al-Mas}arif wa al-Nuqu>d wa al-Aswa>q al-Ma>liyah*, Jilid III, h. 372

¹¹⁶ Artinya: "Nabi saw melarang jual beli barang yang belum menjadi hak milik". Hadis ini diriwayatkan oleh Ahmad cari di maktabah syamilah..dalam hadis lain juga Nabi saw bersabda: " نَهَى " ¹¹⁷ hadis ini diriwayatkan oleh Abu Daud.

¹¹⁷ Wahbah az-Zuhaili, *Fiqh al-Islam wa Adillatuhu*, Jilid. V, h. 3768 dan 3772

salah satunya adalah melampirkan pemesanan barang dan kwitansinya bersama permohonan pembiayaan *mura>bah}ah*.

Konsep *mura>bah}ah* sebagaimana dalam fikih dan fatwa DSN-MUI menegaskan bahwa posisi bank adalah sebagai pemilik sah terhadap barang yang akan dijual secara *mura>bah}ah* yang didasari atas transaksi jual beli yang dilakukan oleh bank. Dalam proses tersebut, terkadang bank memperoleh potongan harga dari penjual pertama (*supplier*), sehingga dipertanyakan, apakah diskon itu menjadi hak bank. Karena itu, harga penjualan kepada pembeli (nasabah) menggunakan harga sebelum diskon, atau merupakan hak pembeli (nasabah) sehingga harga penjualan kepada pembeli menggunakan harga setelah diskon.

Ketiga, kesepakatan atas uang muka (*'urbun*).¹¹⁸ Ketentuan *mura>bah}ah* kepada nasabah dalam fatwa DSN-MUI No. 04/DSN-MUI/IV/2000 Tentang *Mura>bah}ah* menyebutkan bahwa bank diperbolehkan meminta nasabah untuk membayar uang muka. Uang Muka adalah sejumlah uang yang besarnya ditetapkan oleh bank dan disetujui oleh nasabah yang harus disetorkan terlebih dahulu oleh nasabah kepada bank atau telah dibayarkan kepada Pemasok sebagai salah satu syarat yang harus dipenuhi nasabah untuk memperoleh pembiayaan *mura>bah}ah* dari bank.¹¹⁹ Definisi uang muka ini berbeda dengan ketentuan fatwa DSN-MUI Tentang Uang Muka dalam *Mura>bah}ah* yang menyebutkan bahwa besaran uang muka ditentukan berdasarkan kesepakatan bersama antara pihak-pihak yang bertransaksi.

¹¹⁸ Ali Jum'ah Muhammad, *mausu>'ah al-Iqts}a>d al-Isla>mi fi al-Mas}arif wa al-Nuqu>d wa al-Aswa>q al-Ma>liyah*, Jilid III, h. 404

¹¹⁹ Definisi uang muka ini diambil dari akad *mura>bahah* berakta notaries yang diterbitkan oleh Notaris yang ditunjuk oleh bank. Jika dibandingkan dengan ketentuan fatwa DSN-MUI No. 13/DSN-MUI/IX/2000 Tentang Uang Muka dalam *Mura>bahah*, besaran uang muka ditentukan berdasarkan kesepakatan bersama antara pihak-pihak yang bertransaksi.

Fatwa tentang uang muka dalam *mura>bah* didasarkan atas akad *ba>y 'urbu>n*. definisinya adalah kesepakatan untuk membeli sesuatu disertai penyerahan sebagian dari harga obyek yang ditransaksikan sebagai komitmen keseriusan untuk konsisten atas transaksinya. Konsekwensi hukumnya, jika terjadi pembatalan pembelian pesanan, maka uang muka menjadi hak penjual sebagai hibah dari calon pembeli.¹²⁰

Para ulama berbeda pandangan menyikapi akad *ba>y 'urbu>n*. menurut mayoritas ulama, Hanafi, Malik, dan Syafi'i akad *ba>y 'urbu>n* dilarang dan tidak absah, karena termasuk mengandung unsur *garar* (penipuan). Juga terdapat syarat yang tidak dibenarkan, yaitu, adanya syarat penghibaan hak milik secara paksa. Argument ini didasarkan dari hadis Nabi saw " ¹²¹ " *أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغُرَبَانِ*. Sedangkan menurut imam Ahmad bin Hanbal dan Ibn Sirin¹²², akad *'urbun* adalah sah, karena ada hadis Nabi saw yang diriwayatkan dari Zaid bin Aslam yaitu, ¹²³ " *عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ أَنَّهُ سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ الْغُرَبَانِ فِي الْبَيْعِ فَأَخْبَاهُ*"¹²³ dan Umar bin Khattab pernah melakukan akad *ba>y 'urbu>n* ini. Secara metodologi us}ul fikih, jika terdapat dua hadis yang kualitasnya sama, dan keduanya termasuk dalil *zanni* maka tidak dapat dilakukan kompromi, untuk itu, harus dilakukan *tarji>h*.¹²⁴ Karena itu, menurut analisis M. Cholil Nafis, DSN-MUI melakukan *tarjih* dalil dengan pendekatan *masalah 'ammah* dan *'urf tija>ri* seperti keputusan muktamar fikih al-

¹²⁰ Sayyid Sabiq, *Fiqh al-Sunnah*, Jilid III, (cet. Beirut; Daar al-Fikr, 1971), h. 170

¹²¹ Artinya "Bahwasanya Nabi saw melarang akad *ba>y al-'Urba>n*. hadis ini berkategori *munqati'* karena itu, hadis ini berstatus *dja>if*. diriwayatkan oleh Ahmad, an-Nasai, Abu Daud, dan Malik yang bersumber dari 'Amur bin Syu'aib

¹²² Sayyid Sabiq, *Fiqh al-Sunna*, jilid III, h. 170

¹²³ Artinya: Zaid bin Aslam pernah bertanya kepada Nabi saw tentang *'urbu>n* dalam jual beli, beliau membolehkannya. Hadis ini *mursal* karena salah satu sanadnya, yaitu Ibrahim bin Abi Yahya dikategorikan lemah.

¹²⁴ Muhammad Ibrahim al-Hafnawi, *al-Ta'arud} wa al-Tarji>h 'Inda al-Us}uliyin wa Atsruhuma fi al-Fiqh al-Islami*, h. 296. Salah satu syarat penerapan *tarji>h* adalah dua dalil yang saling bertentangan memiliki kualitas yang sama.

Islam ke-VIII di Brunei tahun 1414 H.¹²⁵ pertimbangan *maslahah ‘ammah*, karena menjaga terjadinya kerugian pada salah satu pihak. Pertimbangan *‘urf tija>ri*, karena transaksi pemesanan barang dengan meminta uang muka telah menjadi tradisi yang baik dikalangan masyarakat, khususnya para pedagang dan pebisnis. Sebagaimana kaedah fikih "أَلْمَعْرُوفُ بَيْنَ التَّجَّارِ كَالْمَشْرُوطِ بَيْنَهُمْ". Atas dasar pertimbangan dan pendekatan us}ul fikih dan kaedah fikih, DSN-MUI menetapkan bank dapat meminta uang muka kepada nasabah berdasarkan pendapat Imam Ahmad bin Hanbal dan Ibn Sirin.

Keempat, Kesepakatan atas sanksi terhadap timbulnya mud}arat akibat penundaan pembayaran yang disengaja.¹²⁶ Ketentuan sanksi atas nasabah mampu yang menunda-nunda pembayaran diatur dalam fatwa DSN-MUI No. 17/DSN-MUI/IX/2000 Tentang Sanksi atas Nasabah Mampu yang Menunda-nunda Pembayaran. Sanksi tersebut berupa, (a) *Ta’zir* yang besarnya ditentukan oleh bank sesuai kesepakatan yang tertuang dalam akad. Dana *ta’zir* diperuntukkan untuk dana sosial. (b) *Ta’wid}* atau ganti rugi. Ketentuan tentang ganti rugi dalam *mura>bahah* diatur dalam fatwa DSN-MUI No. 43/DSN-MUI/VIII/2004 Tentang Ganti Rugi (*Ta’wid}*). Pengertian *ta’wid}* adalah penggantian atas kerugian riil yang dibayarkan oleh pihak yang melakukan wanprestasi.¹²⁷ Dasar ketentuan *ta’wid}* bersumber dari hadis Nabi saw "عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: مَنْ مَطَّلَ الْعَنْبِيَّ ظُلْمًا وَإِذَا اتَّبَعَهُ فَلْيَتَّبِعْهُ" dan sejumlah pendapat ulama, baik klasik maupun kontemporer yang membolehkan perberlakuan *ta’wid}* atau ganti rugi terhadap nasabah mampu

¹²⁵ M. Cholil Nafis, *Teori Hukum Ekonomi Syariah*, h. 173. Lihat juga, Wahbah az-Zuhaili, *al-Fiqh al-Islam wa Adillatuhu*, Jilid V, h. 3435

¹²⁶ Ali Jum’ah Muhammad, *mausu>’ah al-Iqts}a>d al-Isla>mi fi al-Mas}arif wa al-Nuqu>d wa al-Aswa>q al-Ma>liyah*, Jilid III, h. 405

¹²⁷ Team Penyusun, *Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah*, h. 17

yang menunda pembayaran. Berdasarkan kaedah fikih "لَا ضَرَّارَ وَلَا ضِرَارٌ" dan "الضَّرَّارُ" "يُرَالُ" artinya, jangan menimbulkan kemudaratan terhadap orang lain. Menunda pembayaran bagi yang mampu dapat menimbulkan mudarat bagi bank, karena berimplikasi terhadap terjadinya kredit macet. Dana *ta'wid* diperuntukkan untuk menutupi kerugian riil yang diakibatkan atas keterlambatan pembayaran kewajiban nasabah kepada bank.

Fatwa DSN-MUI menjelaskan bahwa nasabah mampu yang menunda-nunda pembayaran utangnya dapat dikenakan sanksi *ta'wid*, yaitu berupa denda atas kerugian riil terhadap pihak lain atau bank, sebagai antisipasi terhadap mudarat yang ditimbulkan oleh nasabah mampu yang menunda pembayaran. konsep *ta'wid* menurut fikih sebagai salah satu sarana untuk mengantisipasi bank syariah terhadap pendapatan yang mengandung unsur riba. Pada sisi yang lain, al-Qur'an menganjurkan memberikan keringanan bagi orang yang berutang apabila mengalami penurunan kemampuan membayar: "وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة" yang berarti agama menganjurkan adanya *rescheduling* (penjadwalan) ulang terhadap utang. Sementara itu, Nabi saw bersabda: "إِلَيَّ الْوَاجِدُ يَجُلُّ عَرَضُهُ وَعُقُوبَتُهُ"¹²⁸ dan hadis lainnya menyebutkan: "مُطْلُ الْعَنِيِّ ظُلْمٌ"¹²⁹ kedua hadis ini menjadi dasar bahwa nasabah mampu yang menunda pembayaran boleh dikenakan sanksi berupa *ta'wid*, yang besaran *ta'wid* ditentukan berdasarkan kesepakatan.

Menurut Syaikh Mustafa al-Zarqa dan Muhammad S}adiq al-D}ari>r bahwa pemberian sanksi berupa *ta'wid* bagi orang berutang yang mampu dan menunda pembayaran dibolehkan oleh syariat sepanjang tindakan nasabah tersebut dapat

¹²⁸ Artinya: "Menunda-nunda (pembayaran) yang dilakukan oleh orang mampu menghalalkan harga diri dan pemberian sanksi kepadanya".

¹²⁹ Artinya: "Menunda-nunda (pembayaran) yang dilakukan oleh orang mampu adalah suatu kezaliman".

menimbulkan mudarat materi dan psikologi terhadap bank. mayoritas ulama kontemporer, seperti Dr. Zaki Abd. Barr, Dr. S}iddiqi, Dr. Anas Zarqa membolehkan sanksi *ta'wid}* terhadap nasabah mampu yang menunda-nunda pembayaran, meskipun dengan ketentuan dan syarat yang berbeda, diantaranya sanksi *ta'wid}* dapat diberlakukan apabila terdapat sebab mudarat yang pasti. Dan dana *ta'wid}* harus diserahkan untuk kepentingan sosial.¹³⁰ Terdapat dua model sanksi dalam praktek perbankan syariah. *pertama*, denda (*ta'zi>r*), yaitu sanksi terhadap nasabah yang terlambat membayar kewajiban dari jadual yang telah ditetapkan sebagaimana yang disepakati dalam akad. Dana dari denda *ta'zi>r* diperuntukkan untuk dana sosial. *Kedua*, sanksi mengganti kerugian (*ta'wi>d}*), yaitu penggantian atas kerugian riil yang dibayarkan oleh pihak yang melakukan wanprestasi. Nasabah wajib mengganti kerugian riil akibat kelalaian nasabah. Dana *ta'wi>d}* diperuntukkan untuk menutupi kerugian riil bank. menunda-nunda pembayaran dengan sengaja bagi orang yang mampu dapat menimbulkan dampak kredit macet dan terganggunya system antara rasio pendapatan dan pembagian keuntungan yang akan didistribusikan kepada nasabah.

Al-Qur'an memerintahkan untuk menunda tagihan kewajiban terhadap orang yang berutang jika tidak mampu membayar kewajibannya, sebagaimana diisyaratkan dalam firman Tuhan:” وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ¹³¹ ” mengindikasikan perintah, namun pesan perintah itu menunjukkan anjuran, karena ada qarinah berupa kalimat ” وَأَنْ تَصَدَّقُوا ” yang menurunkan status perintah dari wajib menjadi anjuran.

¹³⁰ Ali Jum'ah Muhammad, *Mausu'ah al-Iqtis}ad al-Islami fi al-Mas}a>rif wa al-Nuqu>d wa al-Aswa>q al-Ma>liyah*, Jilid II, h. 326

¹³¹ Artinya: “Jika (orang berutang itu) tidak sanggup melunasi, berilah tangguh sampai dia berkelapangan sehingga dia bias membayar kepadamu...”. Lihat, *The Miracle*, h. 92

Berdasarkan hal tersebut, maka dianjurkan memberikan keringanan atau penjadwalan ulang terhadap nasabah yang tidak memiliki kemampuan atau kemampuannya menurun untuk menutupi kewajibannya pada bank. Fatwa DSN-MUI Tentang sanksi bagi nasabah mampu yang menunda pembayaran menyebutkan bahwa nasabah yang tidak atau belum mampu membayar disebabkan *force majeure* tidak boleh dikenakan sanksi.

Mencermati klausul akad *mura>bah}ah* pada perbankan syariah, tidak ditemukan klausul yang menyebutkan tentang penjadwalan ulang terhadap nasabah yang memiliki ketidakmampuan atau penurunan kemampuan memenuhi kewajibannya pada bank. Karena itu, pesan al-Qur'an untuk memberikan penjadwalan ulang atau penundaan pembayaran merupakan tawaran yang patut untuk dicantumkan dalam klausul perjanjian *mura>bah}ah*. Meskipun secara prinsip kehati-hatian, pesan moral al-Qur'an sulit untuk diakomodir dalam klausul perjanjian perbankan, karena pada umumnya klausul-klausul perjanjian pembiayaan atau kredit lebih dominan memproteksi kepentingan dan hak bank ketimbang nasabah. Namun secara prinsip syariah, penundaan atau penjadwalan ulang terhadap nasabah yang memiliki penurunan kemampuan pembayaran dapat menjadi cirri tersendiri bagi bank syariah ketika memberikan pembiayaan, khususnya pembiayaan *mura>bah}ah* ini. M. Cholil Nafis menganalisis bahwa corak pemikiran hukum dan metode pengambilan hukum fatwa DSN-MUI tentang *mura>bah}ah* mempertimbangkan kebutuhan masyarakat yang didekati dengan metode penggabungan pendapat berbagai mazhab fikih yang ditarjih berdasarkan '*urf, sad al-sari'ah*' dan masalah.

Pilihan DSN terhadap metode-metode ini adalah demi kemaslahatan para pihak yang melakukan transaksi *mura>bah}ah*.¹³²

Kelima, potongan pelunasan dalam akad *mura>bah}ah*. Ketentuan tentang potongan pelunasan dalam akad *mura>bah}ah* berdasarkan fatwa DSN Nomor 23/DSN-MUI/III/2002 Tentang Potongan Pelunasan dalam Murabah}ah, yaitu bahwa (1) Jika nasabah dalam transaksi murabah}ah melakukan pelunasan pembayaran tepat waktu atau lebih cepat dari waktu yang telah disepakati, LKS boleh memberikan potongan dari kewajiban pembayaran tersebut, dengan syarat tidak diperjanjikan dalam akad. (2) Besar potongan sebagaimana dimaksud di atas diserahkan pada kebijakan dan pertimbangan LKS.¹³³

Ketentuan fatwa ini diakomodir dalam Peraturan Bank Indonesia (PBI) No. 10/16/PBI/2008 Tentang Perubahan atas Peraturan Bank Indonesia Nomor 9/19/PBI/2007 Tentang Pelaksanaan Prinsip Syariah dalam Kegiatan Penghimpunan Dana dan Penyaluran Dana serta Pelayanan Jasa Bank Syariah yang diteruskan dalam surat edaran Bank Indonesia No. 10/14/DPbS bagian III.3 angka 2. Dalam SE BI No. 10/14/2008 menyebutkan bahwa bank dapat memberikan potongan dalam besaran yang wajar dengan tanpa diperjanjikan dimuka.¹³⁴

Fatwa DSN-MUI No. 23/DSN-MUI/III/2002 tanggal 28 Maret 2002 mengenai Potongan Pelunasan Dalam Mura>bah}ah, menyebutkan bahwa apabila pembiayaan *mura>bah}ah* dilunasi sebelum akad jatuh tempo, maka lembaga keuangan syariah dapat memberikan potongan. Standar potongan yang diberikan

¹³² M. Cholil Nafis, *Teori Hukum Ekonomi Syariah*, h. 178

¹³³ Fatwa DSN-MUI No23/DSN-MUI/III/2002 Tentang Potongan Pelunasan dalam Murabahah

¹³⁴ Compliance Division PT Bank Muamalat Indonesia, Himpunan Ketentuan Perbankan Syariah bidang Umum dan Operasional, h. 127

bergantung pada kebijakan manajemen bank dengan catatan tidak boleh diperjanjikan dalam akad. Ketentuan fatwa ini merupakan sebuah solusi yang memberikan kenyamanan baik bagi nasabah maupun bagi bank. Bank dapat membuat regulasi terkait pemberian potongan pelunasan, walaupun tidak diperjanjikan dalam akad, hal ini sedikit memberikan ketenangan bagi nasabah yang akan bertransaksi dengan bank syariah.

Pemberian potongan dalam pembiayaan *mura>bah}ah* akan diberikan jika nasabah akan melakukan pelunasan sebelum jatuh tempo. Berbeda dengan bank konvensional yang menetapkan biaya pinalty bagi nasabah yang melunasi utangnya sebelum jatuh tempo. Pada umumnya bunga yang dilunasi hanya bunga pada bulan berjalan atau bunga untuk beberapa bulan ke depan. Hal ini sering terlihat pada skim kredit konsumtif yang diperuntukkan bagi pegawai atau pekerja kantoran.

Pemberian potongan pada saat pelunasan utang *mura>bah}ah* sebelum jatuh tempo belum menjadi kebijakan yang konsisten pada perbankan syariah. beberapa bank belum mengimplementasikan ketentuan fatwa DSN-MUI tentang potongan *mura>bah}ah*. Bahkan sebagian bank secara terbuka memberikan kepastian kepada nasabahnya, berupa potongan pelunasan yang akan diperoleh oleh nasabah jika mereka melunasi pembiayaan *mura>bah}ah*nya sebelum jatuh tempo, walaupun hal tersebut tidak diperjanjikan di dalam akad. Hal ini secara tidak langsung telah memberikan ketimpangan penafsiran dari Fatwa DSN-MUI tentang potongan dalam *mura>bah}ah*.

Pemberian potongan pelunasan bagi nasabah yang ingin melunasi utangnya sebelum akhir periode akad merupakan kebijakan bank syariah. kebijakan tersebut

disesuaikan dengan kondisi bank dan faktor eksternal lainnya, seperti kebijakan penurunan suku bunga yang ditetapkan oleh Bank Indonesia.

Fatwa DSN-MUI tentang potongan dalam *mura>bah}ah* sejatinya menjadi kebijakan pada perbankan syariah. kebijakan tersebut tidak harus menunggu faktor-faktor eksternal, seperti adanya penurunan suku bunga acuan perbankan Indonesia dan situasi ekonomi. Namun kebijakan itu berdasarkan pemberian keringanan dan reward terhadap orang yang berutang. Pertimbangan non ekonomi sering terabaikan dalam pengambilan kebijakan pada perbankan syariah, padahal dengan pendekatan non ekonomi dan komunikasi dapat membangun jaringan berbasis hubungan kemitraan. Pendekatan seperti ini adalah penting untuk membesarkan ukuran dan kuantitas nasabah perbankan syariah.

BAB IV

KEDUDUKAN ARBITRASE SYARIAH DALAM RANAH HUKUM POSITIF DI INDONESIA

A. Badan Arbitrase Syariah Nasional

Salah satu lembaga keuangan syariah yang terus berkembang adalah perbankan syariah. Perkembangan perbankan syariah di Indonesia sangat progresif dan signifikan. Dari tahun ke tahun pertumbuhan bank syariah di Indonesia mengalami peningkatan yang tinggi. Akhir Desember 2012, tercatat sudah ada 11 Bank Umum syariah, 24 bank syariah dalam bentuk unit usaha syariah (UUS), dan 156 BPRS, dengan jaringan kantor meningkat dari 1.692 kantor di tahun sebelumnya menjadi 2.574 di tahun 2012. Kemunculan perbankan syariah yang awal mulanya pada tahun 1992 di Indonesia yang kemudian juga memiliki andil yang signifikan dalam menanggulangi tingkat pengangguran terbuka di Indonesia dengan merekrut ribuan sarjana dari berbagai disiplin ilmu.

Sistem operasional perbankan syariah menggunakan akad-akad mu‘a>malah yang bersumber dari kitab-kitab fikih, seperti akad jual beli (*mura>bah}ah*), sewa-menyewa (*ija>rah*), kerjasama (*musya>rakah*), gadai (*rahn*), bagi hasil (*mud}a>rabah*), pemindahan utang (*h}iwa>lah*), dan pertukaran valuta asing (*s}arf*). Konsep-konsep itu dimodifikasi, sehingga dapat diterapkan dalam akad-akad pada lembaga keuangan syariah modern, seperti perbankan, asuransi, pegadaian, dan lembaga pertukaran uang (*money changer*).

Menurut Wahbah al-Zuhai>ly, pada prinsipnya konsep-konsep fikih, termasuk fikih mu‘a>malah itu dinamis dapat menyesuaikan dengan kebutuhan zaman, situasi, dan adat kebiasaan, karena merupakan produk ijtihad yang didasarkan pada sumber analogi (*qiya>s*), *mas}lah}ah*, (kemaslahatan) dan *~}urf* (adat kebiasaan). Hanya prinsip-prinsip pokoknya saja yang tetap, karena bersumber dari al-Qur’an, seperti prinsip keridaan bagi pihak-pihak yang bertransaksi dan prinsip pemeliharaan hak dan pemenuhan kewajiban pada pihak lain.¹³⁵

Akad-akad di atas melahirkan produk dan jasa yang didasarkan pada sistem bagi hasil, kerjasama, dan keuntungan (*margin*), tergantung model dan bentuk akad yang digunakan. Berdasarkan hal tersebut, sistem operasional, produk, maupun jasa yang dihasilkan oleh perbankan syariah merupakan modifikasi dari berbagai bentuk akad yang tertuang dalam fikih klasik, karena itu, istilah dan karakteristiknya memiliki perbedaan mendasar dengan bank konvensional. Untuk menghindari kesan bahwa perbankan syariah hanya syariah ditinjau dari aspek produk, jasa, dan pelayanan saja. Maka unsur-unsur kesyariahan dalam aspek bertransaksi dan

¹³⁵ Wahbah Al-Zuhay>li, *al-Fiqh al-Isla>my wa Adillatuh*, Jilid. I, (cet. IV; Daar al-Fikr: Suriah), h. 39

manajemen harus juga dikedepankan, sehingga ekspektasi masyarakat terhadap perbankan syariah bukan hanya memperhatikan aspek spritualisme dan simbolisasinya saja, tetapi secara rasional perbankan syariah memang memiliki keunggulan, baik pelayanan maupun profit terhadap transaksi keuangan yang dilakukan oleh masyarakat.¹³⁶

Perbankan syariah bagian dari lembaga perantara keuangan (*intermediary finance*) dengan fungsi utama menghimpun dan menyalurkan dana masyarakat. Pada Pasal 4 UU Perbankan Syariah ditetapkan fungsi-fungsi bank syariah adalah sebagai berikut:

- (1) Bank syariah dan Unit Usaha Syariah (UUS) wajib melaksanakan fungsi menghimpun dan menyalurkan dana masyarakat.
- (2) Bank syariah dan UUS dapat menjalankan fungsi social dalam bentuk lembaga baitul ma>l, yaitu menerima dana yang berasal dari zakat, infaq, sedekah, hibah, atau dana social lainnya dan menyalurkan kepada organisasi penyelenggara zakat.
- (3) Bank syariah dan UUS dapat menghimpun dana social yang berasal dari wakaf uang dan menyalurkannya kepada pengelola wakaf (nadzir) sesuai dengan kehendak pemberi wakaf (wakif)
- (4) Pelaksanaan fungsi sosial sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dan ayat (3) sesuai dengan ketentuan perundang-undangan.

¹³⁶M. Umer Chapra dan Tariqullah Khan. Terj. Ikhwan Abidin, *Regulasi dan Pengawasan Bank Syariah*, (cet. I; Jakarta: PT. Bumi Aksara, 2008), h. xiii

Kedudukan Undang-undang Perbankan Syariah dalam system Undang-undang Perbankan Nasional adalah sebagai *lex specialis*, karena UU Perbankan Syariah merupakan undang-undang yang khusus mengatur perbankan syariah, sedangkan UU Perbankan mengatur perbankan secara umum, baik perbankan syariah maupun perbankan konvensional. Berdasarkan asas *lex specialis derogate lex generalis*, yaitu undang-undang yang bersifat khusus mengesampingkan undang-undang yang bersifat umum. Karena itu, jika dalam UU Perbankan Syariah ada pengaturan yang berbeda dengan yang diatur dalam UU Perbankan, maka bagi Perbankan Syariah undang-undang yang digunakan adalah UU tentang Perbankan Syariah.¹³⁷

Kehadiran Undang-undang Perbankan Syariah mempertegas eksistensi perbankan syariah di Indonesia, sekaligus memperkuat dasar pengaturan hukumnya, sehingga segala hal yang berkaitan dengan dasar hukum operasional perbankan syariah mengacu pada UU Perbankan Syariah, baik berkaitan dengan eksistensi dewan pengawas syariah, penyelesaian sengketa, dan acuan dalam dokumentasi dan legitimasi, serta pengaturan sanksi apabila terjadi pelanggaran dan penyimpangan dari peraturan yang berlaku.

Karakteristik hubungan kontraktual memiliki sifat dan mengandung hak dan kewajiban yang sangat luas. Para ahli menekankan dua aspek utama untuk mengetahuinya, yaitu, *Pertama*, interpretasi terhadap sifat serta luasnya hak dan kewajiban kontraktual. *Kedua*, faktor-faktor yang berpengaruh terhadap sifat serta luasnya hak dan kewajiban kontraktual, yang meliputi; (a) faktor otonom (terkait daya mengikatnya kontrak). (b) faktor heteronom (faktor-faktor yang berasal dari luar

¹³⁷ Neni Sri Imaniyati, *Perbankan Syariah dalam Perspektif Hukum Ekonomi*, (cet. I; Bandung: CV. Mandar Maju, 2013), h. 74

para pihak, terdiri dari, undang-undang, kebiasaan, syarat yang biasa diperjanjikan, dan kepatutan)¹³⁸

Analisis di atas mengindikasikan bahwa daya ikat suatu kontrak tidak hanya bersumber dari faktor otonom, yaitu pernyataan-pernyataan yang tercantum dalam klausul kontrak. Tetapi juga bersumber dari faktor heteronom, yaitu faktor-faktor yang berasal dari undang-undang, kebiasaan, syarat yang biasa diperjanjikan, dan kepatutan. Hal ini dipahami dari rumusan Pasal 1339 BW yang menyatakan bahwa, “*Suatu perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan di dalamnya, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat perjanjian, diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan, atau undang-undang*”.¹³⁹ Karena itu, klausul akad pada perbankan syariah, tidak hanya memuat pernyataan-pernyataan yang disepakati pihak-pihak yang berakad, tetapi juga semestinya pernyataan-pernyataan yang dicantumkan tidak bertentangan dengan kepatutan, kebiasaan, dan undang-undang. Seperti adanya asas *taswiyah* yang merupakan karakteristik ekonomi syariah, seharusnya terakomodir dalam perumusan klausul-klausul akad perbankan syariah. Meskipun prinsip kehati-hatian sebagai upaya preventif melindungi kepentingan perbankan menjadi faktor determinan, sehingga berpengaruh pada penyusunan klausul akad, namun asas lainnya menyatakan bahwa system ekonomi Islam berdasarkan pada demokrasi ekonomi, yaitu pengejawantahan nilai-nilai keadilan, kebersamaan, pemerataan, dan kemakmuran yang sesuai dengan prinsip syariah.

Asas operasional perbankan syariah sebagaimana diatur pada Pasal 2 UU No. 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah menyebutkan bahwa perbankan syariah

¹³⁸ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersil*, h. 226

¹³⁹ R. Subekti dan R. Tjitrosudibio, *Kitab Undang-undang Hukum Perdata*, h. 342

dalam menjalankan kegiatan usahanya berasaskan pada prinsip syariah, demokrasi ekonomi, dan prinsip kehati-hatian. Karena itu, teknis operasional perbankan syariah harus memperhatikan prinsip syariah yang bersumber dari ketentuan-ketentuan fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia (DSN-MUI). Hal ini juga diatur dalam Undang-undang No. 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah.

Pengelolaan keuangan yang didasari atas ikatan kontrak perjanjian tidak dapat dilepaskan dari potensi konflik yang mengarah pada terjadinya sengketa akibat salah satu pihak melakukan wanprestasi atau ingkar janji. Karena itu, untuk mengantisipasi potensi sengketa, baik antara bank dengan nasabah maupun antar sesama perbankan syariah dan lembaga keuangan syariah lainnya, pada tahun 1992 diwacanakan pendirian Badan Arbitrase Muamalat Indonesia (BAMUI) yang pendiriannya diawali dengan diskusi yang dihadiri pada pakar dari kalangan akademisi, praktisi hukum, ulama, dan praktisi perbankan syariah. Pada rakernas majelis ulama Indonesia (MUI) tahun 1992 merekomendasikan untuk membentuk Lembaga Arbitrase Mu'amalat (BAMUI) dan mendesak agar MUI segera merealisasikannya dalam waktu secepatnya. Karena itu, pada tanggal 4 Mei 1992 MUI menerbitkan SK. No. Kep. 392/MUI/V/1992 yang berisikan penunjukkan kelompok kerja pembentukan Badan Arbitrase Muamalat Indonesia (BAMUI).

