



SALINAN

PUTUSAN
Nomor 65/PUU-XIX/2021

DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA
MAHKAMAH KONSTITUSI REPUBLIK INDONESIA,

[1.1] Yang mengadili perkara konstitusi pada tingkat pertama dan terakhir, menjatuhkan putusan dalam perkara Pengujian Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yang diajukan oleh:

Nama : **Rega Felix**
NIK : 3674061605900006
Pekerjaan : Advokat
Alamat : Pamulang Permai 1 Blok A57/52, Kelurahan
Pamulang Barat, Kecamatan Pamulang, Tangerang
Selatan, Banten

Selanjutnya disebut sebagai----- **Pemohon;**

[1.2] Membaca permohonan Pemohon;
Mendengar keterangan Pemohon;
Mendengar dan membaca keterangan Dewan Perwakilan Rakyat;
Mendengar dan membaca keterangan Presiden;
Mendengar dan membaca keterangan Pihak Terkait Bank Indonesia (BI), Pihak Terkait Otoritas Jasa Keuangan (OJK), dan Pihak Terkait Majelis Ulama Indonesia (MUI);
Memeriksa bukti-bukti Pemohon;
Membaca kesimpulan Pemohon, Presiden, Pihak Terkait Bank Indonesia (BI), Pihak Terkait Otoritas Jasa Keuangan (OJK), dan Pihak Terkait Majelis Ulama Indonesia (MUI).

2. DUDUK PERKARA

[2.1] Menimbang bahwa Pemohon telah mengajukan permohonan bertanggal 7 Desember 2021 yang diterima di Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut Kepaniteraan Mahkamah) pada tanggal 7 Desember 2021 berdasarkan Akta Pengajuan Permohonan Pemohon Nomor 56/PUU/PAN.MK/AP3/12/2021 dan telah dicatat dalam Buku Registrasi Perkara Konstitusi Elektronik (e-BRPK) pada tanggal 22 Desember 2021 dengan Nomor 65/PUU-XIX/2021, yang telah diperbaiki dengan permohonan bertanggal 16 Januari 2022 dan diterima Kepaniteraan Mahkamah pada tanggal 18 Januari 2022, yang pada pokoknya menguraikan hal-hal sebagai berikut:

1. KEWENANGAN MAHKAMAH KONSTITUSI

- 1.1. Bahwa dalam perubahan kedua UUD 1945, Pasal 24 ayat (2) UUD 1945 menyatakan: “**Kekuasaan kehakiman** dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan **oleh sebuah Mahkamah Konstitusi**”;
- 1.2. Bahwa selanjutnya dalam Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 menyatakan, “Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk **menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar**, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum”;
- 1.3. Bahwa berdasarkan ketentuan di atas, maka Mahkamah Konstitusi berwenang melakukan pengujian undang-undang terhadap UUD 1945, yang juga didasarkan pada Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi dan perubahan ketiga dengan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2020 tentang Perubahan Ketiga Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (UU

MK) *juncto* Pasal 29 ayat (1) Undang – Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang menyatakan:

“Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk: (a) menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945”;

- 1.4. Bahwa Permohonan Pemohon menguji Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU Perbankan Syariah yang berbunyi:

Pasal 1 angka 12

Prinsip Syariah adalah prinsip hukum Islam dalam kegiatan perbankan berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah.

Pasal 26 ayat (1)

Kegiatan usaha sebagaimana dimaksud dalam Pasal 19, Pasal 20, dan Pasal 21 dan/atau produk dan jasa syariah, wajib tunduk kepada Prinsip Syariah.

Pasal 26 ayat (2)

Prinsip Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) difatwakan oleh Majelis Ulama Indonesia.

Pasal 26 ayat (3)

Fatwa sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dituangkan dalam Peraturan Bank Indonesia.

terhadap UUD 1945:

Pasal 28H ayat (4) UUD 1945

Setiap orang berhak mempunyai hak milik pribadi dan hak milik tersebut tidak boleh diambil alih secara sewenang-wenang oleh siapapun

Pasal 28H ayat (2) UUD 1945

Setiap orang berhak mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan dan keadilan

Pasal 1 ayat (3) UUD 1945

Negara Indonesia adalah negara hukum

Pasal 28I ayat (5) UUD 1945

Untuk menegakkan dan melindungi hak asasi manusia sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis, maka pelaksanaan hak asasi manusia dijamin, diatur, dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan.

Pasal 28D ayat (1) UUD 1945

Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum.

- 1.5. Bahwa berdasarkan hal-hal tersebut di atas, maka **Mahkamah Konstitusi berwenang untuk memeriksa dan mengadili permohonan pengujian materiil undang-undang ini;**

2. KEDUDUKAN HUKUM (*LEGAL STANDING*) PEMOHON

- 2.1. Bahwa berdasarkan Pasal 51 ayat (1) UU MK *juncto* Pasal 4 ayat (1) Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 02 Tahun 2021 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang dinyatakan bahwa:
- “Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang yaitu:
- a. **perorangan warga negara Indonesia;**
 - b. kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang;
 - c. badan hukum publik atau privat;
 - d. lembaga negara.”
- 2.2. Bahwa berdasarkan ketentuan di atas Pemohon merupakan perorangan warga negara Indonesia (**Bukti P-3**) yang berprofesi sebagai advokat (**Bukti P-26** dan **Bukti P-27**) sekaligus sebagai nasabah bank syariah (**Bukti P-4**);
- 2.3. Bahwa selanjutnya di dalam penjelasan Pasal 51 ayat (1) UU MK dinyatakan bahwa *”Yang dimaksud dengan hak konstitusional adalah hak-hak yang diatur dalam UUD 1945”*;
- 2.4. Bahwa dalam Pasal 4 ayat (2) Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 2 Tahun 2021 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang ditentukan 5 syarat mengenai kerugian konstitusional, yakni sebagai berikut:
- a. ada hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang diberikan oleh UUD 1945;
 - b. hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut dianggap telah dirugikan oleh berlakunya undang-undang atau Perppu yang dimohonkan pengujian;
 - c. kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut bersifat spesifik (khusus) dan aktual, setidaknya-tidaknya bersifat potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;
 - d. ada hubungan sebab akibat antara kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional dengan undang-undang atau Perppu yang dimohonkan pengujian; dan
 - e. ada kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan, maka kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi.”;

- 2.5. Bahwa **hak untuk mendapatkan kepastian hukum yang adil dan memberikan manfaat dan kemudahan yang sama untuk mengakses layanan perbankan syariah dalam konteks tertib hukum berdasarkan prinsip negara hukum** merupakan hak konstitusional Pemohon yang telah dilindungi oleh konstitusi berdasarkan Pasal 28H ayat (4), Pasal 28H ayat (2), Pasal 1 ayat (3), Pasal 28I ayat (5), dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;
- 2.6. Bahwa negara telah melembagakan perbankan syariah melalui Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah. Berdasarkan hal tersebut, dengan harapan bahwa perbankan syariah dapat memberikan layanan yang mudah, memberikan manfaat, serta memiliki dasar pengaturan hukum yang jelas yang dapat memberikan kepastian hukum yang adil bagi Pemohon, **Pemohon mengajukan fasilitas pembiayaan ke bank syariah berdasarkan Akad *Murabahah* (Bukti P-4)**;
- 2.7. Bahwa Pemohon sebagai advokat memiliki usaha memberikan jasa hukum, dan sehubungan dengan perkembangan zaman maka adalah suatu hak bagi setiap warga negara untuk melakukan usaha apapun dalam rangka mengembangkan diri. Berdasarkan hal tersebut Pemohon berhak untuk menggunakan berbagai macam moda produk perbankan syariah yang sesuai dengan kebutuhan Pemohon dan memiliki landasan hukum yang kuat. Namun, Pemohon menyadari pengaturan perbankan syariah bersifat tidak jelas karena tersebar di berbagai macam bentuk produk hukum dan saling bertentangan antara produk hukum yang satu dengan yang lainnya, sehingga menimbulkan keraguan bagi Pemohon;
- 2.8. Bahwa UU Perbankan Syariah merupakan bagian dari suatu sistem hukum, sehingga memiliki keterkaitan dengan undang-undang lain terutama dalam menjalankan transaksinya, salah satunya yaitu Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (Lembaran Negara Nomor 104 Tahun 1960, Tambahan Lembaran Negara Nomor 2043) (“UUPA”) (**Bukti P-6**) yang menurut Pemohon konsepnya tidak sesuai dengan perkembangan transaksi-transaksi atas tanah yang ada di masyarakat Indonesia termasuk dalam transaksi perbankan syariah;
- 2.9. Bahwa Pemohon menyadari salah satu penyebab kerugian konstitusional Pemohon adalah kekakuan dalam UUPA. Namun, ketika suatu UU dipahami sebagai suatu sistem yang saling berkaitan, Pemohon juga menyadari suatu

akibat tidak hanya berasal dari satu sebab, sehingga penyebab kerugian konstitusional Pemohon juga bersumber dari UU Perbankan Syariah yang mengatur tidak secara jelas;

- 2.10. Bahwa **Kerugian konstitusional tersebut juga disebabkan oleh Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU Perbankan Syariah karena memberikan “delegasi blangko” kepada Majelis Ulama Indonesia (“MUI”) maupun Bank Indonesia (“BI”)/Otoritas Jasa Keuangan (“OJK”), sehingga terjadi disharmoni pengaturan perbankan syariah yang menyebabkan ketidakpastian hukum;**
- 2.11. Bahwa prinsip hukum Islam sebagaimana dimaksud pada Pasal 1 angka 12 UU Perbankan Syariah mempunyai pengertian yang sangat luas. Karakteristik utama transaksi dalam perbankan syariah adalah *asset backed financing*, dengan demikian konsep kepemilikan benda menjadi sangat penting untuk menentukan keabsahan transaksi perbankan syariah. UU Perbankan Syariah secara umum hanya mengatur kelembagaan perbankan syariah, sehingga detail prinsip syariah yang semestinya diatur dalam tingkat UU tidak diatur di dalam UU Perbankan Syariah, melainkan melalui Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU Perbankan Syariah didelegasikan kepada MUI untuk ditetapkan dalam fatwa yang kemudian dituangkan dalam Peraturan Bank Indonesia/atau OJK setelah berlakunya Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2011 Tentang Otoritas Jasa Keuangan (“UU OJK”);
- 2.12. Bahwa **Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU Perbankan Syariah bersifat multitafsir yaitu sejauh apa pemberian kewenangan mengaturnya. Karena luasnya pengertian prinsip hukum Islam, akibatnya adalah tumpang tindih antara materi muatan undang-undang (UU) dengan materi muatan yang didelegasikan.** Hal ini dapat dilihat dari bagaimana menentukan pengaturan hak milik yang sah dalam transaksi perbankan syariah. Peraturan tersebut tersebar di berbagai macam peraturan dengan pengaturan yang berbeda-beda, seperti Fatwa DSN-MUI, Peraturan Bank Indonesia, Peraturan Mahkamah Agung, Surat Edaran OJK, dan bahkan jenis “Buku Standart Produk OJK” yang sering menjadi rujukan dalam pembentukan SOP produk perbankan syariah;
- 2.13. Bahwa selain itu, **Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU Perbankan Syariah bersifat multitafsir karena memberikan delegasi kewenangan**

kepada dua lembaga yang berbeda yaitu MUI (non-lembaga negara) dengan BI/OJK (Lembaga Negara). Kewenangan dalam pembentukannya juga berbeda, yaitu MUI sebagai lembaga yang “menetapkan” prinsip syariah dan BI/OJK lembaga yang “menuangkan” prinsip syariah tersebut. Konsep ini membingungkan karena kata “menuangkan” tidak dikenal dalam UU Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (“UU PPP”), sehingga tercipta ruang penafsiran jika MUI sudah “menetapkan” prinsip syariah, maka untuk apa “dituangkan” karena dalam konteks pembentukan peraturan perundang-undangan tidak ada lembaga negara yang mendapatkan atribusi/delegasi kewenangan sebagai pembentuk peraturan perundang-undangan untuk menuangkan peraturan yang bukan dari peraturan yang lebih tinggi. Kata “menuangkan” berbeda dengan menyetujui, jadi seolah-olah menuangkan adalah menerima tanpa ada kewenangan untuk menyetujui atau tidak. Karena multitafsir, maka OJK melalui Pasal 18 POJK Nomor 24/POJK.03/2015 (**Bukti P-7**) menunjuk kembali yang dimaksud dengan sesuai prinsip syariah adalah sesuai dengan Fatwa MUI. Namun, akibat **penafsiran yang ambigu menjadikan seolah OJK mempunyai “celah” untuk tidak mengatur dalam POJK melainkan mengatur melalui *beleidsregel* dalam lingkup pengaturan yang luas bahkan mengatur materi muatan UU;**

- 2.14. Bahwa akibat **pola delegasi blangko dan dualisme kewenangan ini menyebabkan persepsi di masyarakat adanya dikotomi antara “hukum negara” dengan “hukum agama”,** hingga timbul persepsi *“lebih baik ikuti hukum agama, daripada hukum negara”*, di satu sisi ada yang memandang *“praktik bank syariah adalah praktik riba terselubung”, “praktik bank syariah sama saja dengan bank konvensional”,* karena memang di dalam hukum negara itu banyak pertentangannya (disharmoni). **Dikotomi yang terpecah di masyarakat semua berakar pada pemahaman akan penafsiran konsep “hak milik” yang tidak diatur di dalam UU Perbankan Syariah, namun terpecah di berbagai macam pengaturan (Bukti P-8 s.d. P10);**
- 2.15. Bahwa Pemohon memahami **ketidakkaturan UU Perbankan Syariah secara detail dan jelas “memaksa” MUI maupun BI/OJK untuk mengatur materi muatan yang seharusnya diatur di dalam UU akibat adanya**

polemik di masyarakat, dan di sisi lain adalah untuk memberikan legitimasi atas kelancaran dan keabsahan transaksi perbankan syariah. Di satu sisi, instrumen yang tidak “memiliki gangguan” adalah melalui *beleidsregel*, sehingga meskipun tidak sesuai antara jenis dan materi muatan, tetapi **secara substansi memiliki nilai kebenaran *doelmatigheid*** dan tidak dapat dilakukan uji materiil. Namun, tentu jika terus dilakukan hal tersebut, disharmoni pengaturan peraturan perundang-undangan akan terus semakin terjadi, dan seolah memberikan “legitimasi” *beleidsregel* dapat menjadi instrumen bagi lembaga negara untuk melampaui kewenangannya. Hal ini tentu harus diperbaiki karena jika tidak pada akhirnya perbankan syariah yang telah tumbuh akan roboh akibat tidak mempunyai pondasi hukum yang kuat;

- 2.16. Bahwa **akibat tidak jelasnya aturan delegasi dalam UU Perbankan Syariah menyebabkan kebingungan bagi Pemohon** secara khusus dan masyarakat secara umum, serta menyebabkan terjadinya disharmoni peraturan perundang-undangan. Hal ini telah nyata terjadi, sehingga baik **secara potensial maupun aktual menimbulkan keraguan apakah transaksi perbankan syariah sesungguhnya telah memiliki kepastian hukum yang memberikan keadilan kepada Pemohon?** Di satu sisi, jika Pemohon harus mendasarkan kepada UUPA, maka akan melalui prosedur yang panjang dan berbiaya mahal serta menjadikan posisi nasabah dalam kondisi “rentan” (**penjelasan detail pada poin 3.3.51 s.d. 3.3.63**), sedangkan jika Pemohon mendasarkan kepada PBI/OJK *juncto* PERMA atau aturan kebijakan lainnya justru akan bertentangan dengan UU. Suatu **kondisi dilema akibat ketidakjelasan aturan UU adalah kondisi ketidakpastian hukum yang bertentangan dengan konstitusi;**
- 2.17. Bahwa bagi Pemohon Mahkamah Konstitusi sebagai *guardian* atas *constitutional rights* Pemohon serta *the sole interpreter of constitution* memiliki kewenangan mengembalikan hak konstitusional Pemohon. **Jika Pasal 1 angka 12, dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU Perbankan Syariah diberikan penafsiran yang jelas, maka Pemohon akan dapat kembali mengajukan fasilitas layanan perbankan syariah seperti sedia kala;**

3. POKOK PERKARA

Ruang Lingkup Pasal Yang Diuji

Ketentuan	Rumusan
Pasal 1 angka 12 UU Perbankan Syariah	<i>Prinsip Syariah adalah prinsip hukum Islam dalam kegiatan perbankan berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah.</i>
Pasal 26 ayat (1) UU Perbankan Syariah	<i>Kegiatan usaha sebagaimana dimaksud dalam Pasal 19, Pasal 20, dan Pasal 21 dan/atau produk dan jasa syariah, wajib tunduk kepada Prinsip Syariah.</i>
Pasal 26 ayat (2) UU Perbankan Syariah	<i>Prinsip Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) difatwakan oleh Majelis Ulama Indonesia.</i>
Pasal 26 ayat (3) UU Perbankan Syariah	<i>Fatwa sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dituangkan dalam Peraturan Bank Indonesia.</i>

Dasar Konstitusional Yang Digunakan

Ketentuan UUD 1945	Rumusan
Pasal 28H ayat (4) UUD 1945	<i>Setiap orang berhak mempunyai hak milik pribadi dan hak milik tersebut tidak boleh diambil alih secara sewenang-wenang oleh siapapun</i>
Pasal 28H ayat (2) UUD 1945	<i>Setiap orang berhak mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan dan keadilan</i>
Pasal 1 ayat (3) UUD 1945	<i>Negara Indonesia adalah negara hukum</i>
Pasal 28I ayat (5) UUD 1945	<i>Untuk menegakkan dan melindungi hak asasi manusia sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis, maka pelaksanaan hak asasi manusia dijamin, diatur, dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan.</i>
Pasal 28D ayat (1) UUD 1945	<i>Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum.</i>

3.1. LANDASAN FILSAFAT HAK MILIK

3.1.1. Bahwa untuk mendapatkan pengertian “delegasi blangko” dan keterkaitannya dengan transaksi perbankan syariah, maka landasan filsafat hak milik diperlukan untuk melihat esensi dari transaksi perbankan syariah, sehingga didapatkan pengertian apa yang seharusnya diatur dan bagaimana seharusnya mengatur materi muatan UU Perbankan Syariah. Dalam menguraikan landasan filsafat hak milik tersebut, Pemohon mendasari kepada pemikiran:

- 1) Hak milik bukan merupakan *natural rights* melainkan suatu yang terbentuk dalam hubungan intersubjektif yang kompleks;

- 2) Hak milik tidak bersifat mutlak, sehingga segala sesuatu yang merupakan turunan dari hak milik bukan suatu yang mutlak;
- 3) Hukum benda bersifat dinamis, sehingga secara prinsip, pengaturan hukum benda bukan sesuatu yang bersifat tertutup;

3.1.2. Bahwa pandangan yang menyatakan hak milik adalah *natural rights* adalah John Locke. Menurut pandangan John Locke, Tuhan menciptakan dunia beserta benda di dalamnya sebagai *common rights*, semua diberikan kepada manusia untuk kehidupan yang baik bagi manusia itu sendiri. Menurut John Locke manusia memiliki kebebasan akan dirinya sebagaimana manusia berkehendak atas tubuhnya sendiri. Kondisi kebebasan ini disebut oleh John Locke sebagai *state of nature*. Atas kehendak tersebut, manusia melakukan sesuatu atas dunia-nya, pertautan antara kehendak (melakukan pekerjaan) manusia dengan dunia luar (benda) ini yang melahirkan hak milik atas benda. Hak milik merupakan martabat dari manusia itu sendiri karena hak milik adalah bukti kebebasan manusia, maka dari itu fungsi negara adalah untuk melindungi hak milik;

3.1.3. Bahwa Hegel juga memiliki pandangan bahwa manusia memiliki kehendak bebas, dan untuk menegaskan eksistensinya, kehendak tersebut termanifestasi pada dunia luar. Kehendak tersebut pada dasarnya melahirkan hak milik, jadi hak milik adalah salah satu hal yang penting dalam eksistensi manusia. Pada poin ini pandangan Hegel serupa dengan Locke. Namun, perbedaannya adalah dalam pandangan Hegel kesadaran manusia terhadap dunianya juga terarah pada yang lain, yang lain tersebut secara simultan menjustifikasi eksistensi manusia tersebut. Dalam konteks hak milik, esensi hak milik adalah justifikasi atau pengakuan dari subjek lain. Sebagaimana dinyatakan oleh Hegel dalam bukunya *Philosophy of Rights*:

Existence, as determinate being, is essentially being for another. Property in view of its existence as an external thing, exist for other external things and within context of their necessity and contingency. But as the existence of the will, its existence for another can only be for the will of another person. This relation of will to will is the true distinctive ground in which freedom has its existence. This mediation whereby I no longer own property merely by means of a thing and my subjective will, but also by means of another will, and hence within the context of a common will, constitute the sphere of contract. (G.W.F. Hegel: Par.71);

