

**ASAS KEPASTIAN HUKUM DAN ASAS KEBEBASAN BERKONTRAK
SEBAGAI PERTIMBANGAN UTAMA DALAM PENYELESAIAN SENGKETA
PERBANKAN SYARIAH
(Kajian Yuridis Putusan MK Nomor 93/PUU-X/2012)**

Edi Hudiata*

Pengadilan Agama Marabahan

Jl. Jend. Sudirman Komplek Perkantoran Marabahan, Kab. Barito Kuala, Kalimantan Selatan

edihudiata31122012@gmail.com

Abstrak

Sejak adanya Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 93/PUU-X/2012 yang diucapkan pada hari Kamis tanggal 29 Agustus 2013, perihal uji materil Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, maka tidak ada lagi dualisme penyelesaian sengketa. Putusan ini sekaligus juga menguatkan kewenangan Pengadilan Agama dalam menyelesaikan sengketa perbankan syariah.

Dalam pertimbangan majelis hakim MK tersebut, kesembilan hakim MK sepakat menyatakan bahwa pasal 55 ayat (2) dan (3) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 yang merupakan norma induk (*ideal norm*) tidak mengandung permasalahan konstitusional. Permasalahan konstitusional itu justru ada pada penjelasan pasal 55 ayat (2) Undang-Undang tersebut.

Munculnya putusan MK Nomor 93/PUU-X/2012 yang substansinya menyatakan bahwa penjelasan pasal 55 ayat (2) UU Nomor 21 Tahun 2008 tidak memiliki kekuatan hukum mengikat, pada dasarnya tidak melanggar asas kebebasan berkontrak yang lazim dilakukan dalam hukum perjanjian. Para pihak diperbolehkan membuat suatu perjanjian penyelesaian sengketa di luar pengadilan agama sebagaimana ketentuan dalam UU Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

Kata kunci: penyelesaian sengketa, kepastian hukum, dan asas kebebasan berkontrak

Abstract

Since the verdict of the Constitutional Court (MK) Number 93/PUU-X/2012 pronounced on Thursday, August 29, 2013, concerning the judicial review of Law No. 21 of 2008 on Islamic Banking, it is no longer dualism dispute resolution. The verdict as well as strengthen the jurisdiction of Religious Court to resolve Islamic banking disputes.

In consideration of the judges, judges agreed stating that Article 55 paragraph (2) and (3) of Law No. 21 of 2008 which is an ideal norm, contains no constitutional problems. The problem is the explanation of the constitutional article 55 paragraph (2) of the Act.

The emergence of the Constitutional Court verdict No. 93/PUU-X/2012 which substantially states that the explanation of Article 55 paragraph (2) of Law No. 21 of 2008 does not have binding force, basically does not violate the principle of freedom of contract which is common in contract law. The parties are allowed to make a dispute resolution agreement out of religious court based on provisions as Act No. 30 of 1999 on Arbitration and Alternative Dispute Resolution.

Key words: *dispute resolution, legal certainty and the principle of freedom of contract*

A. Pendahuluan

I. Latar Belakang

Lima tahun pasca pengesahan Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (UUPS) tanggal 6 Juli 2008, perbankan syariah di Indonesia mengalami pertumbuhan yang sangat signifikan, bahkan melebihi pertumbuhan perbankan syariah di negara Malaysia.

Sampai kuartal I 2013, total aset perbankan syariah mencapai Rp200 triliun¹³⁷. Jika dipersentasakan maka aset bank syariah tumbuh sampai 47,21 persen, sementara untuk pembiayaan (*finance*) tumbuh sampai 48,81 persen dan dana pihak ketiga (DPK) sampai 50 persen¹³⁸.

Pertumbuhan perbankan syariah ini menjadi titik tolak Presiden Republik Indonesia untuk melaunching Gerakan Ekonomi Syariah (Ges!) di Monas, Jakarta, pada Minggu (17/11/2013). Yang perlu digaris bawahi dengan adanya Ges! ini adalah: bahwa perbankan syariah tumbuh dan berkembang dari gerakan bawah kemudian sampai para pucuk pimpinan (*bottom up*), bukan dari pimpinan kemudian menjadi pergerakan di bawah (*top down*). Ges! ini diharapkan Presiden dapat memperkuat ekonomi Indonesia.

Hal ini disampaikan oleh pakar ekonomi syariah, Adiwarmanto A Karim, saat menyampaikan materi dalam diskusi hukum bertema “Perkembangan Ekonomi Syariah dan Kemungkinan Penyelesaian Sengketa” di Direktorat Badan Peradilan Agama (Badilag), Jakarta (3/12/2013)¹³⁹.

Gubernur Bank Indonesia, Agus Martowardojo, mengklaim pertumbuhan perbankan syariah di Indonesia lebih cepat dibandingkan negara lain, khususnya Malaysia. Perbankan syariah Indonesia bertumbuh hingga 40% dalam kurun waktu 5 tahun terakhir¹⁴⁰.

Dengan angka sedemikian itu, perbankan syariah dinilai unggul dalam hal pembiayaan dibanding perbankan konvensional, karena *Financing to Deposit Ratio* (FDR) bank syariah sering di atas 100 persen. FDR adalah rasio antara dana yang disalurkan kepada masyarakat dibanding dana yang dihimpun dari masyarakat dalam bentuk deposito dan tabungan.

Oleh karena pertumbuhannya yang pesat tersebut, tidak menutup kemungkinan akan adanya sengketa perbankan syariah, meskipun sejak dini sudah diantisipasi bahkan tidak diinginkan oleh setiap pelaku bisnis perbankan syariah.

Ketentuan tentang penyelesaian sengketa perbankan syariah telah ditetapkan dalam Bab IX tentang Penyelesaian Sengketa Pasal 55 ayat (1), (2) dan (3) UU Perbankan Syariah sebagai berikut:

- (1) *Penyelesaian sengketa Perbankan Syariah dilakukan oleh pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama.*
- (2) *Dalam hal para pihak telah memperjanjikan penyelesaian sengketa selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1), penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan isi Akad.*
- (3) *Penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak boleh bertentangan dengan Prinsip Syariah.*

Dalam penjelasan Pasal 55 ayat (2) disebutkan bahwa:

Yang dimaksud dengan “penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan isi Akad” adalah upaya sebagai berikut:

• Hakim Pengadilan Agama Marabahan Wilayah PTA Banjarmasin. Tim Redaktur Majalah Peradilan Agama Badilag. Menulis di beberapa media seperti: *The Jakarta Post, Jurnal Nasional, Republik, Banjarmasin Post, Radar Banten, Fajar Banten, Varis Peradilan, dll.*

¹³⁷ <http://www.investor.co.id/home/bi-aset-perbankan-syariah-rp200-triliun/61869>

¹³⁸ <http://www.republika.co.id/berita/ekonomi-syariah-ekonomi-13/01/30/mhftf0-wow-bank-syariah-salip-bank-konvensional>

¹³⁹ Lebih lengkap lihat Majalah Peradilan Agama Edisi III Desember 2013 – Februari 2014 dapat diunduh secara gratis di www.badilag.net, Penulis menjadi salah satu redaktur Majalah Peradilan Agama dan peserta dalam Diskusi Hukum yang diselenggarakan oleh Direktorat Badan Peradilan Agama (Badilag) pada tanggal 3 Desember 2013 di Jakarta.