Pada tanggal 5 Jumadil Awal 1414 H/21 Oktober 1993 dihadapan notaris Ny. Lely Roostiati Yudo Paripurno ditandatangani akte pendirian yayasan Badan Arbitrase Mu'amalat Indonesia yang dilakukan oleh KH. Hasan Basri dan HS Prodjokusmo dari unsur MUI pusat dan disaksikan oleh HM. Soedjono dan H. Zainulbahar Noor, SE sebagai dirut Bank Muamalat Indonesia. BAMUI merupakan badan otonom yang bersifat independen yang bernaung dalam status hukum yayasan.

Secara sosiologis, eksistensi perbankan syariah semakin mendapat tempat di masyarakat Indonesia. karena itu, regulasi yang memanyungi perbankan syariah terus dikembangkan sebagai sarana adaktif untuk mengantisipasi laju pertumbuhan perbankan syariah di Indonesia. Untuk mengantisipasi laju pertumbuhan perbankan syariah dan mengantisipasi potensi sengketa yang diakibatkan wanprestasi atas ikatan perjanjian yang telah dibangun, maka pada tahun 2003 Majelis Ulama Indonesia melalui SK No. Kep-09/MUI/XII/2003 tanggal 30 Syawal H/24 Desember 2003 M yang ditanda tangani oleh Dr. KH. MA. Sahal Mahfudh selaku ketua umum Majelis Ulama Indonesia (MUI) dan Prof. Dr. H. M. Dien Syamsuddin selaku sekretaris MUI menetapkan:

1. Mengubah nama Badan Arbitrase Muamalat Indonesia (BAMUI) menjadi Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS)
2. Mengubah bentuk badan hukum BAMUI dari yayasan menjadi badan yang berada dibawah MUI dan merupakan perangkat organisasi MUI
3. Tugas dan fungsi BASYARNAS bersifat otonom dan independen.¹⁴⁰

Tujuan pendirian BASYARNAS adalah untuk menyelesaikan sengketa-sengketa dibidang keperdataan dengan prinsip mengutamakan usaha-usaha perdamaian dan mediasi. Kehadiran lembaga arbitrase syariah ini juga mempertegas eksistensi dan keberlakuan hukum Islam di Indonesia. karena salah satu hukum beracara yang digunakan dalam proses penyelesaian sengketa adalah hukum Islam dan hukum perikatan Islam atau fiqh muamalah.

Pendirian badan arbitrase islam di Indonesia sebagai sarana untuk menyelesaikan sengketa lembaga keuangan syariah, baik perbankan syariah, asuransi syariah, pengadaian syariah, dan bisnis-bisnis islam lainnya yang sifatnya formal, seperti perhotelan syariah. lembaga arbitrase syariah ini merupakan bentuk

¹⁴⁰ Majelis Ulama Indonesia, *Surat Keputusan Dewan Pimpinan Majelis Ulama Indonesia tentang Badan Arbitrase Syariah Nasional*, Jakarta 24 Desember 2003

penyelesaian sengketa non litigasi yang menempuh jalur-jalur mediasi dan perdamaian. Pilihan forum hukum (*choice of forum*) dalam penyelesaian sengketa dibidang perdata memiliki andil yang sangat signifikan dalam mengurangi tingkat kasus di lembaga litigasi. Sifatnya yang independen dan rahasia menjadikannya sebagai lembaga penyelesaian sengketa alternative dibidang bisnis dan perdagangan. Hal ini sangat beralasan, sebab para pelaku bisnis umumnya menjaga reputasi dan image sehingga penyelesaian sengketanya juga diselesaikan secara musyawarah untuk mufakat dengan cara mediasi dan perdamaian. Karena itu BASYARNAS memiliki peran, diantaranya:

1. Memberikan penyelesaian yang adil dan cepat dalam sengketa-sengketa mu'amalah dan keperdataan yang timbul dalam bidang perdagangan, industry dan jasa.
2. Atas permintaan pihak-pihak dalam suatu perjanjian, dapat memberikan suatu pendapat yang mengikat mengenai suatu persoalan berkenaan dengan perjanjian tersebut.

Secara yuridis formal, dasar hukum pendirian BASYARNAS mengacu pada dasar hukum pendirian BAMUI, yaitu Akta Pendirian Yayasan Nomor 175 tanggal 21 Oktober 1993 dihadapan notaries Nyonya Lely Roostiati Yuhdo Paripurno, SH> berdasarkan surat Keputusan Menteri Kehakiman Republik Indonesia Nomor C-190.H.T.03.07.TH.1992 tertanggal tujuh agustus seribu Sembilan ratus Sembilan puluh dua sebagi pengganti sementara dari Yudho Paripurno, SH., Notaris Jakarta.

Kompetensi yuridiksi BASYARNAS diatur dalam peraturan Prosedur BAMUI yang meliputi:

1. Penyelesaian sengketa yang timbul dalam hubungan perdagangan, industry, keuangan, jasa dan lain-lain

2. Memberikan suatu pendapat yang mengikat tanpa adanya sengketa mengenai suatu persoalan berkenaan dengan perjanjian atas permintaan para pihak¹⁴¹

Kompetensi yuridiksi BASYARNAS yang tertuang dalam Prosedur BASYARNAS sesuai dengan ketentuan yang diatur dalam Undang-undang No. 30/1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa Pasal 2, yaitu: “*undang-undang ini mengatur penyelesaian sengketa atau beda pendapat antar para pihak dalam suatu hubungan hukum tertentu yang telah mengadakan perjanjian arbitrase yang secara tegas menyatakan bawa semua sengketa atau beda pendapat yang timbul atau yang mungkin timbul dari hubungan hukum tertentu akan diselesaikan dengan cara arbitrase atau melalui alternative penyelesaian sengketa*”. Dan Pasal 5 ayat (1) “*sengketa yang dapat diselesaikan melalui arbitrase hanya sengketa di bidang perdagangan dan mengenai hak yang menurut dan peraturan perundang-undangan dikuasai sepenuhnya oleh pihak yang bersengketa*”.¹⁴²

Proses penyelesaian sengketa secara non litigasi melalui badan arbitrase syariah nasional pada umumnya ditempuh selama 6 (enam) bulan minimal dan paling lama 1 (satu) tahun telah ada putusan yang sifatnya final dan binding.

Jumlah kasus sengketa yang dapat diselesaikan oleh BASYARNAS selama kurun waktu tahun 1997 sampai tahun 2016 sebanyak 24 kasus sengketa yang terdiri dari sengketa perbankan syariah dengan nasabahnya, sengketa bank syariah dengan bank syariah, sengketa asuransi, dan sengketa perhotelan syariah. Umumnya yang menjadi pemohon adalah dari pihak bank syariah hal ini sebagai indkiasi bahwa nasabah sebagai pihak yang melakukan wanprestasi atau ingkar janji. Berikut table jumlah kasus pada BASYARNAS

¹⁴¹ Badan Arbitrase Syariah Nasional, *Pedoman Dasar Badan Arbitrase Syariah Nasional*, Pasal 2, Ayat (1) dan (2)

¹⁴² Undang-undang No. 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa

No	Tahun Perkara	Perkara	Pihak Berperkara	Sifat Putusan	Keterangan
1.	1997	Sengketa akad Murabahah	Bank X vs Nasabah X	Final dan Binding	
2.	1998	Sengketa akad Bai Bittaman 'Ajl	Bank X Vs Nasabah X	Verset	Salah satu pihak tidak hadir
3.	1998	Sengketa akad Murabahah	Bank X vs Nasabah X	Final	
4.	1999	Sengketa akad Murabahah	Bank X vs Nasabah X	Final	
5.	1999	Sengketa akad Murabahah	Bank X vs Nasabah X	Final	
6.	2000	Sengketa Asuransi	PT. Asuransi X vs PT. ASuransi X	Eksekusi	
7.	2001	Sengketa akad Murabahah	Bank X vs Nasabah X	Final dan Binding	
8	2001	Sengketa akad Murabahah	Bank X vs Nasabah X	Final dan Binding	
9.	2002	Sengketa akad Murabahah	Bank X vs Nasabah X	Verset	Para pihak tidak hadir
10.	2002	Sengketa akad Murabahah	Bank X vs Nasabah X	Damai	

11.	2002	Sengketa akad Murabahah	Bank X vs Nasabah X	Final	
12.	2002	Sengketa akad Murabahah	Bank X vs Nasabah X	Final	
13.	2004	Sengketa akad Mudarabah	Bank X vs Nasabah X	Final	
14.	2006	Sengketa akad Murabahah	Bank X vs Nasabah X	Eksekusi	
15.	2007	Sengketa akad Mudarabah	Bank X vs Nasabah X	Final dan Damai	
16.	2008	Sengketa akad Murabahah	Nasabah X vs Bank X	Eksekusi	
17.	2009	Sengketa akad Murabahah	Bank X vs Nasabah X	Eksekusi	Para Pihak Tidak Hadir
18.	2012	Sengketa akad Tabungan Wadi'ah	PT. Asuransi	Eksekusi	Para Pihak Tidak Hadir
19.	2013	Sengketa akad Murabahah	Bank X vs Nasabah X	Final dan Damai	
20.	2013	Sengketa akad Musyarakah	Bank X vs Nasabah X	Final dan Damai	
21.	2015	Sengketa akad Murabahah	Bank X vs Nasabah X	Eksekusi	Para Pihak Tidak Hadir
22.	2015	Sengketa akad Murabahah	Bank X vs Nasabah X	Eksekusi	Para Pihak Tidak Hadir

23.	2015	Sengketa Perhotelan	Hotel Syariah X vs Mitra Hotel	Damai	
24.	2016	Sengketa Perhotelan	Hotel Syariah X vs Mitra Hotel	Damai	

Putusan BASYARNAS umumnya diselesaikan secara damai, namun tidak menutup kemungkinan salah satu pihak tidak menerima putusan tersebut, maka yang bersangkutan akan memohon untuk dieksekusi oleh pengadilan. Eksekusi putusan BASYARNAS dilimpahkan ke pengadilan negeri berdasarkan UU No. 30/1999 tentang arbitrase dan berdasarkan isi perjanjian. Perkara-perkara yang diselesaikan di BASYARNAS sebagian diantaranya diakhiri dengan damai dan masing-masing pihak secara sukarela melaksanakan amar putusan tersebut, namun sebagian diantaranya ada yang didelegasikan untuk dieksekusi melalui pengadilan negeri.

Secara yuridis, pengadilan negeri memiliki kewenangan untuk mengeksekusi putusan arbitrase termasuk arbitrase syariah dan pejabat yang berwenang memerintahkan dan memimpin proses eksekusi adalah ketua Pengadilan Negeri. Kewenangan pengadilan negeri ini didasarkan pada kompetensi relative yang dimanahkan oleh peraturan perundang-undangan yang berlaku. Berdasarkan beberapa akad perjanjian antara bank syariah dengan nasabah ditemukan klausul yang menerangkan bahwa eksekusi putusan BASYARNAS dapat diselesaikan melalui pengadilan agama dan pengadilan negeri.¹⁴³

¹⁴³ Akad perjanjian pembiayaan pada bank Muamalat cabang Makassar dan Unit Usaha Syariah BPD Sulsel

Penyelesaian sengketa di Indonesia dapat ditempuh melalui jalur litigasi dan non litigasi. Penyelesaian sengketa melalui jalur litigasi bersifat formal dan membutuhkan waktu relative lama, karena mengikuti jenjang dan hierarki system pengadilan jika para pihak tidak puas atas putusan salah satu pengadilan. Penyelesaian sengketa melalui jalur pengadilan dianggap memakan waktu yang panjang sehingga diperlukan suatu sarana penyelesaian sengketa yang lebih cepat, murah, dan mengkomodir kepentingan para pihak yang bersengketa.

1) Pengertian Arbitrase

Secara leksikal arbitrase merupakan istilah yang dijabarkan untuk suatu bentuk penyelesaian sengketa yang timbul berdasarkan perjanjian para pihak yang bertujuan untuk mencapai hasil yang memuaskan para pihak yang secara hukum putusannya bersifat final dan mengikat.¹⁴⁴

Menurut Subekti, arbitrase adalah penyelesaian atau pemutusan sengketa oleh seorang hakim atau para hakim berdasarkan persetujuan bahwa para pihak akan tunduk pada atau menaati keputusan yang diberikan oleh hakim atau para hakim yang mereka pilih atau tunjuk tersebut.¹⁴⁵

Sedangkan Abdulkadir Muhammad merumuskan bahwa arbitrase adalah badan peradilan swasta di luar lingkungan peradilan umum yang dikenal khusus dalam dunia perusahaan. Arbitrase adalah peradilan yang dipilih dan ditentukan sendiri secara sukarela oleh pihak-pihak pengusaha yang bersengketa.

Definisi arbitrase secara formal dapat ditelusuri dalam UU No. 30/1999 tentang arbitrase Pasal 1 ayat (1) arbitrase didefinisikan sebagai suatu cara

¹⁴⁴ Susanti Adi Nugroho, *Penyelesaian Sengketa Arbitrase dan Penerapan Hukumnya*, Cet. I; Jakarta; Prenadamedia Group, 2015, h. 77

¹⁴⁵ Subekti, *Arbitrase di Indonesia, Kumpulan Karangan Tentang Hukum Perikatan, Arbitrase dan Peradilan*, Cet. ; Bandung: Penerbitan Alumni 1990

penyelesaian sengketa perdata di luar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yg dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa.¹⁴⁶

Kamus Hukum ELIPS merumuskan bahwa arbitrase atau perwasitan adalah metode penyelesaian sengketa di luar pengadilan dengan memakai jasa wasit atas persetujuan para pihak yang bersengketa dan keputusan wasit mempunyai kekuatan hukum mengikat.

Berdasarkan beberapa definisi arbitrase di atas, maka dapat disimpulkan bahwa unsur-unsur arbitrase harus mencakup hal sebagai berikut:

1. Penyelesaian sengketa dilakukan di luar system pengadilan
2. Penyelesaiannya didasarkan atas perjanjian tertulis para pihak
3. Melibatkan pihak ketiga (arbiter) yang berwenang mengambil keputusan
4. Perjanjian tertulis untuk mengantisipasi sengketa yang mungkin terjadi atau yang telah terjadi
5. Putusan bersifat final dan mengikat

Undang-undang No. 30/1999 Tentang Arbitrase Pasal 1 angka 1 merumuskan tiga point yang memiliki kesesuaian dengan beberapa definisi di atas, yaitu:

1. Arbitrase merupakan salah satu bentuk perjanjian
2. Perjanjian arbitrase harus dibuat dalam bentuk tertulis
3. Perjanjian arbitrase tersebut merupakan perjanjian untuk penyelesaian sengketa yang dilaksanakan di luar peradilan umum

2) Urgensi Penyelesaian Sengketa Melalui Arbitrase

Fenomena bisnis jika dicermati secara empiris menunjukkan adanya penyimpangan yang dilakukan oleh pelaku-pelaku bisnis, baik pada aspek produksi barang dan jasa, maupun pada tingkat distribusinya. Penyimpangan itu terjadi akibat kepatuhan terhadap hukum tidak diwujudkan disatu sisi. Dan disisi lain *law enforchment* tidak dijalankan dengan baik dan merata, fakta menunjukkan bahwa

¹⁴⁶ UU No. 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase

penegakan hukum di Indonesia masih tebang pilih. Siapa memiliki akses dan uang, maka dengan sendirinya hukum dapat dibeli. Kasus-kasus monopoli, kurang memperhatikan hak-hak konsumen, kasus memproduksi barang tidak sesuai standar adalah bagian dari bentuk-bentuk penyimpangan bisnis yang marak terjadi dan hampir menjadi suguhan informasi sehari-hari di sekitar kita.

Kehadiran perangkat hukum yang memadai diharapkan dapat menciptakan perimbangan antara hak dan kewajiban. Produsen tidak akan mengkooptasi hak konsumen, atau sebaliknya, penjual menjadikan pembeli sebagai raja, perusahaan menjadikan karyawannya sebagai aset penting dalam proses produksi. sehingga sifat arogansi pihak yang satu atas pihak yang lain dapat dihindari, masing-masing pihak saling menghormati hak dan kewajibannya. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa kehadiran hukum dan penegakan hukum yang tidak tebang pilih sangat dibutuhkan dalam dunia bisnis untuk mengatur dan mengawasi jalannya aktifitas bisnis, sehingga tidak saling bertabrakan dan saling memakan harta orang lain secara batil

Era globalisasi dan pasar terbuka merupakan pintu masuknya pesaing bisnis dan pemodal asing dalam kancah persaingan pasar di Indonesia. Para produsen dan pelaku pasar akan berkompetisi secara terbuka untuk merebut hati konsumen. Oleh karena itu, produk yang memiliki tingkat kualitas tinggi dan harga yang terjangkau relatif dapat diterima dalam pasar. Dampak positif dari persaingan terbuka ini akan berpengaruh terhadap peningkatan kualitas barang, harga yang kompetitif, dan pelayanan yang baik semakin mudah ditemukan, namun dampak negatifnya dapat menimbulkan praktik kotor dalam bisnis dengan memainkan kecanggihan teknologi, informasi pasar, dan moral *hazard* dalam merebut konsumen. Utamanya produsen yang tidak dapat bersaing secara *fair* (terbuka), berkenderungan mencari jalan pintas dengan melakukan perilaku menyimpang dalam berbisnis, seperti berlaku curang, manipulasi, praktik KKN dengan pengusaha, sehingga melahirkan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.

Seiring dengan maraknya aktifitas perdagangan dan industry keuangan, baik bank maupun non bank secara global berdampak pada liberalisasi ekonomi, industry, dan lain-lain. Aktifitas tersebut memicu terjadinya silang sengketa yang terjadi dari pihak-pihak yang mengikatkan dirinya dalam suatu perjanjian perdagangan dan bisnis. Selain itu, nama baik dan reputasi sebagai bagian dari strategi marketing untuk menggaet patner dan nasabah untuk memperoleh maksimalisasi profit merupakan hal yang harus dijaga dan dipertahankan setiap perusahaan bisnis. Karena itu, penyelesaian sengketa pun dicarikan forum yang dapat menjamin kerahasiaan para pihak dan tidak membutuhkan waktu yang lama serta penyelesaian sengketa yang sifatnya *win-win solution* memuaskan para pihak.

Penyelesaian sengketa melalui arbitrase menjadi perhatian para pelaku bisnis karena beberapa indikator, (a) forum arbitrase memberikan kebebasan dan otonomi bagi pihak yang bersengketa. (b) Cepat dan hemat biaya. (c) bersifat rahasia. (d) bersifat nonprsedent. (e) rasa aman terhadap ketidakpastian karena system hukum yang berbeda. (f) kepercayaan terhadap kompetensi arbiter.¹⁴⁷

Penyelesaian sengketa ekonomi syariah di Badan Arbitrase Syariah Nasional Jakarta memiliki ciri dan karakter yang sama dengan rumusan di atas, yaitu bersifat tertutup dan rahasia, sehingga untuk mengakses berita acara persidangan dan putusan arbiter sangat tertutup. Putusan tidak di pubsh di website, berbeda dengan putusan-putusan hakim pengadilan yang dapat diakses bahkan terpublish di website Pengadilan dan Mahkamah Agung, bahkan hasil putusan dapat menjadi bahan referensi bagi kepentingan akademik dan jurisprudensi. Sifat tertutup dan rahasia Badan Arbitrase ini di atur dalam peraturan BASYARNAS dan Undang-undang No. 30 tahun 1999 Tentang Alternatif Penyelesaian Sengketa dan Arbitrase.

3) Arbitrase Syariah

¹⁴⁷ Susanti Adi Nugroho, *Penyelesaian Sengketa Arbitrase dan Penerapan Hukumnya*, op.cit., h. 85

Perkembangan lembaga keuangan syariah di Indonesia sangat progresif dan signifikan. Dari tahun ke tahun pertumbuhan lembaga keuangan syariah, baik perbankan maupun non bank mengalami peningkatan yang tinggi. Menjamurnya lembaga keuangan ini tidak terlepas dari payung hukum berupa UU dan peraturan pemerintah yang mendukung dalam memberikan kepastian hukum beroperasinya lembaga-lembaga keuangan Islam tersebut.

Hadirnya lembaga-lembaga perekonomian Islam berimplikasi terhadap semakin intensnya kajian-kajian berbasis ekonomi Islam, sebab dapat dikatakan bahwa konsep-konsep ekonomi Islam terimplementasi lewat lembaga-lembaga keuangan itu. oleh karenanya, konsep-konsep ekonomi Islam akan terus berkembang apabila tempat pengejawantahan akan konsep-konsep itu tetap memelihara dan memperhatikan prinsip-prinsip dan norma hukum yang menjadi landasan berpijaknya. Sebab sedikit banyak pencitraan Islam dari aspek muamalah terwakili melalui lembaga-lembaga perekonomian umat.

Lembaga keuangan syariah adalah lembaga lembaga yang menghimpun dana dari masyarakat dan menanamkannya dalam bentuk aset keuangan lain yang dikelola dengan prinsip-prinsip syari'ah.¹⁴⁸

Lembaga keuangan syariah merupakan lembaga keuangan yang didirikan untuk mempromosikan dan mengembangkan prinsip-prinsip Islam dalam transaksi keuangan dan perbankan dan bisnis yang terkait. Yang dimaksud dengan prinsip syariah adalah prinsip hukum Islam dalam kegiatan perbankan dan keuangan berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga berwenang.¹⁴⁹

Berdasarkan pengertian di atas, maka dapat dipahami bahwa lembaga keuangan syariah adalah lembaga keuangan yang beroperasi sesuai dengan prinsip-prinsip hukum Islam. Karena itu, semua produk dan jasa-jasa yang dikeluarkan oleh

¹⁴⁸Team Penyusun Kamus Istilah Perbankan II, *Kamus Perbankan*, (Cet. II; Jakarta: Institut Bankir Indonesia, 1999), h. 103

¹⁴⁹Andi Soemitra, M.A, *Bank dan Lembaga Keuangan Syariah*, (Cet. II; Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2010), h. 36

lembaga tersebut harus melalui verifikasi dan justifikasi para ahli hukum Islam yang ditunjuk untuk mengawasi lembaga keuangan tersebut.

Lembaga keuangan syariah memiliki dua penyangga utama, yaitu, *pertama*, instrument teknis berupa lembaga-lembaga yang berkaitan langsung dengan pengembangan system keuangan. *kedua*, instrument hukum, berupa perangkat hukum, baik aspek materi hukumnya (regulasi) maupun aspek culture (budaya hukum). Karakteristik hukum perbankan syariah berbeda dengan perbankan konvensional. Asas hukum perbankan syariah bersumber dari hukum Islam yang didasarkan atas fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia (DSN-MUI). Fatwa ini diformulasikan dalam peraturan perundang-undangan, peraturan Bank Indonesia, dan peraturan Menteri Keuangan yang selanjutnya menjadi sumber hukum yang mengikat bagi perbankan syariah di Indonesia.

Islam memandang bahwa suatu kontrak dianggap legal dan memiliki kekuatan mengikat serta berimplikasi hukum apabila klausul-klausul yang tercantum dalam kontrak tidak mengandung unsur-unsur yang diharamkan. Kontrak tidak bertujuan untuk menghalalkan yang haram dan mengharamkan yang halal. Esensi kontrak harus memenuhi rukun dan syarat yang telah ditetapkan syariat. Kontrak dalam hukum perdata harus memenuhi unsur-unsur, yaitu (1) esensialia, yaitu unsure yang harus ada dalam suatu perjanjian dan menyebabkan perjanjian itu tercipta, seperti harus ada para pihak dan obyek kontrak. (2) unsure naturalia, yaitu unsur bawaan yang melekat pada suatu perjanjian, seperti obyek harus bebas dari kecacatan. (3) unsur *accidentalia*, yaitu unsure yang secara tegas diperjanjikan oleh para pihak, seperti domisili para pihak.¹⁵⁰

Sumber hukum dalam kajian hukum konvensional dibedakan menjadi dua, *Pertama*, sumber hukum materil, yaitu sumber hukum dalam bentuk keyakinan hukum individu dan pendapat umum (*public opinion*) yang menjadi determinan materil untuk membentuk hukum dan menentukan substansi suatu hukum formil.

¹⁵⁰ Mariam Darus Badruzaman, *Hukum Perikatan dalam KUH Perdata, Yurisprudensi, Doktrin, serta Penjelasan*, tanpa cetakan; Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2015, h. 107

Kedua, sumber hukum formil, yaitu yang menjadi determinan formil untuk membentuk hukum, menentukan berlakunya hukum.¹⁵¹ Bagir Manan menganalisis bahwa hukum agama merupakan norma. Ketika norma agama itu terimplementasi dalam kehidupan riil masyarakat, maka dapat menjadi kaidah-kaidah hukum tidak tertulis. Sebagian Negara ada yang menjadikan kaidah-kaidah hukum tidak tertulis tumbuh berkembang dan berdampingan dengan kaidah-kaidah hukum tertulis, bahkan dapat menjadi sumber terhadap pembentukan hukum formil. Seperti Mesir, Sudan, Malaysia, dan Indonesia adalah bagian dari Negara-negara yang menjadikan kaidah hukum tidak tertulis (hukum agama dan adat) sebagai bagian dari pembentuk hukum formil dan menjadi bagian penting dalam hukum tata Negara.

Sumber hukum perbankan di Indonesia tidak hanya bersumber dari hukum formil semata, tetapi dimungkinkan juga bersumber dari hukum tidak tertulis. Perbankan syariah memiliki karakteristik hukum yang berbeda dengan perbankan konvensional. Karakteristik hukum perbankan syariah adalah hukum Islam yang bersumber dari fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang berwenang mengeluarkan fatwa di Indonesia, yaitu Majelis Ulama Indonesia (MUI) melalui Dewan Syariah Nasional (DSN). Berdasarkan struktur lembaga yang berwenang mengeluarkan peraturan perundang-undangan, maka DSN-MUI tidak memiliki kewenangan mengeluarkan peraturan yang sifatnya mengikat dan memiliki kepastian hukum. Fatwa-fatwa DSN-MUI dapat dikategorikan sebagai doktrin hukum yang menjadi faktor pembentuk peraturan di bidang ekonomi dan keuangan syariah di Indonesia, diantaranya adalah perbankan syariah.¹⁵² Sebab ciri utama perbankan syariah adalah

¹⁵¹ Zafrullah Salim, *Fatwa Majelis Ulama Indonesia (MUI) dalam Perspektif Hukum dan Perundang-undangan*, (cet. II; Jakarta: Badan Litbang dan Diklat Kemenag RI, 2012), h. 27

¹⁵² Faktor-faktor yang membantu pembentukan hukum perbankan di Indonesia adalah, *pertama*, Perjanjian (akad), *kedua*, Yurisprudensi, *ketiga*, Doktrin. Lihat, Muhammad Djumhana, h. 19-20

sistem operasionalnya yang harus sesuai dengan prinsip syariah.¹⁵³ Kedudukan Dewan Pengawas Syariah (DPS) dalam struktur perbankan syariah di Indonesia diakui sebagai bagian dari pihak terafiliasi.

Menurut E. Saefullah, perkembangan dan tuntutan masyarakat yang terus meningkat di berbagai bidang memerlukan sarana hukum yang memadai, sehingga semua proses interaksi dalam masyarakat berjalan dengan teratur dan damai. Karena itu, masalah sarana hukum merupakan salah satu dari tiga upaya pembinaan dan pengembangan hukum nasional yang harus terus mendapat perhatian yang serius oleh pemerintah dan institusi terkait.¹⁵⁴

Dinamika masyarakat yang semakin maju akibat perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi itu menuntut adanya instrumen hukum yang memadai guna mengantisipasi penyimpangan-penyimpangan yang terjadi dalam dunia bisnis yang secara empiris juga semakin canggih dan bervariasi. Instrumen hukum juga harus senantiasa di *up to date* (diperbaharui) mengikuti kecenderungan global, sebab tuntutan hukum pada masa orde lama dan orde baru tentu sangat berbeda dengan tuntutan hukum pada masa reformasi seperti sekarang ini.¹⁵⁵

Kenyataan menunjukkan bahwa karakter suatu hukum senantiasa berubah seiring dengan dinamika dan perkembangan masyarakat. Semakin maju dan modern kehidupan masyarakat, maka semakin kompleks persoalan hukum yang harus diselesaikan. Salah satu fungsi hukum adalah sebagai *social engineering* yang bertujuan untuk menciptakan masyarakat madani yang beradab, patuh, dan menjunjung tinggi norma hukum yang berlaku. Oleh karena itu, kehadiran instrumen

¹⁵³ Menurut UU No. 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah, Pasal 1 angka 12 bahwa yang dimaksud dengan prinsip syariah adalah prinsip hukum Islam dalam kegiatan perbankan berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah. Lihat. M. Amin Summa, *Himpunan Undang-undang Perdata Islam dan Peraturan Pelaksanaan Lainnya di Negara Hukum Indonesia*, h. 1457

¹⁵⁴ Neni Sri Imaniyati, *Perbankan Syariah dalam Perspektif Hukum Ekonomi*, (cet. I; Bandung: Mandar Maju, 2013, h. 14

¹⁵⁵ Muhammad Djakfar, *Hukum Bisnis, Membangun Wacana Integrasi Perundangan Nasional dengan Syariah* (cet. I; Malang: UIN Malang Press, 2009), h. xviii

hukum ditengah masyarakat dapat berfungsi sebagai *anticipation* (antisipasi) terhadap perilaku yang menyimpang dan melawan hukum. Juga berfungsi sebagai *curative* (penyembuhan) terhadap perilaku *absurd* masyarakat, agar keadilan, ketenangan dan keamanan dapat terwujud.¹⁵⁶ sebab manusia lahir dijemput oleh hukum, hidup dengan hukum, dan ketika mati diantar juga dengan hukum.

Kehadiran perangkat hukum yang memadai diharapkan dapat menciptakan perimbangan antara hak dan kewajiban. Produsen tidak akan mengkooptasi hak konsumen, atau sebaliknya, penjual menjadikan pembeli sebagai raja, perusahaan menjadikan karyawannya sebagai aset penting dalam proses produksi. sehingga sifat arogansi pihak yang satu atas pihak yang lain dapat dihindari, masing-masing pihak saling menghormati hak dan kewajibannya. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa kehadiran hukum dan penegakan hukum yang tidak tebang pilih sangat dibutuhkan dalam dunia bisnis untuk mengatur dan mengawasi jalannya aktifitas bisnis, sehingga tidak saling bertabrakan dan saling memakan harta orang lain secara batil.