- 3.1.4. Bahwa dari pandangan Hegel tersebut, hubungan kehendak antar subjek (*will to will*) menjadi faktor determinan dari kebebasan manusia yang menjustifikasi hak milik itu sendiri, sedangkan Locke mengedepankan pertautan kehendak subjek (manusia) terhadap benda sebagai justifikasi, dan Locke berpendapat pada prinsipnya alam selalu dalam kecukupan (*sufficiency proviso*), jadi kehendak bebas manusia tersebut tidak akan mencederai kehendak bebas lainnya, sebagaimana dikatakan Locke dalam *An Essay Concerning The True Original Extent And End Of Civil Government*: “*there was still enough and as good left, and more than the yet unprovided could use*”. (John Locke: Par.32);
- 3.1.5. Bahwa dari pendapat-pendapat di atas, Locke berpendapat bahwa hak milik adalah mutlak, karena itu ia merupakan suatu *natural rights* yang tidak dapat dikurangi, sedangkan dalam pandangan Hegel justru justifikasi/pengakuan dari subjek lain menjadi faktor determinan dari suatu hak milik. Pandangan filsafat ini menjadi penting untuk menentukan bagaimana landasan berfikir dalam pengaturan hukum benda, apakah suatu yang bersifat tertutup atau terbuka;
- 3.1.6. Bahwa tidak dapat dipungkiri konsep hak milik merupakan konsep yang tua dan berkembang seiring dengan perkembangan kesadaran manusia itu sendiri. Berdasarkan hal tersebut untuk memahami landasan filsafat atas hak milik, tidak dapat dilepaskan dari perkembangan kesadaran manusia itu sendiri. Era modern (ditandai dengan *renaissance*) memberikan justifikasi yang kuat atas dominasi manusia sebagai subjek terhadap alamnya. Manusia berusaha melakukan objektivikasi atas alam, bahkan terhadap manusia itu sendiri. Akibatnya adalah hak milik menjadi objektivikasi yang bersifat statis, menjadi suatu yang mutlak, dianggap sebagai representasi kehendak bebas manusia. Berangkat dari hal tersebut, era modern telah berjasa melahirkan perkembangan teknologi yang pesat dan pertumbuhan ekonomi yang pesat. Namun, tidak dapat dipungkiri juga melahirkan/memperkuat kolonialisme;
- 3.1.7. Bahwa manusia modern lupa menyadari bahwa kenyataan adalah suatu proses, suatu yang temporer, tidak dengan serta-merta dapat diobjektivikasi terlepas dalam konteks ruang dan waktu. Namun, perlu dipahami manusia juga tidak berada di dalam waktu, tetapi secara ontologis manusia adalah

mewaktu. Manusia sebagai kenyataan tidak dapat ada tanpa menjadi bagian dari sejarah, maka pengalaman manusia juga tidak terputus-putus dalam momen-momen “masa kini”, melainkan berstruktur historikal. Waktu bukan semata-mata sebagai “benda” sebagaimana umum dipahami secara matematis dilambangkan dengan “t”. Pemahaman waktu yang diperlakukan sebagai “benda” yang bersifat statis menyebabkan historikalitas pemikiran manusia menjadi terabaikan, padahal historikalitas merupakan kategori fundamental pemikiran manusia yang justru membuka kemungkinan perjumpaan, dialogi dengan yang otentik. Pengalaman manusia memang terjadi kini, tetapi “kini” tersebut mencakup masa lalu yang tidak terbatas dan masa depan yang terbuka lebar. Setiap “kini” menggenggam yang sudah lewat dan sekaligus menunjuk masa depan yang masih akan datang, setiap saat ber-retensi dan ber-reaktivasi. Manusia tidak dapat direduksi menjadi atau disamakan dengan benda alami. Pengalaman manusia memiliki keunikan sendiri, maka pengalaman manusia juga tidak statis, melainkan merupakan suatu perjumpaan, suatu dialogi yang tidak habis-habisnya dengan suatu dunia yang nampak pada kita sebagai suatu cakrawala yang membuka perspektif-perspektif yang tidak terbatas jumlahnya. Hal ini yang memungkinkan terjadinya intersubjektivitas dari berbagai kesadaran yang berbeda-beda. Persepsi tidak pernah dapat disederhanakan menjadi kehadiran secara sadar pada bermacam ragam hal yang memberi kesan inderani yang saling tidak berhubungan, karena yang riil senantiasa mengartikan yang lain, saling menjelaskan. Karena itu kebenaran secara ontologis adalah suatu peristiwa, maka kebenaran hakikatnya terbatas, tidak lengkap, dan sementara, maka juga tidak pernah dapat definitif, tidak merupakan kata akhir. Kebenaran yang lebih benar selalu mungkin terungkap terus;

- 3.1.8. Bahwa atas dasar kenyataan tersebut di atas, maka setelah era modern kesadaran manusia terarah kepada kesadaran dialogis, suatu yang historikal, bukan suatu kesadaran mutlak. Kebenaran yang dirasa benar selalu hadir falsifikasi-nya. Dalam studi biologi juga mengalami falsifikasi, sebelumnya dinyatakan bahwa evolusi terjadi karena “*survival of the fittest*”, studi terbaru menunjukkan adanya prinsip *kin selection* dan *reciprocal altruism* bagi organisme untuk mempertahankan hidupnya. Prinsip ini yang

menginspirasi Francis Fukuyama dalam bukunya *Origins of Political Order* untuk menyatakan bahwa manusia tidak pernah berada dalam keterasingan/isolasi kehidupan yang individual sebagaimana diandaikan dalam *state of nature*. Bahkan primata sebagai hewan yang “dianggap” paling dekat dengan manusia secara genetika tidak memiliki fase *pre social*, primata hidup dalam koloni-koloni sosial tertentu. Bahwa dari fakta tersebut disertai dengan studi antropologis, Francis Fukuyama menyatakan bahwa fakta biologis memberikan pondasi bagi manusia untuk membentuk struktur politik, dengan prinsip:

- 1) *Human beings never existed in a pre social state;*
- 2) *Natural human sociability is built around two principles, kin selection and reciprocal altruism;*
- 3) *Human beings have an innate propensity for creating and following norms or rules;*
- 4) *Human beings have a natural propensity for violence;*
- 5) *Human beings by nature desire not just material resources but also recognition.* (Francis Fukuyama, 2011: 438-441)

3.1.9. Bahwa berdasarkan prinsip tersebut, maka sesungguhnya kesadaran manusia selalu bersifat resiprokal (timbang – balik), suatu yang senantiasa berdialogis. Karena itu hak milik sebagai bagian dari kesadaran manusia bukan-lah suatu yang mutlak, bukan suatu yang diberikan secara *a priori*, bukan pula pemberian negara, tetapi suatu yang tumbuh dalam hubungan intersubjektif yang kompleks dalam masyarakat. Hak milik tumbuh seiring dengan keberadaan masyarakat, dan karena negara lahir setelah masyarakat ada, maka konsep hak milik adalah konsep “pengakuan” bukan “pemberian” oleh negara, karena itu negara tidak dapat me-mutlak-an konsep hak milik yang justru akan merusak kohesi sosial;

3.1.10. Bahwa pengaturan hukum benda di Indonesia tidak dapat dipungkiri mempunyai pengaruh yang kuat dari sistem hukum Belanda. Tidak dapat dipungkiri juga sistem hukum Belanda dipengaruhi oleh sistem hukum Perancis (*code napoleon*), di mana Belanda pernah dijajah Perancis setelah terjadi revolusi Perancis, sehingga tidak dapat dipungkiri ide-ide liberalisme individualisme sangat kental dalam sistem hukum yang diadopsi, karena

revolusi Perancis tidak dapat dilepaskan dari ide-ide liberalisme individualisme;

- 3.1.11. Bahwa ide-ide liberalisme individualisme juga bertendensi dipergunakan untuk menjustifikasi kolonialisme, meskipun John Locke sendiri mengatakan kehendak bebas manusia tersebut tidak akan mencederai kehendak bebas lainnya. Namun, faktanya keadaan *sufficiency proviso* yang diandaikan John Locke tidak pernah tercapai karena sifat dasar manusia yang tidak pernah puas;
- 3.1.12. Bahwa Belanda menggunakan asas konkordansi dalam menerapkan hukum di Indonesia, sehingga *code civil* Belanda (*Burgerlijke Wetboek/BW*) diterapkan di Indonesia hingga selanjutnya lahir undang – undang yang mengatur mengenai pertanahan di Indonesia. Namun, berkat perjuangan pakar hukum adat Belanda hukum adat tetap diakui oleh Pemerintah Kolonial sebagai hukum yang berlaku bagi rakyat pribumi asli, sehingga terjadi dualisme hukum yang mengatur terkait hukum benda khususnya pertanahan di Indonesia;
- 3.1.13. Bahwa faktanya meskipun berlaku dualisme hukum, dalam praktik, konsep hukum Belanda lebih dominan digunakan untuk melindungi kepentingan kolonial. Hal ini terlihat dengan adanya asas *domeinverklaring*, di mana terhadap tanah yang tidak dapat dibuktikan dengan *eigendom* menjadi milik negara. Hukum adat tidak mengenal konsep *eigendom*, karena itu banyak terjadi “aneksasi” tanah masyarakat yang dianggap oleh pemerintah Kolonial, berdasarkan asas *domeinverklaring*, adalah milik negara, sehingga kemudian negara dapat memberikan tanah-tanah tersebut untuk pembukaan lahan perkebunan bagi perusahaan-perusahaan barat;
- 3.1.14. Bahwa alam fikiran hukum Belanda adalah pemisahan buku II *Burgerlijke Wetboek* (hukum benda) sebagai sistem tertutup, sedangkan buku III *Burgerlijke Wetboek* (hukum perikatan) sebagai sistem terbuka. Sebagai sistem tertutup, maka hak kebendaan hanya sebatas apa yang dinyatakan dalam undang-undang, sedangkan dalam hukum perikatan setiap orang bebas membentuk perjanjian sehingga aturannya bersifat terbuka. Tidak dapat dipungkiri bahwa landasan berfikir ini masih digunakan dalam sistem hukum nasional, sebagaimana dikatakan Mariam Darus Badruzaman dalam bukunya “*Sistem Hukum Benda Nasional*” yang menyatakan asas

hukum benda secara umum salah satunya adalah asas sistem tertutup, artinya bahwa hak-hak atas benda bersifat limitatif, terbatas hanya pada yang diatur undang-undang. Di luar itu dengan perjanjian tidak diperkenankan menciptakan hak-hak yang baru. (Mariam Darus, 2015:4);

- 3.1.15. Bahwa pemisahan asas sistem tertutup dan terbuka dalam hukum benda seperti dalam BW tidak dikenal dalam sistem hukum benda adat. Dominikus Rato dalam bukunya "*Hukum Benda Dan Harta Kekayaan Adat*" menyatakan dalam hukum adat tidak dikenal sifat tertutup dan terbuka. Hukum adat pada intinya berintikan pada sifat harmoni (selaras, serasi, seimbang), maka dasar yang lahir dari sana ialah asas kesepakatan. Tidak adanya pemisahan yang tegas seperti dalam BW dikarenakan dalam hukum adat antara norma hukum, subjek hukum, dan hak-hak subjek hukum saling menjalin secara holistik/integrasi. (Dominikus Rato 2016: 9). Terhadap hak kebendaan antara hak pribadi dengan hak komunal misalnya saling mengisi dan menjalin, sehingga seperti balon, jika dikembangkan sisi yang satu akan mengempes pada sisi yang lain, demikian seterusnya (teori Ter Haar). Dominikus Rato juga menjelaskan perbedaan konsep hak milik dalam adat dengan hak milik yang terkandung dalam BW, menurutnya hukum benda adat bersifat "*keempunyaan*", karena itu berbeda dengan istilah hak milik, dalam hukum adat lebih tepat menggunakan istilah "hak punya". Penggunaan kata hak milik dipengaruhi oleh falsafah barat yang terkandung dalam KUHPerdara [BW] yang disebut *eigendom*. *Eigendom* bersifat mutlak dan individual, sedangkan hak punya bersifat relasi dan komunal. Konsep "relasi" berbeda dengan "relative". Hubungan relasi bersifat "*mulur – mungkret*, kembang – kempis, atau kuat – lemah". Hubungan relasi bersifat dua arah, sedangkan hubungan relative bersifat satu arah. (Dominikus Rato, 2016: 4);

- 3.1.16. Bahwa dari pandangan Dominikus Rato, terlihat bahwa hukum benda adat bersifat intersubjektif karena bersifat relasi. *Mulur – mungkret* adalah suatu prinsip dialogis dua arah, suatu yang dinamis, berbeda dengan konsep hukum benda barat yang cenderung bersifat mutlak/statis. Namun, tidak dapat dipungkiri *mulur - mungkret* mendapat pengaruh keberlakuannya akibat hukum benda barat, bahkan ketika sudah berlaku Undang-Undang Nomor 05 Tahun 1960 tentang Pokok-Pokok Agraria (UUPA) hukum adat

mendapatkan pengaruh/tekanan kuat dari UUPA. Dominikus Rato mencontohkan di Desa Panglipuran, Kabupaten Bangli, Bali, hak komunal desa adat dibagi-bagikan kepada anggota masyarakat hukum adat dengan sertipikat atas nama anggota masyarakat hukum adat itu secara pribadi. Sekalipun sertipikat itu “hak milik” namun anggota masyarakat tidak memiliki hak milik atas tanah dan rumah yang telah disertipikatkan atas namanya itu, melainkan tetap menjadi “hak punya” dari masyarakat adat Desa Panglipuran. (Dominikus Rato, 2016: 93);

- 3.1.17. Bahwa berdasarkan penelitian I Made Suwitra dalam disertasi di Universitas Brawijaya yang berjudul: *“Eksistensi Hak Penguasaan Dan Pemilikan Atas Tanah Adat Di Bali Dalam Perspektif Hukum Agraria Nasional”* (**Bukti P-11**), adanya Pasal II aturan konversi dalam UUPA menyebabkan banyak tanah milik adat (*druwe desa*) yang dikonversi menjadi hak milik pribadi. Namun, meskipun telah dilakukan sertipikat dengan hak milik, terhadap hak atas tanah tersebut seharusnya tetap terikat dengan kewajiban tertentu seperti *ayahan desa* karena berada di atas tanah ulayat. (I Made Suwitra, 2009: 342). Hak milik tersebut bersifat “terbatas”, hal ini memiliki keunikan sendiri karena tidak dikenal dalam UUPA, tetapi secara sosiologis dapat diterima sebagai bentuk mempertahankan nilai-nilai adat. Menurut Dominikus Rato hak milik adat lebih tepat disebut “hak punya”. Namun, tentu hak punya ini tidak ada padanannya dalam UUPA, sehingga bukan sebagai hak yang dapat didaftarkan. Filosofi hak milik dalam UUPA adalah bersifat individual serta turun temurun, terkuat, dan terpenuh, makna tersebut berarti tidak bersifat terbatas kecuali dibatasi oleh fungsi sosial, namun pengertian fungsi sosial juga dalam arti kepentingan umum yang direpresentasikan oleh negara, hal ini yang kadang menjadi tantangan ketika berhadapan dengan hukum adat. Meskipun Pasal 5 UUPA mengakui hukum adat sebagai dasar dari hukum agraria nasional, namun faktanya konsep dalam UUPA banyak bertentangan dengan hukum adat itu sendiri, yang dalam praktik di lapangan justru perlahan-lahan menghilangkan makna ‘adat’ itu sendiri. Hal ini dapat dilihat dari akibat konversi “tanah adat” menjadi “hak milik” pribadi di Bali bukan berarti masyarakat memiliki kepastian hukum terhadap hak atas tanah yang bebas konflik. Banyak kasus akibat konsep hak milik dalam UUPA yang “turun-temurun, terkuat,

dan terpenuh”, maka dimungkinkan turunan/pewaris pemegang sertipikat “hak milik” yang ikatan adatnya sudah mulai luntur, karena merasa hak milik yang dipegangnya adalah terkuat dan terpenuh, maka ia berhak mengalihkan ke pihak lain, sedangkan menurut adat, objek tanah terikat dengan kewajiban *ayahan* desa, namun setelah tanah tersebut beralih kepada pihak lain (pembeli), dan karena pembeli tanah tersebut adalah dari luar lingkungan masyarakat desa, maka pemilik tanah baru merasa tidak memiliki ikatan dengan desa, terlebih sebagai pemegang sertipikat hak milik menurut UUPA memiliki kedudukan sebagai pemegang hak atas tanah yang “terkuat dan terpenuh”, sehingga konflik/sengketa tidak dapat dielakan. Permasalahan tanah di Bali ini menjadi salah satu contoh bahwa pertentangan antara konsep hak milik dalam UUPA dengan hukum adat itu terjadi, terutama ketika hak milik dipahami sebagai suatu hak yang “turun-temurun, terkuat, terpenuh” yang bersifat statis, sedangkan UUPA mengharuskan adanya konversi hak-hak tertentu menjadi hak milik, sehingga terjadi-lah proses “individualisasi” hak atas tanah;

- 3.1.18. Bahwa selain yang terjadi di Bali, hak atas tanah yang telah lama hidup dan dilaksanakan di masyarakat, ternyata juga menghadapi tantangan dalam masyarakat Minangkabau. Pasal 53 UUPA menyatakan bahwa hak gadai, hak usaha bagi hasil, hak sewa tanah pertanian merupakan hak yang bersifat sementara yang diusahakan hapusnya di dalam waktu yang singkat. Lalu melalui Perpu Nomor 56 Tahun 1960 Tentang Penetapan Luas Pertanian, hak gadai tersebut dihapuskan / tidak berlaku di Indonesia. Namun, dalam praktik, berdasarkan Tesis oleh Aliasman di Universitas Diponegoro dengan judul *“Pelaksanaan Gadai Tanah Dalam Masyarakat Hukum Adat Minangkabau Di Nagari Campago Kabupaten Padang Pariaman Setelah Berlakunya Pasal 7 UU No.56/PRP/1960”* (**Bukti P-12**), dinyatakan bahwa Hak Gadai secara sosial masih diterima dalam masyarakat Nagari Campago karena bersifat sosial yang berfungsi tolong menolong, tidak mempunyai unsur pemerasan. Masyarakat Nagari Campago mendasari pada falsafah *“lamak diawak katuju diurang”* (enak sama kita direstu sama orang lain). (Aliasman, 2005: 90);
- 3.1.19. Bahwa menurut Pemohon, kenyataan sosial ini menarik, karena suatu yang menurut undang-undang dilarang tetapi masyarakat tetap menjalankannya,

sehingga harus dilakukan penelaahan apakah konsep UUPA tidak sepenuhnya dapat ditegakkan di masyarakat karena ada nilai yang tidak dapat dihapuskan di masyarakat. Untuk itu mari kita lihat pengertian gadai tanah itu sendiri menurut Soerjono Soekamto, pengertian gadai (tanah) atau yang disebut dengan jual gadai adalah suatu perbuatan pemindahan hak atas tanah kepada pihak lain yang dilakukan secara terang dan tunai sedemikian rupa sehingga pihak yang melakukan pemindahan hak mempunyai hak untuk menebus kembali tanah tersebut. Sedangkan menurut Perpu Nomor 56 Tahun 1960, Gadai ialah hubungan antara seseorang dengan tanah kepunyaan orang lain, yang mempunyai utang uang padanya. Selama utang tersebut belum dibayar lunas maka tanah itu tetap berada dalam penguasaan yang meminjamkan uang tadi ("pemegang-gadai"). Perpu Nomor 56 Tahun 1960 menghapuskan hak gadai tanah akibat banyaknya unsur pemerasan/ "lintah darat" dengan bunga yang tinggi kepada petani, praktik ini banyak terjadi terhadap petani di Jawa. Dari definisi Soerjono Soekamto, terlihat bahwa dalam gadai tanah terdapat peralihan hak atas tanah, karena alas hak yang digunakan adalah "jual-beli", hanya saja ketika tanah tersebut dialihkan, masih terikat hak penjual sebelumnya untuk menebus kembali tanah tersebut (beralih kembali kepemilikannya), Soerjono Soekamto dalam definisinya tidak menyebutkan dasar menebus kembali-nya apakah "utang uang" atau pinjaman atau bentuk perikatan lainnya, hanya menyebutkan adanya "hak untuk menebus kembali". Berbeda dengan definisi Perpu Nomor 56 Tahun 1960 yang menegaskan perikatan yang terjadi antara pemberi gadai dengan pemegang gadai adalah "utang uang", namun tanah tersebut menjadi objek yang "digadaikan" atau dialihkan penguasaannya, namun penguasaannya dapat beralih kepada pemilik lama jika utang tersebut dibayar lunas;

- 3.1.20. Bahwa berdasarkan penelitian Aliasman salah satu penyebab sulitnya gadai tanah dihapuskan karena unsur pemerasan sebagaimana dinyatakan dalam Perpu Nomor 56 Tahun 1960 tidak ada, karena nilai penebusan kembali tidak berbeda dengan nilai pembelian, sehingga pelaksanaan gadai tanah lebih cenderung bersifat tolong menolong. Hal ini juga serupa seperti yang dinyatakan Ter Haar yang menjelaskan bahwa jual gadai adalah

pemindahan hak atas tanah atas dasar pembayaran tunai sedemikian rupa bahwa pemindah hak tetap mempunyai hak untuk mendapatkan tanahnya kembali setelah membayar sejumlah uang yang sama. (Ter Haar, 2013:83). Ter Haar bahkan menegaskan gadai tanah sama sekali bukan pinjaman uang (perjanjian uang), bahkan bukan jual dengan perjanjian beli kembali (*ver koop met beding van wederinkoop*), pengertian *wederinkoop* menurut Ter Haar digantungkan pada tempo tertentu lamanya, yang bisa menyebabkan hak beli kembalinya lenyap, hal mana menurut hukum adat tidak demikian (Ter Haar, 2013:90). Menurut Pemohon transaksi ini menarik karena tidak bergantung pada waktu, dan meskipun ada hak melekat pada penjual tetapi perbuatan hukumnya tidak menjadi satu, serta seandainya terjadi pembelian kembali dilakukan dengan harga yang sama, jadi memang bukan utang uang dalam jual-beli, tetapi memang jual-beli. Pembentuk UUPA saat itu mungkin hanya melihat pada praktik yang terjadi di pulau Jawa, tetapi tidak melihat praktik jual gadai di luar daerah pulau Jawa, sehingga melakukan generalisir bahwa gadai tanah adalah praktik “rentenir” yang menghisab petani dengan bunga pinjaman uang yang besar, sehingga dengan semangat *landreform* gadai tanah dihapuskan;

- 3.1.21. Bahwa dalam pandangan Pemohon sesungguhnya yang menghisab adalah prinsip *time value of money* dalam pinjaman atau sering disebut bunga. Dari pandangan tersebut uang dianggap memiliki nilai ketika dikaitkan dengan jalannya waktu, karena adanya anggapan yang bersifat spekulatif bahwa uang adalah kapital. Uang yang tadinya sebagai alat tukar, berubah fungsi menjadi instrumen investasi, karena itu lahir-lah konsep bunga atas uang. Konsep tersebut sesungguhnya tidak dikenal dalam hukum adat, karena hukum adat berasaskan kepada asas konkrit dan tunai. Asas konkrit mempunyai pengertian tiap-tiap perbuatan atau keinginan dalam hubungan-hubungan hukum tertentu harus dinyatakan dengan benda-benda berwujud. Tidak ada janji yang dibayar dengan janji, semuanya harus disertai tindakan nyata, tidak ada saling mencurigai satu dengan lainnya. Asas tunai berarti pemindahan atau peralihan hak dan kewajiban harus dilakukan pada saat yang bersamaan, yaitu peristiwa penyerahan dan penerimaan harus dilakukan secara serentak, hal ini dimaksudkan agar menjaga keseimbangan di dalam pergaulan

bermasyarakat. Berdasarkan asas ini, maka sulit dikatakan bahwa dalam masyarakat hukum adat berkembang prinsip *time value of money*. Transaksi-transaksi dalam adat khususnya tanah selalu berdasar pada keadaan riil, seandainya ada keuntungan dari transaksi tersebut harus didasarkan kepada keadaan riil atas sebab keuntungan tersebut, misal menurut Ter Haar salah satu transaksi terhadap tanah adalah terkadang dalam gadai tanah dilakukan perjanjian paruh hasil tanam (*deelbouw overeenkomst*) (Ter Haar, 2013 : 102), konsep ini seperti prinsip bagi hasil (hak usaha bagi hasil), seorang yang menyerahkan gadai tanah maka kepemilikan tanahnya telah beralih, namun karena tenaganya masih dapat digunakan sehingga ia mengikatkan diri dalam perjanjian bagi hasil atas penggarapan tanah tersebut dengan pemegang gadai. Hasil panen adalah kenyataan riil, berbeda dengan konsep pembunga atas uang. Jika dianalogikan dalam ekonomi syariah prinsip ini serupa dengan konsep *syirkah* atau dalam konteks yang rumit seperti *musyarakah mutanaqisah*. Namun, mengapa hak-hak tersebut justru hendak dihapuskan dalam Pasal 53 UUPA? Pola penguasaan tanah memang banyak berubah semenjak bangsa kolonial datang, sehingga menggeser pengertian-pengertian hak atas tanah yang ada pada hukum adat. Salah satunya semenjak kebijakan *landrente* oleh Raffles di pulau Jawa, pemungutan pajak atas tanah dikenakan terhadap perorangan dan dimulai sistem pembayaran pajak dengan uang. Setelah itu praktik penggunaan uang mulai dikenal luas, hingga berkembang pembunga atas uang (*rentenir*), banyak petani yang tidak memiliki tanah sawah sendiri akibat menggadaikan tanahnya, namun terbebani dengan utang yang berbunga-bunga yang mencekik petani. Atas dasar hal itulah pengertian gadai (hak gadai) menurut Perpu No. 56/1960 dilekatkan dengan utang uang yang merugikan petani, sehingga hak gadai tersebut dihapus di seluruh Indonesia;

- 3.1.22. Bahwa yang menarik adalah jika yang menghisab petani adalah “bunga”-nya seharusnya yang dihapus adalah bunga-nya, bukan hak kebendaan atas tanahnya. Berbeda dengan pelaksanaan gadai tanah di Nagari Campago yang hanya berlaku di lingkungan masyarakat tersebut, sehingga perpindahan tangannya tidak menyebabkan peralihan tanah di luar hak *matrilineal* atas tanah, sehingga hak gadai lebih sering bersifat tolong-

menolong dalam lingkungan kekeluargaan. Hal ini juga berfungsi untuk mengikat tanah adat agar tidak terlepas ke luar kepemilikan adat. Dapat dibayangkan jika hak gadai benar-benar dihapuskan dan dilaksanakan, ketika masyarakat tidak ada pilihan, terpaksa untuk mengajukan pinjaman ke perbankan, karena perbankan mensyaratkan jaminan atas tanah yang bersertipikat serta diikat dengan hak tanggungan, maka masyarakat segera melakukan sertifikasi menjadi hak milik, setelah mendapatkan sertipikat hak milik maka orang tersebut dapat menjaminkan tanah tersebut ke bank. Ketika terjadi gagal bayar, maka tanah sertipikat hak milik tersebut dapat dilelang oleh bank berdasarkan hak tanggungan. Pembeli lelang tentu dapat siapa saja, tidak harus masyarakat adat setempat, maka lambat laun tanah adat akan hilang secara perlahan. Hal ini tentu akibat dari kebijakan konversi dan penghapusan hak-hak yang lahir secara adat dalam UUPA. *Blunder* UUPA adalah mengakui hukum adat, tetapi sekaligus berupaya menghapus hak-hak adat.