¹⁴⁰ <http://bisnis.liputan6.com/read/748263/pertumbuhan-bank-syariah-ri-salip-malaysia>

- a. *musyawarah*;
- b. *mediasi perbankan*;
- c. *melalui Badan Arbitrase Syariah Nasional (Basyarnas) atau lembaga arbitrase lain; dan/atau*
- d. *melalui pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum.*

Penjelasan pasal 55 ayat (2) ini menjadi polemik baik bagi para akademisi maupun bagi praktisi perbankan syariah seputar kewenangan menyelesaikan sengketa perbankan syariah, karena di dalamnya ada dualisme lembaga litigasi yang ditunjuk yaitu Pengadilan Agama (Pasal 55 ayat (1)) dan Pengadilan Negeri (Penjelasan Pasal 55 ayat (2)).

Namun, sejak adanya Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 93/PUU-X/2012 yang diucapkan pada hari Kamis tanggal 29 Agustus 2013, perihal uji materi Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, maka tidak ada lagi dualisme penyelesaian sengketa, putusan itu sekaligus juga menguatkan kewenangan Pengadilan Agama dalam menyelesaikan sengketa perbankan syariah.

Dalam pertimbangan majelis hakim MK tersebut, dapat ditemukan adanya kesepakatan bahwa pasal 55 ayat (2) dan (3) Undang-Undang Nomor 21 tahun 2008, tidak mengandung permasalahan konstitusional. Yang menjadi masalah konstitusional adalah penjelasan pasal 55 ayat (2) Undang-Undang tersebut.

Ada hal menarik dari pertimbangan hukum yang ditulis dalam putusan tersebut yaitu adanya perbedaan pendapat (*concurring opinion*) oleh Hamdan Zulva dan Ahmad Fadli Sumadi. Selain itu, juga ada perbedaan alasan (*dissenting opinion*) oleh Muhammad Alim.

Makalah ini akan membahas tentang pertimbangan hukum yang diimplementasikan dalam putusan MK Nomor 93/PUU-X/2012 sehingga menyatakan bahwa penjelasan pasal 55 ayat (2) tidak memiliki kekuatan hukum mengikat. Selain itu, juga akan membahas adanya kesesuaian putusan MK dengan asas kebebasan berkontrak.

II. Rumusan Masalah

Dari latar belakang tersebut, rumusan masalah yang akan dikaji adalah:

1. Pertimbangan hukum apa yang diimplementasikan dalam putusan MK Nomor 93/PUU-X/2012 sehingga menyatakan bahwa penjelasan pasal 55 ayat (2) tidak memiliki kekuatan hukum mengikat?
2. Apakah Putusan MK Nomor 93/PUU-X/2012 sesuai dengan asas kebebasan berkontrak yang lazim diterapkan dalam hukum perikatan?

III. Metode Penelitian

1. Jenis dan Tipe Penelitian

Tipe penelitian yang digunakan adalah penelitian normatif yaitu suatu jenis penelitian yang lazim dilakukan dalam kegiatan pengembangan ilmu hukum yang di Barat biasa juga dinamakan Dogmatika Hukum (*Rechtsdogmatik*).¹⁴¹ Fokus kajian hukum normatif adalah inventarisasi hukum positif, asas-asas dan doktrin hukum, penemuan hukum dalam perkara *in concreto*, sistematik hukum, taraf sinkronisasi hukum, perbandingan hukum dan sejarah hukum.¹⁴²

Adapun pendekatan yang digunakan adalah pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*).

¹⁴¹ Bernard Arief Sidharta, "Penelitian Hukum Normatif". Artikel dalam *Metode Penelitian Hukum: Konstelasi dan Refleksi*. Ed. Sulistyawan Trianto dan Sidharta. (Jakarta: Yayasan Obor Indonesia), Hal. 142.

¹⁴² Bambang Sunggono, 1997. *Metodologi Penelitian Hukum*. Jakarta: RajaGrafindo Persada, Hal. 83-102. Sebagaimana dikutip oleh Abdulkadir Mubandah, 2004. *Hukum dan Penelitian Hukum*. Bandung: PT Citra Aditya Bakti, Hal. 52.

2. Bahan Hukum

Bahan hukum yang digunakan dalam penelitian ini terdiri dari bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder.

Bahan hukum primer adalah bahan hukum yang bersifat autoritatif yang terdiri dari peraturan perundang-undangan dan putusan hakim. Sedangkan bahan hukum sekunder adalah semua publikasi yang bukan merupakan dokumen resmi seperti buku teks, jurnal ilmiah dan lain-lain.¹⁴¹

Dalam penelitian ini bahan hukum primer yang digunakan adalah:

- a. Undang-Undang RI Nomor 21 tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah
- b. Undang-Undang RI Nomor 50 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua atas UU Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan atas UU Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama
- c. Undang-Undang RI Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012
- d. Undang-Undang RI Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa

Sedangkan bahan hukum sekundernya adalah berupa buku-buku teks yang merupakan tulisan para pakar di bidang hukum perbankan, hukum perjanjian, hukum acara konstitusi.

B. Pembahasan

i. Pertimbangan Hukum Putusan MK Nomor 93/PUU-X/2012

1. Latar Belakang Putusan MK Nomor 93/PUU-X/2012

Salah satu substansi penting dalam perubahan ketiga Undang-Undang Dasar 1945 yang ditetapkan pada tanggal 9 November 2001 adalah munculnya klausul bahwa puncak kekuasaan kehakiman di Indonesia berpucuk pada 2 (dua) lembaga, yaitu: Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi.

Dalam ketentuan Pasal 24C ayat (1), Pasal 10 ayat (1) huruf a UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, dan Pasal 29 ayat (1) huruf a UU Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, dinyatakan bahwa Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945.

Penelitian ini akan mengulas seputar putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 93/PUU-X/2012 tanggal 9 Oktober 2012 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah terhadap Undang-Undang Dasar 1945.

Pemohonan pengujian ini diajukan oleh Ir. H. Dadang Achmad selaku Direktur CV Benua Engineering Consultant melalui Kuasa Hukumnya Rudi Hernawan SH dan E. Sophan Irawan SMHK, para advokat pada Kantor Advokat Rudi Irawan & Rekan yang beralamat di Kabupaten Sukabumi, Jawa Barat.

Permasalahan yang diajukan berawal dari status Pemohon sebagai nasabah Bank Muamalat Indonesia Cabang Bogor dan merasa dirugikan oleh berlakunya UU Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah yaitu Pasal 55 ayat (2) dan ayat (3) yang mengatur tentang penyelesaian sengketa yang bertentangan terhadap Undang-Undang Dasar 1945 Pasal 28D ayat (1).

Pasal 55 ayat (2) dan ayat (3) UU Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah berbunyi sebagai berikut:

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

¹⁴¹ Peter Mahmud Marzuki. 2009. *Penelitian Hukum*. Cet 5. Jakarta: Kencana. Hal.141.

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

Sementara bunyi Pasal 28D ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 adalah: *"setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum."*

Pemohon melihat adanya kontradiktif dalam Pasal 55 UU Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah yaitu antara Pasal 55 ayat (1) dengan Pasal 55 ayat (2) dan ayat (3). Lahirnya kontradiktif tersebut terlihat jelas karena di satu sisi (Pasal 55 ayat (1)) secara tegas menyebutkan bahwa penyelesaian sengketa perbankan syariah dilakukan di Pengadilan Agama, sementara di sisi lain (Pasal 55 ayat (2)) membebaskan para pihak untuk memilih akan dilaksanakan di lingkungan peradilan mana jika terjadi sengketa.