Penyelesaian sengketa bisnis dapat ditempuh melalui jalur litigasi atau pengadilan formal dan jalur non litigasi atau pengadilan swasta. Pada umumnya penyelesaian sengketa bisnis lebih memilih jalur non litigasi karena sifat efektifitas dan kerahasiaan para pihak dapat dijaga. Pelaku bisnis pada umumnya menjaga reputasi dan nama baiknya, karena itu, pilihan penyelesaian sengketa dilakukan secara rahasia dan tertutup.

Penyelesaian sengketa secara non litigasi dapat ditempuh dengan proses alternative penyelesaian sengketa yang meliputi lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yaitu penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi atau penilaian ahli.¹⁵⁷

¹⁵⁶ *Ibid.*, h. xii

¹⁵⁷ Pasal 1 ayat (10) UU No. 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Pilihan Penyelesaian Sengketa

Menurut Suyud Margono metode penyelesaian sengketa yang diselesaikan secara formal maupun nonformal dapat ditempuh dengan proses, *Pertama*, ajudikasi (ajudicative processes) yaitu meliputi jalur litigasi dan arbitrase. *Kedua*, proses consensus (*consensus processes*) yang meliputi, Ombudsman, Negosiasi, Mediasi, dan Konsiliasi. *Ketiga*, Proses ajudikasi semu (*Quasi Adjudicative Processes*) yang meliputi mediasi-arbitrase, Persidangan Mini, Pemeriksaan Juri Secara Sumir, dan Evaluasi Netral Secara Dini.¹⁵⁸

Ajudikasi merupakan cara penyelesaian sengketa melalui lembaga peradilan formal, sedangkan alternative penyelesaian sengketa adalah lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yaitu penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, dan penilaian ahli. Proses penyelesaian sengketa melalui arbitrase, mediasi, dan negosiasi merupakan ajudikasi dalam bentuk primer atau pokok dari suatu penyelesaian sengketa yang karakteristiknya berbeda satu dengan yang lainnya.

Berdasarkan ketentuan Pasal 1 ayat (10) Undang-undang No. 30 Tahun 1999, maka cara penyelesaian sengketa melalui ADR dibagi menjadi lima cara, yaitu, (1) Konsultasi, (2) Negosiasi (3) Mediasi (4) Konsiliasi (5) Penilaian Ahli. Pola penyelesaian sengketa yang ditempuh dengan cara litigasi dan non litigasi perbedaannya terletak pada penyelesaian dengan cara mengikat dan terstruktur (*the binding adjudicative procedure*) dan pola penyelesaian tidak mengikat (*the non binding adjudicative procedure*). Karena itu putusan yang dihasilkan oleh lembaga yang memiliki sifat putusan *the binding adjudicative procedure*, maka putusan yang dihasilkan oleh institusi dan lembaga yang memutus perkara mengikat para pihaknya. Sedangkan putusan yang dihasilkan oleh lembaga atau institusi yang bersifat *the non binding adjudicative procedure*, maka putusan perkaranya tidak mengikat para pihaknya.

¹⁵⁸ Suyud Margono, *ADR dan Arbitrase Proses Pelembagaan dan Aspek Hukum*, Cet. I; Jakarta: Ghalia Indonesia, 2004, h. 22-31

4) Pengertian Arbitrase Syariah

Secara etimologis, kata arbitrase dapat dipedanankan dengan istilah *tahkim*. *Tahkim* berarti. *Pertama*, Menyerahkan penyelesaian suatu masalah hukum kepada seseorang. *Kedua*, Mencegah kerusakan atau mendamaikan. *Ketiga*, Mengangkat seorang hakim. Menurut Sallam Madkur kedudukan *Tahkim* lebih rendah dari peradilan atau biasa disebut quasi peradilan. Menurutnya *tahkim* adalah menunjuk dan mengangkat seorang hakim untuk memutus perkara bagi para pihak berdasarkan hukum islam (syariat).¹⁵⁹ Secara terminology, Abdul Karim Zaidan mendefinisikan tahkim sebagai pengangkatan atau penunjukan (secara suka rela) dari dua orang yang bersengketa terhadap seseorang yang dapat menyelesaikan persoalan hukum atau persengketaan diantara kedua belah pihak, atau menjadikan orang lain sebagai pihak yang menyelesaikan persoalan hukum di antara keduanya dan hasilnya menjadi putusan hukum seperti layaknya putusan qadhi atau hakim.¹⁶⁰

Secara operasional, arbitrase syariah dapat didefinisikan sebagai penyelesaian sengketa oleh kedua belah pihak atau lebih di luar pengadilan yang mengutamakan prinsip perdamaian atau sukarela, terhadap suatu persoalan hukum sesuai dengan kewenangan yang diatur menurut ajaran islam dan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Berdasarkan definisi di atas, terdapat lima unsure dalam arbitrase syariah (*tahkim*), yaitu: a) para pihak yang mengadakan perjanjian (mencantumkan klausul perjanjian arbitrase sebelum dan sesudah sengketa), b) obyek atau persoalan yang disengketakan, c) arbiter yang ditunjuk, d) syariat (hukum islam) sebagai dasar

¹⁵⁹ Muhammad Sallam Madkur, *al-Madkhal Li al-Fiqh al-Islamy, Tarikh wa Mahadirihu wa Nazhariyatuhu al-'Ammah*, cet.; Kairo: Daar al-Hadis, 2005, h.397

¹⁶⁰ Abd Karim Zaidan, *Nizham al-Qadhai fi al-Syariat al-Islamiyah* dalam Tesis Muhammad Ikkal, UIN Syarif Hidayatullah Jakarta, 2005, h. 26

hukum penyelesaian sengketa, e) perdamaian (*ishlah*) sebagai tujuan penyelesaian sengketa.

Penyelesaian sengketa melalui jalur *tahkim* merupakan bagian dari system pengadilan swasta yang dapat dijadikan sebagai system non litigasi yang prosedur beracaranya mirip dengan system peradilan. Karena itu, untuk menjadikannya sebagai system peradilan yang implikasi amar putusannya dapat memiliki kekuatan hukum mengikat dan memaksa harus ditunjuk berdasarkan peraturan perundang-undangan. *Tahkim* atau arbitrase syariah tidak hanya ditetapkan berdasarkan keputusan fatwa Majelis Ulama Indonesia yang sifat amar putusannya tidak mengikat dan memaksa, namun harus ditunjuk langsung berdasarkan peraturan pemerintah atau perundang-undangan.

Badan arbitrase syariah atau BASYARNAS bagian dari struktur penegakan hukum (*law enforcement*). Friedman menganalisis bahwa efektifitas hukum dapat berjalan dengan baik apabila didukung oleh unsure-unsur, yaitu, *Pertama*, substansi hukum atau materi hukum berupa aturan perundang-undangan. *Kedua*, penegak dan pranata hukum berupa penegak hukum. *Ketiga*, culture hukum (budaya hukum).¹⁶¹ Berdasarkan Pasal 24 ayat (3) UUD 1945 ditentukan, “*badan-badan lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman diatur dalam undang-undang*”. Yang dimaksud badan-badan lain, yaitu badan-badan yang tidak tersurat langsung dan diatur dalam konstitusi Negara. Selain itu, terdapat sejumlah lembaga Negara yang kewenangannya langsung diberikan oleh Undang-undang Dasar yang memiliki fungsi, yaitu, a) hanya bersifat *supporting* atau penunjang terhadap kekuasaan kehakiman, b) pemberian kewenangan konstitusional yang eksplisit hanya bertujuan penegasan kedudukan konstitusionalnya yang independen, c) penentuan kewenangan pokoknya hanya bersifat *by implication* bukan dirumuskan secara tegas, d)

¹⁶¹ Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum dan Peradilan*, cet. III; Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2010, h. 65

keberadaan kelembagaannya atau kewenangannya tidak tegas ditentukan dalam Undang-undang Dasar melainkan hanya ditentukan berdasarkan Undang-undang.¹⁶²

Lembaga negara yang terkadang juga disebut dengan istilah lembaga pemerintahan, lembaga pemerintahan nondepartemen, atau lembaga negara saja, ada yang dibentuk berdasarkan atau karena diberi kekuasaan oleh Undang-Undang Dasar, ada pula yang dibentuk dan mendapatkan kekuasaannya dari Undang-Undang, dan bahkan ada pula yang hanya dibentuk berdasarkan Keputusan Presiden.

Kedudukan BASYARNAS dalam struktur peradilan non litigasi secara yuridis formal tegas ditunjuk oleh perundang-undangan di Indonesia. Undang-undang No. 30/1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa mengatur tentang pilihan forum sengketa yang didasarkan atas perjanjian para pihak. Undang-undang tersebut secara umum mengatur penyelesaian sengketa non litigasi baik melalui lembaga arbitrase konvensional maupun syariah. Karena itu, sifat kedudukan dan amar putusannya mendapatkan legitimasi undang-undang sehingga putusannya bersifat final dan mengikat, serta pengadilan tidak berhak mengadili sengketa yang menjadi kewenangan arbitrase dan tidak memeriksa alasan atau pertimbangan dari putusan arbitrase. Hal yang sama ditegaskan dalam Undang-undang No. 48/2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman Pasal 58, yaitu: “ *Upaya penyelesaian sengketa perdata dapat dilakukan di luar pengadilan negara melalui arbitrase atau alternatif penyelesaian sengketa*”. Pasal 59, yaitu: (1) *Arbitrase merupakan cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar pengadilan yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa.* (2) *Putusan arbitrase bersifat final dan mempunyai kekuatan hukum tetap dan mengikat para pihak.* (3) *Dalam hal para pihak tidak melaksanakan putusan arbitrase secara*

¹⁶² Jimly Asshiddiqie, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, Cet. II; Jakarta: Remaja rosdakarya, duaribu duabelas, h. 44

*sukarela, putusan dilaksanakan berdasarkan perintah ketua pengadilan negeri atas permohonan salah satu pihak yang bersengketa.*¹⁶³

Penjelasan Pasal 59 ayat (1) menyebutkan bahwa “yang dimaksud dengan “arbitrase” dalam ketentuan ini termasuk juga arbitrase syariah”. Secara redaksional ketentuan perundang-undangan di atas menegaskan kedudukan BASYARNAS sebagai lembaga non litigasi dalam menyelesaikan sengketa para pihak. Secara sistematis undang-undang No. 30/1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa dikuatkan dengan Undang-Undang No. 48/2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman. Karena itu secara yuridis formal kedudukan BASYARNAS menjadi legitimed dan putusannya berlaku mengikat dan memaksa.

5) Eksistensi dan Kewenangan Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS)

BASYARNAS merupakan salah satu media penyelesaian sengketa secara non litigasi berdasarkan isi perjanjian yang disepakati para pihak. Klausul perjanjian harus menyatakan dengan jelas forum penyelesaian sengketa (*choice of form*) jika kelak terjadi sengketa atau *pactum de compromittendo* atau *arbitration clause*, yaitu sebagai bagian tidak terpisahkan dari kontrak utama para pihak. Perjanjian para pihak dalam suatu kegiatan bisnis inilah yang menjadi dasar penyelesaian sengketa, baik secara litigasi maupun non litigasi. Pada umumnya akad perjanjian perbankan syariah mencantumkan klausul forum penyelesaian sengketa melalui jalur badan arbitrase syariah nasional (BASYARNAS). Pencantuman klausul ini didasarkan atas fatwa Dewan Syariah Nasional-Majelis Ulama Indonesia (DSN-MUI) atas semua bentuk akad lembaga keuangan syariah termasuk akad perbankan syariah. Klausul forum penyelesaian sengketa yang tercantum dalam akad berdasarkan fatwa DSN-MUI biasanya memuat redaksi “ maka penyelesaiannya dilakukan melalui Badan Arbitrase Syari’ah setelah tidak tercapai kesepakatan melalui musyawarah”.¹⁶⁴ Redaksi fatwa

¹⁶³ Undang-undang No. 48/2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman Pasal 58 dan 59

¹⁶⁴ Kumpulan Fatwa DSN-MUI, www.mui.com

ini secara eksplisit menyarankan bahwa akad perjanjian yang dikeluarkan lembaga keuangan syariah termasuk bank syariah harus mencantumkan klausul forum penyelesaian sengketa pada badan arbitrase syariah nasional.

6) *Prosedur Beracara di BASYARNAS*

Proses berperkara, baik melalui jalur litigasi atau pengadilan maupun non litigasi atau arbitrase syariah memiliki prosedur baku. Prosedur ini menjadi standar dalam beracara dipersidangan, sampai saat ini prosedur beracara di BASYARNAS masih mengacu pada “peraturan prosedur Badan Arbitrase Muamalat Indonesia (BAMUI) yang disahkan dan ditetapkan pada tanggal dua1 Oktober 1993 di Jakarta.

Prosedur acara yang berlaku di Basyarnas sebagai berikut:

1) Pendaftaran Surat Permohonan

Pengajuan permohonan proses arbitrase dimulai dengan didaftarkannya surat permohonan untuk mengadakan arbitrase oleh sekretaris BASYARNAS. Surat permohonan paling tidak memuat nama lengkap dan tempat tinggal para pihak dan uraian singkat tentang duduk perkara serta apa tuntutan. Berkas permohonan harus melampirkan berbagai dokumen diantaranya:

- a. Salinan naskah kesepakatan yang secara khusus menyerahkan kewenangan kepada BASYARNAS untuk memeriksa dan memutus perkara.
- b. Surat perjanjian yang memuat klausula arbitrase, yaitu ketentuan yang menetapkan bahwa sengketa yang timbul akan diselesaikan di BASYARNAS.

2) Verifikasi surat permohonan

Surat permohonan yang diajukan akan diperiksa kembali oleh BASYARNAS untuk menentukan apakah BASYARNAS berwenang memeriksa dan memutus sengketa arbitrase yang dimohonkan. Apabila perjanjian dan klausula arbitrase dianggap tidak cukup menjadi dasar kewenangan BASYARNAS memeriksa dan memutus sengketa, maka BASYARNAS akan menyatakan bahwa permohonan tidak dapat diterima yang dituangkan dalam sebuah penetapan yang dikeluarkan oleh Ketua BASYARNAS sebelum proses pemeriksaan dimulai. Sebaliknya jika permohonan diterima berdasarkan klausula dan perjanjian arbitrase, maka Ketua BASYARNAS segera menetapkan dan menunjuk arbiter tunggal atau arbiter majelis.

Berkas permohonan akan dipelajari secara seksama dan diverifikasi sesuai prosedur beracara di BASYARNAS. Salinan atau copy surat permohonan sudah harus disampaikan oleh sekretariat BASYARNAS kepada Termohon selambat-lambatnya 8 (delapan) hari sesudah penetapan atau penunjukan arbiter tunggal atau majelis.¹⁶⁵

3) Penunjukan Arbiter

Setelah permohonan diterima, Ketua BASYARNAS akan menunjuk arbiter yang dipilih dari para anggota Dewan Arbiter yang telah terdaftar di BASYARNAS. Syarat pengangkatan arbiter diatur dalam UU. No. 30/1999 sebagai berikut:

- a. Cakap melakukan tindakan hukum
- b. Berumur paling rendah 35 tahun
- c. Tidak memiliki hubungan keluarga sedarah atau semenda sampai dengan derajat kedua dengan salah satu pihak yang bersengketa
- d. Tidak memiliki kepentingan finansial atau kepentingan lain atas putusan arbitrase

¹⁶⁵ Badan Arbitrase Syariah Nasional, *Peraturan Prosedur Badan Arbitrase Syariah Nasional*, Pasal 1, 2, 3, 4, 5, 6, dan 7

- e. Memiliki pengalaman serta menguasai secara aktif di bidangnya paling sedikit lima belas tahun.

Syarat tambahan bagi arbiter syariah adalah: *pertama*, beragama Islam yang taat menjalankan ajaran agamanya dan tidak terkena aturan perundang-undangan. *Kedua*, ahli dalam ilmu dan berpengalaman sekurang-kurangnya 10 (sepuluh) tahun di bidangnya. *Ketiga*, menyatakan setuju dan menerima segala ketentuan yang termuat di dalam anggaran dasar, anggaran rumah tangga, dan peraturan prosedur beracara di muka badan. *Keempat*, mengisi dan menandatangani daftar isian (formulir) yang disiapkan oleh pengurus dan bersedia diangkat sumpah.

Ketentuan UU No. 30/1999 Tentang Arbitrase Syariah dan Peraturan Prosedur BAMUI bahwa jumlah dewan arbiter harus ganjil minimal 1 orang dan maksimalnya 3 orang arbiter. Apabila salah seorang dari kedua belah pihak yang bersengketa keberatan terhadap arbiter yang telah ditunjuk oleh ketua BASYARNAS, maka selambat-lambatnya dalam sidang pemeriksaan pertama atau selambat-lambatnya 3 (tiga) hari, arbiter tunggal atau arbiter majelis arbitrase meneruskan keberatan itu kepada ketua BASYARNAS dengan disertai alasan-alasannya berdasarkan hukum dan selambat-lambatnya 7 (hari), ketua BASYARNAS akan mengambil keputusan mengenai keberatan ini apakah diterima atau ditolak. Jika keberatan diterima, ketua BASYARNAS dalam penetapan yang sama akan menunjuk arbiter lain.¹⁶⁶

Pemeriksaan atas sengketa arbitrase harus diselesaikan dalam waktu paling lama 180 hari sejak arbiter atau majelis arbitrase terbentuk. Waktu ini dapat diperpanjang sesuai dengan kondisi persidangan. Dan segala hal yang berkaitan dengan biaya persidangan, seperti pemanggilan saksi menjadi tanggung jawab pihak yang memohon. Batas pembacaan putusan paling lama 30 hari setelah pemeriksaan ditutup. Selanjutnya para pihak diberikan waktu 14 hari setelah putusan diterima

¹⁶⁶ Badan Arbitrase Syariah Nasional, *Peraturan Prosedur Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS)*, BAB III Pasal 5 dan 6

untuk mengajukan permohonan kepada dewan arbiter terkait koreksi terhadap kekeliruan administratif dan atau menambah atau mengurangi sesuatu tuntutan putusan. Sifat putusan arbitrase syariah atas sengketa atau beda pendapat secara tertulis adalah final dan mengikat para pihak untuk dilaksanakan dengan itikad baik serta wajib didaftarkan di Pengadilan Negeri dalam waktu paling lama 30 (tiga puluh) hari sejak putusan diterima.

4) Mekanisme Pemeriksaan

Seluruh pemeriksaan dan persidangan dilakukan dalam sidang tertutup. Seluruh proses persidangan dan surat menyurat menggunakan bahasa Indonesia. Namun apabila salah seorang pihak tidak memahami bahasa Indonesia dan menghendaki adanya penerjemah, maka pihak yang berkepentingan harus menghadirkan penerjemah.

Masing-masing pihak memiliki hak yang sama dalam mempertahankan kepentingannya. Arbiter harus member perlakuan yang sama bagi para pihak berpegang para prinsip *equal before the law*. Dan setiap bukti atau dokumen harus dicopy rangkap untuk diberikan kepada arbiter dan pihak lawan.

Tempat persidangan dilakukan di tempat kedudukan BASYARNAS di Jakarta atau di cabang dan perwakilan BASYARNAS atau di tempat lain atas persetujuan para pihak. Beberapa daerah yang menerima pendaftaran perkara sengketa ekonomi syariah dan belum memiliki cabang arbitrase syariah, biasanya arbiter tunggal atau arbiter majelis bersama staf BASYARNAS akan melakukan persidangan sesuai permintaan dan persetujuan para pihak.

Sebelum pemeriksaan dimulai, arbiter harus berusaha mendamaikan para pihak. Pada persidangan pertama dan kedua, arbiter akan berusaha mendamaikan para

pihak. Apabila perdamaian tercapai, maka arbiter akan membuat akta perdamaian yang selanjutnya akan didaftarkan ke Pengadilan Negeri.¹⁶⁷

Tujuan yang ingin dicapai dalam proses arbitrase adalah para pihak yang bersengketa dapat menempuh jalur perdamaian, karena itu arbitrase bercirikan win-win solution. Perdamaian dapat dilakukan apabila para pihak memiliki I'tikad baik dan terbuka untuk menerima pihak lain. Masing-masing pihak harus siap mengorbankan sebagian kepentingannya untuk pihak lain demi sebuah perdamaian.

5) Tempat Persidangan

Persidangan dilakukan di tempat kedudukan BASYARNAS di Jakarta, kecuali atas permintaan para pihak, persidangan dapat dilakukan di tempat lain atas persetujuan para pihak. Arbiter tunggal atau arbiter majelis dapat melakukan sidang di tempat untuk memeriksa saksi, barang atau dokumen yang berhubungan dengan hal yang disengketakan. Proses persidangan, mulai dari proses pemeriksaan sampai putusan dilakukan secara tertutup.¹⁶⁸ Sifat kerahasiaan BASYARNAS juga diatur dalam UU No. 30/1999 Pasal 27 bahwa “ *Semua pemeriksaan sengketa oleh arbiter atau mejelis arbitrase dilakukan secara tertutup* ”.

Prinsip kerahasiaan yang anut oleh BASYARNAS bagian dari ciri berperkara pada lembaga arbitrase, bahkan untuk kepentingan akademik penelitian prinsip ini tetap diberlakukan sehingga menyulitkan dalam proses pengambilan data dan dokumen terkait. Pengambilan data hanya dilakukan melalui proses wawancara secara mendalam.

¹⁶⁷ Badan Arbitrase Syariah Nasional, *Peraturan Prosedur Badan Arbitrase Syariah Nasional*, {Pasal 11 dan 12

¹⁶⁸ Peraturan Prosedur BASYARNAS Pasal 11

Prinsip *equality before the law* diberlakukan, karena itu para pihak yang bersengketa memiliki hak dan kesempatan yang sama dalam mengemukakan pendapat dalam proses persidangan. Para pihak juga dapat mendelegasikan dan mewakilkan dirinya pada kuasa hukum yang ditunjuk berdasarkan surat kuasa khusus yang dibuatnya. Dewan arbiter, baik atas pendapat sendiri maupun atas permintaan salah satu pihak atau kedua bela pihak dapat melakukan pemeriksaan dengan mendengar keterangan saksi dan pemeriksaan secara lisan di antara para pihak. Setiap bukti atau dokumen yang disampaikan salah satu pihak, maka salinannya harus disampaikan kepada pihak lawan. Tahap pemeriksaan di mulai dari *replik-duplik*, pembuktian dan putusan dilakukan berdasarkan kebijakan arbiter tunggal atau majelis.

6) Jangka waktu persidangan

Seluruh tahapan persidangan yang diawali dengan penerimaan berkas permohonan pendaftaran. Berkas permohonan diterima oleh secretariat setelah biaya pendaftaran, biaya pemeriksaan, dan honorarium arbiter dibayar lunas. Besaran biaya arbiter ditetapkan dalam peraturan tentang biaya arbiter. Ketua BASYARNAS akan memilih dan menunjuk arbiter tunggal atau arbiter majelis yang dipilih dari Dewan Arbiter yang terdaftar pada BASYARNAS, namun dalam hal pemeriksaan memerlukan suatu keahlian khusus, maka ketua BASYARNAS berhak menunjuk seorang ahli dalam bidang khusus yang diperlukan. Arbiter yang telah dipilih dan ditunjuk tidak boleh mengundurkan diri. Arbiter tunggal atau arbiter majelis yang dibentuk oleh ketua BASYARNAS akan memeriksa dan memutus sengketa atas

nama BASYARNAS dan menjalankan semua kewenangan BASYARNAS yang berkenaan dengan pemeriksaan dan pemutusan sengketa.

Sebelum pemeriksaan dimulai, arbiter tunggal atau arbiter majelis harus berusaha mendamaikan para pihak. Putusan perdamaian dibuatkan akta perdamaian yang sifatnya final dan mengikat. Putusan perdamaian harus didaftarkan di Pengadilan Negeri. Sebelum dijatuhkan putusan, Pemohon dapat mencabut permohonannya dan biaya-biaya yang telah dibayarkan akan dikembalikan apabila ketua BASYARNAS belum menunjuk arbiter. Apabila arbiter tunggal atau arbiter majelis menganggap pemeriksaan telah cukup, maka pemeriksaan akan ditutup dan akan menetapkan hari persidangan untuk pembacaan putusan. Seluruh proses pemeriksaan sampai dengan dibacakannya putusan oleh arbiter tunggal atau arbiter majelis akan diselesaikan selambat-lambatnya dalam jangka waktu 180 (seratus delapan puluh) hari, terhitung sejak arbiter tunggal atau arbiter majelis ditetapkan.¹⁶⁹

7) Sifat Putusan

Penetapan putusan arbiter diambil berdasarkan asas musyawarah dan mufakat, apabila tidak tercapai kesepakatan, maka putusan didasarkan atas suara terbanyak. Putusan tidak boleh diumumkan kecuali disepakati oleh para pihak. Salinan putusan yang telah ditandatangani oleh arbiter harus diberikan kepada para pihak bersengketa. Putusan BASYARNAS bersifat final dan mengikat. Paling lama 30 (tiga puluh) hari sejak tanggal putusan dibacakan, lembar asli atau salinan otentik putusan arbiter didaftarkan kepada kepaniteraan Pengadilan Negeri. Apabila putusan tidak

¹⁶⁹ Badan Arbitrase Syariah Nasional, *Peraturan Prosedur Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS)* Pasal 5, 7, 8, 10, 12, dan 22

dilaksanakan secara sukarela, maka putusan dilaksanakan berdasarkan perintah Ketua Pengadilan Negeri atas permohonan eksekusi salah satu pihak.¹⁷⁰

8) Biaya Persidangan

Biaya arbitrase terdiri dari biaya pendaftaran, biaya pemeriksaan, dan honorarium arbiter. Besarnya biaya ditetapkan oleh Ketua BASYARANAS dalam suatu peraturan tersendiri. Unsure-unsur biaya meliputi, *pertama*, biaya pendaftaran konpensasi yang dihitung berdasarkan besaran nominal tuntutan, yaitu 10% dari nilai tuntutan. *Kedua*, Biaya administrasi atau pemeriksaan konpensasi yang besarnya dihitung berdasarkan nilai tuntutan. *Ketiga*, biaya arbiter dengan variasi antara 0.70 % & sampai dengan 10% dari nilai tuntutan. Semakin tinggi nilai nominal tuntutan, maka prosentasinya juga semakin kecil.

No	Nominal Tuntutan	Biaya Arbiter	Prosentasi
A.	Biaya Pendaftaran Konpensasi		
1.	Rp. 500.000.000	Rp. 500.000	
2.	Rp. 500.000.001 – Rp. 1.000.000.000,-	Rp. 1.000.000,-	
3.	Rp. 1.000.000.001 - Rp. 3.000.000.000	Rp. 1.500.000,-	
4.	Lebih dari Rp. 3.000.000.000,-	Rp. 2.000.000,-	
B.	Biaya Administrasi atau Pemeriksaan Konpensasi		
1.	Rp. 500.000.000,-	Rp. 1.000.000,-	
2.	Rp. 500.000.001 – Rp. 1.000.000.000	Rp. 1.500.000,-	
3.	Rp. 1.000.000.001 – Rp. 3.000.000.000,-	Rp. 2.000.000,-	

¹⁷⁰ Badan Arbitrase Syariah Nasional, *Peraturan Prosedur Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS)* Pasal 23 dan 25

4.	Lebih dari Rp. 3.000.000.000,-	Rp. 2.500.000,-	
C.	Biaya Arbiter		
1.	Rp. 100.000.000 – Rp. 500.000.000,-	10%	
2.	Rp. 500.000.000 – Rp. 2.000.000.000,-	8%	
3.	Rp. 2.000.000.001 – Rp. 5.000.000.000,-	7%	
4.	Rp. 5.000.000.001 – Rp. 7.000.000.000,-	6%	
5.	Rp. 7.000.000.001 – Rp. 9.000.000.000,-	5%	
6.	Rp. 9.000.000.001 – Rp. 10.000.000.000,-	4%	
7.	Rp. 10.000.000.001 – Rp. 20.000.000.000,-	3%	
8.	Rp. 20.000.000.001 – Rp. 40.000.000.000,-	2%	
9.	Rp. 40.000.000.001 – Rp. 60.000.000.000,-	1,5%	
10.	Rp. 60.000.000.001 – Rp. 80.000.000.000,-	0.90%	
11.	Rp. 80.000.000.001 – Rp. 100.000.000.000,-	0,80%	
12.	Lebih besar dari Rp. 100.000.000.000,-	0.70%	

Sumber: Badan Arbitrase Syariah Nasional Jakarta

7) *Kewenangan BASYARNAS*

Peraturan Bank Indonesia (PBI) Nomor 7/46/PBI/2005 Tentang Akad Perhimpunan dan Penyaluran Dana Bagi Bank Yang Melaksanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syariah menyatakan bahwa penyelesaian sengketa perbankan syariah diselesaikan melalui Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS) setelah tidak tercapai musyawarah untuk mufakat. Undang-undang No. 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah Pasal 55 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”. Pada penjelasan Pasal 55 ayat (2) menyatakan bahwa yang dimaksud dengan “penyelesaian sengketa dilakukan sesuai isi Akad” adalah upaya, (a) musyawarah, (b) mediasi perbankan, (c) melalui Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS) atau lembaga arbitrase lain, (d) melalui pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum.¹⁷¹

Menurut Muhammad Alim bahwa Penjelasan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Perbankan Syariah bahwa yang menentukan penyelesaian sengketa sesuai dengan akad adalah upaya musyawarah, mediasi perbankan, melalui Badan Arbitrase Syariah Nasional. Upaya penyelesaian sengketa di luar pengadilan dapat dibenarkan berdasarkan asas musyawarah.¹⁷²

Lahirnya Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama telah membawa perubahan besar dalam eksistensi lembaga Peradilan Agama saat ini. Salah satu perubahan mendasar adalah penambahan wewenang lembaga Peradilan Agama antara lain dalam bidang ekonomi syariah. Berdasarkan pasal 49 huruf (i) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama ditegaskan bahwa Peradilan Agama bertugas dan berwenang memeriksa, mengadili dan menyelesaikan perkara termasuk kasus sengketa yang berkaitan dengan ekonomi syariah. Pasal 49 UUPA berbunyi:

“(1) Pengadilan agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang:

a. perkawinan

b. warta

¹⁷¹ Muhammad Amin Suma, *Himpunan Undang-undang Perdata Islam dan Peraturan Pelaksanaan Lainnya di Negara Hukum Indonesia*, Cet. I; Jakarta: PT. Rajagrafindo Persada, 2004, h. 1507

¹⁷² Chairul Lutfi, *Kewenangan Badan Arbitrase Syariah Nasional (Basyarnas) Terhadap Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Pasca Putusan MK NO. 93/PUU-X/2012*

- c. wasiat
- d. hibah
- e. wakaf
- f. zakat
- g. infaq
- h. shadaqah
- i. dan ekonomi syariah.¹⁷³

Secara sepintas telah terjadi dualisme kewenangan penyelesaian sengketa perbankan syariah. Menurut UUPS salah satu forum penyelesaian sengketa perbankan syariah dapat diselesaikan melalui jalur pengadilan negeri. Sementara UUPA No. 3 Tahun 2006 menyatakan bahwa forum penyelesaian sengketa perbankan syariah merupakan kewenangan pengadilan agama dan kewenangan tersebut bersifat absolutely. Adanya dualisme kewenangan ini menjadikan proses penyelesaian sengketa perbankan syariah tidak memiliki kepastian hukum, padahal salah satu aspek penegakan hukum dapat berjalan dengan baik apabila substansi hukum berupa undang-undangan memiliki kepastian hukum.