- 3.1.23. Bahwa asas konkrit dan tunai dalam transaksi hukum adat untuk mempertahankan kohesi sosial menarik perhatian Pemohon, karena prinsip tersebut serupa dengan prinsip ekonomi syariah. Prinsip ekonomi syariah menekankan pentingnya aspek riil dan menghindari unsur spekulasi, karena itu prinsip syariah secara umum adalah larangan *riba*, *gharar*, *maisir*, dan transaksi terhadap objek yang diharamkan. Transaksi-transaksi dalam ekonomi syariah juga memiliki kemiripan dengan asas konkrit dan tunai yaitu dalam setiap transaksi wajib ada *underlying asset* yang menjadi dasar transaksi. Muhammad Taqi Usmani menyebutnya dengan *asset backed financing* (Taqi Usmani, 1998:12), karena itu transaksi berdasarkan prinsip syariah tidak berdasar atas perjanjian pinjam-meminjam uang yang melibatkan bunga (kredit). Transaksi berdasarkan prinsip syariah mengutamakan akad berbasis bagi hasil (*syirkah*), jual – beli (*bai'*), maupun sewa – menyewa (*ijarah*), karena itu dalam transaksi ekonomi syariah terdapat peralihan-peralihan hak atas benda secara riil untuk menghindari unsur spekulasi. Transaksi tanah menurut hukum adat seperti adanya jual gadai, jual lepas, *deelbouw overeenkomst* yang mana jual – beli/bagi hasil menjadi dasar transaksi-nya, dan karena mensyaratkan *underlying asset* memiliki kemiripan dengan ekonomi syariah yang juga bersifat konkrit.

Meskipun, tidak serta-merta dapat dikatakan identik, tetapi ada kemiripan berdasarkan unsur yang sama, oleh karena itu dapat dikatakan bahwa nilai-nilai dalam hukum adat meskipun perlahan-lahan tergerus oleh perkembangan zaman, bahkan hendak dihapuskan oleh UUPA, tetapi nilai tersebut ternyata tidak hilang seluruhnya, melainkan ber-retensi untuk kemudian ber-reaktivasi kembali dalam bentuk barunya, tanpa menghilangkan nilai – nilai yang baik (*ma'ruf*). Berdasarkan hal tersebut, menurut Pemohon ekonomi syariah adalah suatu sintesa atas perjalanan dialektis hak milik. Bahkan dialektika antara adat dan agama ini sudah dikenal dalam falsafah Minang yaitu “*Adat Basandi Sarak, Sarak Basandi Kitabullah*”. Transaksi ekonomi syariah sebagai dialektika memiliki kompleksitas sendiri yang mempengaruhi pemahaman terhadap hak milik itu sendiri, sebagaimana rumitnya memahami hakikat hak milik dalam hukum adat. Bahkan kompleksitas itu meluas tidak sebatas hanya antara subjek hukum adat yang umumnya bersifat teritorial dalam wilayah setempat, tetapi meluas, bahkan secara global. Meskipun subjek-nya berubah, tetapi nilai-nilai luhur dalam adat ternyata masih relevan. Inilah yang mendasari pemikiran Pemohon bahwa hak milik bukan suatu yang mutlak, tetapi suatu yang dinamis, yang terbentuk dalam hubungan intersubjektif yang kompleks, sesuatu yang *mulur - mungkret*,

- 3.1.24. Bahwa karena hak milik tidak bersifat mutlak, maka segala turunan atas hak milik pun tidak bersifat mutlak seperti perihal pendaftaran. falsafah Jawa yang menyatakan “*sedhumuk bathuk senyari bumi*” yang berarti untuk mempertahankan atau membela hak-hak atas tanah jika perlu seseorang sampai rela mengorbankan nyawanya memiliki konteks yang berbeda dengan pendaftaran. Term “nyawa” dengan term “mutlak” memiliki konteks kebenaran yang tidak serta-merta dapat dipersamakan. Penarikan kesimpulan dari “*sedhumuk bathuk senyari bumi*” ke pernyataan pendaftaran bersifat mutlak harus dilakukan secara hati-hati, karena menganalogikan “nyawa” terhadap “tanah” serta menyimpulkan kepada sifat “mutlak” atas pendaftaran berpotensi menciptakan penafsiran bahwa satu-satunya hak yang sah adalah yang terdaftar, sehingga harga atas sebuah pendaftaran adalah nyawa;

- 3.1.25. Bahwa konteks *sedhumuk bathuk senyari bumi* salah satunya seperti digunakan pada saat kerajaan Mataram terpecah menjadi kesultanan Surakarta dengan kesultanan Ngayogyakarta akibat adanya intervensi VOC, banyak penguasaan tanah yang hilang akibat pecahnya kerajaan tersebut. Selain itu, juga sering digunakan pada saat perang Diponegoro yang salah satunya akibat makam leluhur Diponegoro dipatok untuk pembangunan jalan. Falsafah tersebut sering digunakan dalam konteks “perang” atau “perlawanan” terhadap aneksasi. Ada unsur politik yang menjadi dasar untuk merebut kembali tanah yang dimilikinya, karena itu kontekstualisasinya harus dilihat apa urgensi menganalogikan nyawa dengan tanah, dalam kontestasi politik apa? Apakah dapat diterapkan dalam suatu konflik agraria antara privat dengan privat? Karena itu penafsirannya harus berpegang pada prinsip tidak dapat dikatakan sesuatu selalu benar, dengan berdasar kepada yang hanya benar pada keadaan tertentu (*ab uno disce omnes*);
- 3.1.26. Bahwa berdasarkan pandangan tersebut, maka harus dilihat pada konsep pendaftaran dalam UUPA sendiri, apakah memang bersifat mutlak atau tidak. Penjelasan Pasal 19 UUPA menerapkan sistem pendaftaran secara *rechts kadaster* yaitu suatu pendaftaran hak, oleh karenanya tanah yang dapat didaftarkan adalah tanah yang hak-nya diakui dalam Pasal 16 UUPA (asas tertutup), di luar hak itu, maka dilakukan konversi atau dihapuskan. UUPA adalah unifikasi, maka lambat laun seluruh hak-hak atas tanah yang ada di bumi Indonesia akan terunifikasi dalam bentuk hak-hak sebagaimana terdapat dalam UUPA. Namun, untuk memahaminya, Pemohon akan melihat pada keterkaitan antar pasal dalam UUPA. Pemohon mencoba melakukan analisa berdasarkan konsep dari H.L.A. Hart terkait bagaimana kaidah hukum sebagai aturan itu berlaku. Hal ini dapat dilihat pada pandangan H.L.A. Hart yang membagi kaidah menjadi kaidah primer (*primary rules*) dan kaidah sekunder (*secondary rules*). Kaidah primer adalah suatu kewajiban bagi masyarakat untuk berperilaku tertentu (*rules of obligation*). Bentuk umumnya adalah perintah, larangan, izin, dan dispensasi (kebolehan). Kaidah primer ini berlaku akibat adanya kaidah sekunder yang menentukan bagaimana kaidah primer itu diketahui, berubah, serta prosedur jika terdapat pelanggaran atas kaidah tersebut.

Kaidah sekunder ini terdiri dari: 1) kaidah pengakuan (*rules of recognition*) yaitu kaidah yang menetapkan kaidah mana yang di dalam sebuah masyarakat hukum tertentu harus dipatuhi, 2) kaidah perubahan (*rules of changes*) yaitu kaidah yang menetapkan bagaimana suatu kaidah dapat dirubah, 3) kaidah kewenangan (*rules of adjudication*) yaitu kaidah yang menetapkan oleh siapa dan dengan melalui prosedur yang mana kaidah ditetapkan. Pemahaman akan kesatuan antara kaidah primer dengan kaidah sekunder ini lah yang menjadi penting untuk memahami bagaimana suatu aturan dapat berlaku, dan kesatuan kaidah inilah yang menjadi jantung atas peraturan tersebut;

- 3.1.27. Bahwa selain kaidah – kaidah tersebut, Bruggink juga menambahkan adanya suatu kaidah penilaian atau yang sering disebut dengan asas hukum. Namun, Bruggink lebih menyebutnya bukan sebagai kaidah, tetapi sebagai meta-kaidah. (Bruggink, 2015 :119). Meta-kaidah ini penting untuk menilai bagaimana keberlakuan asas-asas hukum dalam pengaturan hukum benda yang akan Pemohon sampaikan setelah didapatkan kesatuan antara kaidah primer dan sekunder sebagaimana dimaksud Hart;
- 3.1.28. Bahwa untuk melakukan analisa, Pemohon menempatkan Pasal 23 ayat (1) UUPA sebagai kaidah primer, yaitu suatu kaidah yang memberikan perintah/suatu keharusan bagi pemegang hak milik untuk mendaftarkan hak-nya, kaidah ini mengikat kepada masyarakat untuk berperilaku demikian.

Pasal 23 UUPA

Hak milik, demikian pula setiap peralihan, hapusnya dan pembebanannya dengan hak-hak lain **harus didaftarkan** menurut ketentuan – ketentuan yang dimaksud Pasal 19.

Untuk melihat bagaimana kaidah ini dapat berlaku, maka perlu dilihat pada kaidah sekunder yaitu pertama, *rules of recognition* sebagai kaidah yang menetapkan kaidah hukum apa yang sebenarnya mengatur tentang hak milik, kedua *rules of changes* apakah kaidah yang mengatur mengenai hak milik dapat dirubah kemudian, ketiga *rules of adjudication* yaitu kepada siapa kaidah hukum ini memberikan kewenangan untuk menentukan kaidah kewajiban ini diterapkan, yaitu terkait keharusan hak milik ini didaftarkan. Pemohon mencoba menentukan kaidah – kaidah tersebut sebagai berikut:

1) *Rules of recognition*

Pasal 5 UUPA

Hukum agraria yang berlaku atas bumi, air dan ruang angkasa ialah hukum adat, sepanjang tidak bertentangan dengan kepentingan nasional dan Negara, yang berdasarkan atas persatuan bangsa, dengan sosialisme Indonesia serta dengan peraturan-peraturan yang tercantum dalam Undang-undang ini dan dengan peraturan perundangan lainnya, segala sesuatu dengan **mengindahkan unsur-unsur yang bersandar pada hukum agama**.

Pasal 56 ayat (1) UUPA

Selama Undang-undang mengenai hak milik sebagai tersebut dalam pasal 50 ayat (1) belum terbentuk, maka yang berlaku adalah ketentuan-ketentuan hukum adat setempat dan peraturan-peraturan lainnya mengenai hak-hak atas tanah yang memberi wewenang sebagaimana atau mirip dengan yang dimaksud dalam pasal 20, sepanjang tidak bertentangan dengan jiwa dan ketentuan-ketentuan Undang-undang ini.

Berdasarkan pasal ini, sesungguhnya UUPA tidak mengatur secara detail mengenai hak milik, hal ini mengingat pula bahwa UUPA hanya mengatur pokok-pokoknya saja (*moederwet*), sehingga detail pengaturan mengenai hak milik diserahkan kembali kepada hukum adat. Inilah sebagai kaidah pengakuan yang menetapkan hukum apa yang berlaku bagi pengaturan hak milik yaitu hukum adat. Bahkan kaidah ini oleh pakar hukum agraria di Indonesia ditetapkan menjadi suatu asas, yaitu asas pengakuan terhadap hukum adat.

2) *Rules of changes*

Pasal 50 ayat (1) UUPA

Ketentuan-ketentuan lebih lanjut mengenai hak milik diatur dengan Undang-undang.

Berdasarkan *rules of recognition* hukum adat adalah hukum yang mengatur tentang hak milik karena UUPA sendiri hanya mengatur hal-hal yang bersifat pokok saja. Namun, kaidah tersebut dapat dirubah, karena hak milik diperintahkan untuk diatur lebih lanjut dalam undang-undang, sehingga undang-undang baru yang mengatur hak milik akan menjadi kaidah baru yang mengatur tentang hak milik. Bahwa UUPA telah memerintahkan untuk dibentuk undang-undang hak milik semenjak tahun 1960, namun mengapa hingga tahun 2021 tidak ada undang-undang yang

dimaksud? Maka karena belum adanya perubahan terhadap kaidah tersebut, berdasarkan Pasal 56 ayat (1) UUPA adalah beralasan hukum jika pemegang hak milik untuk mengakui hukum adat sebagai hukum yang mengatur.

3) *Rules of adjudication*

Pasal 19 ayat (3) UUPA

Pendaftaran tanah diselenggarakan dengan mengingat keadaan Negara dan masyarakat, **keperluan lalu-lintas sosial ekonomi** serta kemungkinan penyelenggaraannya, **menurut pertimbangan Menteri Agraria.**

Pasal 23 UUPA merupakan kaidah perintah, namun pelaksanaannya juga merujuk kembali kepada Pasal 19 UUPA yang mana Pasal 19 UUPA memberikan penugasan kepada Pemerintah untuk melakukan pendaftaran. Pasal 19 UUPA memberikan kewenangan dalam pelaksanaan pendaftaran termasuk dalam Pasal 19 ayat (3) UUPA memberikan kewenangan untuk menentukan bagaimana pendaftaran itu dilakukan, termasuk apakah mungkin dilaksanakan atau tidak. Pasal ini membuka ruang bahwa pendaftaran adalah mungkin untuk tidak dilaksanakan dengan memperhatikan kondisi tertentu yang kewenangannya diberikan kepada menteri Agraria. Menariknya baru-baru ini mengingat rumitnya persoalan pertanahan di Sumatera Barat, Pemerintah melakukan terobosan hukum dengan sistem “pencatatan”, menurut Pemerintah tidak seperti penerbitan Sertipikat tanah pada umumnya.

Berdasarkan penentuan kaidah sekunder di atas, maka untuk memahami jantung UUPA perlu diperhatikan kesatuan antara kaidah primer dengan kaidah sekunder dalam UUPA tersebut. Pasal 23 UUPA memang memerintahkan dengan kata “harus”, namun apakah makna “harus” tersebut bersifat mutlak atau tidak harus dilihat pada kaidah sekundernya. Pasal 5 dan Pasal 56 ayat (1) UUPA mengakui hukum adat adalah hukum yang mengatur mengenai hak milik, terlebih ketika UU hak milik itu sendiri belum ada, maka harus dilihat pada hukum adat apakah pendaftaran merupakan suatu kewajiban mutlak atau tidak? Jika tidak maka sifat mutlak itu sendiri hilang. Namun, sifat mutlak itu bisa kembali muncul ketika UU hak milik telah diundangkan jika konsep yang diterapkan adalah hak milik

itu sendiri bersifat mutlak (terlepas apakah konsep hak milik tersebut konstitusional dan relevan atau tidak). Namun, sampai dengan saat ini UU hak milik belum diundangkan, sehingga dapat dikatakan konsep hak milik sebenarnya adalah konsep yang belum final, lalu mengapa pendaftaran hak milik dilekatkan sifat mutlak jika UU sendiri belum mengetahui hak milik itu sendiri bagaimana pengaturannya? Bahkan UUPA sendiri belum mampu menjawab persoalan hak milik atas tanah di Bali maupun di Sumatera Barat, konsep hak milik apa yang digunakan? Bagaimana hubungan – hubungan hukum yang telah terjadi di antara masyarakat, apakah dihapuskan sebagaimana hak gadai yang telah dihapuskan dan *druwe desa* yang telah dikonversi? Tidak ada konsep matang dan terperinci tentang hak milik dalam UUPA yang dapat menjawab, lalu bagaimana hak tersebut mau didaftarkan? Kemungkinan besar hanya akan menimbulkan konflik berkepanjangan jika harus dipaksakan. Selain itu, melalui Pasal 19 ayat (3) UUPA juga memberikan kewenangan kepada menteri Agraria untuk memungkinkan tidak dilaksanakan pendaftaran berdasarkan kondisi tertentu (salah satunya lalu lintas ekonomi), dengan demikian jantung UUPA sebagai kesatuan antara kaidah primer dengan kaidah sekunder sesungguhnya adalah pendaftaran hak milik itu sendiri sebenarnya tidak bersifat mutlak, ada factor-faktor tertentu yang menjadikannya untuk dikesampingkan atau tidak dilaksanakan;

- 3.1.29. Bahwa selanjutnya Pemohon akan melakukan analisa terhadap asas-asas hukum benda yang berlaku seperti asas sistem tertutup, asas *dwingend*, maupun asas publisitas (*openbaarheid*) terhadap kaidah-kaidah dalam UUPA. Namun, yang paling pokok adalah asas sistem tertutup yaitu hak-hak atas benda bersifat limitatif, terbatas hanya pada yang diatur undang-undang. Di luar itu dengan perjanjian tidak diperkenankan menciptakan hak-hak yang baru. Asas *dwingend* bergantung pada asas sistem tertutup, karena jika hak atas benda itu sendiri tidak diakui undang-undang, maka aturan apa yang dapat memaksa hak tersebut tentu tidak ada. Asas publisitas juga bergantung pada asas sistem tertutup, karena jika hak atas benda itu sendiri tidak diakui undang-undang, lalu apa yang mau dipublikasikan-pun tidak ada. Berdasarkan hal tersebut, maka penentuan

hak atas benda apa saja yang dapat diakui undang-undang dan bagaimana keberlakuan asas ini terhadap kaidah dalam UUPA menjadi penting;

- 3.1.30. Bahwa Pemohon memulai dengan pengertian asas hukum menurut Bruggink yaitu asas hukum adalah kaidah yang memuat ukuran (kriteria) nilai. Asas hukum itu berfungsi sebagai meta-kaidah terhadap kaidah perilaku karena menentukan interpretasi terhadap aturan hukum dan wilayah penerapan aturan tersebut, tetapi asas hukum juga pedoman bagi perilaku, walaupun dengan cara yang kurang langsung jika dibandingkan dengan kaidah perilaku. Selanjutnya dikatakan asas hukum bersifat umum, sedangkan kaidah perilaku bersifat khusus, sehingga wilayah penerapan asas hukum lebih luas. Dari pandangan Bruggink dapat disimpulkan pada intinya adalah asas hukum berfungsi untuk menentukan interpretasi terhadap kaidah hukum sehingga wilayah penerapan kaidah hukum itu jelas. Selain itu, Bruggink juga menyatakan bahwa asas hukum dapat kehilangan keberlakuan karena ukuran nilai yang terkandung di dalamnya juga dapat mengalami perubahan. Dalam hal terdapat dua asas hukum yang hendak digunakan dalam kasus tertentu, maka harus ditimbang-timbang asas hukum yang mana yang memiliki bobot paling besar (relevan). (Bruggink, 2015 :127);
- 3.1.31. Bahwa berdasarkan pandangan Bruggink, Pemohon berpendapat untuk menentukan asas hukum yang berlaku dapat dilihat dari sifat ke-umumannya, semakin umum maka wilayah penerapannya semakin luas, namun relevansi terhadap kenyataan semakin sulit ditentukan. Oleh karenanya, asas hukum tersebut memerlukan asas hukum yang lebih spesifik atau dapat juga dikesampingkan jika benar – benar tidak memiliki relevansi. Yang terpenting adalah asas hukum tersebut dapat memberikan interpretasi yang jelas terhadap kasus tertentu, sehingga tidak bersifat multitafsir yang malah akan menciptakan ketidakpastian. Pemohon mencoba mengimplementasikan hal tersebut terhadap asas hukum benda bersifat tertutup untuk mendapatkan pengertian hak milik dalam kaidah UUPA. Apakah asas tersebut dapat berdiri sendiri atau tidak.

Asas Umum	: Hak milik atas tanah adalah apa yang dinyatakan dalam undang-undang.
Kaidah Dalam UUPA	: Hak milik atas tanah berdasar pada hukum adat (Pasal 5 dan Pasal 56 ayat (1) UUPA,

hal ini juga sebagai asas karena bersifat pengakuan)
 Kenyataan Sosial : Hak milik atas tanah dalam hukum adat bukan hak seperti yang dinyatakan dalam undang – undang.