Pasal 55 ayat (2) tersebut bisa diasumsikan para pihak boleh memilih apakah mau di lingkungan Peradilan Agama, atau di Peradilan Umum, bahkan di lingkungan peradilan lain pun diberi keleluasaan oleh Pasal 55 ayat (2) tersebut selama tercantum dalam akad. Oleh sebab itu, terdapat adanya kontradiktif tersebut lahiriah penafsiran sendiri-sendiri sehingga makna kepastian hukum menjadi tidak ada.

Atas permohonannya tersebut, Pemohon meminta amar putusan sebagai berikut:

1. Menerima dan mengabulkan permohonan Pemohon
2. Menyatakan bahwa materi muatan ayat (2) dan ayat (3) Pasal 55 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945
3. Menyatakan bahwa materi muatan ayat (2) dan ayat (3) Pasal 55 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat
4. Memerintahkan putusan ini diumumkan melalui lembaran negara
5. Menyerahkan keputusan ini kepada Yang Mulia Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi sesuai ketentuan yang berlaku

2. Kepastian Hukum dalam Pertimbangan Mahkamah Konstitusi

Sepanjang persidangan pengujian UU Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah terhadap Undang-Undang Dasar 1945, majelis hakim menghimpun beberapa pemahaman seputar polemik kepastian hukum. Tidak adanya kepastian hukum dalam Pasal 55 ayat (2) menjadi isu hukum utama yang dialami oleh majelis hakim.

Pihak Pemohon menghadirkan dua orang ahli yaitu DR. Ija Suntana dan Prof. DR. H. Dedi Ismetullah, SH., dan satu orang saksi Muhammad Iqbal. Menurut Dr. Ija Suntana¹⁴⁴:

"Pasal yang diajukan pengujian itu dalam istilah hukum Islam akan menimbulkan ta'arudh al-adillah (bertentangan dua aturan), hal itu akan terjadi jika Pasal 55 ayat (2) dan (3) Undang-Undang Perbankan Syariah masih tetap ada. Kedua pasal tersebut menimbulkan ketidakpastian hukum dan bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945".

Selain masalah ketidakpastian hukum, ahli juga menyebutkan ada kemungkinan timbul *chaos* disebabkan adanya pilihan forum penyelesaian sengketa dan diberikannya kebebasan untuk memilih dan tidak ditunjuk langsung oleh Undang-Undang.

Perihal *choice of forum* yang diberikan dalam pasal tersebut, Dr. Ija Suntana menyatakan bahwa:

*"Menurut teori hukum, ketika non muslim masuk kepada perbankan syariah, maka dengan sendirinya telah melakukan choice of law (pilihan hukum) dalam hal ini adalah hukum syariah yang diterapkan dalam perbankan syariah"*¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Lihat putusan MK Nomor 93/PUU-X/2012

¹⁴⁵ Lihat putusan Nomor 93/PUU-X/2012

Konsekuensi atas pilihan hukum tersebut, maka secara langsung menundukkan diri pada aturan dan asas yang ada di lembaga yang dimasuki, yaitu yang terkait dengan syariah yang meliputi asas, aturan, dan penyelesaian sengketa.

Sementara ahli kedua Pemohon bernama Prof. Dr. H. Dedi Ismatullah¹⁴⁶, SH., menyampaikan pandangannya sebagai berikut:

"Pasal 55 ayat (2) dan (3) tidak rasional karena bertentangan dengan ayat (1). Merujuk pada Pasal 1 ayat (3) UUD 1945, Negara Indonesia adalah negara hukum yang di dalamnya ada dua pengertian yaitu supreme of law dan equality before the law. Penafsiran terhadap supreme of law itu sendiri adalah kepastian hukum."

Selanjutnya keterangan saksi Muhammad Iqbal¹⁴⁷, menyatakan Bank Muamalat tidak melaksanakan ketentuan penyelesaian sengketa yang terdapat dalam UU Perbankan Syariah.

Menurutnya: *"Adanya penyelesaian sengketa perbankan melalui pengadilan dalam lingkungan pengadilan umum, dikategorikan sebagai choice of forum dalam penyelesaian sengketa perbankan syariah di luar pengadilan. Hal ini menunjukkan terjadinya kerancuan logika hukum dari pembentuk Undang-Undang Perbankan Syariah"*.¹⁴⁸

Dari beberapa istilah yang disampaikan oleh pemohon beserta ahli dan saksi seperti *"ta'arud al-adillah"*, "tidak rasional" dan "kerancuan logika hukum", semuanya merupakan suatu peristilahan yang berarti tidak adanya kepastian hukum dalam UU Perbankan Syariah.

Pendapat berbeda disampaikan perwakilan pemerintah¹⁴⁹ yang menyebutkan ketentuan mengenai penyelesaian sengketa perbankan syariah merupakan bagian dari asas kebebasan berkontrak. Pemerintah beralih ketentuan ini sesuai dengan syariah Islam yang memberikan kebebasan kepada setiap orang untuk melakukan akad sesuai keinginan para pihak sepanjang sesuai dengan prinsip syariah.

Dengan demikian, pemerintah menyimpulkan bahwa:

"UU Perbankan Syariah sangat menghargai perjanjian yang dibuat oleh para pihak dalam pemilihan forum penyelesaian sengketa. Selain itu, ketentuan tersebut juga dapat lebih mendorong masyarakat umum untuk menggunakan jasa perbankan syariah. Oleh karena itu, UU Perbankan Syariah telah memberikan kepastian hukum dan tidak bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945."

Pendapat senada dengan Pemerintah juga disampaikan oleh perwakilan DPR¹⁵⁰. Menurutnya:

"Ketentuan pasal yang diajukan pengujian tersebut telah memberikan kepastian hukum, karena pada dasarnya yang berwenang menyelesaikan sengketa secara litigasi adalah lembaga peradilan di bawah Mahkamah Agung".

Untuk mendapatkan keyakinan, Mahkamah mengundang ahli untuk menjelaskan terkait penyelesaian sengketa perbankan syariah yaitu Dr. Muhammad Syafii Antonio, M.Ec¹⁵¹. Dalam keterangannya tanggal 23 Januari 2013, ahli menyebutkan permasalahan yang terjadi pada Pemohon harus diambil dua langkah untuk menghilangkannya:

Pertama: ketika terjadi perjanjian harus dijelaskan betul lembaga apa yang menjadi opsi dispute settlement. Kedua: jika yang disepakati adalah pengadilan agama, maka jika masih dibuka peluang untuk pergi ke pengadilan umum, akan membuat konflik antara peradilan agama dan peradilan

¹⁴⁶ Lihat putusan Nomor 93/PUU-X/2012

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ Rahmadi Usman, *Prinsip Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah*, dalam Jurnal Legitimasi Vol. 1, Nomor 1, November 2012, hal.5.

¹⁴⁹ Sebagaimana hukum acara yang berlaku di MK, bahwa para pihak dalam Uji Materil UU terhadap UUD 1945 adalah: pemohon, termohon dari pemerintah dan DPR.