Secara yuridis, dapat disimpulkan bahwa telah terjadi konflik norma antara Pasal 49 (i) UUPA dengan Pasal 55 ayat (2) UUPS dan antara Pasal 55 ayat (1) UUPS dengan pasal 55 ayat (2) UUPS. Konflik norma yang secara substansial mengindikasikan adanya dualisme kewenangan forum penyelesaian sengketa perbankan syariah. Forum itu menjadi kewenangan lembaga litigasi, yaitu pengadilan agama dan pengadilan negeri. Konflik norma berakibat pada ketidakpastian. Hal ini juga bertentangan dengan dengan Pasal 28 D (1) Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang berbunyi: “*Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum*”.¹⁷⁴

¹⁷³ Undang-undang No. 3 Tahun 2006 tentang Pengadilan Agama Pasal 49 ayat (1)

¹⁷⁴ Triana Sofiani, *Dualisme Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012*, Jurnal Hukum Islam, Volume 13, Nomor 2, Desember 2015, Diakses tgl 5 Oktober 2016

Secara hierarkis perundang-undangan, undang-undang yang kedudukannya lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan konstitusi. Teori hirarki norma yang dikemukakan oleh Hans Kelsen menegaskan bahwa pembentukan norma hukum yang lebih rendah ditentukan oleh norma hukum yang lebih tinggi yang pembentukannya ditentukan oleh norma lain yang lebih tinggi, yaitu norma dasar tertinggi atau konstitusi.¹⁷⁵

Teori hierarki norma hukum yang dicetuskan oleh Hans Kelsen, kemudian dikembangkan oleh Hans Nawiasky dengan teori *von stufenufbau der rechtsordnung* mengemukakan susunan norma teori. *Pertama*, Norma fundamental negara (*staatsfundamentalnorm*). *Kedua*, Aturan dasar negara (*staatsgrundgesetz*). *Ketiga*, Undang-undang formal (*formall gesetz*). *Keempat*, Peraturan pelaksanaan dan peraturan otonom (*verordnung en autonome satzung*). Susunan teori norma ini menurut A. Hamid S. Attamimi dijabarkan dalam struktur hierarki tata hukum Indonesia, sehingga memiliki struktur sebagai berikut:

1. Norma *Staatfundamentalnorm* tercantum dalam Pancasila atau Pembukaan UUD 1945
2. Norma *staatsgrundgesetz* tercantum dalam Batang Tubuh UUD 1945 dan Konvensi Ketatanegaraan
3. Norma *formal gesetz* tercantum dalam Perundang-undangan
4. Norma *verordnung en Autonome satzung* terlihat pada peraturan pemerintah pusat maupun daerah.¹⁷⁶

¹⁷⁵ A. Rosyid al-Atok, *Konsep Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, Teori, Sejarah, dan Perbandingan dengan Beberapa Negara Bikameral*, Cet. I; Malang: Setara Press, 2015, h. 114

¹⁷⁶ Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barakatullah, *Filsafat, Teori, dan Ilmu Hukum, Pemikiran Menuju Masyarakat yang Berkeadilan dan Bermartabat*, h. 384

Konflik norma ini dapat diselesaikan melalui Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 yang amar putusannya menyatakan bahwa, *Pertama*, penjelasan Pasal 55 ayat (2) Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 94, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4867 bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. *Kedua*, Penjelasan Pasal 55 ayat (2) Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 94, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4867 tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

Berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 terkait pengujian norma Pasal 55 ayat (2) UUPS ada beberapa hal yang dapat disimpulkan :

- a. Penjelasan Pasal 55 ayat (2) UUPS yang membuka pilihan forum (*choice of form*) penyelesaian sengketa, baik melalui lembaga litigasi, yaitu pengadilan negeri dan agama, maupun melalui lembaga non litigasi sesuai isi akad. Berdasarkan kenyataan empiric bahwa *choice of form* telah banyak menimbulkan ketidakpastian hukum yang dapat merugikan para pihak yang bersengketa, dan juga bertentangan dengan konstitusi UUD 1945 Pasal 28 ayat (1), karena itu Pasal 55 ayat (2) dinyatakan tidak memiliki kekuatan mengikat. Putusan ini mengembalikan kewenangan absolute pengadilan agama dalam menangani perkara ekonomi syariah termasuk perbankan syariah secara litigasi.

- b. Berdasarkan ketentuan fatwa DSN-MUI dan Peraturan Bank Indonesia yang merekomendasikan setiap akad yang diperjanjikan antara perbankan syariah dan nasabah selalu mencantumkan klausul forum penyelesaian sengketa, baik secara litigasi maupun non litigasi.
- c. Akad perjanjian yang tidak mencantumkan secara jelas dan konkrit forum penyelesaian sengketa, maka sepenuhnya menjadi kewenangan Pengadilan Agama berdasarkan Pasal 49 huruf (i) Undang-undang No. 3 Tahun 2006 Tentang Pengadilan Agama.
- d. Secara hirerakis pilihan forum hukum penyelesaian sengketa berdasarkan akad perjanjian merupakan pilihan kedua apabila para pihak mencantumkannya dalam klausul akad perjanjian dan tidak memberikan kewenangan melalui Pengadilan Agama. karena perjanjian merupakan Undang-Undang bagi mereka yang membuatnya sebagaimana ketentuan Pasal 1338 KUHPerdara (asas *pacta sunt servanda*).

Penyelesaian sengketa perbankan syariah secara non litigasi dapat ditempuh melalui jalur konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, penilaian ahli, dan arbitrase¹⁷⁷. Penyelesaian sengketa melalui arbitrase didasarkan pada perjanjian para pihak, baik perjanjian sebelum terjadi sengketa (*pactum de compromettendo*) atau perjanjian setelah sengketa (*akta kompromis*). Penyelesaian sengketa berdasarkan perjanjian merupakan kewenangan arbitrase dan pengadilan berhak menolak dan tidak dapat mengintervensi sengketa yang telah dilimpahkan melalui arbitrase. Perjanjian yang

¹⁷⁷ Arbitrase adalah cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa. Lihat, undang-undang No. 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa Pasal 1 angka 1

dibuat secara tertulis dihadapan pejabat yang berwenang merupakan undang-undang bagi yang membuatnya.

Penyelesaian sengketa secara litigasi dasar hukumnya telah jelas, yaitu merupakan kewenangan absolute pengadilan Agama. Sedangkan penyelesaian sengketa ekonomi syariah non litigasi didasarkan atas perjanjian para pihak, baik melalui *pactum de compromettendo* atau *acte compromise*, biasa disebut dengan istilah *submission agreement*, yaitu suatu perjanjian berkenaan dengan sengketa yang telah terjadi. Sedangkan eksekusi putusan BASYARNAS dilimpahkan kepada pengadilan negeri berdasarkan UU No. 30/1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa Pasal 61 “*dalam hal para pihak tidak melaksanakan putusan arbitrase secara sukarela, putusan dilaksanakan berdasarkan perintah Ketua Pengadilan Negeri atas permohonan satu pihak yang bersengketa*”¹⁷⁸

Undang-undang No. 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman Pasal 59 menyebutkan bahwa:

- 1) Arbitrase merupakan cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar pengadilan yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa.
- 2) Putusan arbitrase bersifat final dan mempunyai kekuatan hukum tetap dan mengikat para pihak.
- 3) Dalam hal para pihak tidak melaksanakan putusan arbitrase secara sukarela, putusan dilaksanakan berdasarkan perintah ketua pengadilan negeri atas permohonan salah satu pihak yang bersengketa.

Pada penjelasan Pasal 49 ayat (1) disebutkan bahwa: “*yang dimaksud dengan “arbitrase” dalam ketentuan ini termasuk juga arbitrase syariah.*” . Secara yuridis, eksekusi putusan BASYARNAS menjadi kewenangan Pengadilan Negeri. Karena itu, tidak ada dualisme terkait eksekusi putusan BASYARNAS. Inilah yang terjadi pada kasus

¹⁷⁸ UU No. 30/1999 tentang Arbitrase dan alternative Penyelesaian Sengketa Pasal 61

dalam kasus antara PT. Atriumasta Sakti melawan PT. Bank Syariah Mandiri telah diselesaikan oleh Badan Arbitrase Syariah Nasional (Basyarnas) pada tanggal 16 September 2009 No. 16/Th 2008/ Basyarnas. Terhadap putusan Basyarnas tersebut telah dimohonkan pembatalannya ke Pengadilan Agama Jakarta Pusat oleh PT. Bank Syariah Mandiri pada tanggal 10 November 2009 dengan dasar ketentuan pasal 70 dan penjelasan umum bab VII Undang – Undang No. 30 Tahun 1999, Jo Undang – Undang No. 3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama Jo SEMA No. 8 Tahun 2008 tentang Eksekusi Putusan Badan Arbitrase Syariah. Kemudian SEMA No.8 Tahun 2008 tanggal 10 Oktober 2008 ini dicabut karena bertentangan dengan pasal 59 ayat 3 Undang – Undang No. 48 tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman. Karena itu, SEMA No. 8 Tahun 2008 tersebut dinyatakan tidak berlaku oleh SEMA No. 8 Tahun 2010 tanggal 20 Mei 2010.

8) *Eksekusi Putusan Basyarnas*

Munculnya kasus sengketa perbankan syariah antara bank Mandiri syariah dengan PT. Atriumastra Sakti yang telah diputus oleh Badan Arbitrase Syariah Nasional pada tahun 2009 dengan nomor 16/Th 2008/Basyarnas. Putusan Basyarnas ini telah dimohonkan pembatalannya ke Pengadilan Agama Jakarta Pusat dengan nomor 792/Pdt.G/2009/PA.JP oleh PT. Bank Syariah Mandiri pada November 2009 berdasarkan Undang-undang Nomor 3 Tahun 2009 Tentang Peradilan Agama. Putusan Pengadilan Agama Jakarta Pusat membatalkan putusan Basyarnas Jakarta. Atas dasar itu, maka PT. Atriumasta Sakti dan Arbiter Basyarnas Jakarta mengajukan banding ke Mahkamah Agung dengan termohon banding adalah PT. Bank Syariah Mandiri Jakarta. Hasil putusan Mahkamah Agung oleh PT. Bank Syariah Mandiri Jakarta mengajukan permohonan peninjauan kembali ke Mahkamah Agung. Hasil putusan Mahkamah Agung dengan nomor 56/PK/AG/2011 menolak permohonan

peninjauan kembali PT. Bank Syariah Mandiri. Dasar pertimbangan Mahkamah Agung diantaranya adalah putusan Pengadilan Agama telah melampaui kompetensinya karena Pasal 71 Undang-Undang Nomor 1999 berbunyi sebagai berikut: *Pemohonan Pembatalan Administrasi harus diajukan kepada Panitera Pengadilan Negeri*, sedangkan kewenangan Pengadilan Agama menurut Pasal 49 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 adalah kewenangan tentang sengketa Perbankan Syariah.¹⁷⁹

Undang-undang No. 30 Tahun 1999 menyebutkan bahwa pendaftaran putusan dan pelaksanaan atau eksekusi putusan arbitrase menjadi kewenangan Pengadilan Negeri, tidak dilimpahkan ke Pengadilan Agama. Hal ini didasarkan pada sejumlah Pasal yang disebutkan dalam UU No. 30/1999, yaitu Pasal 59, Pasal 61, Pasal 62, Pasal 63 dan Pasal 64 UU No. 30 Tahun 1999, sehingga putusan Badan Arbitrase Syariah Nasional menjadi kewenangan Pengadilan Negeri. Namun menurut sebagian ahli bahwa semua yang berkaitan dengan penyelesaian ekonomi syariah merupakan kewenangan Pengadilan Agama, dan kewenangan ini bersifat absolute berdasarkan Pasal 49 UU No. 3/2006 Tentang Pengadilan Agama. Juga diperkuat dengan kaedah asas hukum *lex posteriori derogat legi priori* dan *lex specialis derogat legi generali*. Berdasarkan asas *lex posteriori derogat legi priori*, peraturan perundang-undangan yang lebih baru didahulukan berlakunya daripada peraturan perundang-undangan yang lebih terdahulu. Sedangkan menurut asas *lex specialis derogat legi generali*, yaitu peraturan perundang-undangan yang sifatnya khusus didahulukan berlakunya daripada peraturan perundang-undangan yang sifatnya umum. Kewenangan Pengadilan Agama untuk melaksanakan Putusan atau Eksekusi Basyarnas sangatlah tepat sesuai dengan asas hukum *lex posteriori derogat legi priori* dan *lex specialis derogat legi generali*. Untuk itu, dasar kewenangan perluasan kewenangan Peradilan

¹⁷⁹ Ummi Uzma, *Pelaksanaan atau Eksekusi Putusan Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS) sebagai Kewenangan Pengadilan Agama*, *Jurnal Hukum dan Pembangunan Tahun ke-44 No. 3 Juli-September 2014*, diakses tgl 5 Oktober 2016

Agama adalah telah sesuai dengan dasar yuridis formal dan juga berdasar atas kebutuhan masyarakat¹⁸⁰

Diundangkannya Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman Pasal 59 ayat (3) yang berbunyi: *“Dalam hal para pihak tidak melaksanakan putusan arbitrase secara sukarela, putusan dilaksanakan berdasarkan perintah ketua pengadilan negeri atas permohonan salah satu pihak yang bersengketa”*. Pada penjelasan ayat (1) Undang-undang 48/2009 menyebutkan bahwa *“Yang dimaksud dengan “arbitrase” dalam ketentuan ini termasuk juga arbitrase syariah”*.¹⁸¹ Dengan adanya undang-undang ini, maka kompetensi absolute pengadilan Agama dalam memeriksa, mengadili, dan memutus perkara ekonomi syariah tereduksi, sehingga menimbulkan kekaburan norma dan tidak adanya kepastian dalam penyelesaian hukum sengketa ekonomi syariah.

Kehadiran undang-undang yang mengatur kewenangan eksekusi putusan BASYARNAS yang dilimpahkan ke Pengadilan Negeri tidak berarti bahwa kewenangan Pengadilan Agama tereduksi, sebab pada prinsipnya Pengadilan Negeri tidak lagi menguji hasil putusan BASYARNAS, namun hanya mengeksekusi putusan BASYARNAS. Alasan eksekusi putusan BASYARNAS dilimpahkan ke Pengadilan Negeri karena terkait dengan sita jaminan. Undang-undang No. 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan atas Tanah Beserta Benda-benda yang Berkaitan Dengan Tanah memberikan wewenang kepada Pengadilan Negeri.

Secara kewenangan, tampaknya SEMA No. 8 Tahun 2010 yang mengugurkan kewenangan Pengadilan Agama dalam mengeksekusi putusan BASYARNAS tampak mereduksi kewenangan Pengadilan Agama dalam memeriksa, mengadili, dan memutus perkara ekonomi syariah. Kewenangan Pengadilan Agama yang bersifat

¹⁸⁰ Ummi Uzma, *Pelaksanaan atau Eksekusi Putusan Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS) sebagai Kewenangan Pengadilan Agama*, Jurnal Hukum dan Pembangunan Tahun ke-44 No. 3 Juli-September '14, diakses tgl 8 Oktober '16

¹⁸¹ Undang-undang Nomor 48/2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman.

absolute berdasarkan UU No. 3 Tahun 2006 Tentang Peradilan Agama yang diperkuat dengan UU No. 50 Tahun 2009 Tentang Kewenangan Pengadilan Agama menjadi tidak absolute terhadap eksekusi putusan arbitrase syariah, karena eksekusi putusan tersebut menjadi kewenangan Pengadilan Negeri berdasarkan UU No 30 Tahun 1999 Tentang APS dan Arbitrase yang diperkuat dengan UU No. 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman dan SEMA No. 8 Tahun 2010.

Menurut Hakim Pengadilan Agama, bahwa secara hierarkis eksekusi putusan BASYARNAS seharusnya dikembalikan ke Pengadilan Agama, karena lembaga Peradilan Agama juga memiliki kewenangan dalam menyita hak tanggungan dan jaminan. Namun sebagian ahli berpendapat bahwa kewenangan Pengadilan Negeri mengeksekusi putusan BASYARNAS tidak berarti mereduksi kewenangan Pengadilan Agama, tetapi sifat eksekusi tersebut hanya menjustifikasi dan memperkuat putusan BASYARNAS bukan untuk menguji dan mengevaluasi.

B. Materi-materi Hukum dalam Putusan Basyarnas

1. Putusan No. 02/Tahun 1998/BAMUI/Ka.Jak. Tentang *Ba'I Bittaman 'Ajil (Akad Mura>bahah)* Penggugat adalah PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk (BMI) berkedudukan di Jl. Jenderal Sudirman No. 02 Jakarta Pusat 10.220. yang dikuasakan kepada: 1) Taufik Hidayat, kepala Seksi Legal PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk (BMI), 2) Dece Kurniadi, Officer Urusan Penyelesaian Pembiayaan PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk (BMI). Tergugat Syafrichan Abdullah beralamat di Jl. Lebak Bulus No. 38 Cilandak Jakarta Selatan.
2. Pertimbangan Hukum
 - 1) Menimbang bahwa sebelum memeriksa pokok sengketa, majelis arbiter mempertimbangkan dasar kewenangan BAMUI untuk memeriksa dan memutus sengketa yang diajukan oleh penggugat.

- 2) Menimbang Penggugat dan Tergugat telah sepakat membuat perjanjian al-Bai Bitsaman Ajil dan ditanda tangani oleh kedua belah pihak, yang dengan demikian keduanya mengikatkan diri dan terikat dengan perjanjian tersebut.
- 3) Menimbang bahwa Penggugat dan Tergugat bersepakat yang mana Tergugat akan memberikan kuasa kepada Penggugat untuk menjual tanah jaminan untuk pelunasan tunggakan atau utang Tergugat kepada Penggugat.
- 4) Menimbang bahwa pertimbangan Arbiter Majelis didasarkan atas perintah Allah dalam Surah al-Nisa ayat 58 yang berbunyi:



- 5) Menimbang bahwa sesuai Pasal 60 Undang-undang No. 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa Junto Pasal 28 Peraturan Prosedur BAMUI, maka Putusan dalam perkara ini bersifat final dan mengikat (final and binding) terhadap kedua belah pihak.
3. Putusan No. 03/Tahun 1998/BAMUI/Put/Ka.Jak. Penggugat adalah PT. Bank Muamalat Indonesia TBK (BMI) berkedudukan di Jl. Jend. Sudirman No. 2 Jakarta Pusat yang dikuasakan kepada Taufik Hidayat sebagai Kepala seksi legal PT. Bank Muamalat Indonesia dan dkk. Tergugat PT. Pantama Servindo

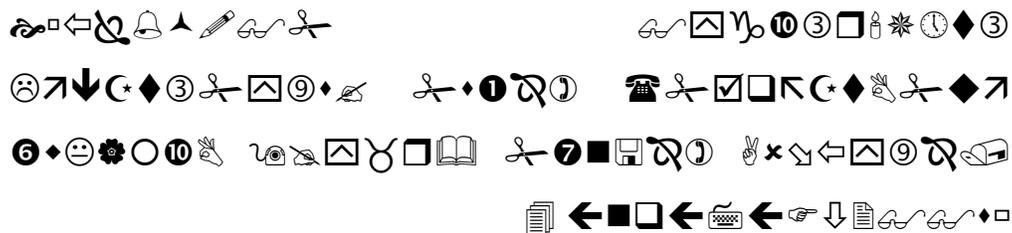
beralamat di Jl. H. Muhi VIII No 54 Pondok Pinang Jakarta Selatan yang diwakili oleh Agus Nadi

4. Tentang Duduk Perkaranya

- 1) Menimbang bahwa Penggugat dengan suratnya tanggal 26 Oktober 1998 Nomor. 168/BMI/UPP/X/98 telah mengajukan gugatan terhadap PT. Pantama Servindo yang diterima tanggal 2 November 1998 dan didaftarkan di Sekretariat kantor Badan Arbitrase Muamalat Indonesia (BAMUI) tanggal 15 November 1998 dengan perkara No. 03/BAMUI/1998

5. Tentang Pertimbangan Hukumnya

- 1) Menimbang bahwa pada tanggal 9 Agustus 1994 antara Penggugat dan Tergugat telah terjadi persetujuan fasilitas pembiayaan al-Ba’I Bithaman Ajil yang dibuat secara tertulis dalam jangka waktu 36 bulan terhitung dari tanggal 30 Agustus 1994 sampai 30 Agustus 1997
- 2) Menimbang bahwa pembuatan perjanjian tersebut telah dilaksanakan seperti yang diperintahkan al-Qur’an surah al-Baqarah (2) ayat 282 yang berbunyi:



- 3) Menimbang bahwa sebelum memeriksa pokok sengketa, Ariter Majelis terlebih dahulu mempertimbangkan dasar kewenangan Badan Arbitrase Muamalat Indonesia (BAMUI) untuk memeriksa sengketa yang diajukan Penggugat.

- 8) Menimbang bahwa Bank Muamalat Indonesia dengan suratnya no.35/BMI/UPP/V/99 telah mengirim surat kepada Badan Arbitrase Muamalat Indonesia (BAMUI) perihal sita jaminan.
 - 9) Menimbang karena Badan Arbitrase Muamalat Indonesia tidak memiliki lembaga Juru Sita, maka sepatutnya permohonan sita jaminan ditujukan kepada Ketua Pengadilan Negeri.
 - 10) Menimbang bahwa sesuai Pasal 28 Peraturan Prosedur BAMUI, maka putusan dalam arbiter ini adalah final dan mengikat (Final dan Binding)
 - 11) Mengingat ayat al-Qur'an dan Hadis Nabi saw yang relevan dengan perkara ini, peraturan prosedur Badan Arbitrase Muamalat Indonesia (BAMUI) yang berlaku, serta peraturan perundang-undangan lainnya.
6. Putusan No. 15/Tahun 2007/BASYARNAS/Ka.Jak Tentang Perkara Pembiayaan *Mud\>rabah Muqayyadah*
7. Tentang Duduk Perkaranya:
- 1) Pemahaman Pemohon terhadap skim pembiayaan *mud\>rabah muqayyadah* adalah penempatan deposito pada bank syariah sehingga pemohon setuju atas penempatan dana pada produk tersebut.
 - 2) Termohon I telah mengajukan proposal penawaran kerjasama pembiayaan *mud\>rabah muqayyadah* kepada pemohon untuk PT. Sari Indo Prima
 - 3) Telah dilakukan kesepakatan bersama *muda\>rabah muqayyadah* antara Pemohon, Termohon II dan Termohon I
 - 4) Bahwa Pemohon telah menyampaikan surat kepada Termohon I perihal penerbitan deposito

- 5) Bahwa secara notaril telah dilakukan akad pembiayaan *mudharabah muqayyadah* antara pemohon I, Temohon II, dan Termohon I
- 6) Bahwa Termohon II tidak melakukan pembayaran ansuran baik kewajiban pokok maupun margin bagi hasil, karena itu termohon II telah melakukan cidera janji sebagaimana telah diatur dalam akad pembiayaan *mudharabah muqayyadah* yang telah disepakati para pihak.
- 7) Bahwa Termohon I dan Termohon II telah berbuat *gharar* dan *zalim* terhadap Pemohon, artinya adalah bank telah melakukan transaksi yang mengandung tipuan yang mengakibatkan kerugian pada pihak lain.
- 8) Bahwa rukun kontrak dalam hukum perikatan Islam terdapat unsure-unsur sebagai berikut: 1) pernyataan untuk mengikatkan diri (*sighatul 'aqdi*), 2) pihak-pihak yang mengadakan kontrak (*al-muta'qidain*), 3) Obyek kontrak (*al-ma'qud alaih*). 4) Tujuan kontrak (*maudhu'ul 'aqd*).
- 9) Bahwa pernyataan untuk mengikatkan diri (*sighatul 'aqdi*) diperlukan syarat, yaitu: harus terang pengertiannya, harus sesuai dengan *ijab qabul* dan memperlihatkan kesungguhan dari pihak-pihak yang bersangkutan. Ketiga syarat tersebut ternyata tidak dipenuhi oleh Termohon I, yaitu tidak jelasnya pengertian *mudharabah muqayyadah* secara detail sehingga menimbulkan penafsiran yang salah dan menyesatkan.
- 10) Bahwa unsure-unsur yang mendasari adanya perikatan perjanjian sebagaimana diatur dalam Pasal 1320 KUHPerdara yaitu adanya kecakapan, kesepakatan, hal tertentu, dan kausa yang halal. Berdasarkan uraian di atas bahwa unsure kesepakatan, hal tertentu, dan kausa yang halal tidak terpenuhi atau setidaknya mengandung cacat hukum sehingga seluruh akad-akad *mudharabah*

muqayyadah antara Pemohon dengan Termohon I dan Termohon II yang telah dibuat tidak mempunyai daya mengikat dan atau batal demi hukum.

- 11) Bahwa berdasarkan alasan seperti tersebut di atas Permohonan Pemohon sangat beralasan dan terbukti bahwa Termohon I dan Termohon II telah melakukan cidera janji dan perbuatan melawan hukum serta melanggar prinsip-prinsip syariah dan perundang-undangan yang berlaku.

8. Tentang Pertimbangan Hukum:

- 1) Menimbang bahwa sebelum memeriksa pokok sengketa, baik mengenai eksepsi maupun mengenai pokok perkara, Majelis Arbiter terlebih dahulu akan mempertimbangkan dasar kewenangan Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS) untuk memeriksa sengketa yang diajukan Pemohon yang dipersoalkan oleh Termohon tersebut.
- 2) Menimbang bahwa berdasarkan klausul perjanjian yang telah ditandatangani para pihak, pada Pasal 4 dinyatakan bahwa jika terjadi perselisihan akan diselesaikan melalui Badan Arbitrase Muamalat Indonesia (BAMUI).
- 3) Menimbang bahwa sesuai dengan akad pembiayaan mudharabah muqayyadah No. 108 Pasal 14 ayat dua menyebutkan: “apabila usaha menyelesaikan perbedaan pendapat atau perselisihan melalui musyawarah untuk mufakat tidak menghasilkan keputusan yang disepakati oleh kedua belah pihak, maka dengan ini Mudharib atau Shahibul Mal sepakat untuk menunjuk dan menetapkan serta member kuasa kepada Badan Arbitrase Muamalat Indonesia (BAMUI) untuk memberikan putusannya.
- 4) Menimbang bahwa perjanjian yang mengikat antara Pemohon, Termohon I dan Termohon II, oleh karena itu berdasarkan nash-nash al-Qur’an yang



Mencermati putusan badan arbitrase syariah nasional terhadap beberapa kasus sengketa perbankan syariah dengan nasabahnya di atas, tampaknya isi putusan pada umumnya memuat materi-materi hukum sebagai berikut:

1. Hukum Islam

Hukum Islam merupakan salah satu sumber hukum pada perbankan syariah. Norma hukum Islam menjadi sumber hukum materil dalam sistem operasional perbankan syariah. Norma syariah ini dirancang dan dibuat oleh lembaga yang berwenang mengeluarkan fatwa syariah di Indonesia. Doktrin hukum ini merupakan bahan baku pembentukan peraturan dan perundang-undangan yang mengatur secara tegas dan mengikat sistem operasional perbankan syariah di Indonesia.

Secara operasional hukum Islam dapat berbentuk al-Qur'an dan Hadis, fatwa, jurisprudence, dan aturan perundang-undangan yang substansinya memuat hukum Islam.¹⁸³ Jika mencermati isi putusan BASYARNAS, tampak merujuk pada fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia (DSN-MUI) dan merujuk pada ayat-ayat al-Qur'an dan Hadis Nabi saw.

¹⁸² Badan Arbitrase Syariah Nasional, *Putusan Badan Arbitrase Syariah Nasional Jakarta, akad bai bittaman ajil, akad mudarabah, dan Akad murabahah.*

¹⁸³ Hj. Rasdiana, *Hukum Islam dan Pemberdayaan Ekonomi Umat*, materi Kuliah Pascasarjana Program Doktor UIN Alauddin Makassar '16

Reaktualisasi hukum Islam dapat dilakukan melalui pemberdayaan fikih dan fatwa dengan memahami bahwa fikih dan fatwa merupakan hasil produk pemikiran ulama yang juga dipengaruhi oleh aspek sosio-kultural yang menyertainya. Produk pemikiran itu dijadikan sebagai suatu perangkat untuk mengatasi persoalan-persoalan keagamaan yang berdimensi ibadah, muamalah, hukum keluarga, perdata dan pidana. Umumnya kalangan umat muslim cenderung berasumsi bahwa produk pemikiran fikih dianggap sebagai agama, karena pengamalan dan penerapan sebagian besar ajaran agama bersumber dari fikih, seperti bagaimana tata cara bersuci, salat yang sah, berpuasa, berhaji, maupun bagaimana seharusnya seorang muslim bertransaksi sesuai tuntunan syariat.