Asas sistem tertutup jika dikaitkan dengan kaidah-kaidah dalam UUPA ketika hendak mencari pengertian hak milik menjadi suatu pengertian yang sirkuler atau bahkan dapat menjadi *contradictio in terminis*. Di satu sisi pasal 5 dan Pasal 56 ayat (1) UUPA mengakui hukum adat adalah hukum yang mengatur hak milik, tetapi sebagai kenyataan sosial hak milik dalam UUPA tidak sesuai dengan yang ada di masyarakat. Jika asas sistem tertutup digunakan sebagai asas yang berdiri sendiri dan mutlak, maka yang terjadi adalah hak atas tanah seperti *druwe desa* dikonversi menjadi hak milik, serta hak gadai dihapuskan, karena tidak sesuai dengan hak milik dalam UUPA. Asas sistem tertutup bersifat terlalu umum. Hal ini dapat dilihat dari intensi (komprehensi) nya tidak memiliki ekstensi yang jelas, atau tidak memiliki keterkaitan dengan ekstensi, sehingga intensinya menjadi determinan terhadap konsep lainnya. Bagaimana asas ini digunakan sebagai arah (interpretasi) untuk memberikan pengertian terhadap kaidah hukum jika intensinya tidak dapat menjelaskan lingkup ekstensinya? Sehingga menjadi yang memberikan arah bukan asasnya, tetapi justru tergantung kemauan pembentuk undang – undang itu sendiri atau kepentingan politik. Untuk lebih jelas dapat dilihat dari perkembangan politik akan hak milik itu sendiri:

- 1) Pada masa feodalisme hak milik atas tanah dimiliki oleh kaum bangsawan, jadi hukum berfungsi untuk melindungi pemilik tanah (bangsawan) dengan memungut pajak/sewa dari yang menggunakan tanah;
- 2) Pada masa setelah revolusi industri di Inggris, ide liberalisme (individu) tumbuh sehingga hak milik individu meningkat menggantikan *open field system* (tanah garapan bersama);
- 3) Belanda memiliki pengaruh dari Perancis yang saat itu juga terpengaruh secara kuat dengan ide liberalisme (individu) pada saat revolusi Perancis, sehingga ide-ide liberal tumbuh di Belanda;

- 4) Sesuai asas konkordansi Belanda menerapkan hukum di Belanda untuk diterapkan di Hindia Belanda, termasuk aturan terkait dengan tanah di mana dianut asas *domainverklaring* yaitu terhadap tanah yang tidak dapat dibuktikan dengan *eigendom* adalah milik negara, atas dasar ini banyak tanah-tanah dimiliki negara kemudian diberikan kepada perusahaan perkebunan barat;
- 5) Tumbuhnya kapitalisme akibat industrialisasi menimbulkan ketimpangan sosial yang tinggi, hingga akhirnya paham sosialisme komunisme berkembang, di mana hak milik individu “dihilangkan” digantikan dengan kepemilikan bersama oleh kaum buruh (direpresentasikan oleh negara).

Berdasarkan perkembangannya, pengertian hak milik dideterminasi oleh keadaan politik tertentu. Ketika asas yang digunakan raja adalah mandat Tuhan sehingga yang berhak sebagai pemilik atas tanah adalah raja seperti dalam sistem feodal, maka pengertian hak milik tersebut ada pada raja (kaum bangsawan). Ketika asas yang digunakan adalah liberalisme individualisme, maka pengertian hak milik tersebut ada pada individu. Ketika asas yang digunakan adalah sosialisme komunisme, maka pengertian hak milik tersebut ada pada negara. Bagaimana asas sistem tertutup dapat dikatakan sebagai asas yang memberikan interpretasi sedangkan pengertiannya determinan terhadap kepentingan politik tertentu. Jika asas sistem tertutup tujuannya adalah untuk memberikan kepastian, bukankah semua undang-undang tujuannya untuk memberikan kepastian. Jika demikian, maka asas tersebut cukup dimasukkan sebagai tri asas hukum formal sebagaimana dimaksud Meuwissen yaitu 1) asas konsistensi logikal, 2) asas kepastian, dan 3) asas persamaan. (Bruggink, 2015:136). Karena asas tertutup sifatnya terlalu umum, maka asas pengakuan terhadap hukum adat memiliki bobot yang lebih berat (relevan) untuk diterapkan, dengan demikian pengertian hak milik menjadi lebih luas dibanding pengertian hak milik dalam UUPA, atau dengan kata lain hak milik dalam UUPA tidak bersifat doktriner karena masih terbuka terhadap konsep yang lebih luas;

- 3.1.32. Bahwa dengan dasar pemikiran filsafat demikian serta kenyataan sosial terkait kompleksnya hak atas tanah yang ada di Indonesia, maka kita akan

terbuka bagaimana konsep hak manfaat (*equitable interest*) serta konsep *overriding interest* sebagaimana yang telah diterapkan di negara *common law* menjadi suatu kemungkinan untuk diterapkan di Indonesia untuk menguraikan kompleksitas antinomi hak milik dalam UUPA dengan hukum adat serta dengan perkembangan transaksi ekonomi termasuk transaksi perbankan syariah;

3.2. HAK MANFAAT DALAM SISTEM HUKUM DI INDONESIA

Konsep Hak Manfaat (*Equitable Interest*) Dalam *Trust*

3.2.1. Bahwa untuk memulai dalam menguraikan konsep hak manfaat, Pemohon mengutip terlebih dahulu pandangan William Blackstone:

There is nothing which so generally strikes the imagination, and engages the affections of mankind, as the right of property; or that **sole and despotic dominion** which one man claims and exercises over the external things of the world, in total exclusion of the right of any other individual in the universe. (Alison Clarke & Paul Kohler, 2005:183)

William Blackstone mengistilahkan hak milik sebagai *sole and despotic dominion*, yang dimaksud adalah sebagai hak yang mutlak yang dapat mengeklusifkan seseorang terhadap benda-nya dari yang lain (*rights in rem*). Hal tersebut dapat terjadi ketika pikiran kita secara *a priori* menganggap bahwa hak milik adalah *natural rights* sebagai hak yang dapat dilepaskan dalam konteks waktu. Segala kehendak manusia terhadap benda adalah pertautan antara perbuatan dalam kenyataan dengan *natural rights* yang dianggap ada dalam pikiran. Pandangan tersebut ternyata menjadi sebuah *despotic*, karena melepaskan benda dalam konteks waktu menyebabkan dominasi subjek terhadap dunia nya secara berlebihan yang hingga akhirnya berpotensi terjadinya *over eksploitasi*;

3.2.2. Bahwa selanjutnya seiring dengan perkembangan pemikiran, pemahaman hak milik sebagai *sole and despotic dominion* mulai berubah menjadi *bundle of rights*. Konsep ini mempunyai arti hak milik adalah sekumpulan hak – hak yang dapat terpecah dan menyatu kembali. Proses menjadi *bundle of rights* melewati tahap hubungan hukum yang kompleks dalam masyarakat yang mempunyai hubungan yang setara. Konsep ini yang memungkinkan dalam suatu hak milik terdapat beberapa kepemilikan (*dual ownership*). Hak manfaat adalah suatu konsep *dual ownership*, yaitu hak kebendaan yang melekat pada hak kebendaan yang terdaftar menurut undang-undang. Undang- Undang Nomor 19 Tahun 2008 tentang Surat Berharga Syariah

Negara (Lembaran Negara Nomor 70 Tahun 2008) (UU SBSN) (**Bukti P-13**) dalam Pasal 1 angka 16 memberikan pengertian hak manfaat yaitu *hak untuk **memiliki dan mendapatkan hak penuh atas pemanfaatan suatu aset tanpa perlu dilakukan pendaftaran atas kepemilikan dan hak tersebut.*** Hak manfaat berbeda dengan hak – hak lain yang ada di UUPA seperti HGB, Hak Pakai, maupun Hak Sewa karena pengertian hak tersebut dalam UUPA lebih kepada manfaat sebagai *usufructuary*. Manfaat dalam pengertian hak manfaat lebih kepada *equitable interest*, karena esensinya adalah hak di luar hak yang terdaftar, jadi merupakan hak yang tidak ada padanannya pada UUPA. Hal ini karena pengertian hak manfaat tersebut esensinya adalah “*tanpa perlu dilakukan pendaftaran*”, yaitu sebagai negasi dari UUPA itu sendiri;

- 3.2.3. Hak manfaat sebagai *equitable interest* merupakan hak yang telah lama dikenal dalam sistem *common law*. Bermula pada abad 13, Raja Edward I di Inggris memerintahkan untuk dibentuk *Court of Chancery* untuk melihat nilai keadilan yang ada pada masyarakat. Putusan *Court of Chancery* ini ternyata sangat berpengaruh dalam sistem hukum di Inggris, kekakuan sistem *common law* tidak dapat mengatasi masalah keadilan di masyarakat, karena itu pengakuan terhadap lembaga ini sangat tinggi. Prinsip – prinsip keadilan yang lahir dari putusan *Court of Chancery* ini yang dinamakan dengan *equity*. (Philip H. Pettite, 2009:2). Salah satu yang paling berpengaruh dari *equity* adalah lahirnya lembaga *trust*. *Trust* bermula dari banyaknya bangsawan Inggris yang pergi meninggalkan tanah Inggris. Sistem pertanahan pada masa feodal Inggris bersifat patriarki dan hak nya melekat pada bangsawan. Ada kekhawatiran jika bangsawan tersebut pergi, hak atas tanah tersebut tidak dapat dimanfaatkan kepada keluarganya yang tidak bisa mendapatkan hak atas tanah menurut *common law*, oleh karenanya dibentuk suatu perjanjian *trust*, yaitu bangsawan tersebut menyerahkan tanah tersebut kepada pihak lain yang berhak menerima hak atas tanah untuk kepentingan pihak yang ditunjuk oleh pihak yang menyerahkan tanah. Ada tiga pihak dalam suatu perjanjian *trust* yaitu pihak yang memiliki *absolute title (settlor)* yang menyerahkan benda kepada pihak yang menerima *legal title (trustee)* untuk kepentingan pihak yang ditunjuk *settlor* yaitu *beneficiary* sebagai pemegang *equitable title*;

3.2.4. Bahwa *trust* terus berkembang seiring dengan perkembangan zaman. Fungsi *trust* di Inggris semula hanya berlaku pada tanah kemudian berkembang kepada aset-aset selain tanah, seperti aset finansial. Bentuk *trust* juga bervariasi, tidak sesederhana perjanjian *trust* sebagaimana pada awal munculnya. Dalam bentuk paling sederhana, seperti yang dalam contoh pada awal terjadinya disebut dengan *express trust*, yaitu antara *settlor*, *trustee*, dan *beneficiary* jelas kedudukannya dan dinyatakan secara jelas, sehingga tidak sulit untuk menentukan apakah aset tersebut berada dalam *trust* atau tidak. Bentuk kedua adalah *resulting trust* yaitu *settlor* telah mendeklarasikan aset yang dimilikinya ke dalam *trust*, dan *trustee* juga telah menerima penyerahan aset tersebut, hanya saja dalam pernyataan *trust* tidak dijelaskan secara jelas siapa yang akan menjadi *beneficiary*. Dalam kasus terjadinya *resulting trust*, pada umumnya *beneficiary* akan kembali kepada *settlor*, namun umumnya hakim yang menentukan pada kasus-kasus tertentu siapa yang berhak menjadi *beneficiary*. Selanjutnya terdapat bentuk *constructive trust* yaitu *trust* yang terjadi karena hukum (“*by operation of law*” /pengertian hukum dalam *common law* lebih kepada pengertian putusan hakim). *Constructive trust* memiliki kerumitan tersendiri karena terjadi bukan karena ada kesepakatan yang jelas antara para pihak, tetapi karena ada keadaan tertentu yang menurut hukum terjadi *trust*. Dalam konteks pembentukan *constructive trust* dalam hak atas tanah, umumnya terjadi dalam bentuk:

- 1) *by common intention by their conduct in contributing jointly to the purchase price or mortgage over a property;*
- 2) ***by entering into a contract for the transfer of rights in land there is an automatic transfer of the equitable interest in that land as soon as there is a binding contract in effect;***
- 3) *by entering into negotiation for a joint venture to exploit land and subsequently seeking to exploit that land alone when those negotiations had precluded the claimant from exploiting any interest in that land.* (Alastair Hudson, 2001:95);

3.2.5. Bahwa prinsip yang penting untuk menentukan terjadinya *constructive trust* adalah pengetahuan (*knowledge*) akan adanya hak *beneficiary* (*equitable interest*) atas aset yang dimiliki oleh pemegang hak tersebut, serta itikad

(*conscience*) dari pemegang hak (*legal title/trustee*). Hakim pada umumnya untuk menentukan apakah suatu aset menjadi suatu *constructive trust* dengan melakukan penyelidikan apakah ada pengetahuan dari *trustee* dan itikad buruk (*unconscionable*) dari *trustee* yang menyebabkan kerugian bagi *beneficiary* yang didasari pada *common intention* atau perikatan – perikatan yang tersirat yang menimbulkan hak bagi *beneficiary*, sehingga pihak yang dirugikan mempunyai *legal standing* sebagai pemegang *equitable title* untuk mengklaim aset tersebut. Pemahaman akan terbentuknya *constructive trust* ini berguna untuk memahami bagaimana suatu transaksi yang rumit bisa menimbulkan hak kebendaan (*rights in rem*) bagi pihak tertentu, dan untuk memahami bagaimana hukum dapat menjamin antara para pihak untuk mendapatkan hak-nya secara adil;

- 3.2.6. Bahwa pada prinsipnya *equitable interest* didasarkan kepada itikad baik para pihak agar tidak terjadi ketidakadilan atas penguasaan benda oleh pihak tertentu. Meskipun secara *legal* pemegang hak tersebut sebenarnya telah mendapatkan berdasarkan alas hak yang sah, *equity* menggali lebih dalam lagi kepada intensi para pihak sehingga keadilan benar – benar dapat tercapai. Dalam sistem *common law*, hakim yang menentukan bagaimana keadilan itu bisa diciptakan meskipun sistem hukum tidak mengatur hal tersebut, jadi *equity* berfungsi menembus nilai keadilan yang tidak dapat dicapai oleh sistem hukum yang kaku. Berdasarkan hal tersebut dalam *equity* terdapat lembaga *estoppel*. *Estoppel* adalah suatu prinsip yang digunakan untuk memberikan perlindungan hukum dalam menentukan kompensasi apa yang dapat diberikan kepada pihak yang dirugikan. *Estoppel* juga bermacam-macam, ada ***promissory estoppel*** yaitu suatu prinsip untuk memberikan perlindungan hukum kepada pihak yang dirugikan apabila pihak lainnya menghindar dari apa yang telah dijanjikannya kepada pihak yang dirugikan itu, perlindungan hukum ini juga diberikan pada fase pra-kontrak. Prinsip ini berguna untuk menentukan kerugian dan kompensasi apa yang dapat diberikan ketika seseorang diberikan janji tertentu tetapi tidak dilaksanakan hingga menyebabkan kerugian, meskipun janji tersebut belum dalam bentuk perjanjian formal menurut hukum yang berlaku. Selanjutnya juga terdapat *propriety estoppel* yang lebih fokus kepada kerugian terkait dengan hak - hak kebendaan

terhadap benda tertentu. Prinsip *propriety estoppel* ini yang berlaku diterapkan dalam suatu benda yang melekat di dalamnya suatu *trust*. Fungsi ***propriety estoppel*** yaitu: 1) *Preventing claimants from suffering detriment*, 2) *Creating rights in property*, 3) *Circumventing statutory formalities to achieve fairness*. (Alastair Hudson, 2001: 105). Pemohon akan menjelaskan kemudian bagaimana prinsip – prinsip *equity* ini berlaku untuk menciptakan keadilan dalam transaksi perbankan syariah, karena sifat – sifat dalam transaksi perbankan syariah yang rumit dan kompleks seperti adanya akad, *wa'ad*, konversi akad, multi akad, serta *underlying asset* dalam suatu transaksi, yang sulit dilihat dari kacamata *civil law*,

Penerapan Hak Manfaat Di Indonesia

- 3.2.7. Bahwa konsep *beneficial ownership* atau hak manfaat sesungguhnya sudah diadopsi di Indonesia. Bahkan secara tegas Bank Indonesia menerbitkan Peraturan Bank Indonesia Nomor 14/17/PBI/2012 tentang Kegiatan Usaha Bank Berupa Penitipan Dengan Pengelolaan (*Trust*). Bahkan Pasal 1 PBI 14/17/PBI/2012 secara tegas memberikan definisi *trust* sesuai dengan konsep *express trust* pada *common law* (**Bukti P-14**);
- 3.2.8. Bahwa kebutuhan konsep *dual ownership* dalam kegiatan transaksi ekonomi memang semakin dibutuhkan. Namun, *trust* yang dapat dilakukan masih sebatas terhadap aset finansial seperti pada PBI 14/17 /PBI/2012. Penerapan *trust* pada benda tidak bergerak atau tanah masih merupakan suatu yang “tabu” di Indonesia mengingat tradisi hukumnya adalah *civil law* yang tidak mengenal konsep *dual ownership*. Namun, sesungguhnya Indonesia sudah mengakui konsep *dual ownership* bisa dilakukan terhadap tanah, tetapi masih terbatas terhadap tanah negara dalam rangka penerbitan *sukuk* negara. Hal ini telah diakui dalam Pasal 1 angka 16 UU SBSN yang mengakui “Hak Manfaat” (*Equitable Title/Beneficial Ownership*) sebagai hak kepemilikan yang dapat dialihkan tanpa perlu didaftarkan. Hal ini dilakukan karena atas barang milik negara menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara, barang milik negara tidak dapat dialihkan/dijadikan jaminan ketika sedang dalam suatu kerja sama, maka dari itu dalam *sukuk negara* yang dialihkan bukan lah *legal title*

dari barang milik negara tetapi hak manfaat dari barang milik negara. Dalam penjelasan pasal 11 UU SBSN dikatakan pemindahtanganan barang milik negara tersebut bersifat khusus dan berbeda dengan pemindahtanganan barang milik negara sebagaimana dimaksud dalam UU Perbendaharaan Negara, maka dapat dikatakan bahwa UU SBSN menjadi *lex specialis* dari UU Perbendaharaan Negara;

3.2.9. Bahwa Pasal 11 ayat 1 dan Pasal 10 ayat (2) UU SBSN menyatakan:

Pasal 11 ayat (1)

Penggunaan Barang Milik Negara sebagai Aset SBSN sebagaimana dimaksud dalam Pasal 10 ayat (2) dilakukan Menteri dengan cara **menjual atau menyewakan Hak Manfaat atas Barang Milik Negara** atau cara lain yang sesuai dengan Akad yang digunakan dalam rangka penerbitan SBSN.

Pasal 10 ayat (2)

(2) Aset SBSN sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat berupa: a. **tanah dan/atau bangunan**; dan b. selain tanah dan/atau bangunan.

Berdasarkan pasal tersebut, maka *dual ownership* sesungguhnya sudah dapat diterapkan terhadap benda tidak bergerak atau tanah. Dalam konteks penggunaan tanah negara Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 001-021-022/PUU-I/2003 halaman 333 menyatakan:

“konsepsi kepemilikan perdata itu sendiri harus diakui sebagai salah satu konsekuensi logis penguasaan oleh negara yang mencakup juga pengertian kepemilikan publik oleh kolektivitas rakyat atas sumber-sumber kekayaan dimaksud.”

Dalam konteks negara sebagai subjek hukum perdata, maka hak menguasai negara menjadi sebuah hak pengelolaan yang diberikan kepada badan-badan negara untuk bertindak sebagai subjek hukum perdata. Terhadap hak pengelolaan tersebut, maka wajib dilakukan pendaftaran sebagaimana amanat dari Pasal 19 UUPA *juncto* Pasal 11 ayat (1) Peraturan Pemerintah Nomor 18 Tahun 2021 Tentang Hak Pengelolaan, Hak Atas Tanah, Satuan Rumah Susun, Dan Pendaftaran Tanah (PP 18/2021) (**Bukti P-15**) yang menyatakan: “*Hak Pengelolaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 10 wajib didaftarkan pada Kantor Pertanahan.*”, maka tanah negara adalah objek yang wajib didaftarkan, namun karena konteks *sukuk* negara yang digunakan adalah konsep hak manfaat maka tidak perlu ada peralihan *legal title*, cukup peralihan *equitable title*, di mana

bukti kepemilikan investor cukup bukti kepemilikan atas porsi aset yang dicatatkan dalam lembaga kustodian pasar modal;

Hak Manfaat Sebagai *Overriding Interest* Yang Dilindungi Undang-Undang

- 3.2.10. Bahwa sejarah pertanahan di Inggris memiliki kompleksitas tersendiri. Konsep yang terbuka dan adanya *equity* menyebabkan sulitnya untuk mendefinitifkan hak-hak yang ada di atas tanah. Oleh karena itu, ketika menerbitkan *Land Registration Act* tahun 1925 hak-hak yang telah ada tidak dihapuskan atau tidak dikonversi melainkan tetap diakui sebagai *overriding interest*. *Overriding interest* mempunyai pengertian yaitu hak yang melekat pada hak atas tanah yang terdaftar meskipun hak tersebut tidak muncul di dalam pendaftaran dan *overriding interest* mengikat bagi pemegang hak atas tanah yang terdaftar tersebut. Pada tahun 2002, *Land Registration Act* mengalami perubahan menjadi *Land Registration Act 2002* (LRA 2002), dan *overriding interest* masih diakui sebagaimana diatur *schedule I LRA 2002*;
- 3.2.11. Bahwa salah satu penyebab *overriding interest* diakui menurut Alison Clarke dan Paul Kohler dalam buku *Property Law* adalah: “*the attempt of the legislator to anticipate the most obvious instance of the problem endemic in formality, 2) and there are some **transient interests**, too trivial or fleeting or too numerous, that should not be put on the register, either because it would be a waste of resources or because it would impose **too heavy an administrative burden on the Land Registry**.* (Alison Clarke & Paul Kohler, 2005:555);
- 3.2.12. Bahwa Konsep *transient interest* (hak yang bersifat sementara) sesungguhnya ada dalam UUPA sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 16 ayat (1) huruf h UUPA yang menyatakan: “*hak-hak lain yang tidak termasuk dalam hak-hak tersebut diatas yang akan ditetapkan dengan undang-undang serta **hak-hak yang sifatnya sementara** sebagai yang disebutkan dalam **pasal 53**”.* Namun, sayangnya dalam Pasal 53 UUPA, hak-hak tersebut yang bersifat sementara justru harus dihapuskan dalam waktu singkat. Melalui Perpu Nomor 56/1960 hak gadai-pun kemudian dihapuskan. Konsep *transient interest* di dalam UUPA berbeda dengan *overriding interest* dalam LRA 2002. Dalam *overriding interest* hak-haknya justru diakui, hanya *overriding interest* diberikan perlakuan yang berbeda dengan hak atas tanah yang harus dilakukan pendaftaran (*registration*).