¹⁵⁰ Lihat Putusan Nomor 93/PUU-X/2013

¹⁵¹ Lebih lengkap lihat putusan MK Nomor 93/PUU-X/2012, ahli yang didatangkan oleh MK pada dasarnya menyatakan Pasal 55 ayat 2 merupakan pasal yang mengandung kerancuan sehingga berpotensi menimbulkan polemik antara pengadilan agama dan pengadilan umum.

umum. Dan menurut ahli, lebih baik huruf (d) tersebut dicabut, agar clear dan tidak terulang masalah ini di kemudian hari."¹⁵²

Berbagai pandangan seputar polemik tidak adanya kepastian hukum dalam Pasal 55 ayat (2) dan (3) UU Perbankan Syariah di atas, dapat disimpulkan bahwa terdapat dua pendapat berbeda yang masing-masing bersikeras mempertahankan pendapatnya dengan alasannya masing-masing.

Pendapat pertama, yang disampaikan oleh Pemohon, ahli Pemohon, saksi Pemohon dan bahkan ahli yang dihadirkan oleh Mahkamah Konstitusi, bahwa ketentuan Pasal 55 ayat (2) bertentangan dengan Pasal 55 ayat (1) dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, sehingga mengakibatkan tidak ada adanya kepastian hukum dalam UU Perbankan Syariah tersebut.

Pendapat kedua, sebagaimana disampaikan oleh perwakilan Pemerintah dan perwakilan DPR, bahwa ketentuan ketentuan Pasal 55 ayat (2) diadakan dengan merujuk kepada asas kebebasan berkontrak, dengan demikian berarti menghormati kedua pihak untuk menentukan pilihan forum. Oleh karenanya, ketentuan pasal tersebut tidak bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 dan dengan demikian memiliki kepastian hukum.

Mahkamah Konstitusi dalam putusannya Nomor 93/PUU-X/2012 menyampaikan pertimbangan hukum melalui pendapatnya dalam 4 halaman (35-38). MK menilai ada beberapa poin yang menjadi perhatian Mahkamah Konstitusi, yaitu: *pertama*; timbulnya sengketa dalam perbankan syariah disebabkan adanya salah satu pihak yang merasa tidak puas atau merasa dirugikan. Jika terjadi permasalahan, maka sesuai ketentuan yang diatur dalam Pasal 55 ayat (1), ayat (2) dan ayat (3) UU Perbankan Syariah telah memberikan tugas dan kewenangan kepada pengadilan di lingkungan peradilan agama, hal ini juga diatur dalam Pasal 49 huruf (i) UU Peradilan Agama.

Kedua, secara sistematis, penyelesaian sengketa perbankan syariah menurut Mahkamah Konstitusi yang menjadi pilihan pertama adalah pengadilan agama, dan pilihan keduanya adalah sesuai akad.

Ketiga, adanya ketentuan sesuai akad harus tertera secara jelas dalam akad perjanjian. Para pihak bersepakat untuk memilih salah satu forum hukum dalam menyelesaikan sengketa bilamana para pihak tidak ingin menyelesaikannya melalui pengadilan agama. Namun, persoalannya muncul jika dalam akad tersebut tidak tertera secara jelas forum hukum apa yang dipilih.

Perihal penyelesaian sesuai akad, Majelis hakim berpendapat:

*"Sebagaimana ketentuan Pasal 1338 KUH Perdata, akad (perjanjian) merupakan Undang-Undang bagi mereka yang membuatnya, namun suatu akad tidak boleh bertentangan dengan Undang-Undang, terlebih lagi Undang-Undang yang telah menetapkan adanya kekuasaan mutlak bagi suatu badan peradilan yang mengikat para pihak yang melakukan perjanjian. Oleh sebab itu, kejelasan dalam penyusunan perjanjian merupakan suatu keharusan. Para pihak seharusnya secara jelas menyebutkan salah satu forum hukum yang dipilih bilamana terjadi sengketa."*¹⁵³

Asas kebebasan berkontrak dalam suatu perjanjian perbankan syariah, boleh saja diterapkan. Akan tetapi, kebebasan berkontrak tersebut harus patuh dan tidak boleh melanggar ketentuan Undang-Undang, di antaranya ketentuan berkaitan dengan penyelesaian sengketa.

Keempat, pilihan forum hukum sebagaimana diatur dalam Penjelasan Pasal 55 ayat (2) UU Perbankan Syariah, dalam beberapa kasus konkret telah membuka ruang adanya pilihan forum penyelesaian dan menimbulkan adanya persoalan konstiusionalitas. Pada akhirnya dapat memunculkan ketidakpastian hukum yang dapat menyebabkan kerugian bukan hanya bagi nasabah tetapi juga pihak Unit Usaha Syariah.

¹⁵² Lihat putusan Nomor 93/PUU-X/2012

¹⁵³ Lihat putusan MK Nomor 93/PUU-X/2012

Terhadap poin keempat ini, Mahkamah menilai bahwa: "ketentuan Penjelasan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang *a quo* tidak memberi kepastian hukum."¹⁵⁴

Selanjutnya, Mahkamah memberikan pandangan sebagai berikut:

"Berdasarkan kenyataan yang demikian, walaupun Mahkamah tidak mengadili perkara konkrit, telah cukup bukti bahwa ketentuan Penjelasan pasal *a quo* telah menimbulkan ketidakpastian hukum yang adil dan hilangnya hak konstitusional nasabah untuk mendapatkan kepastian hukum yang adil dalam penyelesaian sengketa perbankan syariah."

Atas kesimpulan tersebut, Mahkamah Konstitusi memberikan putusan dalam Nomor 93/PUU-X/2012 yang amar sebagai berikut:

MENGADILI

Menyatakan:

1. Mengabulkan permohonan Pemohon untuk sebagian;

1.1 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;

1.2 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;

2. Memerintahkan pemuatan putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya;

3. Menolak permohonan Pemohon untuk selain dan selebihnya.

Ada hal menarik dari putusan MK ini, yaitu adanya perbedaan pendapat (*concurring opinion*) yang diajukan oleh Hamdan Zuhri dan Ahmad Falil Sumadi. Selain itu, juga ada perbedaan alasan (*dissenting opinion*) yang diajukan oleh Muhammad Alim.

3. *Concurring Opinion* dan *Dissenting Opinion* dalam Putusan MK

Adanya ketentuan mengenai *concurring opinion* dan *dissenting opinion* bersumber dari Pasal 14 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, yakni:

(1) Putusan diambil berdasarkan sidang permusyawaratan hakim yang bersifat rahasia;

(2) Dalam sidang permusyawaratan, setiap hakim wajib menyampaikan pertimbangan atau pendapat tertulis terhadap perkara yang sedang diperiksa dan menjadi bagian yang tidak terpisahkan dari putusan;

(3) Dalam hal sidang permusyawaratan tidak dapat dicapai mufakatbulat, pendapat hakim yang berbeda wajib dimuat dalam putusan;

(4) Ketentuan lebih lanjut mengenai sidang permusyawaratan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dan ayat (3) diatur dalam Peraturan Mahkamah Agung.

Berdasarkan ketentuan dalam pasal 14 ayat (1), (2), (3), dan (4) U.U. Kekuasaan Kehakiman tersebut, menunjukkan bahwa hakim di Indonesia dapat memungkinkan untuk menyampaikan pendapatnya yang berbeda dan dimuat dalam putusan.