Kaitan antara fikih dan syariat tidak dapat dilepaskan dari substansi yang terkandung dalam syariat. Fikih merupakan hasil penalaran dan interpretasi seorang mujtahid terhadap teks-teks syariat untuk menjawab dan merespons berbagai problem yang dihadapi masyarakat muslim dalam kehidupan sosial kemasyarakatan. Aktifitas intelektual itu tidak dapat dilepaskan dari kondisi sosio-kultural yang mengitari mujtahid dalam melahirkan pandangan-pandangan hukumnya. Karena itu, konsepsi bangunan hukum dalam Islam merupakan bagian dari ajaran Islam. Sehingga norma-norma hukum Islam bersumber dari al-Qur'an dan hadis sebagai wahyu ilahi yang oleh karenanya disebut dengan syariah yang berarti jalan yang digariskan Tuhan untuk manusia.¹⁸⁴

¹⁸⁴ Syamsul Anwar, *Hukum Perjanjian Syariah, Studi Tentang Teori Akad dalam Fikih Muamalat*, (cet. I; Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2007), h. 3

Fikih didefinisikan sebagai pemahaman. Juga diartikan dengan pengetahuan, sebagaimana yang ditemukan dalam literatur arab klasik.¹⁸⁵

Pengertian fikih mengalami reformulasi yang oleh kalangan ulama kontemporer didefinisikan sebagai pengetahuan tentang hukum-hukum Islam yang bersifat konkret.¹⁸⁶ Pengetahuan tentang hukum itu mencakup dimensi akidah, ibadah, dan mu‘a>malah. Pengertian fikih secara operasional digunakan dalam dua arti, *Pertama*, fikih identik dengan ilmu hukum (*jurisprudence*), yaitu suatu cabang ilmu yang mengkaji norma-norma syariah dalam kaitannya dengan tingkah laku konkret manusia dalam berbagai dimensi, baik hubungan vertical (akidah dan ibadah), maupun horizontal (mu‘a>malah).¹⁸⁷ Pengertian ini sejalan dengan pengertian fikih sebagai suatu ilmu pengetahuan tentang hukum atau studi tentang hukum. *kedua*, fikih sebagai kumpulan hukum (*law*), yaitu fikih adalah substansi hukum Islam yang terdiri dari kumpulan norma-norma hukum syarak yang mengatur tingkah laku manusia dalam berbagai dimensi hubungannya, baik ketentuan-ketentuan hukum yang ditetapkan langsung dalam al-Qur’an dan Sunah, maupun ditetapkan melalui hasil ijtihad dan interpretasi mujtahid terhadap kedua sumber hukum Islam.

Qadri Azizy, juga memetakan pengertian fikih dalam dua hal, *Pertama*, fikih diklasifikasikan sebagai ilmu hukum Islam (*Islamic Jurisprudence*), seperti

¹⁸⁵ Fairus Abadi mengartikan fikih dengan العلم بالشئ والفهم له “pengetahuan terhadap sesuatu dan memahaminya”. Lihat Fairus Abadi dalam Umar Sulaeman Asyqar, *Ta>rikh al-Fiqh al-Isla>my*, (cet. III; Kairo: Daar al-Nuqasy, 1991), h. 10

¹⁸⁶ Fairus Abadi dalam Umar Sulaeman Asyqar, *Ta>rikh al-Fiqh al-Isla>my*, h. 15. Terminologi fikih sebagai ilmu pengetahuan juga diungkapkan oleh al-Amidy dan Tajuddin al-Subky. Lihat. Al-Amidy, *al-Ihka>m fi Usjul al-Ahka>m*, Jilid I, (cet. Kairo: Da>r al-Hadis, 1995), h. 32

¹⁸⁷ Syamsul Anwar, *Hukum Perjanjian Syariah, Studi Tentang Teori Akad dalam Fikih Muamalat*, h. 5

terangkum dalam berbagai definisi ulama tentang fikih, yaitu (*al-‘ilm bil al-ah}ka>m*). *Kedua*, fikih juga diklasifikasikan sebagai materi hukum, hal ini terangkum dalam definisi fikih sebagai (*majmu‘ al-ah}ka>m*).¹⁸⁸ karena itu, fikih dapat menjadi sumber materi hukum bagi hakim di pengadilan ketika belum ada materi undang-undang yang mengikat. Identifikasi fikih sebagai ilmu, maka secara ilmiah fikih mencakup aspek ontology, epistemologi, dan aksiologi. Sedangkan fikih sebagai kumpulan hukum berdasarkan reduksi mujtahid dari sumber hukum al-Qur’an dan sunah, maka fikih dinyatakan secara perskriptif, yaitu berdasarkan hasil penalaran dan produk pemikiran hukum mujtahid yang sifatnya hipotesis.

Pengertian syariah secara operasional digunakan dalam dua arti. *Pertama*, syariah sebagai keseluruhan ajaran dan norma-norma yang dibawa oleh Nabi Muhammad saw. yang mengatur kehidupan manusia dalam dimensi kepercayaan maupun aspek tingkah laku praktisnya. *Kedua*, syariah sebagai kumpulan ajaran atau norma yang mengatur tingkah laku konkret manusia. syariah dengan pengertian kedua ini diidentikkan dengan hukum Islam.¹⁸⁹

Titik temu antara fikih dan syariat terletak pada, *pertama*, substansinya, yaitu keduanya bermuatan hukum, *kedua*, hukum dalam syariat merupakan hukum yang bersumber dari Allah yang tertuang dalam nas. Sedangkan hukum dalam fikih meliputi, 1) norma-norma hukum seperti yang dimaksud dalam syariat, 2) produk hukum yang dihasilkan melalui penalaran mujtahid sehingga menghasilkan

¹⁸⁸ A. Qadri Azizy, *Eklektisisme Hukum Nasional, Kompetensi Antara Hukum Islam dan Hukum Umum*, (cet. II; Yoqyakarta; Gama Media, 2004), h. 13. Definisi fikih sebagai *al-ilmu bil ahka>m al-Syar’iyah* (Ilmu Hukum Islam) diutarakan oleh, al-Amidi dan Tajudin al-Subki, sementara ulama yang mengklasifikasikan fikih sebagai kumpulan materi hukum diutarakan oleh,

¹⁸⁹ A. Qadri Azizy, *Eklektisisme Hukum Nasional, Kompetensi Antara Hukum Islam dan Hukum Umum*, h. 4

perskriptif yang bisa benar dan salah, kebenarannya bersifat hipotesis atau *z}anniya>t*.¹⁹⁰ Salah satu produk ijtihad yang juga memiliki andil dalam merespons preblematika umat islam masa kini adalah fatwa. Fatwa merupakan hasil pemikiran ulama atau ahli hukum Islam untuk memberikan jawaban instan atas persoalan kekinian yang bersifat *ikhtiari* (pilihan) bagi peminta fatwa (*mustafti*).

Secara etimologis, kata fatwa berasal dari bahasa Arab *al-fatwa*. Menurut Ibnu Manzhur kata *fatwa* ini merupakan bentuk mashdar dari kata *fata>*, yaitu, *fatwan*, yang bermakna muda, baru, penjelasan, penerangan. Secara terminologi, fatwa berarti pendapat mengenai suatu hukum dalam Islam yang merupakan tanggapan dan jawaban terhadap pertanyaan yang diajukan oleh peminta fatwa dan tidak mempunyai daya ikat.¹⁹¹ Dalam kajian us}ul fikih, fatwa merupakan pendapat yang dikemukakan seorang mujtahid atau *faqih* sebagai jawaban yang diajukan peminta fatwa dalam suatu kasus yang sifatnya tidak mengikat.¹⁹²

Pengertian fatwa secara terminologis, sebagaimana dikemukakan oleh Zamakhsyari adalah penjelasan hukum syara' tentang suatu masalah atas pertanyaan seseorang atau kelompok. Menurut al-Syat}ibi, fatwa dalam arti *al-ifta>* berarti keterangan-keterangan tentang hukum syara' yang tidak mengikat untuk diikuti. Menurut Yusuf Qardawi, fatwa adalah menerangkan hukum syara' dalam suatu

¹⁹⁰ Atang Abd. Hakim, *Fiqh Perbankan Syariah Transformasi Fiqih Mu'a>malah ke dalam Peraturan Perundang-undangan*, (cet. I; Bandung: PT. Refika Aditama, 2011), h. 4. Lihat juga, Umar Sulaiman Asyqar, *Tarikh al-Fiqh al-Isla>my*, h. 18

¹⁹¹ Team Penyusun, *Ensiklopedi Islam*, Jilid II (cet. IV; Jakarta: Ictiar Baru Van Hoeve, 1997), h. 6-7

¹⁹² Team Penyusun, *Ensiklopedi Hukum Islam*, Jilid I (cet. I; Jakarta: Ictiar Baru Van Hoeve, 1996), h. 326

persoalan sebagai jawaban atas pertanyaan yang diajukan oleh peminta fatwa (mustafi) baik secara perorangan atau kolektif.

berdasarkan pengertian di atas, dapat dipahami bahwa obyek dan substansi fatwa berkaitan dengan suatu persoalan tentang hukum Islam yang diajukan oleh peminta fatwa, baik sebagai pribadi, lembaga, pemerintah, maupun masyarakat secara luas. Sifat fatwa itu tidak memiliki daya mengikat. Karena itu, substansi fatwa dapat dipatuhi dan dilaksanakan oleh peminta fatwa (*mustafti*) dan juga dapat menolak isi fatwa itu, ataupun dapat meminta fatwa kepada *mufti* lain

Fatwa merupakan produk mufti, dan fikih merupakan hasil ijtihad seorang mujtahid, telah memberikan kontribusi signifikan dalam pembentukan norma-norma hukum, khususnya hukum Islam, sehingga menjadi hukum yang hidup (*living law*) untuk memandu kehidupan masyarakat muslim dalam kehidupan sehari-harinya. Fikih dan fatwa, meskipun sangat beranekaragaman dan mungkin terdapat kontradiksi satu dengan lainnya, telah menjadi bagian dari kebutuhan hukum masyarakat, dan menjadi referensi hukum dalam usaha implementasi konsep Islam dalam ranah ibadah, mu'amalah, dan etika.

Sumber hukum dalam kajian hukum konvensional dibedakan menjadi dua, *Pertama*, sumber hukum materil, yaitu sumber hukum dalam bentuk keyakinan hukum individu dan pendapat umum (*public opinion*) yang menjadi determinan materil untuk membentuk hukum dan menentukan substansi suatu hukum formil. *Kedua*, sumber hukum formil, yaitu yang menjadi determinan formil untuk

membentuk hukum, menentukan berlakunya hukum.¹⁹³ Bagir Manan menganalisis bahwa hukum agama merupakan norma. Ketika norma agama itu terimplementasi dalam kehidupan riil masyarakat, maka dapat menjadi kaidah-kaidah hukum tidak tertulis. Sebagian Negara ada yang menjadikan kaidah-kaidah hukum tidak tertulis tumbuh berkembang dan berdampingan dengan kaidah-kaidah hukum tertulis, bahkan dapat menjadi sumber terhadap pembentukan hukum formil. Seperti Mesir, Sudan, Malaysia, dan Indonesia adalah bagian dari Negara-negara yang menjadikan kaidah hukum tidak tertulis (hukum agama dan adat) sebagai bagian dari pembentuk hukum formil dan menjadi bagian penting dalam hukum tata Negara.

Secara historis, penyelenggaraan pemerintahan di Indonesia, baik pada zaman kolonial Belanda maupun setelah kemerdekaan, dan sebelum hukum Islam ditetapkan sebagai aturan tertulis yang dipositivasi dalam peraturan perundang-undangan, fikih dan fatwa telah menjadi pedoman hukum sebagai sumber hukum materil atas penyelesaian kasus warga Negara yang beragama Islam, seperti kasus perkawinan, kewarisan, dan hibah. Diantara kitab-kitab fikih yang menjadi pedoman dan sumber hukum materil adalah, kitab *fikih fath*} *al-mu'in*, kitab fikih *al-qalyu>bi*, kitab fikih *al-fiqh 'ala maz\|a>hibi al-arba'ah*, dan kitab fikih *mugni al-muhta>j*, kitab *faraid}* *syamsuri fi al-fara>id*}.¹⁹⁴

Penetapan kitab-kitab fikih sebagai sumber rujukan bagi para hakim dalam memutus perkara yang berkaitan dengan umat Islam merupakan prosedur untuk menghasilkan keputusan hukum yang bersifat pasti dan mengikat. Sumber-sumber

¹⁹³ Zafrullah Salim, *Fatwa Majelis Ulama Indonesia (MUI) dalam Perspektif Hukum dan Perundang-undangan*, (cet. II; Jakarta: Badan Litbang dan Diklat Kemenag RI, 2012), h. 27

¹⁹⁴ Zafrullah Salim, *Fatwa Majelis Ulama Indonesia (MUI) dalam Perspektif Hukum dan Perundang-undangan*, h. 28

kitab fikih ini kemudian menjadi referensi dalam pembentukan Kompilasi Hukum Islam yang ditetapkan sebagai bagian dari hukum formal di Indonesia sesuai Instruksi Presiden Nomor 11 Tahun 1991

Sepanjang sejarahnya, bangsa Indonesia mengenal tiga sistem hukum, yaitu sistem hukum adat, sistem hukum Islam, dan sistem hukum Barat. Ketiga sistem hukum ini memiliki ciri dan karakter tersendiri. Hukum adat telah menjadi *living law* dan menjadi hukum tidak tertulis dalam kehidupan masyarakat Indonesia, sebagian hukum adat itu telah ada yang ditransformasi menjadi peraturan perundang-undangan.¹⁹⁵ Hukum Islam mulai tumbuh dan berkembang di Indonesia sejak masuknya Islam di bumi pertiwi ini.¹⁹⁶ Analisis tentang pemberlakuan hukum Islam di Indonesia tidak dapat dilepaskan dari berbagai teori yang dipaparkan oleh pakar hukum Islam maupun hukum Barat.¹⁹⁷ Sedangkan hukum Barat (*civil law*)

¹⁹⁵ Di antara hukum adat yang ditransformasi menjadi peraturan perundang-undangan adalah UU Pokok Agraria Tahun 1960

¹⁹⁶ Di kalangan sejarawan terjadi perbedaan pendapat tentang pengenalan hukum Islam di Indonesia. Ada yang berpendapat bahwa hukum Islam telah dikenal sejak masuknya Islam di bumi pertiwi, yaitu abad ke-1 H atau abad ke-7 M. Pendapat lain mengatakan masuknya Islam di Indonesia terjadi pada abad ke-7 H atau abad ke-13 M. Lihat, Mohammad Daud, Ali, *Hukum Islam, Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, (cet. XVI; Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2011), h. 209

¹⁹⁷ Teori-teori pemberlakuan hukum Islam di Indonesia adalah, (1) Teori penaatan hukum Islam, yaitu adanya kesadaran umat Islam untuk melaksanakan hukum Islam sesuai perintah al-Qur'an. (2) Teori penerimaan otoritas hukum, yaitu, pemberlakuan hukum Islam dengan sendirinya berlaku bagi penganutnya setelah mengucapkan dua kalimat syahadat, karena itu teori ini juga dikenal dengan teori syahadat. (3) Teori *receptio in complexu*, yaitu hukum Islam telah diterima secara keseluruhan oleh orang Indonesia sejak agama Islam itu diajarkan dan mengakar dalam kehidupan masyarakat muslim Indonesia. Teori ini diperkenalkan oleh Van den Berg. Kemudian muncul *receptie theorie*/teori resepsi (menurut teori ini, hukum Islam akan berlaku bagi penganutnya apabila telah diresepsi oleh hukum adat), teori ini dicetuskan oleh Christian Snouck Hurgronje yang kemudian dikembangkan secara sistematis dan ilmiah oleh Cornelis van Vollenhoven dan Bertrand ter Haar. Selanjutnya, teori *receptie exit*, yaitu setelah berlakunya UU Dasar 1945 dengan mencantumkan pasal 29 ayat (1) dengan sendirinya membatalkan teori resepsi. Teori resepsi exit diperkenalkan oleh Prof. Hazairin. Kemudian teori ini dikembangkan oleh Sayuti Thalib dengan mengemukakan teori *receptie a contrario*, yaitu bahwa setelah pemberlakuan UU Dasar 1945 mengindikasikan adanya kebebasan untuk mengamalkan ajaran agama dan hukum agama. Maka dihasilkan prinsip bahwa bagi orang Islam diberlakukan hukum Islam. Hukum adat dapat diberlakukan bagi orang Islam kalau hukum adat tidak

diperkenalkan di Indonesia bersamaan dengan kedatangan penjajah Belanda di bumi Nusantara. Awalnya hanya berlaku bagi orang Belanda dan Eropa, serta orang yang statusnya disamakan dengan orang Eropa, baik dari kalangan orang Cina maupun orang Indonesia.¹⁹⁸ Dalam perkembangan produk hukum selanjutnya, perundang-undangan bangsa Indonesia, terutama Kitab Hukum Pidana (KUH-Pidana) dan Kitab Hukum Perdata (KUH-Perdata) merupakan bukti warisan produk hukum bangsa Belanda. Lembaga legislatif belum mampu membuat KUH-Pidana dan KUH-Perdata yang sesuai dengan nilai dan norma, serta cita hukum bangsa Indonesia dalam rangka mewujudkan unifikasi sistem hukum¹⁹⁹ Ketiga sistem hukum tersebut diatas hidup dan menjadi dinamis ditengah masyarakat Indonesia, karena itu, ketiga sistem hukum ini menjadi bahan baku sistem perundang-undangan Nasional.

Hukum Islam sebagai salah satu bahan baku sistem hukum dan perundang-undangan Nasional telah memberikan andil yang cukup signifikan terciptanya suatu perundang-undangan. Hukum Islam sebagai sumber bahan baku perundang-undangan Nasional didasarkan pada UU No. 17 Tahun 2007 tentang Rencana Pembangunan Jangka Panjang Nasional Tahun 2005-2025. Salah satu isi ketentuan UU tersebut menyebutkan bahwa arah pembangunan jangka panjang tahun 2005-2025 di bidang pembangunan hukum adalah mewujudkan sistem hukum Nasional yang mantap bersumber pada Pancasila dan UUD 1945.²⁰⁰ Yeni Salma Barlinti menganalisis

bertentangan dengan hukum Islam. Lihat, Juhaya S. Praja, *Hukum Islam Di Indonesia, Perkembangan dan Pembentukan* (cet. II; Bandung: Remaja Rosda Karya, 1994), h. XV, juga, Moehammad Daud Ali, *ibid.*, h. 242-264

¹⁹⁸ Juhaya S. Praja, *Hukum Islam Di Indonesia, Perkembangan dan Pembentukan*, h. 210

¹⁹⁹ A. Qadri Azizy, *Eklektisisme Hukum Nasional, Kompetensi Antara Hukum Islam dan Hukum Umum*, h. 114

²⁰⁰ UU No. 17 Tahun 2007 Tentang Rencana Pembangunan Jangka Panjang Nasional Tahun 2005-2025 Pasal 3

bahwa secara eksplisit Pancasila dan UUD 1945 sebagai dasar penggunaan hukum Islam sebagai sumber perundang-undangan Nasional.²⁰¹ Dengan diundangkannya UU No. 17 Tahun 2007 ini, maka GBHN 1999 tidak berlaku lagi, GBHN 1999 secara jelas menyatakan bahwa agama menjadi salah satu sumber perundang-undangan Nasional.

Materi hukum Islam tersebar pada tiga tempat, *Pertama*, terkandung dalam kitab-kitab fikih. *Kedua*, berbentuk peraturan perundang-undangan yang bermuatan hukum Islam, diantara hukum Islam yang dilegislati itu adalah Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang perkawinan, Undang-undang No. 21 Tahun 2008 tentang perbankan syariah, dan Undang-undang No. 41 Tahun 2004 tentang wakaf. *Ketiga*, Putusan hakim yang telah dikodifikasi dalam bentuk yurisprudensi. Namun dilematisnya, karena ketiga sumber hukum Islam tersebut sering terjadi kontradiksi satu sama lainnya, baik antara fikih dengan perundang-undangan, maupun antara putusan hakim dengan perundang-undangan.²⁰² Kelihatannya, fikih yang berbentuk fatwa maupun yang termaktub dalam kitab-kitab fikih klasik tidak dapat diperhadapkan dengan peraturan perundang-undangan ketika terjadi kontradiktif, karena bentuk dan substansi fikih belum mengikat dan memaksa. Karena itu, melalui proses legislasi fikih diharapkan mampu untuk menafsirkan sesuatu yang sifatnya umum dalam peraturan perundang-undangan.

2. Hukum Ekonomi Islam

²⁰¹ Yeni Salma Barlinti, *Kedudukan Fatwa Dewan Syariah Nasional dalam Sistem Hukum Nasional di Indonesia* (cet. I; Jakarta: Badan Litbang dan Diklat Kementerian Agama RI, 2010), h. 39

²⁰² Abdul Manan, *Reformasi Hukum Islam di Indonesia*, (cet. I; Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2006), h. 11

Sumber hukum perbankan di Indonesia tidak hanya bersumber dari hukum formil semata, tetapi dimungkinkan juga bersumber dari hukum tidak tertulis. Perbankan syariah memiliki karakteristik hukum yang berbeda dengan perbankan konvensional. Karakteristik hukum perbankan syariah adalah hukum Islam yang bersumber dari fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang berwenang mengeluarkan fatwa di Indonesia, yaitu Majelis Ulama Indonesia (MUI) melalui Dewan Syariah Nasional (DSN). Berdasarkan struktur lembaga yang berwenang mengeluarkan peraturan perundang-undangan, maka DSN-MUI tidak memiliki kewenangan mengeluarkan peraturan yang sifatnya mengikat dan memiliki kepastian hukum. Fatwa-fatwa DSN-MUI dapat dikategorikan sebagai doktrin hukum yang menjadi faktor pembentuk peraturan di bidang ekonomi dan keuangan syariah di Indonesia, diantaranya adalah perbankan syariah.²⁰³ Sebab ciri utama perbankan syariah adalah sistem operasionalnya yang harus sesuai dengan prinsip syariah.²⁰⁴ Kedudukan Dewan Pengawas Syariah (DPS) dalam struktur perbankan syariah di Indonesia diakui sebagai bagian dari pihak terafiliasi.

Berdasarkan praktik peradilan agama di Indonesia, fatwa dikategorikan ke dalam pendapat para ahli hukum atau doktrin ahli hukum. Penggunaan fatwa sebagai sumber dan faktor pembentuk hukum antara lain disebabkan:

²⁰³ Faktor-faktor yang membantu pembentukan hukum perbankan di Indonesia adalah, *pertama*, Perjanjian (akad), *kedua*, Yurisprudensi, *ketiga*, Doktrin. Lihat, Muhammad Djumhana, h. 19-20

²⁰⁴ Menurut UU No. 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah, Pasal 1 angka 12 bahwa yang dimaksud dengan prinsip syariah adalah prinsip hukum Islam dalam kegiatan perbankan berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah. Lihat. M. Amin Summa, *Himpunan Undang-undang Perdata Islam dan Peraturan Pelaksanaan Lainnya di Negara Hukum Indonesia*,.h. 1457

1. Isi fatwa yang berdasarkan pada hukum Islam dengan menggunakan metodologi penetapan hukum Islam
2. Fatwa dikeluarkan oleh mufti atau ulama yang telah memenuhi syarat, sehingga produk hukum yang dikemukakannya adalah tidak sembarangan
3. Materi fatwa adalah sesuatu yang belum diatur dalam suatu hukum yang mengikat. Apabila materi fatwa mengatur sesuatu yang bertentangan dengan peraturan perundang-undangan, maka fatwa diposisikan sebagai bahan untuk menafsirkan perundang-undangan.²⁰⁵

Fatwa DSN-MUI tidak hanya menjadi hukum materil bagi hakim dalam penyelesaian sengketa bisnis syariah, tetapi juga menjadi sumber utama dalam pembentukan peraturan perundang-undangan yang berkaitan ekonomi dan keuangan syariah di Indonesia. Produk fatwa DSN-MUI telah ditransformasikan dalam bentuk peraturan perundang-undangan, yaitu UU. No. 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah, Peraturan Menteri Keuangan, dan Peraturan Bank Indonesia, Mahkamah Agung dengan PERMA untuk membentuk Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah.

Penggunaan istilah-istilah akad *mudharabah*, *murahabah*, *musyarabah*, *bai bittaman aji*, *gharar*, dan *zalim* dalam putusan-putusan basyarnas mengindikasikan bahwa ranah fikih muamalah telah menjadi bagian penting dari suatu system harmonisasi dan positivasi fikih dalam system hukum nasional di Indonesia.

²⁰⁵ Yeni Salma Barlinti, *Kedudukan Fatwa Dewan Syariah Nasional dalam Sistem Hukum Nasional di Indonesia*, h. 98

Mayoritas ulama fikih menganggap aspek mu‘a>malah termasuk dalam ranah kebiasaan bukan domain ibadah. karena itu, penentuan ‘ilat dan alasan kebolehnya berdasarkan mas}lah}ah dan prinsip-prinsip keadilan serta kebebasan dalam berkontrak. Prinsip-prinsip itu dielaborasi dari petunjuk wahyu dan pengalaman empiris manusia sepanjang zaman.²⁰⁶ nas hanya sebagai konfirmasi terhadap prinsip-prinsip umum yang harus terpenuhi dalam adat kebiasaan itu, seperti prinsip keadilan, kesetaraan, kerid}aan, dan kebebasan dalam berkontrak.²⁰⁷ Karena pada dasarnya dalam mu‘a>malah berlaku kaedah bahwa dasar dari mu‘a>malah adalah boleh sampai ada dalil yang mengharamkannya.

Al-Syat}ibi memaparkan dalam kitabnya *al-muwa>faqa>t* bahwa persoalan-persoalan yang berkaitan dengan *al-‘adah* atau mu‘a>malah, maka fokus dan orientasi kajiannya memperhatikan substansi dan ‘ilat yang melingkupinya. Pernyataan ini terangkum dalam suatu kaedah yang dibangunnya “*al-As}l fi al-‘Iba>da>t bi an-Nisbah ila> al-Mukalla}f al-Ta‘abbud du>na al-Iltifa>t ila> al-Ma‘a>ni>, wa As}l al-‘A>da>t al-Iltifa>t ila> al-Ma‘a>ni>”*.²⁰⁸ Pembuktian validitas kaedah ini berdasarkan pendekatan *al-Isti}qra> al-ma’nawi*, yaitu bahwa *al-Sya>ri’* telah memperluas penjelasan berkaitan dengan ‘illah dan hikmah dalam penetapan hukum bidang mu‘a>malah, dan umumnya ‘illah (kausa) hukumnya dapat dirasionalkan, sehingga sangat relevan apabila diperhadapkan kepada ahli pikir.²⁰⁹ Namun kaedah itu tidak menafikan bahwa ada sebagian persoalan mu‘a>malah yang tidak dapat dianalogikan karena akal tidak mampu menangkap maksud dan

²⁰⁶ Imam Muhammad Abu Zahra, *al-Milkiyah wa Naz}ariyah al-‘Aqd fi al-Syari’ah al-Isla>miyah* (cet. I; Kairo: Daar el-Fikr, 1976), h. 261-262

²⁰⁷ Imam Muhammad Abu Zahra, *al-Milkiyah wa Naz}ariyah al-‘Aqd fi al-Syari’ah al-Isla>miyah* h. 262

²⁰⁸ Al-Syatibi, *Al-Muwa>faqa>t, Jilid II*, h. 211

²⁰⁹ Al-Syatibi, *al-Muwa>faqa>t, Jilid II*, h. 213

hikmahnya, sehingga ada unsur *ta'abbuda>t* di dalamnya, sikap *mukallaf* hanya menerima dan mengakui hikmah universal yang terkandung di dalamnya, yaitu untuk merealisasikan kemaslahatan, meskipun tidak diketahui secara pasti bagaimana kuantitas dan kualitas kemaslahatan itu. Contoh, penentuan bilangan bulan terhadap 'iddah wanita yang ditinggal mati suaminya atau ditalak, dan penentuan ukuran bilangan pada kasus denda kaffarat z}ihar.²¹⁰

Al-Syat}ibi membangun argumentasinya atas tiga hal, *Pertama, istiqrā'* (metode induksi), berdasarkan pengamatan empiris disimpulkan bahwa tujuan diturunkannya syariat adalah untuk mewujudkan kemaslahatan hamba. Aspek mu'a>malah adalah bagian dari perilaku manusia, karena itu, akal mampu mengetahui substansi kemaslahatan yang terkandung dalam aspek mu'a>malah. *Kedua*, keterbukaan syariat dalam menjustifikasi substansi ilat dan hikmah terhadap aspek mu'a>malah, mayoritas nas-nas yang berkaitan dengan aspek mu'a>malah substansi ilatnya disesuaikan yang apabila dilogikakan, maka dengan sendirinya akal mampu menangkap substansi ilat itu.²¹¹ *Ketiga*, fungsi nas berkaitan dengan aspek mu'a>malah hanya sebagai *mutammimah* (penyempurna) atau konfirmatif terhadap kemaslahatan yang belum mampu diketahui oleh akal, sekaligus mengisi nilai-nilai moral, sehingga aspek mu'a>malah tidak hanya berorientasi duniawi semata, tapi juga mengandung nilai trasendental ilahiyah didalamnya.²¹²

²¹⁰ Abd. Rauf Amin, *al-Ijtihad Ta'as}arahu wa ta's}iruhu fi al-Fiqhi al-Maqa>s}id wa al-Waqi'*, (cet. I; Beirut: Daar al-Kutub al-Ilmiyah, 2013), h. 364

²¹¹ Al-Syat}ibi, *al-Muwa>faqa>t, Jilid II*, h. 213. Pandangan yang sama juga dikemukakan oleh al-Gaza>li, yaitu maksud munasabah (kesesuaian) adalah antara ilat dan hukum terdapat hubungan logis yang jelas maknanya. Kriteria untuk menentukan munasabah itu adalah adanya keterkaitan dengan kemaslahatan. Selanjutnya, Lihat, Imam Abu Hamid Muhammad bin Muhammad bin Muhammad Al-Gaza>li, *Al-Mustas}fa fi 'Ilmu Us}ul*, selanjutnya disebut al-Mustas}fa, (cet. I; Beirut: Daar al-Kutub al-Ilmiyah, 1993), h. 174

²¹² Al-Syat}ibi, *al-Muwa>faqa>t, Jilid II*, h. 214

Atas dasar itu, al-Syat}ibi menetapkan suatu kaedah “pada dasarnya dalam urusan mu‘a>malah berdasarkan pada substansinya”²¹³ Kesimpulan al-Syat}ibi ini didasarkan atas beberapa hal sebagaimana yang dianalisis oleh Abd. Rauf Amin seperti berikut:

1. Pada intinya aspek mu‘a>malah, syariat memberikan kelapangan dan keterbukaan untuk menangkap substansi ilatnya dan tidak hanya terbatas terhadap apa yang ditunjuk oleh nas atau tekstual semata, tetapi memberikan keluasan untuk menangkap makna kontekstual, sehingga pada umumnya aspek mu‘a>malah ilat dan substansi hukumnya dapat dianalogikan.
2. Alasan kemaslahatan merupakan hal yang sangat melekat pada aspek mu‘a>malah, sehingga penentuan dan klasifikasi status hukumnya ditentukan berdasarkan tingkat kemaslahatan yang dikandungnya.²¹⁴

Transaksi keuangan dalam industri perbankan syariah sangat dinamis sesuai dengan tuntutan dan keinginan nasabah. Karena itu, industri perbankan syariah juga harus merespons dengan akad-akad transformatif. Dewasa ini perbankan syariah mengembangkan inovasi akad dalam bentuk multi akad untuk merespons transaksi keuangan nasabah yang cenderung mengikuti perkembangan transaksi keuangan modern. Aspek penting yang harus diperhatikan dalam perbankan syariah bahwa setiap transaksi harus didasarkan atas akad. Akad ini menjadi domain Dewan Pegawai Syariah (DPS) dalam memberikan fatwa legislasi terhadap transaksi

²¹³ Dasar kaedah ini adalah "الأصل في العبادات بالنسبة إلى المكلف التعبد دون الإلتفات إلى المعاني" lihat, al-Syatibi, *al-Muwa>faqa>t*, jilid II, h. 211

²¹⁴ Abd. Rauf Amin, *al-Ijtiha>d Ta'as\ Sarahu wa Ta's\irahu fi Fiqhi al-Maqa>s}idi wa al-Wa>qy*, (cet. I; Beirut: Da>r al-Kutub al-'Ilmiyah, 2013), h. 362

keuangan perbankan syariah. Fatwa dewan pengawas syariah dapat memiliki kepastian hukum dan berlaku mengikat dalam sistem perundang-undangan di Indonesia setelah melalui proses transformasi dalam bentuk peraturan bank Indonesia.