Dalam LRA 2002, *overriding interest* cukup dicatatkan (*notice*) saja baik melalui *agreed notice* maupun *unilateral notice*. Meskipun *overriding interest* tidak harus didaftarkan dan hak nya melekat pada hak atas tanah yang terdaftar, namun *overriding interest* tidak harus terjadi karena *trust*. Hal ini dapat dilihat bahwa salah satu *overriding interest* dalam *Schedule I* seperti *short lease*, *customary rights*, dan *actual possession* (penguasaan nyata). Pengertian *trust* adalah adanya *settlor*, *trustee*, dan *beneficiary*, tetapi *overriding interest* tidak perlu ada hal tersebut. Namun, *trust* bisa menjadi *overriding interest*, sebagai contoh *equitable interest* yang lahir dari *constructive trust*, meskipun tidak ada perjanjian *trust*, tetapi *equitable interest* itu dapat meng-*override* pemilik *legal title* tanah tersebut, misalnya dikarenakan adanya *actual possession* dari pemegang *equitable interest* yang lahir dari sebuah *constructive trust*;

- 3.2.13. Bahwa selain itu, terdapat prinsip yang berbeda antara *trust* dengan *overriding interest*. Dalam *trust* berlaku *curtain principles* yaitu *trusts relating to the registered land are kept off the title*. (Alison Clarke & Paul Kohler, 2005:555). Jadi konsep *trust* dalam *common law* adalah penolakan atas publisitas. Berdasarkan hal tersebut, maka di dalam Article 33 LRA 2002 dinyatakan:

“No notice may be entered in the register in respect of any of the following:

- (a) an interest under—
- (i) a trust of land”;

- 3.2.14. Bahwa *curtain principles* ini akan menjadi *debatable* jika diterapkan di Indonesia mengingat konsep *civil law* tidak mengenal *dual ownership* dan menganut asas publisitas yang kuat. Namun, perkembangan transaksi ekonomi yang cepat kadangkala menuntut fleksibilitas, karena itu hak manfaat mulai diadopsi di Indonesia seperti pada *sukuk negara*. Pada prinsipnya *equitable interest* atau hak manfaat bisa menjadi *overriding interest*, dan atas *overriding interest* bisa dilakukan pencatatan / *notice*, jadi tidak perlu proses pendaftaran yang rumit dan panjang, namun bisa menjadi solusi untuk tetap menjaga asas publisitas dengan tetap mempertimbangkan fleksibilitas;

- 3.2.15. Bahwa dalam konteks publisitas terhadap tanah yang telah terdaftar di Indonesia hanya dikenal peralihan dan pembebanan. Meskipun tidak serta

merta *overriding interest* serupa dengan konsep pembebanan di Indonesia, tetapi salah satu pintu masuk untuk mengadopsi hak manfaat sebagai *overriding interest* yang dilindungi undang-undang adalah melalui pembebanan. Namun, pengertian pembebanan dalam hak tanggungan di Indonesia masih terlalu sempit, karena hanya bersifat kredit (utang uang). Dalam transaksi perbankan syariah sebenarnya sifatnya bukan utang uang, tetapi hak manfaat/*equitable interest*. Konsep *overriding interest* dengan menggunakan *notice* ini sesungguhnya bisa diterapkan di Indonesia. Misal di dalam transaksi perbankan syariah dalam satu fasilitas pembiayaan terdapat empat kali peralihan hak milik, maka peralihan hak milik tersebut tidak perlu dilakukan pendaftaran/balik nama seluruhnya, tetapi cukup satu kali dibebankan hak tanggungan yang dipegang oleh bank. Pencatatan/*notice* dilakukan di dalam Akta Pembebanan Hak Tanggungan (APHT) yang menunjuk bahwa pembebanan atas hak tanggungan ini adalah dilakukan terhadap akad *ijarah* dan/atau akad lainnya sebagai akad pokok atau akad turunan yang menimbulkan suatu hak manfaat/*equitable interest* atas objek tanah yang dibiayai. Setiap ada perubahan/derivatif dari akad pokok yang menyebabkan peralihan tidak perlu dilakukan pendaftaran karena telah dicatat sebelumnya, dengan demikian asas publisitas (*openbarheid*) dapat tetap terpenuhi;

3.3. PENGUJIAN PASAL 1 ANGKA 12, PASAL 26 AYAT (1), AYAT (2), DAN AYAT (3) UNDANG-UNDANG NOMOR 21 TAHUN 2008 TENTANG PERBANKAN SYARIAH TERHADAP PASAL 28H AYAT (4), PASAL 28H AYAT (2), PASAL 1 AYAT (3), PASAL 28I AYAT (5), DAN PASAL 28D AYAT (1) UNDANG-UNDANG DASAR 1945

Perumusan Hak Konstitusional Pemohon

- 3.3.1. Bahwa Pemohon merumuskan hak konstitusional dengan menguraikan hak-hak konstitusional Pemohon pasal per pasal untuk kemudian oleh Pemohon uraikan dalam satu rangkaian pengertian, karena itu Pemohon coba uraikan secara berurutan dari Pasal 28H ayat (4), lalu ke Pasal Pasal 28H ayat (2), lalu ke Pasal 1 ayat (3), lalu ke Pasal 28I ayat (5), dan lalu ke Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;
- 3.3.2. Bahwa metode Pemohon pertama adalah menguraikan apa relevansi “hak milik” dalam transaksi perbankan syariah, hal tersebut telah Pemohon uraikan

dalam bagian sebelumnya, untuk kemudian akan Pemohon uraikan lebih lanjut pada bagian selanjutnya dalam konteks konstitusional. Metode pertama dalam menguraikan Pasal 28H ayat (4) UUD 1945 Pemohon mencoba memahami dengan mencari *original intent* dari Pasal 28H ayat (4) UUD 1945 dari rapat - rapat pembahasan saat perumusan perubahan UUD 1945, serta mengaitkan dengan pasal-pasal lainnya yang memiliki keterkaitan/relevansi dengan konsep “hak milik pribadi” serta hak-hak yang relevan dalam konstitusi. Setelah itu, Pemohon mencoba untuk menafsirkan dari fakta – fakta sosial yang ada. Pemohon mencoba memandang konstitusi sebagai suatu yang harus dimaknai secara hidup, sebagaimana disampaikan Beverley McLachlin sebagai *Chief Justice of Canada* dalam pidatonya yang mengatakan *underlying principles* dalam konstitusi yaitu “*infuse it [our constitution] and breathe life into it*”.

- 3.3.3. Bahwa pertama, frase yang harus dijelaskan adalah apa yang dimaksud dengan “**mempunyai hak milik pribadi**” dan “**tidak boleh diambil secara sewenang-wenang**”. Apakah arti “mempunyai” berbeda dengan “memiliki”? Pengertian *to possess* dengan *to own* memiliki pengertian yang berbeda, *posses* mempunyai konotasi menguasai, dalam BW dikenal dengan *bezit*. Seseorang yang dalam kondisi *bezit* belum tentu memiliki. *Own* berarti memiliki yang dalam pengertian *ownership* dimaknai sebagai hak atas benda yang terkuat dan terpenuh sebagai *rights in rem* dalam pengertian paripurna. Seseorang yang menguasai belum tentu memiliki, namun seseorang yang memiliki belum tentu menguasai, karena adanya hubungan hukum tertentu. Mempunyai dan memiliki dalam pengertian hukum adat juga berbeda. Menurut Dominikus Rato “punya” mempunyai arti “*keempunyaan*” yang berasal dari kata dasar “*empu*” yang berarti melindungi (memberikan perlindungan), menyuburkan (memberi kesuburan), dan hidup serta yang menghidupkan (memberi hidup dan kehidupan), dan menyemangati (memberi semangat/jiwa dan roh). (Dominikus Rato, 2016:5). Hak yang melekat pada seseorang yang menguasai tanah itu disebut hak punya. Hak punya bersifat relasi dan komunal, sehingga dapat dikatakan bahwa makna “mempunyai hak milik” bersifat relasi dan komunal. Oleh karena itu sifat hak milik menurut Pasal 28H ayat (4) UUD 1945 bukan berarti kepemilikan mutlak, pengertiannya lebih kepada *bezit* dengan sifat yang berbeda, karena

sifat relasi yang melekat pada kata punya (*mem-punya-i*). Ada landasan filsafat yang berbeda dengan konsep hak milik sebagai hak induk (*moederrecht*) dan menguasai sebagai hak anak (*dochtersrecht*), karena hubungannya tidak lagi secara vertikal;

- 3.3.4. Bahwa hak milik memiliki dimensi yang luas. “Hak” secara umum dikenal menjadi dua, yaitu hak subjek hukum dengan hubungannya terhadap benda (*rights in rem*) dan hak subjek hukum dengan hubungannya terhadap subjek hukum lainnya (*rights in personam*). Keduanya kadang saling mempengaruhi, namun memiliki sifat yang berbeda. Dari adanya konsep *rights in rem* dan *rights in personam*, maka Pemohon mencoba menggambarkan dimensi hak milik meliputi: 1) hubungan manusia sebagai individu terhadap benda, 2) hubungan manusia sebagai individu dengan individu lain terhadap benda; 3) hubungan manusia sebagai individu dengan penguasa (negara) terhadap benda; 4) hubungan manusia sebagai individu dengan masyarakat terhadap benda; 5) hubungan masyarakat dengan masyarakat terhadap benda; 6) hubungan masyarakat dengan penguasa (negara) terhadap benda;
- 3.3.5. Bahwa dalam memahami hak milik maka diperlukan pemahaman terhadap seluruh dimensi dari hak milik tersebut agar dapat memahami makna “*tidak boleh diambil secara sewenang-wenang*”, karena tanpa mengetahui hakikat hak milik secara keseluruhan kita akan sulit menentukan apa yang “diambil”. Tanpa hal tersebut akan menjadi samar, seolah-olah tidak diambil dengan alasan menurut hukum, padahal hukumnya secara tidak langsung mengambil. Namun, jika dilihat pada pembahasan dalam perumusan Pasal 28H ayat (4) tidak ada yang membahas secara detail apa yang dimaksud dengan “hak milik”, dalam dimensi apa yang dimaksud. Perumus menyarankan agar diatur lebih lanjut dalam undang-undang sebagaimana dinyatakan oleh Ramson Siagian dari Fraksi PDIP pada Rapat Komisi A ke-5, 13 Agustus 2000 (Buku 8 Naskah Komprensif Perubahan UUD 1945, 2010:327):

“Terus yang kelima ini, ayat kelima ini, pasal berapa lagi 28H: ”Setiap orang berhak mempunyai hak milik pribadi dan hak milik tersebut tidak boleh diambil alih secara sewenang oleh siapa pun.” Ini sebenarnya sudah ada di dalam undang-undang dan ini juga **harus disebut diatur dalam perundang-undangan** mengenai hak milik tanah itu sudah ada undang-undangnya, mengenai hak pribadi, hak punya istri itu ada arti perkawinan ada undang-undangnya, mengenai anak, ada akte kelahiran.”

3.3.6. Bahwa meskipun tidak ada pembahasan secara mendetail pada saat perumusan Pasal 28H ayat (4), tetapi konsep hak milik banyak dibahas dalam pembahasan politik perekonomian dalam Pasal 33 UUD 1945. Namun, pembahasan pada Pasal 33 lebih banyak dalam dimensi hubungan hak milik antara individu (pasar bebas) dengan negara (dikuasai negara), meskipun usulan mengenai hak ulayat (masyarakat) selalu menjadi pembahasan baik dalam pembahasan pada perubahan kedua maupun perubahan ketiga. Bahkan dalam rumusan yang ditetapkan untuk dilakukan pembahasan pada agenda sidang selanjutnya pada perubahan kedua dan perubahan ketiga menyisipkan ayat mengenai “pengakuan” terhadap hak ulayat, sebagaimana berikut:

“Bab XIV Perekonomian Nasional dan Kesejahteraan Sosial

Pasal 33

- (1) Perekonomian disusun dan dikembangkan sebagai usaha bersama seluruh rakyat secara berkelanjutan berdasarkan atas asas keadilan, efisiensi, dan demokrasi ekonomi untuk mewujudkan kemakmuran, kesejahteraan, dan keadilan sosial bagi seluruh rakyat.
- (2) Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai dan/atau diatur oleh negara berdasarkan asas keadilan dan efisiensi yang diatur dengan undang-undang.
- (3) Bumi, air, dan dirgantara serta kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai dan/atau diatur oleh negara dan dipergunakan sebesar-besarnya untuk kemakmuran rakyat, yang diatur dengan undang-undang.
- (4) Pelaku ekonomi adalah koperasi, badan usaha milik negara, dan usaha swasta, termasuk usaha perseorangan.
- (5) Penyusunan dan pengembangan Perekonomian Nasional harus senantiasa menjaga dan meningkatkan tata lingkungan hidup, **memperhatikan dan menghargai hak Ulayat**, serta menjamin keseimbangan kemajuan seluruh wilayah negara.” (Buku 7 Naskah Komprensif Perubahan UUD 1945, 2010:528)

3.3.7. Bahwa hak ulayat mempunyai pengertian yang sangat luas. Ter Haar menyebutnya dengan *beschikingsrecht* (Ter Haar, 2013:49), jika dilihat secara mendalam hak ulayat tidak dapat hanya dipandang sebagai kesatuan masyarakat hukum (*rechtsgemeenschap*) sebagai kenyataan yang dalam artian bentuk luarnya ada saja, tetapi mencakup di dalamnya hubungan-hubungan yang kompleks antara individu dengan individu dalam konteks

masyarakat, individu dengan masyarakat maupun terhadap pihak di luar masyarakat hukum tersebut. Hubungan antara individu dengan individu digambarkan sebagai perjanjian segi dua, namun tetap pelaksanaannya dalam konteks masyarakat hukum tersebut, dan ada pula perbuatan-perbuatan individu sendiri seperti pembukaan lahan tetapi tetap dalam konteks masyarakat hukum tersebut, yang kesemuanya saling terjalin dan mempengaruhi. Hubungan keseluruhannya tersebut bersifat sangat kompleks karena bergantung pada ikatan teritorial dan genealogis yang tidak mudah untuk didefinisikan. Karena itu dalam konteks pembahasan perubahan Pasal 33 UUD 1945 sesungguhnya para perumus seharusnya sudah membayangkan konsep hak milik dalam dimensi yang luas;

- 3.3.8. Bahwa tidak adanya kata “ulayat” dalam perubahan keempat disebabkan karena penghalusan bahasa, namun bukan berarti dihilangkan tetapi menjadi suatu yang tetap harus diperhatikan. Seperti yang disampaikan Ida Fauziah dari F-KB (Buku 7 Naskah Komprensif Perubahan UUD 1945, 2010:673):

Ayat (5) yang dalam rancangan ini yang kami usulkan, substansinya kami sepakat bahwa memang penyusunan dan pengembangan perekonomian nasional itu harus menjaga kelestarian lingkungan hidup, menghormati Hak Asasi Manusia, menjaga keseimbangan kemajuan wilayah. Namun demikian kami juga sepakat dengan beberapa pendapat teman-teman yang terdahulu berkaitan dengan kata “ulayat”. Pertanyaannya, apakah dengan menggunakan kata “ulayat” apakah tidak justru dapat mempertentangkan dengan kepentingan pembangunan nasional. Kalau kami boleh mengusulkan **maka kata “ulayat” itu diganti dengan, kata “hak ulayat” itu diganti dengan “Hak Masyarakat”, dalam pengertian masyarakat itu mencakup masyarakat adat. Dengan tercakupnya masyarakat adat maka tercakup pula Hak Masyarakat adat termasuk hak ulayat.**

- 3.3.9. Bahwa karena hak ulayat ini hadir dalam pembahasan – pembahasan dalam tiga perubahan, maka pemahaman terhadap konsep hak milik ini juga harus dilihat pada Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 yang mengatur mengenai hak-hak tradisional, karena dari makna hak tradisional tercakup makna hak ulayat dan hak-hak lainnya yang hidup dalam masyarakat. Pasal 18B ayat (2) berbunyi: *“Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang”*. Bagir Manan sebagai pakar hukum tata negara dalam Rapat Lobi Komisi A MPR, 14 Agustus 2000 (Buku

4 Naskah Komprehensif Perubahan UUD 1945, 2010:1372-1373) memberikan penjelasan:

“Pertama, misalnya masyarakat tradisional itu hak-hak tradisional. Yang kita maksud dengan hak-hak tradisionalnya itu karena tadi malam dan di sana juga ada perdebatan antara Bapak-Bapak, ya, disamping hak ulayat masih ada hak-hak lain sehingga kita meluweskan jadi hak-hak tradisional sehingga itu **hak ulayat, hak-hak adat lainnya, hak numpang karang, hak macam-macam itu kalau ada**. Itu sehingga kita luweskan ke sana begitu ya. Mengapa kita batasi sepanjang masih hidup, artinya masih merupakan kenyataan sosial dalam masyarakat yang bersangkutan, bukan sesuatu hal hukum itu, apa? Secara sosiologis sudah tidak ada lagi tetapi hanya mempunyai nilai-nilai historis saja. Itu maksudnya sepanjang itu masih hidup. Tapi nanti kita akan satu per satu lihat kembali.

Nah, istilah mengembangkan seperti dikatakan Pak Seto misalnya tadi di dalam negara mengakui, menghormati dan mengembangkan, karena kita masih di sini satuan-satuan pemerintahan asli, satuan pemerintahan khusus atau istimewa yang diatur dengan undang-undang. Saya terima kasih kepada Pak Taufik yang diartikan khusus dan istimewa itu ada DKI dan Yogyakarta atau Aceh, kan begitu? Sedangkan pengertian penjelasan Pasal 18, itu istimewa itu bukan itu. Istimewa itu justru pemerintah asli itu. Yaitu adalah desa, marga, nagari. Tapi kalau di sini kita mau artikan itu, tak soal. Tapi secara konseptual di dalam konstitusi kita yang ada, pengertian istimewa itu adalah itu, yang swapraja, desa, dan sebagainya itu. Jadi itu maksudnya. Tapi nanti kita sesuaikan kalau memang itu maksudnya. **Nah, terus, mengapa mengembangkan? Jadi tidak hanya sekedar mengakui dan menghormati. Ini satu pemikiran antithesis dari politik kolonial terhadap pemerintahan asli. Sebab pemerintahan kolonial itu memelihara pemerintahan desa tapi tidak mengembangkan dan itu yang kita jalankan sampai pada misalnya Undang-Undang Nomor 5 tahun '79. Yaitu politik terhadap pemerintahan asli itu tidak ada prinsip membangunnya. Tapi memeliharanya saja sehingga tidak jalan dengan baik. Maka itu kita masukkan, jadi ada kewajiban mengembangkan sehingga **terjadi modernisasi terhadap pemerintahan asli itu**”**

- 3.3.10. Bahwa menurut Pemohon kesatuan masyarakat hukum adat dengan hak tradisionalnya tidak dapat dipisahkan, karena esensi dari *rechtsgemeenschap* adalah *beschikingsrecht* yang di dalamnya mencakup hubungan hak yang kompleks, jika hilang satu maka hilang semuanya atau hilang keseimbangan dalam masyarakat, karena itu makna “mengembangkan” adalah suatu pemahaman yang utuh mencakup hak tradisionalnya bukan sekedar bentuk “formal” keberadaan pemerintahannya. Namun, dalam konteks “mengembangkan” dapat saja

berubah bentuknya sebagaimana yang akan Pemohon jelaskan kemudian. Berdasarkan dari pembahasan – pembahasan terhadap perubahan pasal – pasal tersebut, maka dapat dikatakan menurut *original intent* Pasal 28H ayat (4) UUD 1945 mempunyai makna: 1) Hak milik harus dimaknai secara luas menyangkut seluruh dimensi hubungan hukum; 2) Pengaturan terkait hak milik harus dilakukan pada tingkat undang – undang; 3) Hak tradisional diakui dan dihormati dengan makna dapat berkembang (bukan konsep antithesis politik kolonial);

- 3.3.11. Bahwa selanjutnya Pasal 33 UUD 1945 oleh Mahkamah Konstitusi melalui Putusan Nomor 001-021-022/PUU-I/2003 halaman 332-334 dimaknai:

Rakyat secara kolektif itu dikonstruksikan oleh UUD 1945 memberikan mandat kepada negara untuk mengadakan kebijakan (*beleid*) dan tindakan pengurusan (*bestuursdaad*), pengaturan (*regelendaad*), pengelolaan (*beheersdaad*) dan pengawasan (*toezichthoudensdaad*) untuk tujuan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Fungsi pengurusan (*bestuursdaad*) oleh negara dilakukan oleh pemerintah dengan kewenangannya untuk mengeluarkan dan mencabut fasilitas perizinan (*vergunning*), lisensi (*licentie*), dan konsesi (*concessie*). Fungsi pengaturan oleh negara (*regelendaad*) dilakukan melalui kewenangan legislasi oleh DPR bersama dengan Pemerintah, dan regulasi oleh Pemerintah (eksekutif).