Perbedaan pendapat dapat disebut *concurring opinion* jika terjadi mufakat bulat dalam permusyawaratan hakim untuk amar putusan tetapi ada hakim yang mempunyai pendapat berbeda dengan pendapat mayoritas pada mufakat bulat tersebut. Jadi, intinya adalah amar putusannya disepakati, namun alasannya berbeda.

¹⁵⁴ Lihat putusan MK Nomor 93/PUU-X/2012

Terkait dengan putusan MK yang sedang dibahas ini, Hamdan Zoelva dan Ahmad Fadhi Sumadi memiliki alasan berbeda (*concurring opinion*) dalam putusan ini. Menurut Hamdan Zoelva, persoalan konstitusional utama yang dipermasalahkan oleh Pemohon adalah adanya ketidakpastian hukum mengenai forum penyelesaian sengketa perbankan syariah berdasarkan ketentuan Pasal 55 ayat (2) dan ayat (3) UU Perbankan Syariah.

Di satu sisi, UU Perbankan Syariah menetapkan pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama sebagai forum penyelesaian sengketa perbankan syariah. Namun di sisi lain, UU tersebut juga memungkinkan penyelesaian sengketa di luar Pengadilan Agama sesuai isi akad yang diperjuangkan para pihak, yaitu antara lain penyelesaian melalui pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum.

Hamdan Zoelva menginventarisir dua aspek yang harus dipertimbangkan. *Pertama*, kewenangan absolut pengadilan agama. *Kedua*, penyelesaian sengketa perbankan syariah di luar pengadilan agama sesuai dengan isi akad yang diperjuangkan para pihak.

Terkait pertimbangan mengenai kewenangan absolut pengadilan agama, Hamdan Zoelva menyebutkan bahwa berdasarkan ketentuan Pasal 24 ayat (2) UUD 1945 kekuasaan kehakiman di bawah Mahkamah Agung dibagi dan dipisahkan berdasarkan kompetensi atau yurisdiksi (*separation court system based on jurisdiction*) masing-masing badan peradilan yaitu lingkungan peradilan umum, peradilan agama, peradilan militer, peradilan tata usaha negara.

Peradilan Agama berdasarkan Pasal 49 huruf i Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara ekonomi syariah.

Selanjutnya, pengaturan tentang kewenangan absolut pengadilan agama untuk menangani perkara ekonomi syariah khususnya bidang perbankan syariah juga dinyatakan secara tegas dalam Pasal 55 ayat (1) Undang-Undang Perbankan Syariah.

Dengan demikian, kewenangan untuk memeriksa, memutus, dan menyelesaikan sengketa perbankan syariah merupakan kewenangan absolut dari pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama yang tidak dapat diselesaikan oleh peradilan lain karena akan melanggar prinsip yurisdiksi absolut.

Pertimbangan kedua mengenai penyelesaian di luar pengadilan negara, baik melalui arbitrase maupun melalui alternatif penyelesaian sengketa sebagaimana ketentuan Pasal 58 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman dan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Hal itu dapat dilakukan melalui perjanjian atau kesepakatan/akad tertulis yang disepakati para pihak, baik sebelum terjadinya sengketa (*pactum de compromittendo*) maupun setelah terjadinya sengketa dimaksud (akta kompromi) sesuai dengan prinsip *pacta sunt servanda*.

Pilihan penyelesaian sengketa perbankan syariah sesuai isi perjanjian atau akad oleh para pihak di luar Pengadilan Agama hanya dapat dilakukan melalui penyelesaian arbitrase atau alternatif penyelesaian sengketa.

Dengan demikian menurut Hamdan Zoelva:

"Penjelasan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Perbankan Syariah yang memungkinkan penyelesaian sengketa melalui peradilan umum menimbulkan ketidakpastian hukum yang bertentangan dengan prinsip konstitusi yang dijamin dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945."

Sementara Ahmad Fadhi Sumadi dalam *concurring opinion*-nya, berpendapat bahwa ketika seseorang telah menentukan suatu pilihan, terutama yang terkait dengan pilihan sistem seperti perbankan, maka pilihan tersebut mengandung pula suatu pilihan terhadap subsistem yang terdapat di dalamnya.

Manakala telah dipilih penggunaan jasa perbankan syariah maka konsekuensi pilihan substansi hukum yang mengaturnya adalah hukum berdasarkan prinsip syariah dan forum untuk menyelesaikannya secara litigasi adalah pengadilan dalam lingkungan peradilan agama dan untuk

menyelesaiannya secara non-litigasi adalah forum penyelesaian sengketa alternatif berdasarkan hukum syariah.

Untuk menyelesaikan berdasarkan litigasi dalam sengketa perbankan syariah Pasal 55 ayat (1) menentukan menjadi kewenangan pengadilan dalam lingkungan peradilan agama. Sesuai ketentuan Pasal 49 dan Penjelasan dari UU Peradilan Agama sebagaimana diuraikan dalam pertimbangan di atas.

Sementara untuk penyelesaian berdasarkan non-litigasi Pasal 55 ayat (2) menentukan dilakukan berdasarkan akad. Apa yang dimaksud dengan "sesuai akad" dalam Pasal 1 UU Perbankan Syariah adalah suatu kesepakatan tertulis antara Bank Syariah (BS) atau Unit Usaha Syariah (UUS) dan pihak lain yang memuat adanya hak dan kewajiban bagi masing-masing pihak sesuai dengan prinsip syariah.

Mengenai permasalahan bentuk penyelesaian non-litigasi, Penjelasan Umum dan Penjelasan Pasal 55 ayat (2), telah menentukan norma yang membatasi bentuk-bentuk penyelesaian non-litigasi dalam sengketa perbankan syariah dengan menentukan bentuk-bentuknya secara limitatif. Padahal bentuk penyelesaian non-litigasi tidak hanya meliputi empat bentuk tersebut.

Sampai sejauh ini, menurut Ahmad Fadhil Sumadi, ketentuan yang terdapat pada ayat (2) tersebut tidak menjadi permasalahan konstitusional. Permasalahan konstitusional terjadi ketika Penjelasan Umum dan Penjelasan Pasal 55 ayat (2), yang selain membatasi bentuk-bentuk penyelesaian non-litigasi yang dapat dipilih sebagaimana dipertimbangkan di atas, juga telah membentuk norma baru yang bertentangan dengan pasal dan ayat yang dijelaskan.

Dengan demikian, permohonan pengujian konstitusionalitas Pasal 55 ayat (2) UU Perbankan Syariah tidak berdasar menurut hukum, sedangkan Penjelasan Umum dan Penjelasan Pasal 55 ayat (2) UU Perbankan Syariah menimbulkan permasalahan konstitusional yaitu bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945.

Meskipun penjelasan dimaksud tidak dimohonkan dalam petition permohonan, melainkan Penjelasan Pasal 55 ayat (2) UU Perbankan Syariah dijadikan dasar posita permohonannya, namun karena substansi Penjelasan Umum dan Penjelasan Pasal 55 ayat (2) UU Perbankan Syariah merupakan sumber permasalahan konstitusional terhadap Pasal 55 UU Perbankan Syariah maka Mahkamah harus memberikan putusan terhadap penjelasan dimaksud dalam rangka memberikan solusi konstitusional dalam penyelesaian sengketa hukum perbankan syariah;

Selain *concurring opinion* dari dua hakim tersebut di atas, ada pula *dissenting opinion* atau pendapat berbeda dari hakim Muhammad Alim. *Dissenting opinion* merupakan tidak adanya kata mufakat hulu dalam permusyawaratan hakim, dan putusan ditempuh dengan suara terbanyak dari hakim, serta hakim yang berbeda pendapat terhadap suara terbanyak dalam permusyawaratan hakim wajib memuat pendapatnya dalam putusan.