Atas dasar itu, dapat dikatakan bahwa bidang ekonomi syariah kontemporer merupakan medan ijtihad baru. Bentuk ijtihad baru tersebut adalah dengan lahirnya fatwa-fatwa Dewan Syariah Nasional (DSN-MUI) sebagai sebuah hasil ijtihad kolektif di bidang ekonomi syariah yang merupakan jawaban atas permasalahan atau perkembangan aktivitas ekonomi yang muncul di Indonesia. Fatwa DSN-MUI di bidang ekonomi dan keuangan syariah lahir untuk merespons permasalahan-permasalahan ekonomi syariah yang muncul pada ranah empirik. Karena itu, hasil fatwa DSN-MUI itu disisi sisi dapat menguatkan apa yang telah dianalisis oleh para ulama klasik atau disisi lain dapat menjadi sebuah solusi baru yang berbeda dengan kesimpulan hukum yang ada dalam kitab-kitab fikih klasik.²¹⁵

Fatwa DSN-MUI sekaligus menjadi hukum materil sebagai pedoman dalam menjalankan kegiatan ekonomi syariah secara praksis. Dalam Surat Keputusan DSN-MUI No. 02 Tahun 2000 tentang Pedoman Rumah Tangga Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia, Pasal 1 ayat (2) disebutkan peran dan fungsi DSN-MUI sebagai berikut:

DSN merupakan satu-satunya badan yang berwenang dan mempunyai tugas utama untuk mengeluarkan fatwa atas jenis-jenis kegiatan, produk, dan jasa

²¹⁵ Ma'ruf Amin, *Pembaruan Hukum Ekonomi Syariah dalam Pengembangan Produk Keuangan Kontemporer (Transformasi Fikih Muamalat dalam Pengembangan Ekonomi Syariah)*, Naskah pidato Ilmiah pada Penganugerahan Gelar Doktor Kehormatan dalam Bidang Hukum Ekonomi Syariah pada Rapat Senat Terbuka UIN Syarif Hidayatullah Jakarta, 2012

keuangan syariah serta mengawasi penerapan fatwa dimaksud oleh lembaga keuangan syariah di Indonesia.²¹⁶

Kedudukan fatwa-fatwa DSN-MUI dalam sistem perundang-undangan di Indonesia tidak memiliki kekuatan hukum yang mengikat, karena tidak dibuat oleh lembaga negara yang berwenang untuk membuat peraturan, namun hanya dibuat oleh lembaga sosial kemasyarakatan, sehingga secara formil hanya berlaku sebagai himbauan moral yang sifatnya tidak mengikat.²¹⁷ Namun fatwa-fatwa DSN-MUI dapat menjadi sumber hukum materil, karena sifatnya sebagai doktrin ahli hukum. Fatwa DSN-MUI di bidang ekonomi syariah dan keuangan dapat berlaku sebagai hukum formil yang mengikat apabila telah ditetapkan dalam peraturan pemerintah, sebagaimana yang ditunjuk oleh UU No. 10 Tahun 2004 Pasal 7 ayat (4) bahwa

“Jenis peraturan perundang-undangan lain selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1), diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi”.²¹⁸

Dalam bagian penjelasan Pasal 7 ayat (4) dijelaskan bahwa “jenis peraturan perundang-undangan selain dalam ketentuan ini antara lain, peraturan yang dikeluarkan oleh MPR dan DPR, DPD, MA, MK, BPK, Bank Indonesia, Menteri, Kepala Badan, Lembaga atau Komisi yang setingkat yang dibentuk oleh undang-undang atau Pemerintah atas perintah UU, DPRD Provinsi, Gubernur, DPRD Kabupaten/Kota, Bupati, Walikota, Kepala Desa atau setingkat.

Sumber hukum perbankan syariah di Indonesia terdiri dari:

²¹⁶ Majelis Ulama Indonesia, *Pedoman Rumah Tangga Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia (DSN-MUI)*, Pasal 1 ayat (2)

²¹⁷ Menurut UU No. 10 Tahun 2004 Pasal 1 ayat (1) angka 2 dijelaskan bahwa yang dimaksud dengan peraturan perundang-undangan adalah “Peraturan tertulis yang dibentuk oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang dan mengikat secara umum”.

²¹⁸ UU No. 10 Tahun 2004 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan Pasal 7 ayat (4).

1. Undang-undang Dasar 1945 (pasal 33)
2. Undang-undang No. 13 Tahun 1968 Tentang Bank Sentral
3. Undang-undang No. 14 Tahun 1967 Tentang Pokok-pokok Perbankan
4. Undang-undang No. 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan
5. Undang-undang No. 10 Tahun 1998 Tentang Perubahan atas Undang-undang No. 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan
6. Peraturan Pemerintah No. 72 Tahun 1992 Tentang Bank Berdasarkan Prinsip Bagi Hasil
7. Kitab Undang-undang Hukum Perdata
8. Kitan Undang-undang Hukum Dagang dan UU Kepailitan
9. Peraturan Pemerintah
10. Surat Keputusan Presiden (Keppres)
11. Instruksi Presiden
12. Surat Keputusan Menteri Keuangan
13. Surat Edaran Bank Indonesia
14. Peraturan lainnya yang berhubungan erat dengan kegiatan perbankan syariah.²¹⁹

²¹⁹ Muhammad Djumhana, *Hukum Perbankan di Indonesia*, (cet. I; Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1993), h. 14-15. Lihat juga

3. Hukum Perikatan Islam

Pada prinsipnya, sistem operasional perbankan syariah menggunakan akad-akad mu‘a>malah yang bersumber dari kitab-kitab fikih, seperti akad jual beli (*mura>bah}ah*), sewa-menyewa (*ija>rah*), kerjasama (*musya>rakah*), gadai (*rahn*), bagi hasil (*mud}a>rabah*), pemindahan utang (*h}iwa>lah*), dan pertukaran valuta asing (*s}arf*). Konsep-konsep itu dimodifikasi, sehingga dapat diterapkan dalam akad-akad pada lembaga keuangan syariah modern, seperti perbankan, asuransi, pegadaian, dan lembaga pertukaran uang (*money changer*).

Sejak berdirinya arbitrase syariah yang awali dengan Badan Muamalat Indonesia (BAMUI) tahun 1993 yang kemudian berganti nama menjadi Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS) tahun 2003, jumlah perkara sengketa yang telah ditangani sebanyak 24 kasus. Sebagian besar berakhir secara damai, hanya beberapa kasus yang harus dieksekusi oleh Pengadilan.²²⁰

Kedudukan akad dalam setiap transaksi sangat signifikan. Karena setiap transaksi yang berimplikasi pada peralihan hak dan pemenuhan kewajiban harus dilandasi dengan akad. Akad ini juga menjadi salah satu sebab peralihan kepemilikan kebendaan yang paling dominan dilakukan dalam kegiatan transaksi manusia sepanjang zaman. Salah satu karakteristik perbankan syariah, yaitu setiap transaksi keuangan, baik berbentuk pendanaan, penyaluran dana, dan aktifitas penawaran jasa keuangan harus dilandasi dengan akad (*underlying transaction*) yang jelas.

²²⁰ Euis Amaliah, Sekretaris Badan Arbitrase Syariah Nasional Jakarta, wawancara, tgl 9 September 2016

Pengertian akad secara etimologi berarti menyimpulkan dan atau mengikatkan tali.²²¹ Secara literal, akad berarti mengikat atau menghubungkan antara ujung sesuatu, baik ikatan secara nyata maupun ikatan maknawi. Dilakukan oleh dua belah pihak atau hanya satu pihak saja.²²² Secara terminology, akad didefinisikan sebagai pertemuan ijab dan kabul sebagai pernyataan kehendak dua pihak atau lebih untuk melahirkan suatu akibat hukum pada obyeknya.²²³ Definisi akad menurut fuqaha pada umumnya adalah ketergantungan pernyataan antara dua belah pihak yang berakad secara hukum yang berimplikasi pada obyeknya.²²⁴ Sedangkan menurut kompilasi hukum ekonomi syariah, akad adalah kesepakatan dalam suatu perjanjian antara dua pihak atau lebih untuk melakukan dan atau tidak melakukan perbuatan hukum tertentu.²²⁵ Dari berbagai definisi akad diatas, dapat disimpulkan bahwa akad merupakan pernyataan kehendak antara dua belah pihak yang berakad terhadap suatu obyek yang menimbulkan akibat hukum terhadap obyeknya. Karena itu, tindakan hukum yang timbul dari satu pihak saja tidak dikategorikan akad.

Istilah lain yang sering disinonimkan dengan akad adalah “*iltiza>m*” yang berarti segala tindakan atau perbuatan yang mengandung tuntutan hak dan kewajiban yang timbul dari satu pihak, seperti perbuatan wakaf, maupun yang timbul dari dua pihak, seperti perbuatan jual beli.²²⁶ Namun dalam perkembangan selanjutnya, istilah *iltiza>m* kurang populer dalam kajian hukum perjanjian syariah.

²²¹ Mus}tafa Ahmad Al-Zarqa, *al-Madkhal al-Fiqh al-‘A>m*, h. 381

²²² Wahbah Al-Zuhaily, *al-Fiqh al-Isla>my wa adillatuhu*, h. 2917

²²³ Syamsul anwar, *Hukum Perjanjian Syariah*, h. 68

²²⁴ Wahbah Al-Zuhaily, *al-Fiqh al-Isla>my wa adillatuhu*, h. 2918

²²⁵ Kompilasi hukum ekonomi syariah, h. 14

²²⁶ Wahbah Al-Zuhaily, *al-Fiqh al-Isla>my wa Adillatuhu*, h. 2920. Pada mulanya istilah *iltiza>m* hanya digunakan untuk pemenuhan dan kewajiban yang timbul dari satu pihak saja. Namun, para ahli fikih kontemporer menyebut istilah tersebut disinonimkan dengan akad dengan pengertian

Akad dalam pengertian hukum perdata, diartikan dengan perjanjian dan perikatan. Namun dalam perkembangannya, istilah perikatan (*verbinten*) dipedanankan dengan istilah “*iltizam*”, sedangkan istilah perjanjian (*overeenkomst*) dipersamakan dengan istilah “akad”. Atau secara tegasnya akad merupakan perikatan yang lahir dari perjanjian. Dengan rumusan ini, pengertian akad akan lebih konkret, karena pada dasarnya akad berimplikasi pada hubungan hukum yang memberikan hak dan meletakkan kewajiban kepada para pihak yang membuat perjanjian serta mengikat pihak-pihak yang bersangkutan.

Menurut Subekti, perikatan dapat didefinisikan sebagai suatu hubungan hukum mengenai harta kekayaan benda antara dua orang yang memberi hak pada yang satu untuk menuntut barang sesuatu dari yang lainnya, sedangkan orang yang lainnya itu diwajibkan memenuhi tuntutan itu.²²⁷

Batasan Subekti bahwa perikatan merupakan hubungan hukum dalam aktifitas kebendaan memperjelas hubungan perikatan dalam hukum perdata dengan istilah akad dalam fikih muamalah. yaitu kedua istilah ini memiliki kesamaan dalam hal pengaturan peralihan kepemilikan kekayaan kebendaan yang timbul dari dua belah pihak.

1. Sumber Akad dan Perikatan

Perikatan dalam hukum positif bersumber dari perjanjian dan undang-undang, sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 1233 KUH Perdata, “*Tiap-tiap perikatan*

membangun hubungan perikatan yang timbul dari dua belah pihak. Lihat, Syamsul Anwar, *Hukum Perjanjian Syariah*, h. 47

²²⁷ Subekti, *Pokok-pokok Hukum Perdata*, (cet. Jakarta: Intermesa, 1987), h. 120

dilahirkan baik karena persetujuan (perjanjian), maupun karena undang-undang".²²⁸

Pasal ini menjelaskan bahwa "Perjanjian merupakan sumber perikatan paling penting".²²⁹ Sedangkan sumber akad dalam hukum Islam meliputi, *pertama*, akad atau isi perjanjian. *Kedua*, kehendak sepihak (*al-ira>dah al-munfaridah*), *ketiga*, perbuatan merugikan (*al-fi'l al-d}a>r*), *keempat*, perbuatan yang bermanfaat (*al-fi'l al-na>fi'*), dan kehendak syarak. Mencermati sumber perikatan dalam hukum perdata dan hukum Islam, tampaknya memiliki kemiripan, yaitu menempatkan isi akad sebagai sumber perikatan atau perjanjian yang sifatnya mengikat dan berlaku sebagai undang-undang sepanjang tidak bertentangan dengan prinsip syariah sebagaimana hadis Nabi: " **الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا** "

2. Asas-asas Akad

Perikatan yang lahir dari suatu kesepakatan berlaku sebagai undang-undang bagi pihak-pihak yang berkontrak. Konsistensi pihak yang berkontrak untuk menjaga apa yang disepakati dalam kontrak harus menjadi komitmen bersama. Untuk mencapai komitmen itu, kedua belah pihak yang berkontrak harus sejajar dalam rangka mencapai kesepakatan sebagaimana dituangkan dalam kontrak. Pihak yang berkepentingan dalam kontrak dapat sejajar apabila sebelum mencapai kesepakatan memperhatikan asas-asas terjadinya sebuah kontrak perjanjian. Asas-asas tersebut adalah sebagai berikut:

1) Asas Kebebasan

²²⁸ R. Subekti dan R. Tjitrosudibio, *Kitab Undang-undang Hukum Perdata*, h. 323

²²⁹ Ahmadi Miru, *Hukum Perikatan Penjelasan Makna Pasal 1233-1456 BW*, h. 3

Asas kebebasan dalam melakukan suatu perjanjian merupakan asas fundamental dalam hukum perjanjian. Para pihak yang melakukan akad bebas menentukan isi dan substansi perjanjian. Substansi itu meliputi materinya, persyaratan-persyaratan yang harus dipenuhi, bentuk perjanjian, apakah lisan atau tertulis, dan menetapkan teknis penyelesaian sengketa apabila terjadi sengketa dikemudian hari.²³⁰ Asas ini dipengaruhi oleh paham individualisme yang embrionya lahir pada zaman Yunani dan berkembang pada zaman Renaissance. Paham ini dikembangkan melalui ajaran-ajaran Hugo de Groot, Thomas Hobbes, John Locke, dan Rousseau, dan mengalami proses internalisasi dalam kehidupan Barat, utamanya pasca revolusi Perancis.²³¹

Kebebasan untuk melakukan suatu perjanjian tidak berarti bahwa kebebasan tersebut adalah mutlak dan bersifat absolut, tapi kebebasan itu tidak boleh bertentangan dengan prinsip-prinsip ajaran agama dan norma-norma umum yang berlaku dalam masyarakat. Asas kebebasan ini bertujuan untuk menghindari segala bentuk eksploitasi dalam bertransaksi. Seperti adanya unsur paksaan, tekanan, dan penipuan dari salah satu pihak yang bertransaksi.

Kebebasan berkontrak dalam KUH Perdata dipahami dari susbtansi Pasal 1338 BW yang menyatakan bahwa “semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya”. Subekti menganalisis bahwa Pasal 1338 ayat (1) ini menekankan suatu pernyataan bahwa siapa saja diperbolehkan membuat perjanjian apa saja dan itu akan mengikat pihak-pihak

²³⁰ Fathurrahman Djamil, *Penerapan Hukum Perjanjian dalam Transaksi di Lembaga Keuangan Syariah*, h. 15

²³¹ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersil*, h. 108

sebagaimana mengikatnya undang-undang.²³² Kebebasan itu hanya dibatasi oleh ketertiban umum dan kesusilaan.

Ukuran untuk menentukan ketertiban umum tentunya berdasarkan pada aturan yang baku dan berlaku, sedangkan makna kesusilaan dapat dipahami bahwa hal tersebut tidak bertentangan dengan adat kebiasaan yang berlaku. Konsep membangun suatu ikatan perjanjian dalam fikih merupakan bagian dari hukum kebiasaan atau adat. Karena itu, kebiasaan-kebiasaan baik yang telah membudaya dalam kehidupan masyarakat menjadi suatu penentu sah tidaknya suatu perjanjian, meskipun kebiasaan itu tidak dicantumkan dalam syarat perjanjian.

Menurut Sutan Remi Sjahdeini, ruang lingkup asas kebebasan berkontrak dalam hukum perjanjian Indonesia meliputi:

- e. Kebebasan untuk membuat atau tidak membuat perjanjian
- f. Kebebasan untuk memilih pihak dengan siapa ia ingin membuat perjanjian\
- g. Kebebasan untuk menentukan atau memilih kausa dari perjanjian yang akan dibuatnya
- h. Kebebasan untuk menentukan obyek perjanjian
- i. Kebebasan untuk menentukan bentuk suatu perjanjian
- j. Kebebasan untuk menerima atau menyimpangi ketentuan undang-undang yang bersifat opsional.

²³² Ahmadi Miru, *Hukum Perikatan*, h. 79

2) *Asas Konsensualisme atau Kerelaan*

Asas ini menyatakan bahwa apapun bentuk transaksi dilakukan harus berdasarkan kerelaan dari pihak yang berakad²³³ kerelaan merupakan sikap batin yang bersifat abstrak. Karena itu, diperlukan indikator yang merefleksikannya. Indikator itu berupa pernyataan dalam bentuk ijab dan kabul.²³⁴ Keinginan untuk melakukan suatu akad didasarkan atas niat dan tekad. Kedua hal ini sangat abstrak, sehingga diperlukan indikator untuk merefleksikannya. Indikator itu berupa pernyataan atau perbuatan, baik tertulis maupun tidak tertulis yang merefleksikan keinginan dan tekad atau berupa perbuatan yang merefleksikan sikap batin itu, seperti transaksi jual beli biasa yang tidak memerlukan persyaratan formil.²³⁵

Konsep kerelaan dan keridaan merupakan salah satu dasar dalam hukum perjanjian Islam atau akad. Konsepsi ini dipahami dari sejumlah dalil normatif, baik dari al-Qur'an maupun sunah. Diantara petunjuk normatif al-qur'an tentang konsep kerelaan, yaitu. QS. Al-Nisa>/4: 29

أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِبَاطِلٍ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ؟

Terjemahannya: “Wahai orang-orang yang beriman! Janganlah kamu saling memakan harta sesamamu dengan jalan yang batil (tidak benar), kecuali dalam perdagangan yang berlaku atas dasar suka sama suka di antara kamu”²³⁶.

²³³ Fathurrahman Djamil, *Penerapan Hukum Perjanjian dalam Transaksi di Lembaga Keuangan Syariah*, h. 22

²³⁴ Abdul Manan, *Hukum Ekonomi Syariah dalam Perspektif Kewenangan Peradilan Agama*, h. 80

²³⁵ Wahbah Al-Zuhaily, *Fiqh al-Islami wa adillatuhu*, jilid IV, h. 3037

²³⁶ Departemen Agama RI, *Syamil al-Qur'an The Miracle 15 in 1*, h. 163

Ketentuan tersebut juga terdapat dalam hadis Nabi saw: " لَا يَحِلُّ مَالٌ اِفْرِيٍّ اِلَّا بِطَيِّبٍ " *نَفْسٍ مِنْهُ*. Berdasarkan informasi dalil normatif tersebut, maka prinsip kerelaan dan keridaan merupakan simbol validitas suatu transaksi di pandang absah menurut al-Qur'an dan hadis Nabi saw. Karena itu tidak diperlukan formalitas perjanjian.

Asas *ridjaiyah* atau kerelaan ini juga menjadi salah satu syarat pokok dalam hukum perjanjian KUH Perdata sebagaimana yang tercantum dalam Pasal 1320 KUH Perdata "sepakat mereka yang mengikatkan dirinya".²³⁷ Dalam Pasal ini terkandung asas yang sangat esensial berkaitan dengan hukum perjanjian, yaitu asas konsensualisme. Asas ini menegaskan kehendak pihak-pihak yang berkontrak untuk saling mengikatkan diri dan menimbulkan kepercayaan terhadap pemenuhan segala hal, sebagai konsekwensi dari suatu perjanjian.²³⁸ Unsur kepercayaan yang terkandung dalam asas ini merupakan nilai etis yang bersumber dari moral.

Kepercayaan merupakan unsur terpenting untuk membangun jalinan perjanjian. Pihak-pihak yang melakukan perjanjian dapat saling percaya satu sama lain jika masing-masing pihak terbuka dan kooperatif terhadap substansi perjanjian. Karena itu, hukum Islam juga memberikan hak opsi (hak *khiyar*) dalam proses negosiasi suatu kontrak atau akad. Pentingnya mempertibangkan hak opsi bagi pihak-pihak yang bertraksaksi sangat mendukung terhadap lahirnya kerelaan dan keridaan dari kedua belah pihak. Unsur-unsur yang dapat melahirkan kesepakatan yang berdasarkan kerelaan, yaitu, *pertama*, transparansi informasi terhadap isi akad, *kedua*, pemberian hak opsi untuk menentukan kelayakan obyek yang ditransaksikan. *ketiga*,

²³⁷ Subekti, *Kitab Undang-undang Hukum Perdata* (cet. XXXV; Jakarta: PT. Pradnya Paramita, 2004), h. 339

²³⁸ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersil*, h. 121

Kedudukan setara bagi pihak-pihak yang bertransaksi atau berakad. *keempat*, Adanya komitmen kedua belah pihak untuk tunduk pada hukum perjanjian, baik hukum normatif maupun yuridis formal.

Kerelaan dan keridaan dapat tercapai apabila persesuaian kehendak (*meeting of mind*) dari kedua belah pihak dapat terjadi. Namun tidak dapat dipungkiri bahwa kecacatan berakad juga sering terjadi dalam proses maupun implementasi muatan perjanjian ketika dituangkan dalam suatu kesepakatan bersama. Cacat kehendak ini dapat timbul dari pihak-pihak yang berakad apabila unsur-unsur untuk mencapai kesepakatan terabaikan dalam proses negosiasi suatu akad perjanjian.

Seiring dengan kemajuan ilmu pengetahuan dan arus globalisasi yang melanda dunia, maka aktifitas bisnis juga semakin dinamis dan berkembang mengikuti perkembangan globalisasi itu, sehingga semakin maju dan berkembang suatu komunitas masyarakat berdampak pada semakin maju pula aktifitas bisnis yang dijalankan oleh mereka. Dengan perkembangan teknologi dibidang komunikasi-informasi, transportasi dan internet berdampak pada perubahan pola pikir, interaksi, dan tingkah laku masyarakat akibat adanya serapan-serapan dibidang tekhnologi dan akulturasi budaya. Perkembangan teknologi juga berpengaruh pada aktifitas bisnis yang mengarah pada kecenderungan pemanfaatan sumber daya, pengelolaan informasi, dan jaringan marketing yang semakin efektif dan efisien. Kecenderungan itu berdampak pada semakin beragam dan berkualitasnya suatu produk yang dihasilkan, tingkat harga yang relatif terjangkau yang pada akhirnya memicu tingkat konsumsi dan daya beli masyarakat yang juga semakin tinggi.

Sumber hukum tidak hanya berbentuk hukum positif yang tertulis berupa peraturan perundang-undangan, tapi mencakup juga hukum yang bersumber dari norma-norma sosial (*triangular of society*), dan hukum yang bersumber dari agama, etika atau moral (*triangular of morality*). Di Indonesia sistem hukum yang dikenal adalah hukum positif, hukum adat, dan hukum Islam.²³⁹

Hukum Islam sebagai salah satu hukum yang hidup di tengah masyarakat (*living law*) sepatutnya juga menjadi sumber inspirasi dalam pengamalan ajaran agama yang tidak terbatas pada ruang privat saja (berkaitan dengan ibadah), tapi hukum Islam (fikih) juga mencakup norma-norma yang harus diimplementasikan dalam bidang mu‘a>malah, baik itu berkaitan dengan hukum keluarga maupun hukum bisnis dan kegiatan ekonomi yang lazim dikenal dengan istilah *mu‘a>malah ma>liyah* (hukum-hukum dalam bidang ekonomi). Hukum Islam dalam bidang mu‘a>malah telah menjadi sumber dalam pembentukan undang-undang perbankan syariah, zakat dan perwakafan²⁴⁰ melalui teori eksistensi, hukum Islam diakui sebagai bagian dari hukum Nasional yang diakomodir melalui UUD 1945 dalam pasal 29 UUD 1945.²⁴¹ Namun hukum Islam sifatnya tidak mandiri, tapi merupakan bagian integral dalam hukum nasional di Indonesia.

²³⁹Ahmad Ali, *Menguak Teori Hukum dan Teori Peradilan Termasuk Interpretasi Undang-undang*, (cet. III; Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2010), h. 302

²⁴⁰Dasar hukum perbankan syariah diautur dalam UU No. 7 Tahun 1992 tentang perbankan yang kemudian diubah dengan UU No. 10 Tahun 1998, dan juga dalam UU No. 23 Tahun 1999 tentang Bank Indonesia sebagaimana diubah dengan UU No. 23 Tahun 2004. Tentang zakat diatur dalam UU No 38 Tahun 1999 Tentang Pengelolaan Zakat. Dan institusi wakaf telah diatur berdasarkan pada ketentuan UU Pokok Agraria (UU No. 5 / 1960 pasal 49 (1,2,3), UU No 41 Tahun 2004 tentang wakaf dan Peraturan pemerintah RI No. 42 Tahun 2006 tentang pelaksanaan UU No. 41 Tahun 2004 tentang wakaf, dan KHI UU No. 1 / 1991, tentang Kompilasi Hukum Islam

²⁴¹Abdullah Ahmad, dkk, *Dimensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional, Mengenang 65 Tahun Prof. Dr. H. Busthanul Arifin, SH*. (cet. I; Jakarta: Gema Insani Press, 1996), h. 133

Perkembangan ekonomi Islam pada ranah empirik sangat dinamis, salah satu industri keuangan yang berkembang seiring dengan perkembangan dunia bisnis adalah perbankan, karena itu, perbankan syariah juga tidak terlepas dari arus globalisasi dan dinamika bisnis keuangan yang terus berkembang. Untuk mengantisipasi hal itu, dibutuhkan perangkat hukum yang memadai dalam mengantisipasi arus perkembangan industri perbankan dan keuangan syariah. DSN-MUI merupakan lembaga yang merancang norma hukum Islam bagi perbankan syariah di Indonesia.