- 3.3.12. Bahwa menurut Pemohon makna *regelendaad* ini harus diartikan secara luas dengan memperhatikan ketentuan-ketentuan Pasal lainnya seperti Pasal 28H ayat (4) maupun Pasal 18B ayat (2) UUD 1945, dan Mahkamah Konstitusi dapat memberikan penafsiran lebih lanjut terhadap fungsi *regelendaad* tersebut karena jika tidak ada penafsiran konstitusional yang jelas, maka hak milik tersebut rentan untuk diambil oleh Pemerintah atas dasar kepentingan politik tertentu. UUPA mengatur terkait hak milik atas tanah, namun sebenarnya UUPA belum selesai mengatur hak milik atas tanah, karena Pasal 50 UUPA memerintahkan terkait hak milik untuk diatur lebih lanjut dengan undang-undang. Namun, sampai dengan saat ini Pasal 50 UUPA tidak pernah dilaksanakan, karena itu harus dilihat apakah memang untuk melindungi kepentingan tertentu sehingga didiamkan untuk tidak diatur atau memang ketiadaan konsep hak milik yang matang? Menurut Pemohon dalam pembahasan perubahan UUD 1945 mengenai hak milik ini tidak ada pengertian yang definitif, maka dari itu pengertian hak milik dari UUPA tidak dapat dimaknai secara doktriner karena tidak mungkin

menafsirkan konstitusi menggunakan undang–undang, yang mana undang–undang itu sendiri belum tuntas pengaturannya. Bahwa untuk itu maka untuk menggali makna konstitusional dari hak milik dapat diterapkan prinsip “*infuse our constitution and breathe life into it*” dengan melihat pada kenyataan-kenyataan sosial yang ada dan mengkaji apakah konsepsi hak milik di Indonesia benar-benar telah menjamin hak asasi warga negaranya, dari hal tersebut-lah penafsiran konstitusional terhadap makna Pasal 28H ayat (4) UUD 1945 dapat dilakukan;

- 3.3.13. Bahwa selanjutnya pengertian Pasal 28H ayat (2) UUD 1945 dalam pembahasan perubahan UUD 1945 dimaknai sebagai bentuk *affirmative action*. Mahkamah Konstitusi memberikan penjelasan dalam Putusan MK Nomor 22-24/PUU-VI/2008 halaman 97-98:

Affirmative action juga disebut sebagai ***reverse discrimination***, yang memberi kesempatan kepada perempuan demi terbentuknya kesetaraan gender dalam lapangan peran yang sama (*level playing-field*) antara perempuan dan laki-laki, sekalipun dalam dinamika perkembangan sejarah terdapat perbedaan, karena alasan kultural, keikutsertaan perempuan dalam pengambilan keputusan dalam kebijaksanaan nasional, baik di bidang hukum maupun dalam pembangunan ekonomi dan sosial politik, peran perempuan relatif masih kecil. Kini, disadari melalui sensus kependudukan ternyata jumlah penduduk Indonesia yang terbesar adalah perempuan, maka seharusnya aspek kepentingan gender dipertimbangkan dengan adil dalam keputusan-keputusan di bidang politik, sosial, ekonomi, hukum, dan kultural;

- 3.3.14. Bahwa *reverse discrimination* disebut juga diskriminasi positif akibat adanya faktor diskriminasi dalam kesejarahan suatu negara. Secara sejarah, *affirmative action* pertama kali dilakukan di Amerika Serikat terutama akibat adanya tindakan rasial antara kulit putih dengan kulit hitam, yaitu perlakuan diskriminatif terhadap kulit hitam (segregasi rasial). Kedudukan orang kulit hitam di Amerika adalah sebagai budak akibat eksodus dari Afrika yang memang diperuntukan untuk menjadi budak, sedangkan bangsa kulit putih adalah bangsa kolonial, sehingga orang kulit hitam berfungsi untuk kepentingan orang kulit putih. Kedua penduduk imigran tersebut menjadi mayoritas penduduk di Amerika, dan kesadaran hukum semakin meningkat karena itu dilakukan *affirmative action* terhadap orang kulit hitam agar dapat mencapai persamaan sebagai manusia. Untuk memahami mengapa terjadi diskriminasi di Amerika tidak dapat dilepaskan dari bagaimana konsepsi

hak milik itu diterapkan, dan bagaimana pelepasan manusia dari tanahnya berdampak pada eksodus besar orang Afrika ke Amerika. Hal ini digambarkan oleh Francis Fukuyama sebagai berikut:

The failure of Westerners to understand the nature of customary property rights and their embeddness in kinship groups lies in some measure at the root of many of Africa's current dysfunctions. European colonial officials were convinced that economic development could not occur in the absence of modern property rights, that is, rights that were individual, alienable, and formally specified through the legal system. Many were convinced that Africans, left to their own devices, did not know how to manage land efficiently or sustainably. They were also motivated by self interest, either for the sake of natural resources, commercial agricultural interest, or on behalf of European settlers. They wanted to be able to acquire legal title to land and assumed that local chiefs "owned" the tribe's land, much like feudal lord in Europe, and could convey it to them. In other cases, they set up the chief as their agent, not just for the purpose of acquiring land but also as an arm of the colonial administration. Traditional African Leaders in tribal societies found their authority severely constrained by the check and balances imposed by complex kinship systems. Mahmood Mamdani argues that the Europeans deliberately empowered a class of rapacious African Big Men, who could tyrannize their fellow tribesmen in a totally nontraditional way as a consequence of the Europeans' desire to create a system of modern property rights. They thus contributed to the growth of neopatrimonial government after independence. (Francis Fukuyama, 2011:68-69)

- 3.3.15. Bahwa dari yang dipaparkan Fukuyama dengan fakta adanya politik *apartheid* (diskriminasi rasial), menurut Pemohon ada tiga hal yang menjadi dasar/akar terjadinya diskriminasi, yaitu:
- 1) Pencabutan ikatan manusia dengan tanah;
 - 2) Perpindahan penduduk (eksodus);
 - 3) Perubahan sistem pemerintahan asli.
- 3.3.16. Bahwa sejarah Indonesia berbeda jauh dengan sejarah Amerika, karena bumi Indonesia telah dihuni oleh penduduk asli dengan berbagai ragam etnis budaya dengan struktur pemerintahan yang rumit yang tetap hidup sampai dengan saat ini. Meskipun di bumi Amerika telah menetap penduduk asli, tetapi kolonisasi di benua Amerika cenderung bersifat penaklukan, sehingga penduduk mayoritas menjadi terdikotomi dalam segregasi berdasarkan warna kulit. Keragaman di Indonesia tidak dapat dilihat dari perbedaan warna kulit yang mencolok. Pemerintah kolonial Belanda memahami akan sulit jika kebijakan yang digunakan adalah penaklukan, karena resistensi masyarakat akan sangat kuat dan pada

akhirnya tujuan kolonial untuk mendapatkan sumber daya alam tidak dapat tercapai. Namun, tidak dapat dikatakan bahwa diskriminasi tidak terjadi. Pemerintah kolonial Belanda melakukan penggolongan penduduk berdasarkan Pasal 131 *Indische Staatsregeling* (IS) dan Pasal 163 IS. Hal ini yang menjadi dasar terjadinya pluralisme hukum di Indonesia. Namun, penggolongan itu juga dengan membuat sistem peradilan yang berbeda seperti adanya *landraad*. Pemerintah Kolonial memandang untuk mempertahankan *status quo* di Bumi Indonesia harus memelihara masyarakat asli tetap ada. Terhadap regulasi pemerintahan desa-pun, pemerintah kolonial membagi berdasarkan teritorialnya yaitu *Indlansche Gemeente Ordonantie* untuk wilayah Jawa Madura, sedangkan untuk wilayah selain itu *Indlansche Gemeente Ordonantie Buitengewesten*. Namun, untuk kepentingan kolonial, Pemerintah kolonial juga melakukan pencabutan ikatan manusia dengan tanah yang dilakukan dengan menerapkan asas *domainverklaring*, sehingga Pemerintah kolonial memiliki kekuasaan atas tanah, namun sepanjang untuk kepentingan kolonial, karena itu tidak seluruh wilayah Indonesia terpengaruh. Ada masyarakat asli yang tetap bertahan, ada yang terpengaruh oleh pemerintah kolonial;

3.3.17. Bahwa diskriminasi yang terjadi di Indonesia tidak meninggalkan jejak yang jelas seperti di Amerika, dan tindakan yang dilakukan juga bersifat *soft*, sehingga di satu sisi dianggap sebagai penghormatan agar nilai – nilai masyarakat tetap ada, di satu sisi juga bersifat diskriminatif, namun bukan berarti tidak berdampak sama sekali, bahkan setelah Indonesia merdeka perlakuan *soft segregation* ini terlihat samar. Hal ini dapat dilihat dari kebijakan politik hukum pertanahan, politik hukum transmigrasi, dan politik hukum desa yang digunakan di Indonesia. Dapat dimungkinkan atas nama “pembangunan” sebenarnya Pemerintah melakukan *soft segregation*. Dampak nya akan terasa dalam waktu jangka panjang akibat kebijakan-kebijakan masa lalu;

3.3.18. Bahwa Pemohon mencoba memberikan ilustrasi:

A tinggal di sebuah desa yang menjunjung nilai adat-nya. A saat itu hendak merantau ke kota, karena nya A menjual gadai tanah yang dimilikinya kepada B (sesuai adat), di mana dengan harapan A dapat memiliki tanahnya kembali (hak menebus) sepulangnya dari kota dan bisa

membangun desanya lebih baik. A merantau ke kota dan mendapatkan pekerjaan dan untuk sementara tinggal di kota, namun memang waktunya cukup lama. Pemerintah mengeluarkan kebijakan bahwa pemerintah desa merupakan alat/aparatur pemerintah atasan desa, lalu petugas pemerintah datang ke desa tersebut hendak melakukan pendaftaran tanah melalui PRONA. Sebagai bawahan pemerintah atasan desa, maka pemerintah desa hanya menjalankan tugas untuk menyukseskan program PRONA. Tanah yang dimiliki B didaftarkan atas nama B, karena A tidak berhak memegang hak gadai berdasarkan Perpu 56/1960, dan sesuai prinsip *landreform*, maka A tidak memiliki hak apa-apa. Lalu bank mulai berdatangan untuk mengucurkan kredit, tanah B-pun dijaminkan ke bank. Setelah itu pemerintah membuka program transmigrasi, dan B-pun ikut program transmigrasi dengan pikiran daripada harus terus membayar angsuran ke bank, padahal musim panen tidak menentu. Ketika A sudah mengumpulkan uang, ia berencana pulang ke kampungnya, namun kaget desa-nya telah berubah, tanahnya telah dikuasai orang lain, banyak perubahan yang signifikan termasuk melunturnya nilai-nilai adat di desanya, karena desa-nya menjadi hanya sebatas pemerintahan administratif saja.

Apakah kebijakan pemerintah itu merupakan bentuk upaya segregasi? A dahulu adalah sebagai individu yang hidup dalam lingkungan adat, A melakukan rantau dengan harapan dapat kembali ke kampungnya dahulu. Jika kita lihat bahwa akar diskriminasi adalah pencabutan ikatan manusia dengan tanah, perpindahan penduduk, perubahan sistem pemerintahan asli (desa), maka siapa yang menjadi korban dalam ilustrasi tersebut? Masyarakat asli adalah salah satu subjek yang dilindungi dalam konteks *affirmative action*, namun bagaimana menentukan siapa yang menjadi korban sejarah, jika sejarahnya telah secara halus menghapuskannya tanpa jejak?

- 3.3.19. Bahwa Pemohon memandang dalam konteks penentuan *affirmative action* terhadap masyarakat hukum adat (asli) di Indonesia akan sangat sulit dilakukan karena identifikasinya membutuhkan proses yang panjang untuk membuktikan apa yang menjadi indikator ia sebagai korban diskriminasi. Pemohon mencoba untuk memberikan tiga bentuk dampak eksistensi

masyarakat hukum adat yang terjadi akibat sejarah perlakuan pemerintah atasan terhadap masyarakat hukum adat, dengan adanya bentuk:

- 1) Kesatuan masyarakat hukum adat yang tidak terpengaruh sehingga keberadaannya sebagai kenyataan dan nilai masih kuat;
- 2) Kesatuan masyarakat hukum adat yang nilai – nilai nya masih ada dalam kenyataan tetapi sudah terpengaruh dengan kebijakan pemerintah atasannya;
- 3) Individu yang benar – benar hilang identitas aslinya akibat kesatuan masyarakat hukum adatnya dihilangkan oleh pemerintah atasannya.

Bahwa pada bentuk nomor 1) sebagai kenyataan masih ada dan nilai-nilai yang dijaga masih kuat dapat dikarenakan resistensi yang kuat terhadap pemerintah atasannya atau pemerintah atasannya tidak melakukan intervensi yang berarti terhadap kesatuan masyarakat tersebut, bentuk nomor 2) kesatuan masyarakat adat tersebut mendapatkan pengaruh dari pemerintah atasannya, tetapi masyarakat tetap memertahankan nilai – nilai adatnya. Hal ini seperti yang ada di Bali, kebijakan yang mempengaruhi seperti adanya konversi tanah adat menjadi hak milik, dan terlihat pula dari adanya dualisme desa adat dan desa dinas di Bali, bentuk nomor 3) adalah kesatuan masyarakat hukum adatnya benar-benar hilang, sehingga menjadi individu – individu sendiri yang tidak terikat dengan nilai adat tertentu baik secara teritorial maupun genealogis seperti yang Pemohon ilustrasikan. Yang menjadi pertanyaan adalah yang mana yang dilindungi oleh konstitusi? Jika ukuran yang digunakan adalah masyarakat yang “rentan” apa ukurannya untuk menentukan seseorang keberadaannya rentan bagi eksistensinya? Bentuk nomor 1) dapat dikatakan tidak terlalu rentan karena secara kesejarahan berhasil mempertahankan eksistensinya dengan segala resistensinya, meskipun bagi kita tetap perlu dilindungi karena bagaimana-pun negara dalam posisi yang berkuasa, bentuk nomor 2) sesungguhnya lebih rentan untuk mempertahankan eksistensi nilai adatnya, karena pengaruh yang kuat dari luar, sehingga bagi masyarakat di dalamnya perlu upaya yang kuat menjaga tradisi kepada pewarisnya karena pengaruh luar, bentuk nomor 3) ini kadangkala disebut dengan “manusia modern” karena sudah lepas dari nilai-nilai adat. Kadangkala disebut “orang Indonesia” karena orang tersebut bingung untuk

menjelaskan identitas aslinya, kampungnya sudah tidak ada, genealogis sudah bercampur, sehingga penggunaan kata “Indonesia” digunakan untuk mendeskripsikan “kemodernannya”;

- 3.3.20. Bahwa bagi Pemohon yang paling rentan adalah nomor 3) terutama generasi muda, karena nilai-nilai dalam dirinya sudah hilang, ikatan batin (magis religius) terhadap tanah digantikan dengan hanya sebatas nilai ekonomis atas tanah, nilai kekeluargaan meluntur, mungkin saja tradisi pulang kampung akan berkurang mengingat kampungnya sudah tidak ada dan generasi sebelumnya sudah tidak ada, sehingga tradisi yang semula sebagai penyambung nilai-nilai luhur masyarakat akan hilang. Namun, sebagai manusia pencarian akan sebuah nilai adalah keniscayaan eksistensial. Romantisme akan nilai-nilai dahulu ada dalam pikirannya, namun sebagai kenyataan tidak mungkin diwujudkan, maka generasi muda tersebut akan mencari nilai-nilai baru yang kadangkala terlepas dari nilai asli masyarakat Indonesia, hingga terjadi radikalisme pikiran. Karena itu, kadang kita lihat seorang pemuda melakukan tindakan radikalisme yang tidak memikirkan dirinya sendiri dan lingkungan, karena memang kebijakan dahulu mencabut nilai-nilai asli manusia dari tradisinya yang berdampak pada saat ini. Bagi Pemohon itulah korban sejarah, itulah yang paling rentan akibat dari *soft segregation*;
- 3.3.21. Bahwa bagi Pemohon sejarah Indonesia rumit, tidak mudah seperti di Amerika sebagai tanah koloni yang segregasinya jelas. Ciri fisik tidak melekat di Indonesia, karena itu *affirmative action* tidak dapat dipahami sebagai suatu yang dikotomis seperti gender atau warna kulit, tetapi sesuatu yang lebih luas yang rumit untuk dijelaskan. Karena itu, yang terpenting adalah bukan membuktikan apakah subjek hukum tersebut memiliki *legal standing* untuk dikategorikan dalam suatu tindakan *affirmative action*, tetapi cukup membuktikan bahwa ada perlakuan yang berbeda/tidak adil dari Pemerintah terhadap objek yang sama tanpa perlu melihat siapa subjek yang terkena perlakuan tersebut. Rumusan Pasal 28H ayat (2) UUD 1945 mengakui subjeknya adalah “**setiap orang**”, maka cukup kita pahami “orang” dalam artian luas, sebagai suatu **faktisitas** yaitu manusia berada dalam keterlemparan di dunia tanpa bisa memilih (*geworfenheit*). Seorang manusia tidak dapat memilih untuk hidup menjadi

gender apa, untuk dilahirkan oleh siapa, untuk dilahirkan kapan dan dimana, dan dilahirkan dalam adat apa. Namun, manusia lahir terlempar tidak dalam kekosongan, ia terikat dalam satu ikatan sejarah, namun ia juga menyejarah. Ketika ada perbedaan/ ketidakadilan, maka “*setiap orang*” punya *legal standing* untuk meminta hal yang sama tanpa perlu membuktikan identitas sejarahnya;

- 3.3.22. Bahwa Pemohon akan menjelaskan ke dasar konstitusional selanjutnya. Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 sebagai prinsip negara hukum sudah ada dalam penjelasan UUD 1945 pada awal berdirinya republik yang menyatakan Indonesia ialah negara yang berdasarkan atas hukum (*rechtstaat*), bukan berdasarkan *matchstaat* (kekuasaan belaka). Dalam suatu negara berdasarkan prinsip negara hukum baik yang dikatakan oleh Julius Stahl maupun A.V. Dicey pada prinsipnya adalah hendak memberikan jaminan dan perlindungan hukum terhadap hak-hak asasi manusia, juga sama-sama ingin membatasi tindakan penguasa melalui hukum. Dalam suatu negara hukum, maka pengakuan hak asasi manusia menjadi poin yang penting karena itu pengakuan hak asasi manusia harus diatur dalam peraturan tertinggi atau konstitusi. Oleh karena itu, berdasarkan prinsip konstitusionalisme, HAM telah diatur dalam UUD 1945 sebagai hak konstitusional warga negara;
- 3.3.23. Bahwa Pasal 28I ayat (5) UUD 1945 adalah konsekuensi logis atas pengakuan Indonesia sebagai negara hukum. Setiap pelaksanaan terkait hak asasi manusia harus diatur dan dilaksanakan berdasarkan undang-undang, oleh karenanya dalam ilmu perundang-undangan hak asasi manusia adalah materi muatan yang harus diatur pada tingkat undang-undang. Hak milik adalah hak asasi manusia yang fundamental bagi kehidupan manusia. Seseorang yang memiliki hak milik tidak dapat diambil sewenang-wenang oleh orang lain, baik oleh negara atau oleh individu lainnya. Karena itu, setiap hal-hal yang menyangkut dengan hak milik adalah harus diatur dalam undang-undang, termasuk pengertiannya, ruang lingkungannya, pemberian hak-nya, dan bagaimana menghilangkan hak milik itu sendiri. Jika tidak diatur dalam undang-undang, maka ada kecenderungan pihak lain menafsirkan hak milik dengan penafsirannya sendiri, sehingga atas definisi yang absurd, terdapat pengambilalihan

secara tidak sadar meskipun semua berdasarkan hukum. UUPA mengatur mengenai hak milik, namun pengaturannya tidak lengkap karena UUPA memerintahkan untuk diatur lebih lanjut dalam undang-undang. Ketidakkaturan semenjak tahun 1960 memberikan ruang penafsiran yang luas terhadap hak milik, sehingga tarik-menarik antar kepentingan terjadi. Bagi Pemohon pembiaran ini adalah pelanggaran konstitusional, dan secara nyata konflik itu terjadi. Jika UUPA sudah final dan jelas, kenapa ia mendelegasikan pengaturan lebih lanjut kepada undang-undang, namun tidak pernah dilaksanakan? Oleh karena itu, jika amanat Pasal 50 UUPA ini tidak dilaksanakan, maka akan menimbulkan permasalahan konstitusional kemudian;

- 3.3.24. Bahwa pelaksanaan Pasal 50 UUPA akan dapat memberikan kepastian hukum bagi Pemohon dalam melakukan transaksi di perbankan syariah, karena transaksi perbankan syariah erat kaitannya dengan konsep hak milik. Namun, akibat tidak dilaksanakannya Pasal 50 UUPA, maka konsep hak milik dalam transaksi perbankan syariah menjadi berada dalam ruang penafsiran yang luas yang berakibat pada ketidakpastian hukum itu sendiri. Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 tidak dapat dipahami hanya sebatas memberikan “kepastian hukum” saja. Sekilas UUPA sendiri memang tujuan utamanya adalah unifikasi untuk memberikan kepastian hukum, tetapi frase dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 terkait kepastian hukum harus dilihat secara keseluruhan yaitu **“kepastian hukum yang adil”**, frase **“yang adil”** bukan suatu yang terpisah. UUPA harus bisa memberikan bukan hanya sekedar kepastian hukum, tapi juga menjamin keadilan dalam semua lingkup kehidupan manusia di Indonesia terhadap tanah. Bahwa berdasarkan uraian Pemohon terhadap Pasal 28H ayat (4), Pasal 28H ayat (2), Pasal 1 ayat (3), Pasal 28I ayat (5), serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, maka adalah berdasarkan hukum untuk mendeskripsikan ke dalam suatu pengertian hak konstitusional pemohon dalam konteks transaksi perbankan syariah, yaitu : “hak untuk mendapatkan kepastian hukum yang adil dan memberikan manfaat dan kemudahan yang sama untuk mengakses layanan perbankan syariah dalam konteks tertib hukum berdasarkan prinsip negara hukum”;

Perumusan Masalah Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU Perbankan Syariah Dalam Kaitannya Sebagai Kerugian Hak Konstitusional Pemohon

3.3.25. Bahwa atas dasar telah ditemukannya hak konstitusional Pemohon, maka selanjutnya adalah bagaimana Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), (2), dan (3) UU Perbankan Syariah merugikan hak konstitusional Pemohon. Hal yang perlu dijawab terlebih dahulu adalah:

- 1) Apa yang dimaksud dengan “Prinsip Hukum Islam” dalam Pasal 1 angka 12 UU Perbankan Syariah, dan sejauh apa materi hukum Islam itu mengatur?
- 2) Jika sudah diketahui materinya, maka terlihat apakah materi hukum Islam tersebut merupakan materi muatan undang – undang atau bukan?
- 3) Kepada siapa kewenangan pengaturan terhadap materi muatan tersebut diberikan menurut Pasal 26 UU Perbankan Syariah?
- 4) Bagaimana prosedur pembentukan peraturan tersebut sampai dengan menjadi suatu produk hukum yang mengikat bagi seluruh rakyat Indonesia menurut Pasal 26 UU Perbankan Syariah?