Damang dalam artikel berjudul "Dissenting Opinion" menjelaskan melalui berbagai kutipan mengenai makna *dissenting opinion*. Kata *dissenting* berasal dari kata bahasa Latin, *dissentiente*, *dissentaneus*, *dissentio*, kesemuanya bermakna tidak setuju, tidak sependapat atau berbeda dalam pendapat.

Black's Law Dictionary mengartikan *Dissenting Opinion* sebagai berikut:

*"Contrariety of opinion; disagreement with the majority; refusal to agree with something already stated or adjudged or to an act previously performed. The term is most commonly used to denote the explicit disagreement of one or more judge of a court with the decision passed by the majority upon a case before them. In such even, non occurring judge is reported as "dissenting". A dissent may or may not be accompanied by Dissenting Opinion"*¹⁵⁵.

¹⁵⁵ *Ibid.*

Doktrin *dissenting opinion* lahir dan berkembang dalam negara-negara yang menggunakan sistem hukum *Common Law* atau peradilan Anglo-Saxon, seperti Amerika Serikat dan Inggris. Oleh karena itu, tidaklah mengherankan bahwa putusan-putusan badan peradilan di negara-negara yang menganut sistem Anglo-Saxon, sudah amat biasa ditemukan putusan-putusan badan peradilan yang mencantumkan *dissenting opinion*¹⁵⁶.

Di sisi lain dalam praktik peradilan di negara-negara yang menganut sistem Eropa Kontinental, seperti Belanda, Perancis, Jerman dan lain-lain, putusan hakim tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat untuk diikuti oleh hakim-hakim lainnya.

Namun sesuai perkembangan zaman yang menuntut adanya asas keterbukaan untuk menjelaskan alasan (*motivering*) dari putusan hakim, termasuk yang kalah suara, makadoktrin *dissenting opinion* kemudian diadopsi oleh negara-negara yang menganut sistem hukum Eropa-Kontinental.

Menurut Muhammad Alim, kewenangan peradilan agama sudah tegas diatur dalam ketentuan perundang-undangan, namun masih saja ada orang tertentu, paling tidak pembentuk Undang-Undang yang bermaksud menghebi kewenangan peradilan agama, seperti Penjelasan Pasal 55 ayat (2) huruf d UU Perbankan Syariah.

Berhubung dengan itu, Muhammad Alim menyatakan bahwa:

"Penjelasan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah yang dalam huruf d-nya menentukan, "Melalui pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum" harus dimyarakan bertentangan dengan UUD 1945 dan karena itu tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat."¹⁵⁷

Adapun Penjelasan Pasal 55 ayat (2) huruf a, huruf b dan huruf c Undang-Undang a quo, yang menentukan bahwa yang dimaksud dengan penyelesaian sengketa sesuai dengan akad merupakan upaya penyelesaian sengketa di luar pengadilan yang dapat dibenarkan sepanjang tidak melanggar ketentuan Undang-Undang dan sejalan dengan ketentuan syariah.

ii. Harmonisasi Putusan MK Nomor 93/PUU-X/2012 dengan Asas Kebebasan Berkontrak

1. Syarat Sahnya Perjanjian

Syarat sahnya suatu perjanjian dapat kita temukan dalam ketentuan pasal 1320 KUH Perdata yang berbunyi:

"Untuk sahnya perjanjian-perjanjian, diperlukan empat syarat:

- 1. Kesepakatan mereka yang mengikatkan dirinya;*
- 2. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan;*
- 3. Suatu pokok persoalan tertentu;*
- 4. Suatu sebab yang tidak terlarang".*

Di dalam doktrin ilmu hukum yang berkembang, keempat unsur tersebut digolongkan ke dalam dua macam unsur, yaitu¹⁵⁸:

1. Dua unsur pokok yang menyangkut subyek (pihak) yang mengadakannya (unsur subyektif). Unsur subyektif ini mencakup adanya unsur kesepakatan secara bebas dari para pihak yang berjanji, dan kecakapan dari pihak-pihak yang melaksanakan perjanjian.
2. Dua unsur pokok yang berhubungan langsung dengan obyek perjanjian (unsur obyektif). Unsur obyektif ini meliputi keberadaan dari pokok persoalan yang merupakan obyek yang diperjanjikan, dan causa dari obyek yang berupa prestasi yang disepakati untuk dilaksanakan tersebut haruslah sesuatu yang tidak dilarang atau diperkenankan menurut hukum.

¹⁵⁶ Darmang, *Dissenting Opinion*, artikel dalam website www.negarabukura.com diakses pada tanggal 9/1/2014.

¹⁵⁷ Lebih lengkap lihat putusan MK Nomor 93/PUU-X/2012

¹⁵⁸ Karimi Muhadi & Gunawan Wijaya, 2008. *Seri Hukum Perikatan: Perikatan yang Lahir dari Perjanjian*. Jakarta: PT RajaGrafindo Persada. Hal. 93-94.

Jika persyaratan di atas tidak dapat dipenuhi maka akan mengakibatkan perjanjian menjadi cacat hukum. Konsekuensi dari tidak terpenuhinya unsur subyektif adalah perjanjian dapat dibatalkan, sedangkan jika yang tidak terpenuhi adalah unsur obyektif maka perjanjian itu batal demi hukum.

2. Asas-Asas dalam Hukum Perjanjian

Terdapat beberapa asas dalam hukum perjanjian, yaitu:

1. Asas konsensualisme

Asas ini terdapat dalam pasal 1320 KUH Perdata yang menyatakan bahwa salah satu syarat sahnya suatu perjanjian adalah adanya kesepakatan di antara para pihak. Asas ini sering diartikan bahwa dibutuhkan kesepakatan untuk lahirnya kontrak. Pengertian ini tidak tepat karena maksud asas konsensualisme adalah bahwa lahirnya kontrak ialah pada saat terjadinya kesepakatan. Oleh karena itu, jika telah tercapai kesepakatan antara para pihak, maka lahirlah perjanjian kontrak walaupun perjanjian itu belum dilaksanakan pada saat itu. Menurut Ahmadi Miru, asas ini tidak berlaku bagi semua jenis kontrak karena asas ini hanya berlaku terhadap kontrak konsensual sedangkan terhadap kontrak formal dan kontrak riil tidak berlaku.¹⁵⁹

Asas konsensualisme ini memiliki hubungan erat dengan asas kebebasan berkontrak dan asas kekuatan mengikat yang terdapat dalam Pasal 1338 (1) KUH Perdata. Seorang pakar bernama Rutten menggarisbawahi bahwa perjanjian yang dibuat itu pada umumnya bukan secara formal, tetapi konsensual, artinya perjanjian itu selesai karena persesuaian kehendak atau konsensus saja.¹⁶⁰

2. Asas Kebebasan Berkontrak

Asas ini terdapat dalam ketentuan pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata yang berbunyi "*Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya*".