Gagasan fatwa DSN-MUI sebagai ciri khas fikih keindonesiaan yang memiliki karakteristik doktrin hukum dan bahan baku pembentukan peraturan perundang-undangan dibidang ekonomi syariah tidak terlepas dari upaya para cendekiawan muslim Indonesia untuk menformulasikan sebuah model fikih Indonesia yang sesuai dengan adat, kebudayaan, dan peradaban Indonesia. Gagasan fikih moderat yang diusung oleh cendekiawan muslim Indonesia didasarkan atas adanya dualisme pandangan tentang pemberlakuan hukum Islam di Indonesia. Ide fikih keIndonesiaan dikonstruksikan bersifat formal-kontekstualis dan berada diantara *mainstream* pemikiran yang bersifat formal-tekstualis dan kultural-substansial.²⁴²

²⁴² Cendekiawan Muslim Indonesia yang dikategorikan sebagai pembaru hukum Islam Indonesia, adalah Hasbi as-Siddiqi dengan pemikirannya bahwa perlu diformulasikan fikih berdasarkan pada adat dan kebiasaan yang berlaku di Indonesia, sebagaimana karakteristik fikih klasik yang juga bernuanasa adat kebiasaan orang Arab. Hazairin mempertegas konsep Hasbi dengan menekankan perlu dibangun suatu mazhab yang sistematis dan terpadu bagi fikih Indonesia, sehingga tidak menjadi parsial. Munawwir Zadsyali menawarkan upaya kontekstualisasi hukum Islam untuk mewujudkan hukum Islam yang sesuai dengan budaya dan skstruktur masyarakat Indonesia kontemporer. Busthanul Arifin pembentukan fikih Indonesia dan pelembagaannya harus disinkronkan dengan hukum positif yang telah ada dan tidak dapat dilepaskan dari kerangka hukum nasional. Qadri Azizy, dengan gagasan perlunya positivasi hukum Islam sebagai upaya menjadikan hukum Islam, beserta hukum lain sebagai sumber bagi kodifikasi dan aturan perundang-undangan yang bersifat nasional. Sementara itu, Yudian menawarkan konsep bahwa fikih Indonesia merupakan produk hukum Islam sebagai hasil dialektika antara nas dengan adat kebiasaan di Indonesia yang kemudian diformalkan dalam bentuk aturan

Sepanjang sejarah wacana pemberlakuan hukum Islam di Indonesia, telah melahirkan dua kelompok dengan tokoh dan kecenderungan pemikiran yang berbeda secara diametral. *kelompok pertama*, mewacanakan pemberlakuan hukum Islam dengan pendekatan formal-tekstualis, yaitu bahwa hukum Islam secara tekstual harus diterapkan dan diberlakukan untuk seluruh orang Islam Indonesia. Pemberlakuan hukum Islam secara formal-tekstual di Indonesia dapat terwujud jika didukung dengan perjuangan politik. Kelompok yang getol menyuarakan wacana ini antara lain adalah Majelis Mujahidin Indonesia (MMI), Hizbur Tahrir Indonesia (HTI), dan Front Pembela Islam (FPI). Garis perjuangan kelompok ini cenderung radikal-konservatif dengan memadukan sarana dialogis dan anarkisme parlemen jalanan. *Kelompok kedua*, menggunakan pendekatan kultural-substansial, yaitu bahwa hukum Islam tidak perlu diformalkan dalam bentuk legislasi, tetapi yang terpenting adalah penyerapan nilai-nilai Islam dalam kehidupan muslim Indonesia. Akulturasi nilai-nilai Islam, seperti kejujuran, kebebasan, keadilan, dan persamaan di muka hukum perlu dikulturasikan dalam kehidupan sehari-hari masyarakat muslim Indonesia jauh lebih penting daripada formalisasi ajaran agama. Karena wilayah agama merupakan domain individu dengan penciptannya. Kelompok ini dimotori oleh Jaringan Islam Liberal (JIL).²⁴³

perundang-undangan. Gagasan dan konsep pembaru hukum Islam Indonesia ini menginginkan bahwa fikih Indonesia harus menjadi sumber dan bahan baku pembentukan kodifikasi dan peraturan perundang-undangan yang berlaku untuk orang Islam Indonesia melalui mekanisme lembaga legislatif. Namun rancangan materi pembahasannya dilakukan oleh lembaga yang berwenang yang dibentuk secara resmi oleh Pemerintah. Lihat, Agus Moh. Najib, *Pengembangan Metodologi Fikih Indonesia dan Kontribusinya bagi Pembentukan Hukum Nasional*, (cet. I; Jakarta: Kementerian Agama, 2011), h. 117-122

²⁴³ Agus Moh. Najib, *Pengembangan Metodologi Fikih Indonesia dan Kontribusinya bagi Pembentukan Hukum Nasional*, (cet. I; Jakarta: Kementerian Agama, 2011), h. 46-47

Seiring dengan dikotomi wacana pemberlakuan hukum Islam di Indonesia, muncul gagasan dari para cendekiawan muslim Indonesia yang menggagas pemikiran pemberlakuan hukum Islam secara moderat dengan mengusung gagasan pemberlakuan hukum Islam dengan pendekatan formalistik-kontekstualis, yaitu bahwa perlunya menggagas pemikiran fikih yang disesuaikan dengan kebudayaan Indonesia. Gagasan ini didasarkan bahwa fikih yang termuat dalam kitab-kitab klasik sebagai warisan para ulama merupakan produk ijtihad dan pemikiran yang disesuaikan dengan budaya dan peradaban Arab. Karena itu, karakteristik fikih yang dihasilkan sangat berbeda dengan watak dan ciri orang Indonesia. Upaya mewujudkan mazhab Indonesia ini menurut Qadri Azizy harus dibarengi dengan adanya formulasi pemikiran hukum Islam secara mendasar yang sesuai dengan sosio-kultural bangsa Indonesia.²⁴⁴

Produk perundang-undangan di Indonesia yang bahan bakunya berasal dari hukum Islam adalah Undang-undang Perkawinan, diundangkan dengan Instruksi Presiden No. 1 Tahun 1991, Undang-undangan Penyelenggaraan Ibadah Haji diundangkan dengan Undang-undang RI No. 17 Tahun 1999, Undang-undang tentang Pengelolaan Zakat, diundangkan dengan Undang-undang RI. No. 23 Tahun 2011, Undang-undang tentang Wakaf, diundangkan dengan Undang-undang RI. No. 41 Tahun 2004, dan Undang-undang tentang Perbankan Syariah, diundangkan dengan Undang-undang RI. No. 21 Tahun 2008, disamping itu, ada aturan pelaksanaannya dan kodifikasi, serta aturan lembaga Pemerintah terkait yang sumber dan bahan

²⁴⁴ Agus Moh. Najib, *Pengembangan Metodologi Fikih Indonesia dan kontribusinya bagi Pembentukan Hukum Nasional*, h. 118 dan A. Qadri Azizy, *Reformasi Bermazhab; Sebuah Ikhtiar Menuju Ijtihad Sainifik-Modern*, (cet. II; Jakarta: Teraju, 2003), h. 19-20

bakunya dari fikih bercita rasa Indonesia.²⁴⁵ Meskipun sifat dan cakupan peraturan perundang-undangan dan kodifikasi itu hanya berlaku bagi orang Islam Indonesia, tidak berlaku secara nasional. Namun peraturan-peraturan tersebut tidak membatalkan peraturan perundangan-undangan yang berlaku umum dan nasional, seperti undang-undang tentang Perbankan Syariah yang tidak membatalkan undang-undang Tentang Perbankan No. 7 Tahun 1992 dan Undang-undang No. 10 Tahun 1998 tentang Perubahan UU NO. 7 Tahun 1992 tentang Perbankan, karena azas hukum yang digunakan adalah “*lex specialis derogat lex generalis*”, yaitu undang-undang yang bersifat khusus mengenyampingkan undang-undang yang bersifat umum.

Metode penetapan fatwa DSN-MUI didasarkan pada pedoman dan prosedur penetapan fatwa Majelis Ulama Indonesia yang disahkan pada sidang ijtima ulama komisi fatwa se Indonesia di Jakarta pada tanggal 16 Desember 2003 bertepatan dengan 22 Syawal 1424 H. Adapun langkah-langkah penetapan fatwa sebagaimana yang dicantumkan pada Bab III adalah sebagai berikut:

1. Sebelum fatwa ditetapkan, diadakan peninjauan pendapat para imam mazhab dan ulama mu'tabar tentang masalah yang akan difatwakan beserta dalil-dalilnya
2. Masalah yang telah jelas hukumnya akan dipaparkan sebagaimana adanya
3. Terhadap permasalahan khilafiyah akan ditempuh langkah-langkah:
 - a. Penemuan titik temu diantara pendapat-pendapat ulama mazhab dengan pendekatan *al-jam'u wa al-taufiq*

²⁴⁵ Muhammad Amin Suma, *Himpunan Undang-undang Perdata Islam dan Peraturan Pelaksanaan Lainnya di Negara Hukum Indonesia*, h. 3

- b. Jika langkah pertama tidak dapat dilakukan, maka ditempuh metode *tarjih* dengan pendekatan *muqaranah* yang berdasarkan pada kaedah-kaedah usul fiqh muqaran
4. Terhadap masalah yang tidak ditemukan pendapat hukumnya dikalangan ulama mazhab, maka penetapan fatwa didasarkan pada hasil ijtihad *jama'i* (kolektif) dengan pendekatan *bayani*, *ta'lili* (*qiya>si*, *istih}sa>ni*, *ilha>qi*), *istis}la>hi*, dan *sadd al-z}ari'ah*
5. Penetapan fatwa harus memperhatikan kaedah-kaedah kemaslahatan umum dan maqashid al-syari'ah.²⁴⁶

Menurut M. Ma'ruf Amin, metode fatwa DSN-MUI didasarkan atas metode dan pendekatan tertentu yang dielaborasi untuk merumuskan fatwa atau argumen hukum Islam yang sesuai dengan adat kebiasaan masyarakat Indonesia. Ada dua metode yang digunakan dalam merumuskan fatwa, yaitu, *pertama*, Metode *Tah}qi>q*, yaitu penelusuran dan penelitian terhadap sejumlah dalil hukum dan pendapat ulama yang bersumber dari kitab-kitab *mu'tabarah* dalam lembaga MUI dengan mengajukan pendekatan *nas qat'i*, yaitu melakukan penelusuran dan penelitian dalil-dalil hukum dari al-Qur'an dan hadis. Pendekatan *qauli*, yaitu melakukan penelusuran dan penelitian terhadap pendapat-pendapat ahli fikih yang terdapat dalam kitab-kitab *mu'tabarah* versi MUI yang 'illah hukumnya sesuai dengan yang terjadi dan hanya terdapat satu pendapat. dan pendekatan *manha>jy*, yaitu untuk menguji validitas dan keunggulan pendapat-pendapat yang saling kontradiktif.

²⁴⁶ Majelis Ulama Indonesia, *Himpunan Fatwa MUI sejak 1975*, (cet. II; Jakarta: Erlangga, 2011), h. 5-6

Pendekatan *manhaji* dilakukan dengan menggunakan sarana *jam'u wa al-taufiq*, *tarjihi, ilh}a>qi*. Kedua, Metode *Istinba>t}i*, yaitu metode penggalian dan penetapan hukum Islam dengan menggunakan pendekatan *qiya>si, istis}la>hi, istih}sa>ni*, dan *sadd al-z\ari'ah*.²⁴⁷

Mencermati kajian us}ul fikih akan didapati bentuk-bentuk ijtihad dan ruang lingkupnya yang mencakup tiga bagian, *pertama*, ijtihad untuk memahami kandungan nas, *kedua*, ijtihad terhadap kasus hukum yang secara implisit tidak disinggung oleh nas. *ketiga*, ijtihad dalam upaya mentransformasikan teks terhadap realitas empirik.²⁴⁸ Proses ijtihad dengan pendekatan *qiya>si* adalah merupakan usaha maksimal seorang atau sekelompok mujtahid untuk merumuskan status hukum dengan mengungkap 'illah-'illah (kausa) atau tujuan syariat melalui pendekatan *takhri>j al-mana>t*²⁴⁹ *tah}qi>q al-mana>t*²⁵⁰ atau dengan pendekatan *tanqi>h al-mana>t*.²⁵¹

Untuk menguji validitas dalil yang tampak saling kontradiktif, dalam kajian us}ul ditempuh sarana *al-jam'u wa al-taufiq*. Meskipun pendekatan ini dikalangan ulama us}ul terdapat tiga pandangan, *pertama*, sebagian ulama sangat toleran dalam menggunakan pendekatan *al-jam'u wa al-taufiq* antara dua dalil yang saling kontradiktif. *Kedua*, mayoritas ulama golongan hanafiyah, dan sebagian ulama

²⁴⁷ Ma'ruf Amin, *Manha>j Fatwa*, (makalah yang disajikan pada acara Annual Meeting DPS di Bogor), September 2006, h. 7

²⁴⁸ Abd. Rauf Amin, *al-Ijtihad*, h. 100

²⁴⁹ *Takhri>j al-mana>t* adalah upaya mengeluarkan sifat yang sesuai atau hampir sama untuk dijadikan ilat dan dibandingkan dengan sifat lainnya jika tidak diterangkan secara ekspilisit atau implisit oleh nas.

²⁵⁰ *Tahqi>q al-mana>t* adalah usaha untuk mengetahui adanya ilat dalam beberapa contoh setelah ditentukan ilatnya, baik ditegaskan oleh teks atau secara consensus.

²⁵¹ *Tanqi>h al-mana>t* adalah upaya menemukan pemahaman dari teks untuk menentukan ilat dengan cara mengenal pasti sifat yang termasuk dan yang tidak termasuk dalam ilat.

golongan Syafi'i dan Malik sangat konservatif dalam menggunakan pendekatan *al-jam'u wa al-taufiq*. Akibatnya, mereka menolak sejumlah hadis Nabi, meskipun secara sanad dan matan hadis tersebut berkualifikasi sahih. *Ketiga*, mayoritas ulama menggunakan sarana *al-jam'u wa al-taufiq* dalam mengamalkan antara dua dalil yang kontradiktif dengan syarat dan ketentuan yang ketat.²⁵²

Sedangkan pendekatan *tarjih* lazim diterapkan oleh para ulama untuk mengamalkan salah satu dari dua dalil yang tampak saling kontradiktif dengan syarat bahwa dalil-dalil yang kontradiktif itu dapat diurutkan (*tafa'ut*), kedua dalil yang kontradiktif memiliki kesamaan implikasi status hukum, dalil-dalil tersebut memiliki kualitas *s\ubut* yang sama, memiliki tingkat kekuatan yang sama, dan menetapkan salah satu dari dalil yang kontradiktif berdasarkan argumen dan alasan yang kuat.²⁵³

Metodologi penetapan hukum yang ditawarkan oleh DSN-MUI disatu sisi memiliki akar metodologis yang kuat, yaitu bersumber dari pengamalan para ulama usul fikih klasik, namun dengan beberapa pengembangan yang disesuaikan dengan kondisi dan adat Indonesia. Disisi lain, metodologi DSN-MUI mencerminkan alur metodologi penetapan hukum Islam yang didasarkan pada ijtihad kolektif dengan pendekatan interdisipliner dan multidisipliner. Metodologi ijtihad seperti inilah yang dibutuhkan untuk menjawab problem hukum pada era high teknologi sekarang ini dengan ikon globalisasi yang dapat menjadi ancaman terhadap eksistensi nilai-nilai agama, budaya, dan ideologi bangsa.

²⁵² Muhammad al-Hafnawi, *at-Ta'arud} wa at-Tarjih 'Inda al-Us}u>li>yin wa Atsa>rhuma fi al-Fiqh al-Isla>mi*, (cet. I; Kairo: Da>r al-Wafa>, 1987), h. 260-262

²⁵³ Muhammad al-Hafnawi, *al-Ta'arud wa at-Tarjih 'Inda al-Us}u>li>yin wa Atsarahuma fi al-Fiqh al-Isla>mi*, h. 296-297

Menurut A. Qadri Azizi, produk ijtihad seharusnya melalui proses yang seimbang antara analisa deduktif dan induktif serta antara tekstual dan kontekstual. Karena itu, metodologi penetapan hukum Islam harus memperhatikan dua hal, *Pertama*, berupaya keras memahami kandungan nas secara tekstual maupun kontekstual dengan metode deduktif. *Kedua*, berupaya menemukan hukum dari permasalahan yang tidak ditunjuk langsung oleh nas dengan menggunakan pendekatan analogi atau proses berfikir deduktif, dan pendekatan *istislahi*, *istihjasi*, dan *'urf* dengan proses berfikir induktif. Penggunaan proses berfikir deduktif dan induktif ini seharusnya didukung dengan hasil-hasil penelitian kontemporer maupun didasarkan pada kajian ulama klasik dengan pendekatan interdisipliner dan multidisipliner.²⁵⁴

4. Hukum Perdata

Lahirnya Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama telah membawa perubahan besar dalam eksistensi lembaga Peradilan Agama saat ini. Salah satu perubahan mendasar adalah penambahan wewenang lembaga Peradilan Agama antara lain dalam bidang ekonomi syariah. Berdasarkan pasal 49 huruf (i) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama ditegaskan bahwa Peradilan Agama bertugas dan berwenang memeriksa, mengadili dan menyelesaikan perkara termasuk kasus sengketa yang berkaitan dengan ekonomi syariah. Yang dimaksud dengan ekonomi syariah adalah perbuatan atau kegiatan usaha yang dilaksanakan menurut prinsip syariah yang meliputi bank syariah, lembaga keuangan mikro syariah, asuransi syariah, reasuransi syariah, reksadana syariah, obligasi syariah dan surat berharga

²⁵⁴ A. Qadri Azizi, *Eklektisisme Hukum Nasional, Kompetensi Antara Hukum Islam dan Hukum Umum*, h. 63 dan reformasi bermazhab, h. 72,76,86-88

berjangka menengah syariah, sekuritas syariah, pembiayaan syariah, pergadaian syariah, dana pensiun lembaga keuangan syariah dan bisnis syariah.²⁵⁵

Berdasarkan Undang-undang itu, maka praktis para hakim di lingkungan lembaga Peradilan Agama harus menguasai dan mendalami hukum ekonomi syariah atau fikih yang berkaitan dengan hukum-hukum muamalah. Sebab belum ada peraturan perundang-undangan yang ada kaitannya dengan ekonomi syariah yang mengatur tentang hukum formil (hukum acara) dan hukum materil. Pengaturan hukum ekonomi syariah yang ada selama ini adalah ketentuan yang termuat dalam kitab-kitab fikih dan sebagian kecil terdapat dalam fatwa-fatwa Dewan Syariah Nasional (DSN), dan dalam Peraturan Bank Indonesia. Sehingga kalau dicermati kasus-kasus yang diajukan oleh para pihak yang bersengketa pada Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS) yang berhubungan dengan sengketa antara bank syariah dan nasabahnya, maka penyelesaian kasus itu menggunakan dua hukum yang berbeda yaitu fatwa-fatwa Dewan Syariah Nasional dan KUH Perdata. Hal ini dilakukan guna mengisi kekosongan hukum dalam menyelesaikan suatu perkara.

Mencermati klausul-klausul perjanjian antara perbankan syariah dengan nasabah maupun isi putusan BASYARNAS pada dasarnya memuat ketentuan hukum Perdata, kutipan pasal-pasal KUH Perdata tampak pada isi perjanjian dan putusan tersebut. Hal ini menunjukkan bahwa hukum perdata menjadi rujukan dalam menyelesaikan perkara dan menjadi salah satu dasar arbiter dalam memeriksa dan memutus sengketa perbankan syariah yang diajukan melalui Badan Arbitrase Syariah Nasional.

Sepanjang sejarahnya, bangsa Indonesia mengenal tiga sistem hukum, yaitu sistem hukum adat, sistem hukum Islam, dan sistem hukum Barat. Ketiga sistem hukum ini memiliki ciri dan karakter tersendiri. Hukum adat telah menjadi *living law*

²⁵⁵Said Agil Husein al Munawar, *Pelaksanaan Arbitrase di Dunia Islam Dalam Arbitrase Islam di Indonesia, BAMUI & BMI* (cet. I; Jakarta: 1994), h. 48-49

dan menjadi hukum tidak tertulis dalam kehidupan masyarakat Indonesia, sebagian hukum adat itu telah ada yang ditransformasi menjadi peraturan perundang-undangan.²⁵⁶ Hukum Islam mulai tumbuh dan berkembang di Indonesia sejak masuknya Islam di bumi pertiwi ini.²⁵⁷ Analisis tentang pemberlakuan hukum Islam di Indonesia tidak dapat dilepaskan dari berbagai teori yang dipaparkan oleh pakar hukum Islam maupun hukum Barat. Sedangkan hukum Barat (*civil law*) diperkenalkan di Indonesia bersamaan dengan kedatangan penjajah Belanda di bumi Nusantara. Awalnya hanya berlaku bagi orang Belanda dan Eropa, serta orang yang statusnya disamakan dengan orang Eropa, baik dari kalangan orang Cina maupun orang Indonesia.²⁵⁸ Dalam perkembangan produk hukum selanjutnya, perundang-undangan bangsa Indonesia, terutama Kitab Hukum Pidana (KUH-Pidana) dan Kitab Hukum Perdata (KUH-Perdata) merupakan bukti warisan produk hukum bangsa Belanda. Lembaga legislatif belum mampu membuat KUH-Pidana dan KUH-Perdata yang sesuai dengan nilai dan norma, serta cita hukum bangsa Indonesia dalam rangka mewujudkan unifikasi sistem hukum²⁵⁹ Ketiga sistem hukum tersebut di atas hidup dan menjadi dinamis ditengah masyarakat Indonesia, karena itu, ketiga sistem hukum ini menjadi bahan baku sistem perundang-undangan Nasional.

Karakteristik hubungan kontraktual memiliki sifat dan mengandung hak dan kewajiban yang sangat luas. Para ahli menekankan dua aspek utama untuk mengetahuinya, yaitu, *pertama*, interpretasi terhadap sifat serta luasnya hak dan kewajiban kontraktual. *kedua*, faktor-faktor yang berpengaruh terhadap sifat serta

²⁵⁶ Di antara hukum adat yang ditransformasi menjadi peraturan perundang-undangan adalah UU Pokok Agraria Tahun 1960

²⁵⁷ Di kalangan sejarawan terjadi perbedaan pendapat tentang pengenalan hukum Islam di Indonesia. Ada yang berpendapat bahwa hukum Islam telah dikenal sejak masuknya Islam di bumi pertiwi, yaitu abad ke-1 H atau abad ke-7 M. Pendapat lain mengatakan masuknya Islam di Indonesia terjadi pada abad ke-7 H atau abad ke-13 M. Lihat, Mohammad Daud, Ali, *Hukum Islam, Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, (cet. XVI; Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2011), h. 209

²⁵⁸ Juhaya S. Praja, *Hukum Islam Di Indonesia, Perkembangan dan Pembentukan*, h. 210

²⁵⁹ A. Qadri Azizy, *Eklektisisme Hukum Nasional, Kompetensi Antara Hukum Islam dan Hukum Umum*, h. 114

luasnya hak dan kewajiban kontraktual, yang meliputi; (a) faktor otonom (terkait daya mengikatnya kontrak). (b) faktor heteronom (faktor-faktor yang berasal dari luar para pihak, terdiri dari, undang-undang, kebiasaan, syarat yang biasa diperjanjikan, dan kepatutan)²⁶⁰

Analisis di atas mengindikasikan bahwa daya ikat suatu kontrak tidak hanya bersumber dari faktor otonom, yaitu pernyataan-pernyataan yang tercantum dalam klausul kontrak. Tetapi juga bersumber dari faktor heteronom, yaitu faktor-faktor yang berasal dari undang-undang, kebiasaan, syarat yang biasa diperjanjikan, dan kepatutan. Hal ini dipahami dari rumusan Pasal 1339 BW yang menyatakan bahwa, *“Suatu perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan di dalamnya, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat perjanjian, diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan, atau undang-undang”*.²⁶¹ Karena itu, klausul akad pada perbankan syariah, tidak hanya memuat pernyataan-pernyataan yang disepakati pihak-pihak yang berakad, tetapi juga semestinya pernyataan-pernyataan yang dicantumkan tidak bertentangan dengan kepatutan, kebiasaan, dan undang-undang. Seperti adanya asas *taswiyah* yang merupakan karakteristik ekonomi syariah, seharusnya terakomodir dalam perumusan klausul-klausul akad perbankan syariah.

²⁶⁰ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersil*, h. 226

²⁶¹ R. Subekti dan R. Tjitrosudibio, *Kitab Undang-undang Hukum Perdata*, h. 342

BAB V

EKSISTENSI SUMBER DAYA MANUSIA BADAN ARBITRASE SYARIAH NASIONAL

A. Kompetensi Sumber Daya Manusia

Perkembangan lembaga keuangan syariah, khususnya perbankan syariah yang terus mengalami perkembangan secara signifikan menuntut kesiapan lembaga-lembaga pendukung lainnya untuk mengantisipasi kemungkinan terjadi konflik atau sengketa akibat wanprestasi dari salah satu pihak atau antara sesama lembaga

keuangan lainnya. Sumber daya manusia merupakan aktor terpenting bagi setiap organisasi dalam perekonomian global yang berbasis pengetahuan dan ketrampilan. Karena itu, kunci untuk menjaga suatu organisasi itu dapat survive dan memiliki tingkat *output* ekonomi yang tinggi adalah bagaimana sebuah organisasi dapat mengendalikan dan memanfaatkan *human capital* yang dimilikinya.

Karena itu, para ahli berbeda pandangan dalam mendefinisikan kata kompetensi:

1. Kompetensi dapat didefinisikan sebagai pengetahuan, ketrampilan, kemampuan dan karakteristik lainnya, seperti sikap, perilaku dan kemampuan fisik yang dimiliki oleh seseorang dan sangat diperlukan untuk menjalankan sebuah aktifitas dalam sebuah konteks bisnis tertentu.
2. Kompetensi adalah pengetahuan, ketrampilan, karakteristik kepribadian, dan sikap yang memungkinkan karyawan untuk menjalankan tugas-tugas dan peran-peran dalam pekerjaannya.
3. Kompetensi dapat diartikan sebagai kemampuan seseorang yang dapat terobservasi mencakup atas pengetahuan, ketrampilan dan sikap dalam menyelesaikan suatu pekerjaan atau tugas sesuai dengan performen yang ditetapkan.²⁶²

Dari berbagai definisi di atas, dapat dikatakan bahwa kompetensi merupakan perpaduan pengetahuan, ketrampilan, sikap, dan karakteristik pribadi lainnya yang diperlukan untuk mencapai keberhasilan dalam sebuah pekerjaan, yang dapat diukur

²⁶² Badan Nasional Sertifikasi Profesi (BNSP), *Pedoman Penyusunan Kompetensi Kerja*, (cet. Jakarta, 2005), h. 2

dengan menggunakan standar yang telah disepakati, dan yang dapat ditingkatkan melalui pelatihan dan pengembangan.²⁶³

Secara operasional, kompetensi dapat diklasifikasikan menjadi dua bagian, yaitu, *pertama*, kompetensi inti. Kompetensi ini terkait dengan pemahaman terhadap visi, misi, dan nilai-nilai organisasi atau instansi. Karena itu, setiap perusahaan atau instansi memiliki prinsip-prinsip yang menjadi acuan yang dapat diterjemahkan ke dalam perilaku stakholdernya. *Kedua*, kompetensi teknis. Kompetensi ini mencakup pengetahuan dan keterampilan yang sangat spesifik dan berhubungan erat dengan jenis pekerjaan pada suatu jabatan dalam suatu organisasi atau instansi.

Secara organisasi, BASYARNAS memiliki sumber daya manusia yang memiliki kompetensi dibidang hukum, baik sebagai akademisi maupun praktisi, karena itu mereka ahli dan pakar dibidang beracara secara formal di pengadilan. Namun secara infrastruktur, BASYARNAS belum memiliki gedung dan kantor yang representative serta permanen untuk bekerja secara maksimal. Sejak di bentuk pada tahun 1993 dengan nama Badan Muamalat Indonesia (BAMUI) yang kemudian berubah nama menjadi Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS) pada tahun 2003 BASYARNAS berpindah-pindah tempat dan lokasi, bahkan kantor sekarang yang terletak di Jalan Gunung Dempo Jakarta Pusat merupakan pinjaman dari kantor Majelis Ulama Indonesia (MUI) yang lama, itupun berbagi dengan kantor Dewan Syariah Nasional (DSN-MUI).

Kompetensi menjadi tolak ukur bagi sebuah perusahaan atau instansi dalam mengelola sumber daya manusia, mulai dari proses rekrutmen dan seleksi, pelatihan

²⁶³ Marwansyah, *Manajemen Sumber Daya Manusia*, h. 36

dan pengembangan, manajemen kinerja, hingga retensi dan remunerasi. Kompetensi secara efektif harus memiliki kemampuan untuk menerjemahkan visi dan tujuan strategis organisasi dan instansi ke dalam perilaku yang teramati atau tindakan yang harus dilakukan oleh para karyawan dan staf.²⁶⁴

Pada intinya kompetensi memiliki lima karakteristik, yaitu, *pertama*, Motif. Motif merupakan kekuatan yang bersumber dari pikiran atau keinginan seseorang yang akan memotivasi, mengarahkan dan menyeleksi tingkah laku untuk mencapai tujuan tertentu. *Kedua*, Traits dikategorikan sebagai kekuatan fisik dan respon yang konsisten yang muncul pada suatu situasi atau informasi tertentu. Sehingga menjadi suatu kebiasaan seseorang yang menjadi pembeda dengan orang lain. Karakteristik inilah yang menjadi tanda pengenalnya. *Ketiga*, konsep diri dapat diaktualisasikan dalam bentuk sikap, nilai serta gambaran diri yang diyakini dapat memprediksi tingkah laku dalam situasi tertentu. *Keempat*, pengetahuan (*knowledge*) merupakan informasi dari bidang tertentu yang perlu diketahui dan dikuasai oleh seseorang agar dapat mencapai sasaran pekerjaannya. *Kelima*, ketrampilan (*skill*) merupakan kemampuan individu baik secara fisik maupun mental tertentu.²⁶⁵

Mencermati susunan pengurus dan arbiter tetap Badan Arbitrase Syariah Nasional Jakarta, umumnya berkompeten dalam menangani perkara-perkara ekonomi syariah dan perbankan syariah. Dewan arbiter memiliki perpaduan kompetensi dari

²⁶⁴ *Ibid.*, h. 36

²⁶⁵ Dewi Puji Astuti, *Training Program Sebagai Solusi Peningkatan Kompetensi SDM Perbankan Syariah*, www.wordpress.com, diakses, tgl 18 Oktober 2013

disiplin ilmu hukum, ekonomi syariah, hukum Islam, dan sebagian merupakan pakar di bidang hukum perikatan dan perjanjian.

Arbiter Tetap Badan Arbitrase Syariah Nasional sebagai berikut: H.Abdul Rahman Saleh, SH, Dr. Abdul Gani Abdullah, S.H, Ir. H. Abdul Azis Kuntoadji, Ahmad Jauchari, Prof. K.H. Ali Yafie, Drs. H. Amir Radjab Batubara, H. Amiroeddin Noer, S.H, Prof. H. Anton Timur Djaelani, S.H, Dr. H. Anwar Harjono, S.H, H. A. Zen Umar Purba, S.H., LL.M, Bahauddin Darus, SE, Erman Rajagukguk, S., LL.M., Ph.D, Hidayat Achyar, S.H, Dr. H.M. Tahir Azhari, S.H, H. Nur Syamsi, S.H, Dr. H. Satria Effendi M.Zein, Prof. Mariam Darus Badruzaman, S.H, Dr. H.M.Syafe'I Antonio, M.Sc, Drs. H. Mochammad Sofwan, S.H.

B. Tantangan dan Prospek BASYARNAS

Pertumbuhan industri perbankan syariah cenderung meningkat setiap tahunnya. Optimisme pertumbuhan ini didasari atas beberapa faktor. *Pertama*, faktor kultural, secara kuantitatif potensi market perbankan syariah ada pada masyarakat muslim. Indonesia memiliki jumlah penduduk muslim yang besar yang dapat menjadi potensi nasabah bank syariah. *Kedua*, Faktor Potensi, secara demografis, Indonesia memiliki sumber daya alam terbarukan yang kaya. Potensi ini dapat dijadikan sebagai *underlying* transaksi industri keuangan syariah. Masalahnya, apakah perbankan

syariah memiliki keberanian investasi modal yang padat karya, tapi dengan jangka waktu yang panjang. Padahal rasio permodalan perbankan syariah belum cukup signifikan untuk investasi besar dan jangka panjang.

Dinamika masyarakat yang semakin maju akibat perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi itu menuntut adanya instrumen hukum yang memadai guna mengantisipasi penyimpangan-penyimpangan yang terjadi dalam dunia bisnis yang secara empiris juga semakin canggih dan bervariasi. Instrumen hukum juga harus senantiasa di *up to date* (diperbaharui) mengikuti kecenderungan global, sebab tuntutan hukum pada masa orde lama dan orde baru tentu sangat berbeda dengan tuntutan hukum pada masa reformasi seperti sekarang ini.²⁶⁶

Masyarakat dalam kehidupan sehari-hari mendambakan kedamaian, ketenangan dan ketentraman ketika berinteraksi satu sama lainnya. Masyarakat merupakan bagian terkecil dari suatu komunitas berbangsa dan bernegara. Namun tidak dapat dipungkiri bahwa dalam proses interaksi itu sering terjadi benturan-benturan kepentingan dan ketersinggungan perasaan. Sebab masing-masing anggota masyarakat memiliki kepentingan-kepentingan yang berbeda. Untuk mengkomunikasikan dan mengkoordinir kepentingan-kepentingan itu, maka diciptakan aturan-aturan yang terangkum dalam sebuah peraturan atau undang-undang, sehingga masyarakat dapat mengetahui mana kewajiban dan mana hak yang

²⁶⁶Muhammad Djakfar, *Hukum Bisnis, Membangun Wacana Integrasi Perundangan Nasional dengan Syariah* (cet. I; Malang: UIN Malang Press, 2009), h. xviii

harus dituntut. Namun ketika aturan dan undang-undang itu diimplementasikan sering terjadi adanya ketidak sinergitas antara keinginan undang-undang dan harapan masyarakat. Adanya ketidakharmonisan ini menimbulkan salah satu faktor sehingga hukum tidak efektif dan berfungsi ditengah masyarakat.