Prinsip Syariah Dalam Transaksi Perbankan

3.3.26. Bahwa untuk menjawab pertanyaan sejauh apa materi muatan hukum Islam dalam perbankan syariah, maka perlu dipahami apa yang dimaksud dengan prinsip syariah itu sendiri. Secara umum prinsip syariah dalam kegiatan perbankan syariah adalah larangan *riba*, *gharar*, *maisir*, dan transaksi terhadap objek yang diharamkan, di samping prinsip-prinsip lainnya;

3.3.27. Bahwa Prinsip syariah di atas diatur dalam hukum Islam yang bersumber dari sumber utama hukum Islam yaitu Al-Quran dan Hadist. Berdasarkan Al-Quran dan hadist para ahli *fiqih* melakukan penafsiran melalui akal pikiran (*ra'yu*) manusia (*ijtihad*). *Ijtihad* dapat dilakukan dengan berbagai jalan (metode) diantaranya adalah *ijma*, *qiyas*, *istidal*, *al-masalih al-mursalah*, *istihsan*, *istisha*, dan *'urf*;

3.3.28. Bahwa prinsip larangan *riba* telah secara jelas diharamkan dalam Al Quran Surat Al Baqarah ayat 275 dan Surat Ali Imran ayat 130. Prinsip larangan *gharar* dinyatakan dalam Hadits Muslim: “*Rasulullah SAW melarang jual - beli yang mengandung gharar.*” (HR. Muslim). Prinsip larangan *maisir* dinyatakan dalam Al Quran Surat Al Maidah ayat 90. Prinsip larangan

transaksi terhadap objek yang diharamkan tersebar dalam beberapa ayat Al-Quran yang pada intinya adalah dilarang melakukan transaksi terhadap apa yang diharamkan dalam Al-Quran dan Hadist seperti jual-beli *khamr*, babi, dan lain sebagainya. Prinsip ini adalah prinsip yang umum, meskipun prinsip-prinsip lainnya masih terdapat lagi yang diturunkan dari Al Quran dan Hadits. Prinsip-prinsip pokok tersebut pada intinya juga diatur dalam UU Perbankan Syariah;

- 3.3.29. Bahwa dari prinsip-prinsip tersebut maka produk bank syariah memiliki karakteristik yang berbeda dari bank konvensional. Produk-produk perbankan syariah yang telah dikenal secara umum saat ini antara lain adalah **pembiayaan berdasarkan pada bagi hasil** yaitu *musyarakah* dan *mudharabah*, **pembiayaan berdasarkan pada jual - beli** yaitu *murabahah*, *salam*, dan *istishna'*, dan **pembiayaan berdasarkan pada sewa - menyewa** atau *ijarah*;
- 3.3.30. Bahwa dari perbedaan tersebut menurut Muhammad Taqi Usmani dalam buku *an Introduction to Islamic Finance* ciri yang berbeda dari transaksi berdasarkan *syariah* adalah sifatnya yang *asset backed financing* (Taqi Usmani, 1998: 12). *Asset backed financing* mempunyai arti pembiayaan dalam Islam selalu berdasarkan kepada aset riil, berbeda dengan bank konvensional yang dapat menjadikan uang sebagai komoditas yang diperdagangkan. Berdasarkan hal tersebut, maka konsep kepemilikan benda menjadi sangat penting dalam menentukan suatu keabsahan transaksi perbankan syariah;
- 3.3.31. Bahwa terdapat beberapa hadist Nabi yang mengatur bagaimana kepemilikan benda harus dilakukan dalam suatu transaksi, salah satunya yang diriwayatkan oleh Tarmizi yang pada intinya menyatakan: “.... **Janganlah kamu menjual sesuatu yang tidak ada padamu**” (H.R. Tarmizi);
- 3.3.32. Bahwa untuk memberikan penafsiran “jangan menjual sesuatu yang tidak ada padamu”, ulama-ulama internasional telah melakukan *ijtihad* untuk menghasilkan *ijma'* sebagaimana dituangkan dalam *majma' fiqh al-islami* yang ditetapkan di Jeddah pada 14-20 Maret 1990 yang menyatakan:

“Just as the **possession of commodities may be physical**, by taking the commodity in one's hand or measuring or weighing the eatables, or by transferring or delivering the commodity to the premises of the

possessor, similarly the **possession may also be an implied or constructive possession** which takes place by leaving the commodity at one's disposal and enabling him to deal with it as he wills. This will be deemed a valid possession, even though the physical possession has not taken place. **As for the mode of possession, it may vary from commodity to commodity, according to its nature and pursuant to the different customs prevalent in this behalf.**" (translated)

Berdasarkan *majma' fiqh al-islami* tersebut penyerahan dapat dilakukan berdasarkan penyerahan nyata/fisik/*physical (qabdh haqiqi)* maupun penyerahan konstruktif/*implied (qabdh hukmi)*. Namun, dalam *majma' fiqh al-islami* tersebut tidak disebutkan bagaimana penerapannya terhadap jenis benda bergerak atau benda tidak bergerak. *majma' fiqh al-islami* menyerahkan metode penyerahannya tergantung jenis barang dan kebiasaan/*custom/'urf* yang berlaku;

- 3.3.33. Bahwa dalam *sharia standart* bab 18 Nomor 3/1 tentang *qabdh* yang dikeluarkan oleh lembaga *Accounting and Auditing On Islamic Finance Institution (AAOIFI)* juga menyatakan '*urf* sebagai dasar untuk menentukan metode penyerahan benda:

The basis for determining the mode of possession in things is custom ('urf). It is for the reason that possession of things has differed in accordance with the nature of things and difference among people with respect to things" (translated)

- 3.3.34. Bahwa secara prinsip baik *majma' fiqh al-islami* maupun AAOIFI mendasari bahwa dasar model penyerahan benda adalah '*urf*. Hal ini didasari karena Al-Quran dan Hadist tidak menjabarkan secara detail metode penyerahan kepemilikan benda. Karena secara prinsip yang mendasari adalah '*urf*, maka sah-nya peralihan hak atas tanah dalam suatu transaksi perbankan syariah juga bergantung kepada bagaimana '*urf* di suatu wilayah/negara mengaturnya. Berdasarkan penjabaran di atas, maka dapat dikatakan bahwa **prinsip syariah dalam transaksi perbankan syariah bersifat luas dan sangat berkaitan erat dengan konsep hak milik. Hukum Islam sendiri menyerahkan kepada '*urf*, maka dari itu untuk dapat memberikan kepastian hukum dalam suatu negara hukum, maka terhadap konsep peralihan hak kebendaan dalam transaksi perbankan syariah seharusnya menjadi materi muatan yang diatur dalam undang-undang;**

Pelaksanaan Peraturan Delegasi Prinsip Syariah Dalam UU Perbankan Syariah

- 3.3.35. Bahwa sesuai dengan penjelasan di atas, prinsip hukum Islam (prinsip syariah) sangat luas, sehingga menyangkut dengan materi muatan peralihan hak milik yang menjadi materi muatan dalam undang – undang. Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) memberikan pola delegasi pengaturan yaitu prinsip syariah ditetapkan oleh Fatwa MUI untuk kemudian BI menuangkannya dalam Peraturan Bank Indonesia (PBI). Namun, semenjak diberlakukannya Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2011 tentang Otoritas Jasa Keuangan (UU 21/2011) (**Bukti P-16**), sesuai Pasal 69 UU 21/2011, maka kewenangan BI berdasarkan Pasal 26 ayat (3) UU Perbankan Syariah didelegasikan kepada OJK. Menurut Pemohon Pasal 26 UU Perbankan Syariah tersebut sangat multitafsir siapa yang sesungguhnya berwenang mengatur perbankan syariah? Hal ini berakibat pada ketika kita hendak mencari sebenarnya dasar peralihan hak milik yang sah seperti apa, ternyata tersebar di banyak peraturan;
- 3.3.36. Bahwa semenjak kewenangan BI didelegasikan ke OJK, fakta yang terjadi adalah OJK tidak banyak mengatur soal prinsip syariah dalam POJK. Hal ini dapat dilihat dari rasio perbandingan jumlah Fatwa yang telah ditetapkan MUI sampai dengan saat ini sudah berjumlah 143 Fatwa, tetapi OJK tidak menerbitkan POJK yang mengatur prinsip syariah, malah POJK merujuk kembali ke Fatwa MUI dalam hal penentuan prinsip syariah. Hal ini sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 18 ayat (2) POJK No. 24 /POJK.03/2015:
- “Pemenuhan penerapan Prinsip Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1), harus didukung dengan:
- a. Fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia yang menjadi dasar penerbitan Produk dan/atau pelaksanaan Aktivitas;
 - b. Opini dari Dewan Pengawas Syariah Bank terhadap Produk dan/atau Aktivitas.”
- 3.3.37. Bahwa OJK lebih sering menggunakan instrumen Surat Edaran OJK (SEOJK) atau bahkan semacam Buku Standart Produk Perbankan Syariah dalam mengatur secara detail tentang prinsip syariah yang sering menjadi acuan bagi bank syariah untuk membuat *Standart Operating Procedure* (SOP) produk bank syariah;
- 3.3.38. Bahwa di samping itu ternyata Mahkamah Agung juga mengeluarkan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 02 Tahun 2008 tentang Kompilasi

Hukum Ekonomi Syariah (KHES) (**Bukti P-17**) yang mengatur mengenai prinsip syariah, sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 1 KHES:

“Hakim pengadilan dalam lingkungan peradilan agama yang memeriksa, mengadili dan menyelesaikan perkara yang berkaitan dengan ekonomi syariah, mempergunakan sebagai pedoman prinsip syariah dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah.”

KHES berisi 796 Pasal yang mengatur secara detail mengenai prinsip syariah dalam transaksi ekonomi syariah. Namun, materi muatannya seperti materi muatan buku II dan buku III BW karena mengatur terkait subjek hukum dan kebendaan, perjanjian (akad), zakat dan hibah, dan akuntansi syariah;

- 3.3.39. Bahwa berdasarkan fakta di atas, maka **dimungkinkan objek yang sama diatur oleh tiga lembaga yang berbeda (MUI, OJK, dan MA)**. Hal ini terbukti karena masing-masing lembaga mengatur terkait kepemilikan benda dengan pengaturan yang menyebabkan multitafsir;
- 3.3.40. Bahwa hal ini dapat dilihat bagaimana perolehan kepemilikan benda dalam transaksi jual-beli *murabahah* diatur. DSN-MUI melalui Fatwa Nomor 04/DSN-MUI/IV/2000 tentang *Murabahah* (**Bukti P-18**) menyatakan:

Jika bank hendak mewakili kepada nasabah untuk membeli barang dari pihak ketiga, akad jual beli *murabahah* harus dilakukan **setelah barang, secara prinsip, menjadi milik bank.**

Pengertian “*setelah barang, secara prinsip, menjadi milik bank.*” tidak dijelaskan secara jelas dalam Fatwa ini apa yang dimaksud secara prinsip milik bank, apakah cukup dengan “kesepakatan” atau perlu “peralihan titel aset”?

- 3.3.41. Bahwa OJK melalui SEOJK 36/SEOJK.03/2015 Tentang Produk dan Aktivitas Bank Umum Syariah dan Unit Usaha Syariah (Lampiran IV) (**Bukti P-19**) juga memberikan aturan yang sama dengan Fatwa DSN-MUI Nomor 04/DSN-MUI/IV/2000:

Bank dapat mewakili kepada nasabah untuk membeli barang yang dibutuhkan oleh nasabah dari pihak ketiga untuk dan atas nama Bank. Dalam hal ini, akad *murabahah* baru dapat dilakukan setelah secara prinsip barang tersebut menjadi milik Bank.

Namun, SEOJK tersebut juga tidak memberikan kejelasan apa yang dimaksud “barang secara prinsip milik bank”.

3.3.42. Bahwa kemudian OJK memberikan penafsiran terhadap “barang secara prinsip milik bank” sebagaimana dinyatakan dalam buku standart produk *murabahah* (**Bukti P-20**):

“3.3.4. Obyek Pembiayaan Murabahah harus dimiliki oleh Bank terlebih dahulu. Konsep kepemilikan oleh Bank bisa diakui berdasarkan **bukti yang sah secara prinsip dan sesuai dengan syariah.**

3.3.5. Ciri obyek pembiayaan Murabahah **telah dimiliki secara prinsip adalah obyek tersebut memiliki spesifikasi yang jelas, mudah diidentifikasi, memiliki nilai, memiliki bukti legal kepemilikan (akta milik), dapat diperjualbelikan, serta dapat dipindahkan kepemilikannya.**

3.3.10. Kepemilikan Obyek Pembiayaan harus sudah dalam penguasaan penjual baik dalam penguasaan fisik (*qabdh haqiqi*) ataupun penguasaan konstruktif (*qabdh hukmi*).

3.3.11. Kepemilikan Obyek Pembiayaan sedapat mungkin dialihkan secara efektif dari Bank sebagai Penjual kepada Nasabah sebagai Pembeli sesuai kebiasaan yang berlaku sepanjang tidak bertentangan dengan Syariah.

3.3.12. Konsep kepemilikan Obyek Pembiayaan secara efektif yang dimaksud adalah saat kedua belah pihak memasuki dan menyepakati kontrak sah jual beli sekalipun tidak diharuskan adanya bukti legal administrasi kepemilikan oleh Bank (penguasaan fisik). Kepemilikan oleh Bank dianggap sah hanya cukup dengan bukti transaksi antara Bank dan Pemasok (penguasaan konstruktif).”

Berdasarkan buku standart tersebut OJK mengakui bentuk penguasaan konstruktif (*qabdh hukmi*) sebagai bentuk kepemilikan yang terjadi pada saat terjadinya kesepakatan kontrak sah jual beli tanpa perlu bukti legal administrasi. Dari pandangan OJK tersebut maka *qabdh hukmi* dibuktikan dengan adanya bukti saat terjadinya “kesepakatan”. (poin 3.3.12. bukti P-20) Dalam praktik di perbankan syariah “kuitansi” pembelian dianggap menjadi dasar kepemilikan bank yang sah, dan praktik ini juga didasari pada penjelasan Pasal 9 ayat (1) huruf d PBI Nomor 7/46/PBI/2005 yang menyatakan “kuitansi pembelian” merupakan bukti kepemilikan (**Bukti P-21**);

3.3.43. Bahwa MUI dalam Fatwa Nomor 04/DSN-MUI/IV/2000 tidak secara tegas menyatakan bentuk *qabdh hukmi* dalam transaksi *murabahah* seperti apa. DSN-MUI memberikan fatwa tentang *qabdh* dalam transaksi komoditi di bursa dengan Fatwa Nomor 82/DSN-MUI/VIII/2011. DSN-MUI mengakui

konsep *qabdh hukmi* sebagai bentuk penyerahan yang sah dalam transaksi komoditi di bursa. Namun, dalam Fatwa tersebut dinyatakan yang dimaksud dengan *qabdh hukmi* adalah penguasaan komoditi oleh pembeli secara dokumen kepemilikan komoditi yang dibelinya baik dalam bentuk catatan elektronik maupun non-elektronik;

- 3.3.44. Bahwa meskipun Fatwa Nomor 04/DSN-MUI/IV/2000 tidak menjelaskan secara detail tentang pengertian “barang secara prinsip milik bank”, DSN-MUI memperjelas lagi melalui Fatwa DSN-MUI Nomor 110/DSN-MUI/IX/2017 tentang Jual Beli *jo*. Fatwa DSN-MUI Nomor 111/DSN-MUI/IX/2017 tentang Akad Jual Beli *Murabahah* (**Bukti P-22**), dalam kondisi apa bank mempunyai kewenangan untuk melakukan jual-beli dengan nasabah. Disebutkan dalam fatwa tersebut: “*penjual (al-bai’) harus memiliki kewenangan (wilayah) untuk melakukan akad jual beli, baik kewenangan yang bersifat ashliyah maupun kewenangan yang bersifat niyabiyyah*” yang dimaksud dengan **wilayah ashliyyah** adalah kewenangan yang dimiliki oleh penjual karena yang bersangkutan **berkedudukan sebagai pemilik**. Terkait objek jual-beli dalam fatwa tersebut dinyatakan: “*mutzman/mabi’ boleh dalam bentuk barang dan/atau hak yang dimiliki penjual secara penuh (milk al-tam)*”. Dan disebutkan juga: *mutzman/mabi’ harus wujud, jelas/pasti/tertentu, dan dapat diserahterimakan (qudrat al-taslim) pada saat akad jual beli murabahah dilakukan. Dengan demikian menurut DSN-MUI yang dapat menjadi wilayah ashliyyah adalah seseorang yang memiliki hak kebendaan secara penuh (milk al-tam) sehingga benda tersebut dapat diserahterimakan secara bebas tanpa adanya halangan (qudrat al-taslim);*

- 3.3.45. Bahwa selanjutnya KHES juga mengatur bagaimana penyerahan kepemilikan benda (dalam hal ini tanah) yang sesuai prinsip syariah. Dinyatakan dalam Pasal 82 KHES:

“Jika pembeli berada pada **pelataran**, atau di tanah yang akan dijual, atau jika pembeli dari jarak dekat bisa melihat sebidang lahan atau tempat tersebut, setiap **izin yang diberikan oleh penjual** untuk menerima penyerahan barang dianggap sebagai penyerahan.”

- 3.3.46. Bahwa berdasarkan aturan-aturan diatas muncul pertanyaan dalam kondisi apa seseorang (penjual) dinyatakan memiliki hak milik sehingga dapat mengalihkan benda kepada pihak pembeli? Dengan adanya tiga lembaga

yang mengatur secara berbeda, maka penafsiran atas kemungkinan yang terjadi adalah:

- 1) Berdasarkan PBI Nomor 7/46/PBI/2005 *juncto* SEOJK 36/SEOJK.03/2015 *juncto* Buku Standart Produk Murabahah OJK *Milk al-tam* dibuktikan dengan bukti transaksi pada saat terjadinya kesepakatan (bisa “kuitansi”);
- 2) Berdasarkan Fatwa DSN-MUI Nomor 82/DSN-MUI/VIII/2011 *Milk al-tam* dibuktikan dengan bukti dokumen kepemilikan (dalam bentuk catatan elektronik/non elektronik);
- 3) Berdasarkan KHES *Milk al-tam* dibuktikan dengan bukti izin penjual kepada pembeli di pelataran tanah yang dijual;

3.3.47. Bahwa kondisi di atas merupakan fakta bahwa terdapat permasalahan besar dalam sistem hukum yang mengatur perbankan syariah, bagaimana mungkin terhadap objek yang sama diatur oleh tiga lembaga yang berbeda yang masing-masing memiliki pengaturan yang berbeda padahal materi muatan yang diatur adalah terkait hak atas kebendaan yang seharusnya diatur dalam tingkat undang-undang? Berdasarkan hal ini lah menurut Pemohon masih terdapat ketidakpastian hukum dalam transaksi di perbankan syariah (khususnya dalam pembelian tanah), karena UUPA mengatur hal yang serupa yang menurut pendapat Pemohon dapat menjadi hambatan hukum dalam melaksanakan transaksi di perbankan syariah;

3.3.48. Bahwa **berdasarkan Pasal 23 ayat (1) UUPA dikatakan hak milik merupakan objek tanah yang harus didaftarkan**, sebagaimana disebutkan: “*Hak milik, demikian pula setiap peralihan, hapusnya dan pembebanannya dengan hak-hak lain harus didaftarkan menurut ketentuan-ketentuan yang dimaksud dalam pasal 19*”. Berdasarkan Pasal 23 ayat (2) UUPA disebutkan: “*Pendaftaran termaksud dalam ayat (1) merupakan alat pembuktian yang kuat mengenai hapusnya hak milik serta sahnya peralihan dan pembebanan hak tersebut*”. Pelaksanaan Pasal 23 UUPA ini kemudian diatur lebih lanjut dalam PP Nomor 24 Tahun 1997 yang selanjutnya dirubah dengan PP Nomor 18 Tahun 2021 (PP Pendaftaran Tanah). Baik PP 24/1997 maupun PP 18/2021 keduanya sama-sama menegaskan bahwa makna “harus” dalam peralihan hak milik sebagaimana

dimaksud dalam Pasal 23 UUPA adalah “wajib”, kemudian ditegaskan kembali melalui Putusan MK No. 12/PUU-XIX/2021 (**Bukti P-5**), sehingga pengaturan peralihan hak milik terhadap tanah dalam transaksi perbankan syariah menjadi:

Dasar Konstitusional	UUD 1945			
	Pasal 28H ayat (4) UUD 1945, Pasal 28H ayat (2) UUD 1945, Pasal 1 ayat (3) UUD 1945, Pasal 28I ayat (5) UUD 1945, Pasal 28D ayat (1) UUD 1945			
UU / Produk Hukum Setingkat UU	UU 5/1960 Tentang Pokok Agraria (UUPA)	UU 21 / 2008 Tentang Perbankan Syariah	Putusan MK No.12/PUU-XIX/2021	UU 19/2008 Tentang SBSN
	<p>Pasal 23</p> <p>Hak milik, demikian pula setiap peralihan, hapusnya dan pembebanannya dengan hak-hak lain harus didaftarkan menurut ketentuan-ketentuan yang dimaksud dalam pasal 19.</p>	<p>Pasal 26</p> <p>“(1) Kegiatan usaha sebagaimana dimaksud dalam Pasal 19, Pasal 20, dan Pasal 21 dan/atau produk dan jasa syariah, wajib tunduk kepada Prinsip Syariah. (2) Prinsip Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) difatwakan oleh Majelis Ulama Indonesia. (3) Fatwa sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dituangkan dalam Peraturan Bank Indonesia.”</p>	<p>Bertolak dari pertimbangan Mahkamah tersebut di atas, mengingat pentingnya kepastian hukum terhadap kepemilikan hak atas tanah, <i>in casu</i> hak milik, maka setiap perbuatan hukum yang menyangkut peralihannya atau pembebanannya menjadi tidak sah jika tidak dilakukan pendaftaran pada instansi yang berwenang untuk itu (Halaman 57...)</p> <p>Dalam kaitan ini jika kutansi saja yang dijadikan dasar kepemilikan hak atas tanah sebagaimana dalil Pemohon maka hal tersebut justru mengaburkan esensi kepastian hukum kepemilikan hak atas tanah, yang pada akhirnya justru merugikan perbankan/kreditor.</p>	<p>Pasal 1 angka 16 Hak manfaat adalah hak untuk memiliki dan mendapatkan hak penuh atas pemanfaatan suatu aset tanpa perlu dilakukan pendaftaran atas kepemilikan dan hak tersebut.</p> <p>Pasal 10 ayat (2) Aset SBSN sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat berupa : a. tanah dan/atau bangunan; dan b. selain tanah dan/atau bangunan.</p> <p>Pasal 11 ayat (1) Penggunaan Barang Milik Negara sebagai Aset SBSN sebagaimana dimaksud dalam Pasal 10 ayat (2) dilakukan Menteri dengan cara menjual atau menyewakan Hak Manfaat atas Barang Milik Negara atau cara lain yang sesuai dengan Akad yang diumumkan dalam ranca penerbitan SBSN</p>
Peraturan Per-UU-an (Lembaga)	PERMA No. 02/2008 Tentang KHES	POJK No. 17/POJK.04/2015	PBI No. 7/46/PBI/2005	
	<p>“Jika pembeli berada pada pelataran, atau di tanah yang akan dijual, atau jika pembeli dari jarak dekat bisa melihat sebidang lahan atau tempat tersebut, setiap izin yang diberikan oleh penjual untuk menerima penyerahan barang dianggap sebagai penyerahan.” (Pasal 82)</p>	<p>Pemenuhan penerapan Prinsip Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1), harus didukung dengan: a. Fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia yang menjadi dasar penerbitan Produk dan/atau pelaksanaan Aktivitas; (Pasal 18)</p>	<p>Yang dimaksud dengan secara prinsip barang milik Bank dalam wakalah pada Akad Murabahah adalah adanya aliran dana yang ditujukan kepada pemasok barang atau dibuktikan dengan kuitansi pembelian. (Penjelasan Pasal 9)</p>	
Peraturan Non Per-UU-an	Buku Standart Produk Murabahah OJK	Fatwa DSN-MUI No.110/DSN-MUI/IX/2017 tentang Jual Beli		
	<p>Konsep kepemilikan Obyek Pembiayaan secara efektif yang dimaksud adalah saat kedua belah pihak memasuki dan menyepakati kontrak sah jual beli sekalipun tidak diharuskan adanya bukti legal administrasi kepemilikan oleh Bank (penguasaan fisik). Kepemilikan oleh Bank dianggap sah hanya cukup dengan bukti transaksi antara Bank dan Pemasok (penguasaan konstruktif).”</p>	<p>“penjual (al-bai) harus memiliki kewenangan (wilayah) untuk melakukan akad jual beli, baik kewenangan yang bersifat ashliyah maupun kewenangan yang bersifat niyabiyah” yang dimaksud dengan wilayah ashliyyah adalah kewenangan yang dimiliki oleh penjual karena yang bersangkutan berkedudukan sebagai pemilik. Terkait objek jual-beli dalam fatwa tersebut dinyatakan : “<i>mutsman/mabi</i> boleh dalam bentuk barang dan/atau hak yang dimiliki penjual secara penuh (milik al-tam)”.</p>		