Asas kebebasan berkontrak ini memberikan kebebasan bagi para pihak untuk:

- a. Membuat atau tidak membuat perjanjian;
- b. Mengadakan perjanjian dengan siapa pun;
- c. Menentukan isi perjanjian, pelaksanaan dan persyaratannya; dan
- d. Menentukan bentuk perjanjian, yaitu tertulis atau lisan.¹⁶¹

Asas kebebasan berkontrak pada saat lahirnya di abad 17 dan 18 mempunyai daya kerja yang sangat kuat, dalam arti kebebasan itu bekerja tanpa dapat dibatasi oleh rasa keadilan masyarakat ataupun oleh campur tangan negara. Hal ini menimbulkan ketidakadilan bagi para pihak yang tidak memiliki kedudukan yang seimbang.¹⁶² Pada perkembangan selanjutnya asas kebebasan berkontrak ini mendapat pembatasan baik oleh undang-undang, putusan pengadilan, dan *extra legal standard* yang kesemuanya bermuara kepada ketertarikan isi dan pelaksanaan kontrak lebih mengacu kepada norma-norma kepatutan.¹⁶³

3. Asas Mengikatnya Kontrak (*Pacta Sunt Servanda*)

¹⁵⁹ Ahmadi Miru, 2010. *Hukum Kontrak & Perancangan Kontrak*, Cet 3, Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, Hal.3.

¹⁶⁰ Agus Yudha Hernoko, 2010. *Hukum Perjanjian: Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersial*, Cet 1, Jakarta: Kencana, Hal. 121.

¹⁶¹ Salim HS, 2005. *Hukum Kontrak, Teori dan Teknik Penyusunan Kontrak*, Cet 5, Jakarta: Sinar Grafika, Hal. 9. Bandingkan Ahmadi Miru, *Op. Cit.* Hal. 4.

¹⁶² Sultan Rami Sjaideini, 1993. *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan Yang Seimbang Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian Kredit*, Jakarta: Institut Bankir Indonesia, Hal. 296.

¹⁶³ Ridwan Khairandy, 2004. *Etika baik Dalam Kebebasan Berkontrak*, Jakarta: Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Hal. 347.

Setiap orang yang membuat perjanjian, maka dia terikat untuk memenuhi perjanjian tersebut karena perjanjian tersebut mengandung janji-janji yang harus dipenuhi dan janji tersebut mengikat para pihak sebagaimana mengikatnya undang-undang sebagaimana disebutkan dalam pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata.¹⁶⁴ Dapat pula dikatakan bahwa dengan asas ini baik hakim maupun pihak ketiga harus menghormati substansi perjanjian yang dibuat oleh para pihak seperti undang-undang dan mereka tidak dapat melakukan campur tangan terhadap substansi perjanjian yang dibuat oleh para pihak.¹⁶⁵

4. Asas itikad baik

Asas ini terdapat dalam pasal 1338 ayat (3) KUHPerdata yang berbunyi "*perjanjian harus dilakukan dengan itikad baik*".

Rumusan pasal ini memberikan pemahaman bahwa karena suatu perjanjian itu sudah disepakati oleh para pihak, maka pelaksanaan prestasinya harus dihormati sepenuhnya sesuai dengan kehendak para pihak ketika perjanjian ditutup.¹⁶⁶

Hal kedua yang mendasari kehadiran pasal 1338 ayat (3) KUHPerdata adalah bahwa suatu perjanjian yang dibuat hendaknya bukan dimaksudkan untuk merugikan para pihak, baik kreditor maupun debitur, serta pihak ketiga di luar perjanjian tersebut.¹⁶⁷

3. Putusan MK Memenuhi Asas Kebebasan Berkontrak

Munculnya putusan MK Nomor 93/PUU-X/2012 juga memunculkan permasalahan baru bagi sebagian orang, di antaranya: apakah putusan MK tersebut yang substansinya menyatakan bahwa penjelasan pasal 55 ayat (2) UU Nomor 21 Tahun 2008 tersebut tidak melanggar asas kebebasan berkontrak yang lazim dilakukan dalam hukum perjanjian?

Hakim Hamdan Zoelva secara tersendiri dalam *concurring opinion*-nya menyebutkan bahwa mengenai sengketa hak keperdataan dimungkinkan untuk diselesaikan di luar pengadilan negara, baik melalui arbitrase maupun melalui alternatif penyelesaian sengketa.

Hal itu dapat dilakukan melalui perjanjian atau kesepakatan/akad tertulis yang disepakati para pihak, baik sebelum terjadinya sengketa (*pactum de compromittendo*) maupun setelah terjadinya sengketa dimaksud (akta kompromi) sesuai dengan prinsip *pacta sunt servanda*.

Akad atau perjanjian tersebut merupakan hukum yang mengikat bagi para pihak yang melakukan akad atau perjanjian tersebut (vide Pasal 1338 KUH Perdata). Namun demikian, perjanjian atau akad tersebut harus memenuhi syarat-syarat yang ditentukan oleh Undang-Undang (vide Pasal 1320 KUH Perdata).

Agar suatu perjanjian memenuhi syarat "suatu sebab yang halal", maka sebab dibuatnya akad atau perjanjian tersebut harus sesuai dengan ketentuan Pasal 1337 KUH Perdata yang menyatakan bahwa "*Suatu sebab adalah terlarang, apabila dilarang oleh undang-undang, atau apabila berlawanan dengan kesusilaan baik atau ketertiban umum*". Perjanjian atau akad yang tidak memenuhi syarat tersebut menjadi batal demi hukum.

Oleh karena itu menurut Hamdan Zoelva:

"Perjanjian atau akad yang mencantumkan penyelesaian sengketa perbankan syariah melalui pengadilan dalam lingkungan peradilan umum sebagaimana diatur dalam Penjelasan Pasal 55 ayat (2) huruf d Undang-Undang Perbankan Syariah bertentangan dengan konstitusi."

Pertimbangannya adalah karena bertentangan dengan prinsip penafsiran kewenangan absolut yang ditentukan oleh konstitusi (Pasal 24 ayat (2) UUD 1945) yang ditegaskan lebih lanjut dalam Pasal 25 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), dan ayat (5) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009

¹⁶⁴ Ahmadi Miru, *Op. Cit.* Hal. 4-5.

¹⁶⁵ Salim HS, *Op. Cit.* hal. 10.

¹⁶⁶ Kartini Mujadi & Gunawan Widjaja, *Op. Cit.* Hal. 79-80.

¹⁶⁷ *Ibid.* Hal. 80.

tentang Kekuasaan Kehakiman juga dalam Pasal 49 huruf i Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama.

Senada dengan pendapat Hamdan Zoelva, Abdurrahman juga menyatakan yang sama, bahwa pasca putusan MK, kompetensi absolut kewenangan menyelesaikan sengketa perbankan syariah adalah pada Pengadilan Agama. Tetapi tidak menutup kemungkinan bagi para pihak untuk melakukan penyelesaian secara non litigasi. Bentuk penyelesaian alternatif yang diakui dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999, sehingga Pengadilan Agama perlu untuk mengikapinya dengan sebaik-baiknya¹⁶⁸.