Sumber hukum tidak hanya berbentuk hukum positif yang tertulis berupa peraturan perundang-undangan, tapi mencakup juga hukum yang bersumber dari norma-norma sosial (*triangular of society*), dan hukum yang bersumber dari agama, etika atau moral (*triangular of morality*). Di Indonesia sistem hukum yang dikenal adalah hukum positif, hukum adat, dan hukum Islam.²⁶⁷

Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS) tidak dapat terlepas dari dinamika perkembangan hukum dan peraturan perundang-undangan di Indonesia. Sebagai badan yang menjadi benteng terakhir dalam pencarian keadilan, sejatinya harus mempersiapkan diri, baik secara sumber daya manusia, maupun sarana dan prasarana untuk mengantisipasi perkembangan sengketa lembaga keuangan syariah termasuk perbankan syariah. Beberapa kendala berikut ini harus diatasi, diantaranya:

1. Keterbatasan jaringan kantor Badan Arbitrase Syariah Nasional

Sejak didirikan pada tahun 1993 dengan nama Badan Muamalat Indonesia yang kemudian pada tahun 2003 berubah menjadi Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS), perubahan tersebut tidak hanya dari aspek penamaan saja, akan

²⁶⁷Ahmad Ali, *Menguak Teori Hukum dan Teori Peradilan Termasuk Interpretasi Undang-undang*, cet. III; Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2010, h. 302

tetapi secara struktur kelembagaan basyarnas yang sebelumnya bernaung di bawah yayasan yang bersifat otonom dan mandiri beralih dibawah structural Majelis Ulama Indonesia (MUI). Karena itu, secara kewenangan MUI mengangkat dan memberhentikan pengurus Badan Arbitrase Syariah Nasional sebagaimana disebutkan dalam Pedoman Dasar Badan Arbitrase Syariah Nasional Pasal 3 ayat (2) dan pada ayat (4) disebutkan bahwa Ketua Umum Dewan Pimpinan MUI Pusat, Ketua Dewan Syariah Nasional (DSN), Ketua Komisi Fatwa, dan Ketua Komisi Hukum dan Perundang-undangan secara *ex-officio* menjadi Penasehat Badan Arbitrase Syariah Nasional.

Badan Arbitrase Syariah Nasional berkedudukan di Jakarta dengan cabang atau perwakilan ditempat-tempat lain. Kedudukan Basyarnas yang sentralistik menjadi hambatan dalam proses penyelesaian sengketa secara non litigasi. Keterbatasan jaringan kantor menjadikan Basyarnas kurang dikenal dikalangan masyarakat luas. Hal ini dipengaruhi oleh sumber pendanaan yang tidak terikat, sehingga secara organisasi, Basyarnas sulit mengembangkan eksistensi dan sumber daya manusia, baik pengurus maupun arbiter.

Pengaturan hukum Arbitrase Syariah yang masih mengacu pada Undang-undang No. 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan alternative Penyelesaian Sengketa tidak memungkinkan untuk mengembangkan diri, baik secara organisai, kewenangan, maupun kompetensi. Karena itu diperlukan pengaturan hukum tersendiri bagi Arbitrase Syariah yang memiliki kekhususan dari aspek sumber hukumnya, yaitu hukum Islam, karena itu, arbiternya pun harus memahami hukum Islam, seperti fatwa-fatwa DSN-MUI dan kaedah hukum Islam lainnya.

2. Lemahnya Dasar Hukum Arbitrase Syariah

Dasar hukum penyelesaian sengketa melalui jalur non litigasi didasarkan pada perjanjian para pihak yang mencantumkan klausul forum penyelesaian sengketa melalui arbitrase syariah. Perjanjian tersebut dapat dilakukan sebelum sengketa

(*pactum de comprometindo*) atau setelah terjadi sengketa (*akta kompromis*). Pengadilan tidak berhak ikut campur terhadap penyelesaian sengketa yang menjadi kewenangan arbitrase syariah.

Penjelasan Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman Pasal 59 menyebutkan bahwa “*Arbitrase merupakan cara penyelesaian suatu sengketa perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa*”. Yang dimaksud dengan “arbitrase” dalam ketentuan ini termasuk juga arbitrase syariah.²⁶⁸

Pengaturan hukum arbitrase syariah masih mengacu pada Undang-undang No. 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Karena itu, eksekusi putusan arbitrase syariah juga berdasarkan pada ketentuan dalam peraturan perundang-undangan ini, yaitu atas perintah Ketua Pengadilan Negeri. Disisi lain, Undang-undang Nomor 23 Tahun 2006 Pasal 49 angka (i) menyebutkan bahwa pengadilan Agama berwenang memeriksa, mengadili, dan memutus perkara dibidang ekonomi syariah. Secara hierarkis, semestinya eksekusi putusan arbitrase syariah menjadi kewenangan Pengadilan Agama. Namun Mahkamah Agung tetap mereduksi kewenangan Pengadilan Agama terkait sengketa ekonomi syariah dengan mengeluarkan Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) No. 8 Tahun 2010 yang membatalkan SEMA No. 8 Tahun 2008, sehingga eksekusi putusan BASYARNAS menjadi kewenangan Pengadilan Negeri sesuai UU No. 48/2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman.

Adanya ambiguitas dasar hukum eksekusi putusan BASYARNAS berimplikasi pada eksistensi putusan arbitrase syariah yang dapat digugat. Padahal putusan arbitrase bersifat final dan mengikat. hukum Islam (secara fikih), menurut mayoritas ulama, putusan *tahkim* jika telah sejalan dengan syariat Allah, maka putusannya bersifat sah dan mengikat, sehingga tidak dapat dibatalkan oleh

²⁶⁸ Undang-undang Nomor 48 Tahun 009 Tentang Kekuasaan Kehakiman Pasal 59 ayat (1)

Pengadilan²⁶⁹ menurut Ibn Qudamah, jika seorang arbiter (*hakam*) mengirimkan salinan putusannya ke pengadilan, maka hakim wajib menerima dan melaksanakan eksekusi terhadap putusan tersebut.

Badan Arbitrase tidak memiliki perangkat atau dasar hukum untuk melakukan penetapan sita, pelaksanaan lelang, atau proses pengosongan atas sebuah bangunan sengketa. Putusan Badan Arbitrase Syariah harus diikuti dengan permohonan ke Pengadilan Negeri untuk kemudian dilakukan proses hukum selanjutnya, baik sita, lelang, dan pengosongan. Karena itu, pihak-pihak yang bersengketa harus melalui dua lembaga yang berbeda, yaitu Badan Arbitrase Syariah dan Pengadilan Negeri untuk dapat menyelesaikan sengketa. Hal ini berdampak pada penyelesaian sengketa yang tidak efektif dan efisien, sangat bertentangan dengan ciri penyelesaian sengketa secara non litigasi yang bersifat cepat dan efisien.

3. Sumber Pendanaan Yang Tidak Jelas

Ketentuan keuangan dan sumber dana Badan Arbitrase Syariah Nasional diatur dalam Pedoman Dasar Badan Arbitrase Syariah Nasional Pasal 4 yang menyebutkan bahwa: “*Keuangan Badan Arbitrase Syariah Nasional diperoleh dari (a) sumbangan Majelis Ulama Indonesia (b) sumbangan dari masyarakat dan pemerintah yang tidak mengikat (c) pendapatan lain yang halal dan sah.*”²⁷⁰

Sumber pendanaan dan keuangan yang tidak tetap inilah yang menjadi salah satu kendala di BASYARNAS untuk meningkatkan kinerja dan kompetensi sumber daya manusia. Secara empiris, aktifitas kantor tidak memperlihatkan alur kerja dan aktifitas yang tinggi, struktur pegawai yang tidak jelas serta jam kerja kantor yang tidak terukur. Semua ini berdampak pada system penggajian yang tidak terukur sehingga aktifitas pegawai pun tidak jelas dan tidak tersistematisasi.

²⁶⁹ Abd. Karim Zaidan, *Nizham al-Qadai*, dalam Muhammad Iqbal, *Arbitrase Islam di Indonesia, Sebuah Tinjauan Tentang Penerapan Hukum Islam dalam Prosedur Acara dan Putusan Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS)*, Tesis, UIN Syarif Hidayatullah Jakarta 2005

²⁷⁰ Badan Arbitrase Syariah Nasional, *Pedoman Dasar Badan Arbitrase Syariah Nasional*, Pasal 4 ayat (1)

Bekerja di kantor BASYARNAS membutuhkan energy keikhlasan yang tinggi, karena sumber pendanaan yang tidak jelas sehingga terkadang pegawai harus menutupi biaya operasional dari dana pribadinya. Mirisnya sumber dana inilah yang menjadikan BASYARNAS sulit bersosialisasi dan eksistensinya cenderung kurang diperhatikan.

Keterlibatan lembaga keuangan syariah, baik bank maupun non bank untuk terlibat dalam pendanaan pernah diwacanakan, namun hal tersebut tidak direalisasikan. Secara etis, hal tersebut dapat menimbulkan putusan BASYARNAS tidak obyektif karena factor kedekatan emosional. Karena itu, semestinya Otoritas Jasa Keuangan dan Bank Indonesia sebagai lembaga pengawas perbankan yang bersifat independen harus memberikan perhatian serius terkait pendanaan dan sumber keuangan BASYARNAS. Mengingat potensi kasus sengketa lembaga keuangan syariah cenderung meningkat, dan salah satu media penyelesaiannya adalah BASYARNAS, maka seharusnya Otoritas Jasa Keuangan dan Bank Indonesia terlibat langsung dalam menangani sumber pendanaan.

KEPUSTAKAAN

- Abd. Hakim, H. Atang, *Fiqh Perbankan Syariah, Transformasi Fiqh Muamalah ke dalam Peraturan Perundang-undangan*, Cet. I; Bandung: PT. Refika Aditama, 2011.
- Abadi, Fairus, dalam Umar Sulaeman Asyqar, *Tari>kh al-Fiqh al-Isla>my*, (cet. III; Kairo: Daar al-Nuqasy, 1991
- Abbas, Syahrizal, *Mediasi dalam Perspektif Hukum Syariah, Hukum Adat, dan Hukum Nasional*, cet. I; Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2009
- Abdul Manan, *Hukum Ekonomi Syariah dalam Perspektif Kewenangan Peradilan Agama*, Cet. I; Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2012
- Abdul Manan, *Reformasi Hukum Islam di Indonesia*, Cet. I; Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2006.
- Abu Zahra, Imam Muhammad, *al-Milkiyah wa Naz}ariyah al-'Aqd fi al-Syari'ah al-Isla>miyah*, Cet. I; Kairo: Daar el-Fikr, 1976.
- Adi Nugroho, Susanti, *Penyelesaian Sengketa Arbitrase dan Penerapan Hukumnya*, cet. I; Jakarta: Prenada Media Group, 2015
- Muhammad Abu Zahra, *Us}ul al-Fiqh*, Cet. I; Kairo: Daar al-Fikr, t.th
- A. Gayo, Ahyar A. Gayo, dkk, *Laporan Akhir Penelitian Hukum Tentang Kedudukan Fatwa MUI dalam Upaya Mendorong Pelaksanaan Ekonomi Syariah*,

sumber: www. BPHN PUSTLIBANG.com, diakses tanggal 17 September 2013

- A. Karim, Adiwarmarman, *Bank Islam, Analisis Fiqih dan Keuangan*, Cet. I; Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2004.
- Ali, Ahmad, *Menguak Teori Hukum dan Teori Peradilan Termasuk Interpretasi Undang-undang*, Cet. III; Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2010.
- Ahmad, Abdullah, dkk, *Dimensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional, Mengenang 65 Tahun Prof. Dr. H. Busthanul Arifin, SH*. Cet. I; Jakarta: Gema Insani Press, 1996.
- Ahmad Zarqa, Mustafa, *al-Madkhal al-Fiqh al-'Am*, Cet. I; Beirut: Daar al-Qalam, 1992
- Al-Hafnawi, Muhammad, *at-Ta'arud} wa at-Tarjih 'Inda al-Ushuliyyin wa Atsarahuma fi al-Fiqh al-Islami*, Cet. I; Kairo: Daar al-Wafa}, 1987
- Amiruddin dan Zainal Azikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, Cet. VI; Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2012.
- Amin, Ma'ruf, *Pembaruan Hukum Ekonomi Syariah dalam Pengembangan Produk Keuangan Kontemporer (Transformasi Fikih Muamalat dalam Pengembangan Ekonomi Syariah)*, Naskah pidato Ilmiah pada Penganugerahan Gelar Doktor Kehormatan dalam Bidang Hukum Ekonomi Syariah pada Rapat Senat Terbuka UIN Syarif Hidayatullah Jakarta, 2012
- Amin, Abd. Rauf, *al-Ijtihad Ta'as}arahu wa ta's}irhu fi Fiqhi al-Maqas}id wa al-Waqi'*, Cet. I; Beirut: Daar al-Kutub al-Ilmiyah, 2013.
- Al-Amidy, *al-Ihkam fi Ushul al-Ahkam*, Cet. I; Kairo: Daar al-Hadis, 1990.
- Anwar, Syamsul, *Hukum Perjanjian Syariah, Studi tentang Teori Akad dalam Fikih Muamalat*, Cet. I; Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2007.
- Ali, Mohammad Daud, *Hukum Islam, Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, Cet. XVI; Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2011.
- Arbouna, Moh. Burhan, *combination of Contract in Shariah; A Potential Mechanism for Product Development in Islamic Banking and Finance*, dikutip dalam Fathurrahman Djamil, *Penerapan Hukum Perjanjian dalam Transaksi di Lembaga Keuangan Syariah*, Cet. I; Jakarta: Sinar Grafika Offset, 2012
- A. Rosyid al-Atok, *Konsep Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, Teori, Sejarah, dan Perbandingan dengan Beberapa Negara Bikameral*, Cet. I; Malang: Setara Press, 2015
- Ascarya, *Akad dan Produk Bank Syariah*, Cet. I; Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2007.

- Asshiddiqie, Jimly, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, cet. II; Jakarta: Sinar Grafika, 2012
- 'Azzam, Abd. Aziz, *al-Qawa'id al-Fiqhiyah*, Cet. I; Kairo: Da'ir al-Hadis, 2005.
- Azizy, A. Qadri, *Reformasi Bermazhab; Sebuah Ikhtiar Menuju Ijtihad Sainifik-Modern*, Cet. II; Jakarta: Teraju, 2003.
- , *Eklektisisme Hukum Nasional, Kompetensi Antara Hukum Islam dan Hukum Umum*, Cet. II; Yogyakarta; Gama Media, 2004.
- Azhary, Muhammad Tahir, *Negara Hukum, Suatu studi tentang prinsip-prinsipnya dilihat dari segi hukum Islam, Implementasinya pada periode negara Madinah dan Masa kini*, Cet. II; Jakarta: Prenada Media, 2004.
- Azhar Rosly, Saiful, *Critical Issues on Islamic Banking and Financial Markets, Islamic Economics, Banking and Finance, Investment, Takaful and Financial Planning*, Cet. III; Malaysia: Dinamas Publishing, 2010.
- Bank Sentral Republik Indonesia, "Peraturan Bank Indonesia", *Situs Resmi Bank Indonesia*. <http://www.bankindonesia.go.id> (10 Pebruari 2013).
- Badan Arbitrase Syariah Nasional, *Pedoman Dasar Badan Arbitrase Syariah Nasional*, Pasal 2, Ayat (1) dan (2)
- Badruzaman, Mariam Darius, *Hukum Perikatan dalam KUH Perdata, Yurisprudensi, Doktrin, serta Penjelasan*, tanpa cetakan; Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2015
- Boediono, *Ekonomi Monoter*, Cet. XII; Yogyakarta: BPFE, 2005.
- Chapra, M. Umer dan Tariqullah Khan. Terj. Ikhwan Abidin, *Regulasi dan Pengawasan Bank Syariah*, Cet. I; Jakarta: PT. Bumi Aksara, 2008.
- Departemen Pendidikan Nasional RI, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, edisi III, Cet. IV; Jakarta: Balai Pustaka, 2007.
- Departemen Agama, *Syaamil al-Qur'an, The Miracle*, Cet. I; Bandung: PT. Sygma Examedia Arkanleema, 2009.
- Dewi, Gemala, dkk, *Hukum Perikatan Islam di Indonesia*, Cet. II; Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2006.
- Djamil, Fathurrahman, *Penerapan Hukum Perjanjian dalam Transaksi di Lembaga Keuangan Syariah*, Cet. I; Jakarta: Sinar Grafika Offset, 2012.
- Djafkar, Muhammad, *Hukum Bisnis, Membangun Wacana Integrasi Perundangan Nasional dengan Syariah*, Cet. I; Malang: UIN Malang Press, 2009
- Djumhana, Muhammad, *Hukum Perbankan di Indonesia*, Cet. I; Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1993

- Efendi, Satria, *Riba dalam Pandangan Fiqh, Kajian Islam tentang Berbagai Masalah Kontemporer*, dikutip dalam Abdul Raman Ghazaly, dkk, *Fiqh Muamalat*, Cet. I; Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2010.
- Fuad, Mahsun, *Hukum Islam Indonesia, dari Nalar Partisipatoris hingga Emansipatoris*
- Ghazaly, Abd Rahman, dkk, *Fiqh Mu'amalat*, Cet. I; Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2010.
- Hammad, Nazih, *al-uqu>d al-murakkabah fi al-fiqh al-Islamiy, dirasah ta'sjiliyah lilmanz}umat al-akdiyah al-mustahdas\ah*, Cet. II; Beirut: Daar al-Kalam.
- Hasan, Hasbi, Kompetensi Peradilan Agama dalam Perkara Ekonomi Syariah, *Situs Resmi Pengadilan Agama*. [www.pengadilan agama.com](http://www.pengadilan.agama.com). 5 Juli 2014
- Hernoko, Agus Yudha, *Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial* (cet. II; Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2011.
- Huda, Nurul, dkk, *Ekonomi Makro Islam, Pendekatan Teoritis* Cet. I; Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2008.
- Imam al-T}ufi, *Risalah fi Ri'a>yah al-Mas}lah>h}ah*, Cet. I; Beirut: Daar al-Mas}riyah al-Lubnaniyah, 1993
- Ismatullah, Dedi, *Sejarah Sosial Hukum Islam*, Cet. I; Bandung: Pustaka Setia, 2011.
- Ismal, Rifki, *The Indonesian Islamic Banking, Theory and Practices*, Cet. I; Jakarta: Gramata Publishing, 2011.
- Jundiani, *Pengaturan Hukum Perbankan Syariah di Indonesia*, Cet. I; Malang: UIN Malang Press, 2009.
- Kasmir, *Dasar-dasar Perbankan*, Cet. X; Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2012.
- Khaeruman, Badri, *Hukum Islam dalam Perubahan Sosial*, Cet. I; Bandung: Pustaka Setia, 2010.
- Lukito, Ratno, *Pergumulan antara Hukum Islam dan Hukum Adat*, Jakarta: INIS, 1998.
- Machmud, Amir dan Rukmana, *Bank Syariah, Teori, Kebijakan, dan Studi Empiris di Indonesia*, Cet. I; Jakarta; Erlangga, 2010.
- Ma'luf, Liwis, *Al-Munjid al-Lughah wa Al-A'lam*, Daar al-Masyriq: Beirut, tth.
- Mardani, *Hukum Perikatan Syariah di Indonesia*, Cet. I; Jakarta: Sinar Grafika, 2013
- Majelis Ulama Indonesia, *Himpunan Fatwa MUI sejak 1975*, Cet. II; Jakarta: Erlangga, 2011.

- Majelis Ulama Indonesia, *Peraturan Prosedur Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS) Pasal 21 ayat (1), (2), (3), dan (4)*
- Minhajuddin, *Hikmah dan Filsafat Fikih Mu'a>malah dalam Islam*, Cet. I; Makassar: Alauddin University Press.
- Miru, Ahmadi, *Hukum Perikatan, Penjelasan Makna Pasal 1233 sampai 1456 BW*, Cet. III; Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2011.
- Muhammad, *Manajemen Pembiayaan Mud}a>rabah di Bank Syariah*, Cet. I; Jakarta: PT. RajaGRafindo Persada, 2008
- Muhammad, Ali Jum'ah, *Mau>su>'ah al-Iqts}ad al-Isla>mi fi al-Mas}>arif wa al-Nuqu>d wa al-Aswa>q al-Ma>liyah*, Jilid. III, Cet. I; Kairo: Daar al-Sala>m, 2009.
- Mujahidin, Akhmad, *Aktualisasi Hukum Islam, tekstual dan Kontekstual*, Cet.I; Riau: Program Pasca Sarjana UIN Suska Pekanbaru, 2008.
- Mukhtar Umar, Ahmad, *al-Mu'jam al-Lug}ah al-'Arabiyah al-Mu'as}irah*, Jilid II, Cet. I; Kairo: Alim al-Kutub, 2008.
- Muh. Arief, Haerolah, "Produk-produk Bank Syariah Mandiri dalam Tinjauan Fikih (suatu Telaah Konseptual)". *Tesis*. Makassar: PPS UIN Alauddin, 2008
- Moh. Najib, Agus, *Pengembangan Metodologi Fikih Indonesia dan Kontribusinya bagi Pembentukan Hukum Nasional*, Cet. I; Jakarta: Kementerian Agama, 2011.
- Nafis, M. Cholil, *Teori Hukum Ekonomi Syariah, Kajian Komprehensif Tentang Teori Hukum Ekonomi Islam, Penerapannya dalam Fatwa Dewan Syariah Nasional dan Penyerapannya ke dalam Peraturan Perundang-undangan*, Cet. I; Jakarta: UI Press, 2011.
- Otoritas Jasa Keuangan (OJK), "*Statistik Perbankan Syariah*", *Situs Resmi OJK*. www. OJK. go.id. 3 April 2013.
- Prasetyo, Teguh dan Abdul Halim Barakatullah, *Filsafat, Teori dan Ilmu Hukum Pemikiran Menuju Masyarakat Yang Berkeadilan dan Bermartabat*, Cet. II; Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2013.
- Sayyid Sabiq, *Fiqh al-Sunnah*, Jilid III, Cet. Beirut; Daar al-Fikr, 1971
- Saing, Rusman, "*Analisis Perbandingan Tingkat Pelayanan Perbankan Syariah dengan Perbankan Konvensional (Studi Kasus di Kota Makassar)*". *Disertasi*. Makassar: PPS UIN Alauddin, 2013.
- Said Sa'ad Marthon, *al-Madkhal li al-Fikri al-Iqtis}a>d fi al-Isla>m*, dikutip dalam, Abdul Manan, *Hukum Ekonomi Syariah dalam Perspektif Kewenangan Peradilan Agama*, Cet. I; Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2012

- Sa'id al-Khun, Mustafa, *Atsr al-Ikhtilaf fi al-Qawa'id al-Usjuliyah fi Ikhtilaf al-Fuqaha*, Cet. VII; Beirut: al-Risalah Publisher, 1998
- Said Ramadhan al-Buty. Muhammad, *D}awa>bit al-Masla>h}at fi al-Syariah al-Isla>miyah*, Cet. I; Beirut: Muassasah al-Risalah, 1992
- Salma Barlinti, Yeni, *Kedudukan Fatwa Dewan Syariah Nasional dalam Sistem Hukum Nasional di Indonesia*, Cet. I; Jakarta: Badan Litbang dan Diklat Kementerian Agama RI, 2010.
- Salim, Zafrullah, *Fatwa Majelis Ulama Indonesia (MUI) dalam Perspektif Hukum dan Perundang-undangan*, Cet. II; Jakarta: Badan Litbang dan Diklat Kemenag RI, 2012.
- Sallam Madku>r, Muhammad, *al-Madkhal Li al-Fiqh al-Islamy, Tarikh wa Mahadirihu wa Nazhariyatuhu al-'Ammah*, cet.; Kairo: Daar al-Hadis, 2005
- S. Gultom, Miranda, *Sambutan Deputi Gubernur Senior Bank Indonesia pada Seminar "Strategi Pengembangan Lembaga Keuangan Syariah di Indonesia"* dikutip dalam Neni Sri Imaniyati, *Perbankan Syariah dalam Perspektif Hukum Ekonomi*, Cet. I; Bandung: Mandar Maju, 2013.
- Subekti, *Kitab Undang-undang Hukum Perdata*, Cet. XXXV; Jakarta: PT. Pradnya Paramita, 2004.
- Subekti, *Arbitrase di Indonesia, Kumpulan Karangan Tentang Hukum Perikatan, Arbitrase dan Peradilan*, Cet. ; Bandung: Penerbitan Alumni 1990
- Suma, Muhammad Amin, *Himpunan Undang-Undang Perdata Islam dan Peraturan Pelaksana Lainnya di Negara Hukum Indonesia*, Cet. I; Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2008.
- Sri Imaniyati, Neni, *Perbankan Syariah dalam Perspektif Hukum Ekonomi*, Cet. I; Bandung: Mandar Maju, 2013.
- Al-Syat}ibi, Abu Ishak Ibrahim, *al-Muwa>faqa>t fi> Usju>l al-Ahka>m*, Jilid II Cet. Kairo: Daar el-Fikr Publishing, t.th.
- Sugiyono, *Metode Penelitian Kuantitatif, Kualitatif, dan R&D*, Cet. XIII; Bandung: Alfabeta, 2011
- Soemitra, Andi, *Bank dan Lembaga Keuangan Syariah*, cet. II; Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2010
- Syamsuddin, Aziz, *Proses dan Teknik Penyusunan Undang-undang*, Cet. I; Jakarta: Sinar Grafika, 2011.
- Team Penyusun, *Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah*, Cet. I; Fokus Media: Bandung, 2008.

- Team Penyusun, *Ensiklopedi Hukum Islam*, Jilid I, Cet. I; Jakarta: PT. Ichtiar Baru van Hoeve, 1997.
- Team Penyusun, *Kamus Perbankan*, Cet. I; Jakarta: Institut Bankir Indonesia, 1999
- Team Penyusun, *al-Mu'jam al-Wasi'th*, Cet. V; Kairo: Maktabah asyuruq al-Dauliyah, 2011.
- Team Penyusun, *Himpunan Peraturan Perundang-undangan Perbankan dan Otoritas Jasa Keuangan*, Cet. I; Surabaya: Anfaka Perdana, 2012.
- Team Penyusun, *Himpunan Ketentuan Perbankan Syariah Bidang Umum dan Operasional Bank Muamalat*, Jakarta: Bank Muamalat Tbk, 2011.
- Team Penyusun Fokusmedia, *Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah*, Cet. I; Bandung: Fokusmedia, 2008.
- Triana Sofiani, *Dualisme Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012*, *Jurnal Hukum Islam*, Volume 13, Nomor 2, Desember 2015
- Usman, Rachmadi, *Aspek Hukum Perbankan Syariah di Indonesia*, Cet. I; Jakarta: Remaja Rosdakarya, 2012
- Ummi Uzma, *Pelaksanaan atau Eksekusi Putusan Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS) sebagai Kewenangan Pengadilan Agama*, *Jurnal Hukum dan Pembangunan Tahun ke-44 No. 3 Juli-September 2014*
- Wirnyaningsih, dkk, *Bank dan Asuransi Islam di Indonesia*, Cet. III; Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2007.
- Wibisono, Yusuf, "Politik Ekonomi UU Perbankan Syariah Peluang dan Tantangan Regulasi Industri Perbankan Syariah", *Jurnal Ilmu Administrasi dan Organisasi*, Volume 16 Nomor 2 Mei–Agustus 2009
- Al-Zuhayli, Wahbah, *al-Fiqh al-Islamy wa Adillatuh*, Jilid. I, Cet. IV; Daar al-Fikr: Suriah.
- Zaidan, Abd. Karim, *Nizham al-Qadha fi al-Syariah al-Islamiyah*, cet II; Kairo: Maktabah al-Basyair, 1989
- Undang-undang No. 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa Pasal 70 dan 71

BIOGRAFI PENULIS

1. Dr. H. Rahman Ambo Masse, Lc., M.Ag. Lahir di Ujung Pandang, 25 September 1973, anak ketiga dari pasangan ayahanda H. Ambo Masse (al-marhum) dan ibunda Hj. Fitratiah. Penulis meniti pendidikan pada Sekolah Dasar Negeri (SDN) 03 Nabire Papua, dan tamat 1997. Melanjutkan pendidikan tingkat menengah pertama pada Sekolah Madrasah Tsanawiyah Negeri (MTSN) Mangkoso kab. Barru Sulsel. Kemudian melanjutkan pendidikan Tingkat Menengah Atas pada Madrasah Aliyah Negeri (MAN) Mangkoso Kab. Barru. Pada tahun 1993 melanjutkan pendidikan Strata (S1) Jurusan Syariah pada Universitas Al-Azhar Mesir dan selesai pada tahun 1998. Pada tahun 2001 melanjutkan pendidikan ke jenjang Starata 2 (S2) Konsentrasi Ekonomi Islam pada Universitas Muslim Indonesia. Penulis merupakan Dosen tetap STAIN Parepare. Pada tahun 2011 penulis melanjutkan studi Strata 3 (S3) Konsentrasi Syariah dan Hukum Islam pada UIN Alauddin Makassar. Kajian disertasi berkaitan dengan perbankan syariah. Pernah menjadi petugas haji pada kedutaan Konsulat RI di Jeddah (1998). Tahun 2015 penulis berkesempatan berkunjung ke Kairo Mesir untuk program Academic Researching

- for Islamic Studies selama sebulan. Karya buku (1) Fiqh Ekonomi dan Keuangan Syariah Antara Realitas dan Kontekstual (2016) (2) Arbitrase Syariah; Formalisasi Syariah dalam Ranah Penyelesaian Sengketa Non Litigasi (2017)
2. Muhammad Rusli, S.H., M.H. Tempat dan Tanggal Lahir, Pinrang, 17 Agustus 1962, Perguruan Tinggi Universitas Bosowa Makassar. Alamat Rumah Jl. Batua Raya VIII 17 Lr. Mekanis Makassar. E-mail; muhammadrusli814@gmail.com