C. Penutup

A. Kesimpulan

Berdasarkan uraian dalam bagian pembahasan di atas dan sesuai dengan rumusan masalah maka dapat ditarik dua kesimpulan, yaitu:

1. Pertimbangan hukum yang diimplementasikan dalam putusan MK Nomor 93/PUU-X/2012 lebih mengutamakan persediaan tidak adanya asas kepastian hukum dalam UU Perbankan Syariah terutama dalam penjelasan Pasal 55 ayat (2) tentang penyelesaian sengketa perbankan syariah.
2. Putusan MK Nomor 93/PUU-X/2012 tidak melanggar asas kebebasan berkontrak yang lazim diterapkan dalam hukum perjanjian. Jika para pihak dalam suatu perjanjian menyatakan sepakat untuk menyelesaikan sengketa perbankan syariah di luar pengadilan agama, maka harus dinyatakan secara tertulis dalam perjanjian tersebut. Ketentuan penyelesaian sesuai akad tersebut tidak boleh melanggar ketentuan berdasarkan syariah dan Undang-Undang (vide Pasal 1320 KUH Perdata).

B. Saran

1. Untuk mencapai kepastian hukum dan kejelasan dalam UU Perbankan Syariah, maka bagi pembentuk Undang-undang perlu mencermati konsiderans yang dibuat, bahwa konsiderans suatu UU harus melihat kepada UU yang berkaitan dengan UU yang akan dibuat, dalam hal ini pembuat UU harusnya melihat dan memasukkan UU Peradilan Agama yang di dalamnya terdapat kewenangan Pengadilan Agama, sebagai salah satu konsiderans dalam UU Perbankan Syariah. Dengan demikian UU menjadi harmonis terhadap UU lainnya.
2. Bagi para pihak, baik bank maupun nasabah sudah saatnya menjadikan UU Perbankan Syariah sebagai landasan operasionalnya, termasuk dalam penyelesaian sengketa perbankan syariah. Apalagi setelah adanya putusan MK ini, maka kesadaran para pihak untuk menyerahkan sengketa perbankan syariah kepada Pengadilan Agama menjadi suatu keniscayaan.

Daftar Pustaka

Buku

- Badruzaman, Mariam Duras, *Perjanjian Baku (Standar) Perkembangannya di Indonesia*, (Bandung: Alumni, 1981)
- , *Kompilasi Hukum Perikatan*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2001).
- H.S Salim, *Hukum Kontrak, Teori dan Teknik Penyusunan Kontrak*, Cet 5. (Jakarta: Sinar Grafika, 2005)

¹⁶⁸ Abdurrahman, *Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah (Pasca Putusan MK Nomor 93/PUU-X/2012)*, dalam Majalah Peradilan Agama edisi 3 Desember 2013 – Februari 2014, hal. 43.

- , *Perkembangan Hukum Kontrak di Luar KUH Perdata*, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2006).
- Hasan, Djuhaendah, *Lembaga Jaminan Kebendaan Bagi Tanah dan Benda Lain Yang Melekat Pada Tanah Dalam Konsepsi Penerapan Asas Pemisahan Horisontal*. (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1996).
- Harahap, M. Yahya, *Segi-segi Hukum Perjanjian*, (Bandung: PT Alumni, 1986)
- Hay, Marhais Abdul, *Hukum Perbankan di Indonesia*, (Bandung: Pradnya Paramita, 1975)
- Hernoko, Agus Yudha, *Hukum Perjanjian: Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersial*, Cet 1. (Jakarta: Kencana, 2010)
- Ibrahim, Johannes, *Bank Sebagai Lembaga Intermediasi Dalam Hukum Positif* (Bandung: CV Utomo, 2004)
- Kasmir, *Bank Dan Lembaga Keuangan Lainnya*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2004)
- Khairandy, Ridwan, *Iktikad baik Dalam Kebebasan Berkontrak*, (Jakarta: Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2004)
- Marzuki, Peter Mahmud, *Penelitian Hukum*, Cet. 5, (Jakarta: Kencana, 2009)
- Miru, Ahmadi, *Hukum Kontrak & Perancangan Kontrak*, Cet. 3, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2010).
- Muhammad, Abdulkadir, *Hukum dan Penelitian Hukum*. (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2004).
- Muljadi, Kartini dan Gunawan Widjaja, *Seri Hukum Perikatan: Perikatan yang Lahir dari Perjanjian*, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2008)
- Prodjodikoro, Wirjono, *Azas-Azas Hukum Perjanjian*, Cet 8, (Bandung: Mandar Maju, 2000)
- Sidharta, Bernard Arief, "Penelitian Hukum Normatif", artikel dalam *Metode Penelitian Hukum: Konstelasi dan Refleksi*, ed. Sulistyowati Irianto dan Shidarta, (Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, tt)
- Sjahdeini, Sutan Remi, *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan Yang Seimbang Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian Kredit*, (Jakarta: Institut Bankir Indonesia, 1993)
- , *Kredit Sindikasi, Proses Pembentukan dan Aspek Hukum*, (Jakarta: Pustaka Utama Grafiti, 1997)
- Subekti, *Jaminan-jaminan untuk Pemberian Kredit Menurut Hukum Indonesia*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1982)
- , *Hukum Perjanjian*, Cet 21, (Jakarta: PT Intermasa, 2005)
- Sunggono, Bambang, *Metodologi Penelitian Hukum*, (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 1997)
- Usman, Rachmadi, *Aspek-Aspek Hukum Perbankan Di Indonesia*, (Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 2003)
- Abd. Ghani, *Solusi Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah*, (Yogyakarta: UII press,tt)
- Muhammad, *Undang-Undang Perbankan Syariah Sebagai Pemberi Kepastian Hukum dalam Bisnis Perbankan Syariah*, (Jakarta: Tesis UI, 2010).
- Direktorat Perbankan Syariah Bank Indonesia, 2012, *Laporan Perkembangan Perbankan Syariah Tahun 2011*, Jakarta, April.

Artikel Jurnal

- Abdurrahman, "Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah (Pasca Putusan MK Nomor 93/PUU-X/2012)", *Majalah Peradilan Agama* edisi 3 (Desember 2013 – Februari 2014).
- Usman, Rachmadi, "Prinsip Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah", *Jurnal Legitimasi* Vol. 1, Nomor 1, (November 2012).
- Dhani Gunawan Idhat, "Analisis Yuridis Pembentukan Undang-Undang Perbankan Syariah". *Bulletin Hukum dan Perbankan dan Kebanksentralan* Volume 3. (Jakarta: BI, 2005)

Internet

Damang, "Dissenting Opinion", dalam website negarahukum.com diakses tanggal 9/1/2014.

<http://www.investor.co.id/home/bi-aset-perbankan-syariah-rp200-triliun/61869>

<http://www.republika.co.id/berita/ekonomi/syariah-ekonomi/13/01/30/mhfef0-wow-bank-syariah-salip-bank-konvensional>

<http://bisnis.liputan6.com/read/748263/pertumbuhan-bank-syariah-ri-salip-malaysia>

Soetand Soepiady, "Kepastian dan Keadilan", dalam website <http://www.surabayapagi.com/> diakses tanggal 2 Januari 2014 pukul 09.40 WITA.

Peraturan Perundang-Undangan

Undang-Undang Dasar RI 1945

Undang-Undang RI Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah

Undang-Undang RI Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman

Undang-Undang RI Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa

Undang-Undang RI Nomor 50 Tahun 2009 tentang Peradilan Agama