3.3.49. Bahwa jika ditelaah lebih lanjut ada perbedaan mendasar antara konsep jual beli dalam KHES dengan BW. Jual beli dalam Pasal 64 KHES dinyatakan: *“jual beli terjadi dan mengikat ketika objek jual beli diterima pembeli, sekalipun tidak dinyatakan secara langsung”*. Berbeda dengan ketentuan di dalam BW, Pasal 1458 BW menyatakan: *“jual beli dianggap sudah terjadi antara kedua belah pihak seketika setelah mereka mencapai sepakat tentang barang dan harga, meskipun barang itu belum diserahkan maupun harganya belum dibayar”*. Menurut Subekti unsur-unsur pokok (*essentialia*) perjanjian jual beli adalah barang dan harga. Sesuai asas “konsensualisme” yang menjiwai hukum perjanjian B.W. (KUHPerdara), perjanjian jual beli itu sudah dilahirkan pada detik tercapainya “sepakat” mengenai barang dan harga. Begitu kedua pihak sudah setuju tentang barang dan harga, maka lahirlah perjanjian jual beli yang sah. (Subekti, 1995:2). Bahwa dari asas tersebut maka dalam konsep BW terdapat

pemisahan perjanjian yang bersifat konsensual obligatoir (*pactum de contrahendo*) dengan penyerahan sebagai perjanjian kebendaan (*zakelijke overeenkomst van levering*). Menurut pandangan Pemohon konsep KHES yang menjadikan *levering* menjadi satu kesatuan dengan perjanjian konsensual obligatoir tidak dapat dilepaskan dari prinsip larangan *gharar*. Uniknya asas dalam KHES mirip dengan asas konkrit dan tunai dalam hukum adat, di mana dalam suatu perjanjian harus ada penyerahan benda nyata sekaligus. Hal inilah yang menjadi landasan bagi Pemohon bahwa ekonomi syariah adalah perjalanan dialektika dari hak milik, yaitu konsep – konsep yang ada dalam hukum adat mewujud kembali dalam bentuk barunya, hal ini juga dapat dilihat dari adanya kemiripan antara transaksi syariah dengan perjanjian segi dua dalam masyarakat hukum adat. Seperti *anamnesis* Plato, namun bukan berarti kesesuaian identik dalam pengertian ide Plato. Bukan pula ditafsirkan sebagai ide absolut Hegel yang mewujud dalam negara, karena negara pada akhirnya memunculkan antinomi lagi;

- 3.3.50. **Bahwa hukum Islam bersifat fleksibel karena mengakui ‘urf sebagai sumber hukum**, maka dari itu pelaksanaan Pasal 82 KHES sebenarnya adalah wujud dari hukum adat. PBI Nomor 7/46/PBI/2005 yang menyatakan bahwa kuitansi pembelian sebagai dasar kepemilikan adalah berdasar pada hukum adat. Namun, memang akibat adanya BW, pandangan umum tentang transaksi memandang bahwa perjanjian jual beli dengan penyerahan adalah suatu yang terpisah, dan itu menjadi pakem yang kuat termasuk dalam UUPA. Pemohon menyadari bahwa secara substansi yang diatur MA, OJK, BI adalah untuk memperlancar transaksi perbankan syariah sehingga secara *doelmatigheid* memiliki nilai kebenaran, hanya dari sisi tertib hukum (*rechtmatigheid*) sulit mendapatkan justifikasinya karena tidak sesuai substansinya dengan jenis dan materi muatan peraturan perundang-undangan. Karena itulah Pemohon menganggap konsep tersebut agak sulit diterima, maka Pemohon mencari landasan yang lebih kokoh dengan harapan Putusan MK mempunyai kekuatan yang “setingkat” dengan undang-undang termasuk adanya *judicial order* agar dilakukan perubahan terhadap UU Perbankan Syariah dalam petitum Pemohon dalam perkara sebelumnya;

Praktik Transaksi Perbankan Syariah Serta Kendala Hukumnya Dan Bagaimana Seharusnya

3.3.51. Bahwa Pemohon dalam hal ini akan memberikan contoh praktik transaksi perbankan syariah berdasarkan Fatwa DSN-MUI Nomor 89/DSN-MUI/XII/2013 tentang Pembiayaan Ulang (*Refinancing*) Syariah yang menyatakan:

- “1. Calon Nasabah yang memiliki barang ('urudh) mengajukan pembiayaan kepada Lembaga Keuangan Syariah dalam rangka pembiayaan ulang (*refinancing*);
2. Lembaga Keuangan Syariah membeli barang ('urudh) milik nasabah dengan akad bai';
3. Nasabah menyelesaikan kewajiban dan/atau utang atas pembiayaan sebelumnya jika ada;
4. Lembaga Keuangan Syariah dan Nasabah melakukan akad Ijarah Muntahiiyyah bit tamlik; dan
5. Pengalihan kepemilikan obyek sewa (ma 'jur) kepada nasabah hanya boleh dilakukan dengan akad hibah, pada waktu akad ijarah berakhir;”

3.3.52. Bahwa jika skema *refinancing* ini dilakukan terhadap aset yang dibiayai berdasarkan akad *murabahah*, maka pihak bank akan membeli aset yang dibiayai sebelumnya sehingga nasabah memiliki dana dan kepemilikan aset beralih kepada bank. Dari dana tersebut nasabah menyelesaikan kewajiban terhadap pembiayaan sebelumnya. Karena aset saat ini sudah menjadi milik bank, maka bank dapat menyewakan kembali aset tersebut kepada nasabah berdasarkan akad *ijarah/sewa* dengan janji pada akhir masa sewa aset tersebut akan dihibahkan kepada nasabah. Berdasarkan skema tersebut akan tercipta hubungan hukum sebagai berikut:

- 1) Jual-beli antara *supplier* dengan bank syariah;
- 2) Jual-beli antara bank syariah dengan nasabah;
- 3) Jual-beli antara nasabah dengan bank syariah;
- 4) Sewa-menyewa antara bank syariah dengan nasabah;
- 5) Hibah antara bank syariah dengan nasabah.

3.3.53. Bahwa untuk memperjelas Pemohon ilustrasikan:

- 1) Nasabah pembiayaan untuk pembelian ruko untuk usaha ke bank syariah berdasarkan akad *murabahah* dengan harga ruko sebesar Rp500jt dari developer, dan karena akad *murabahah* maka harga jual bank kepada nasabah sebesar Rp740jt dengan dibayar cicil selama 5 tahun;
- 2) Di tahun ke-4, sisa kewajiban nasabah sebesar Rp148jt. Namun, karena nasabah memerlukan kembali dana untuk pengembangan usaha

nasabah mengajukan kembali pembiayaan (*refinancing*) dengan akad *bai' wal istikjar*;

- 3) Ruko nasabah dijual (akad *bai'*) kepada bank seharga Rp500jt sehingga nasabah mendapatkan dana sebesar Rp352jt setelah dikurangi kewajiban nasabah;
- 4) Namun, karena nasabah masih memerlukan ruko tersebut untuk usahanya, nasabah menyewa dari bank dengan harga sewa Rp12,3jt/bulan. Selain ada akad sewa (*ijarah*), nasabah juga diberikan janji (*wa'ad*) jika nasabah terus menyewa sampai 5 tahun, maka ruko tersebut akan dihibahkan kepada nasabah;
- 5) Di tahun ke-4 nasabah menyewa, ternyata usaha nasabah mengalami penurunan sehingga tidak mampu untuk membayar sewa.

Dari kasus tersebut, bagaimana hukum melindungi kedua belah pihak secara adil?

3.3.54. Bahwa jika merujuk pada UUPA *juncto* PP Pendaftaran Tanah *juncto* Putusan MK Nomor 12/PUU-XIX/2021, maka dalam skema tersebut peralihan hak milik atas tanah (ruko) akan terjadi:

- 1) AJB oleh PPAT antara *supplier* dengan bank syariah dengan proses balik nama;
- 2) AJB oleh PPAT antara bank syariah dengan nasabah dengan proses balik nama;
- 3) AJB oleh PPAT antara nasabah dengan bank syariah dengan proses balik nama;
- 4) Akta Hibah oleh PPAT antara bank syariah dengan nasabah syariah dengan proses balik nama.

Dalam kasus tersebut, maka di tahun ke-4 sewa nasabah tidak membayar sewa, posisi ruko merupakan hak milik bank dengan sertipikat hak kepemilikan ada di bank, secara hukum dalam hubungan sewa ketika pihak yang menyewa tidak membayar sewa, maka adalah hak pemberi sewa untuk memerintahkan yang menyewa untuk keluar dari tanah/bangunannya, oleh karena itu hak bank untuk mengusir nasabah untuk pergi dari ruko miliknya. Nasabah yang sudah kehilangan keuntungan maka juga kehilangan ruko. *wa'ad* bank kepada nasabah belum mengikat dalam artian penghibahan tidak dapat dilakukan sehingga tidak terjadi

peralihan hak kembali ke nasabah. *wa'ad* mengikat ketika dilekatkan syarat, dan syarat itu harus terpenuhi, dan karena syaratnya adalah sewa selama 5 tahun sedangkan nasabah tidak lagi membayar uang sewa, maka segala hak dan kewajiban melekat kepada akad *ijarah*. Pada kondisi ini bank berpotensi untuk *zalim*, karena sudah mendapatkan uang sewa selama 4 tahun ditambah uang angsuran akad *murabahah* selama 4 tahun sekaligus memiliki ruko tersebut secara penuh (ditambah nilai surplus harga tanah), namun secara hukum juga tidak salah karena nasabah sudah menjual kepada bank dan nasabah selama 4 tahun juga menikmati *usufructuary* ruko tersebut. Namun, kondisi yang paling dirugikan adalah nasabah karena harus kehilangan semua. Hal mana sesungguhnya kondisi ini yang tidak diharapkan dalam Pasal 53 UUPA yang berupaya menghapuskan hak gadai, hak usaha bagi hasil, dan hak sewa tanah pertanian, karena berpotensi adanya kondisi zalim/penghisaban. Transaksi perbankan syariah memiliki kerumitan sendiri, sehingga jika dilihat dari kacamata *civil law* dan sistem hukum Indonesia akan sulit terlihat nilai keadilannya. Dalil BI yang menyatakan kuitansi pembelian dapat menjadi dasar kepemilikan yang sah didasarkan pada kebiasaan yang tentu dalam konteks transaksi perbankan syariah relevan untuk menjaga keadaan *fair*, tetapi perlu pendalaman lebih lanjut serta dasar hukum yang kuat (UU);

- 3.3.55. Bahwa bagi Pemohon lahirnya perbankan syariah membawa keadaan seperti saat perumusan UUPA yang hendak meletakkan asas *landreform* yang menyebabkan transaksi-transaksi tanah dalam hukum adat hendak dihapuskan dalam Pasal 53 UUPA. Yang menjadi pertanyaan bagaimana transaksi-transaksi terhadap tanah dalam hukum adat bisa hidup lama, tetapi di dalamnya termuat potensi ketidakadilan? Asas gotong royong / tolong menolong-lah yang mendasari bagaimana transaksi tanah dalam hukum adat bisa hidup lama. Pengertian eksploitasi antara pemilik lahan dengan buruh tani adalah akibat pergeseran pengertian akibat datangnya bangsa kolonial;
- 3.3.56. Bahwa hak gadai di Nagari Campago didasari pada prinsip tolong menolong dalam kekeluargaan, sehingga tidak ada unsur pemerasan. Hak gadai menerapkan konsep (*dual ownership*) karena meskipun tanah dialihkan kepada pihak lain sebagai pemegang *legal title*, tetapi pemberi gadai masih

memiliki hak kebendaan (*equitable title*) terhadap tanah tersebut. Bahwa jika kita lihat kesejarahan lahirnya *trust* adalah karena bangsawan Inggris melakukan “rantau” tetapi hendak tetap memiliki *equitable interest* terhadap tanah yang ditinggalkannya, Indonesia juga memiliki budaya rantau, sehingga sesungguhnya hak gadai juga bisa berfungsi untuk menjaga ikatan teritorial bagi anggota masyarakat adat ketika sedang dalam rantau, dan ikatan genealogis menjadi penyambung akan hak kebendaan tersebut, sehingga kohesi sosial terjaga. Bahwa menurut Pemohon *equitable interest* tersebut tidak sebatas bersifat *rights in personam* saja, tetapi bersifat *rights in rem* karena ikatan lahir batin manusia terhadap tanah kelahirannya sangat kuat. Itulah filosofi tanah ulayat tidak dapat dialihkan;

- 3.3.57. Bahwa kedatangan bangsa kolonial membawa pengertian bahwa hak milik itu mutlak menjadi suatu yang bersifat *sole and despotic dominion*. Dalam pandangan itu adalah mutlak hak milik untuk diberikan kepastian, karena itu pendaftaran adalah mutlak agar pemegang *legal title* memiliki *dominion* yang pasti atas tanah, ketika terdaftar maka mutlak-lah hak-nya. Hak milik diangkat derajatnya melampaui waktu, menjadi suatu *natural rights*, suatu yang limitatif dan definitif, sehingga politik hukum unifikasi adalah melakukan konversi atau penghapusan terhadap hak yang telah ada. UUPA telah masuk ke dalam *vicious circle* di satu sisi mengakui hukum adat, di satu sisi melakukan unifikasi dan penyederhaan hak. Untuk mengatasi hal ini, maka *equity* yang dapat menjembatani;
- 3.3.58. Bahwa dalam konteks ilustrasi yang Pemohon berikan dalam transaksi perbankan syariah, konsep *equity* dapat memegang peran untuk memberikan keadilan bagi para pihak. Hal ini dapat dilakukan dengan skema nasabah tetap memegang *legal title* atas ruko yang dimilikinya. Pada saat *refinancing*, nasabah menyerahkan *equitable title* kepada bank. Akad *bai' wal istikjar* ini membentuk suatu *constructive trust*, tanpa perlu dideklarasikan maka secara otomatis hak tersebut terbentuk. Mengapa tidak diserahkan *legal title* kepada bank? Jawabannya adalah karena *ultimate owner* sesungguhnya ada di nasabah berdasarkan *wa'ad* dari bank, meskipun *wa'ad* tersebut belum mengikat/terlaksana. *Equitable interest* pada bank hanya bersifat sementara (*transient interest/overriding interest*) yang tidak perlu didaftarkan;

- 3.3.59. Bahwa sesungguhnya kondisi ini yang diharapkan dalam praktik. Namun, sampai dengan saat ini belum ada landasan hukum yang kuat. Oleh karena itu, yang **Pemohon ajukan dalam permohonan sebelumnya hanyalah kata “peralihan” dalam Pasal 23 UUPA untuk dapat dikesampingkan karena sesungguhnya yang dialihkan adalah *equitable interest*, dan Pemohon tidak meminta kata “pembebanan” dapat dikesampingkan karena Pemohon memandang melalui pembebanan-lah asas publisitas dilakukan.** Dalam LRA 2002 ada dua konsep dalam asas publisitas yaitu *registration* dan *notice*. *Registration* dilakukan terhadap hak-hak atas tanah yang ada dan diakui dalam uu pertanahan, sedangkan di luar hak tersebut masuk sebagai *overriding interest* yang cukup dilakukan *notice*. Menurut Pemohon **konsep pembebanan sudah cukup, dalam artian dalam satu transaksi perbankan syariah yang sampai menyebabkan terjadinya empat kali transaksi peralihan hak atas tanah, sesungguhnya itu dilakukan dalam rangka melaksanakan satu tujuan transaksi.** jika setiap peralihan harus dilakukan pendaftaran maka hal itu akan membebankan bank maupun nasabah dengan proses maupun biaya yang mahal. Sehingga, di atas transaksi perbankan syariah sesungguhnya cukup dilakukan *notice*, karenanya cukup dilekatkan dengan pembebanan dan cukup hanya dilakukan satu kali tidak perlu sampai empat kali. Saat ini lembaga pembebanan yang ada adalah “hak tanggungan”, karena itu kita bisa gunakan instrumen hak tanggungan agar asas publisitas tetap dapat dilaksanakan, dan bank tetap memiliki hak kebendaan (*rights in rem*) terhadap objek transaksi. Namun, konsep hak tanggungan ini juga harus diperluas, karena pandangan sempit hak tanggungan adalah pembebanan atas perjanjian utang (kredit), sehingga ada larangan kepemilikan *beding* dalam hak tanggungan. Pengertian “kredit” harus diperluas dengan pengertian “pembiayaan” karena mencakup berbagai macam jenis transaksi;
- 3.3.60. Bahwa konsep ini memang unik, ketika dilakukan akad *murabahah*, tanah tersebut secara *legal title* adalah milik nasabah, dan ketika dilakukan *refinancing*, tanah tersebut secara *legal title* tetap di nasabah, namun nasabah menyewa tanah tersebut dari bank, jadi seolah-olah nasabah menyewa tanah yang dimilikinya sendiri. Dalam **konsep transaksi**

perbankan syariah yang diserahkan kepada bank adalah *equitable title*, dan sesungguhnya itu bukan utang uang, tetapi suatu hak kebendaan, posisinya adalah bank sebagai pemilik manfaat (*equitable*) menyewakan *equitable rights* nya kepada nasabah, dan kalau kita mengakui hal tersebut, maka *equitable title* dapat dikatakan sebagai suatu *milk al-tam* dimana sesuai asas *nemo plus iuris*, maka bank memiliki kedudukan penuh (*al-tam*) untuk menyewakan. Ketika atas transaksi tersebut dibebankan hak tanggungan, maka yang dijaminan adalah *equitable interest* bukan utang uang, karena itu seharusnya tidak ada larangan kepemilikan *beding* dalam hak tanggungan dalam konteks transaksi perbankan syariah. Hal ini untuk melindungi bank sebagai pemilik tanah ketika nasabah pailit, seharusnya aset tersebut tidak masuk *boedel pailit*, karena dalam UU Hak tanggungan dalam konteks kepailitan, pemegang hak tanggungan harus segera menjual aset yang dijaminan agar tidak masuk *boedel pailit*, namun dalam konteks ini maka bank syariah dapat melakukan kepemilikan *beding* untuk melindungi dirinya sebagai pemilik tanah;

- 3.3.61. Bahwa **bank sebagai *beneficiary* berhak meminta *trustee* untuk segera mengalihkan aset tersebut.** Konsep *beneficiary* untuk meminta *trustee* menyerahkan *absolute ownership* ke *beneficiary* dalam keadaan tertentu telah diakui dalam kasus *Saunders v Vauiters* (dalam *common law*). Berdasarkan doktrin *propriety estoppel* yang berfungsi *creating rights in property*, maka hal tersebut dapat dilakukan. Namun, **untuk mencegah kezaliman bank, hak nasabah juga dilindungi dengan *promissory estoppel*.** Hal ini didasarkan kepada adanya janji (*wa'ad*) dari bank untuk menghibahkan tanah tersebut di akhir masa sewa, jadi meskipun tidak dilakukan hibah dan *wa'ad* belum melahirkan hak kebendaan, nasabah tetap berhak atas kompensasi dari bank dalam jumlah uang tertentu. Hal ini tentu berdasarkan perhitungan *outstanding* bank, dan jika ada sengketa atas nilainya, maka dapat diselesaikan di Pengadilan;
- 3.3.62. Bahwa konstruksi hukum ini-lah yang diharapkan, namun karena Indonesia adalah negara tradisi *civil law* maka bukan menjadi hal yang umum. Padahal ini adalah instrumen untuk menciptakan suatu keadaan yang *fair* bagi bank maupun nasabah. Hal ini bukan pula suatu yang belum pernah

dilakukan di Indonesia. *Sukuk* negara menggunakan instrumen sama yaitu hak manfaat. Melalui hak manfaat investor memegang bagian kepemilikan atas aset yang dibiayai, tentu kepemilikannya bukan sebagai *legal title* yang terdaftar di BPN, melainkan *equitable title* yang tercatat di lembaga kustodi pasar modal. Konsep *sukuk* negara telah mendapatkan legitimasi berdasarkan Putusan MK Nomor 143/PUU-VII/2009 (**Bukti P-24**);

- 3.3.63. Bahwa dalam konteks tanah negara berdasarkan Pasal 33 UUD 1945 dalam Putusan MK Nomor 001-021-022/PUU-I/2003 menyatakan bahwa dalam hak menguasai negara juga mempunyai pengertian kepemilikan dalam artian sebagai subjek hukum perdata. Bahwa dengan pengertian tersebut, maka dalam konteks negara sebagai subjek hukum perdata, hak menguasai negara menjadi hak pengelolaan yang dipegang oleh badan pelaksana negara. Berdasarkan Pasal 19 UUPA *jo.* Pasal 10 PP 18/2021 hak pengelolaan adalah objek yang wajib didaftarkan, namun dalam konteks *sukuk* negara, kewajiban pendaftaran boleh dikesampingkan. Jika konsep *trust* sesungguhnya sudah diadopsi dalam *sukuk* negara, mengapa tidak bisa dilakukan oleh Pemohon di perbankan syariah?

Affirmative Action?

- 3.3.64. Bahwa Pemohon pada tanggal 16 November 2021 membaca berita bahwa untuk mengatasi permasalahan tanah ulayat di Sumatera Barat Pemerintah melakukan terobosan hukum pendaftaran hanya dengan pencatatan tanpa perlu diterbitkan sertipikat. (**Bukti P-25**) Pemohon mencoba mencari konsep pencatatan dalam aturan yang ada:

Pasal 56 PP 24/1997

Pendaftaran perubahan data pendaftaran tanah sebagai akibat pemegang hak yang ganti nama dilakukan dengan **mencatatnya** di dalam buku tanah dan sertifikat hak atas tanah atau hak milik atas satuan rumah susun yang bersangkutan berdasarkan bukti mengenai ganti nama pemegang hak tersebut sesuai dengan ketentuan yang berlaku.

Pasal 90 Peraturan Pemerintah Nomor 18 Tahun 2021 tentang Hak Pengelolaan, Hak Atas Tanah, Satuan Rumah Susun, Pendaftaran Tanah (PP 18/2021)

(1) Pihak yang berkepentingan dapat mengajukan permohonan pencatatan perjanjian pengikatan jual beli atau perjanjian sewa atas Tanah terdaftar ke Kantor Pertanahan.

(2) Pencatatan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) **dilakukan pada daftar umum dan/atau sertipikat Hak Atas Tanah.**

Pasal 91 ayat (1) PP 18/2021

Dalam hal Tanah menjadi objek perkara di pengadilan, pihak yang berkepentingan dapat mengajukan permohonan pencatatan ke Kantor Pertanahan bahwa suatu Hak Atas Tanah atau hak milik atas Satuan Rumah Susun menjadi objek perkara di pengadilan dengan menyampaikan salinan surat gugatan.

Pasal 56 PP 24/1997 adalah dalam konteks perubahan data yuridis jika terdapat proses peralihan, jadi terhadap hak-hak atas tanah yang diakui Pasal 16 UUPA yang telah bersertipikat jika terjadi perubahan data maka dilakukan pencatatan dalam buku tanah tersebut (sertipikat). Pengertiannya adalah pencatatan sebagai salah satu perbuatan dalam seluruh rangkaian proses pendaftaran, karena sesuai UUPA setiap peralihan terhadap hak atas tanah dalam Pasal 16 UUPA harus didaftarkan (sering dikenal dengan balik nama). Namun, berbeda dengan Pasal 90 PP 18/2021 perjanjian pengikatan jual beli (PPJB) dan hak sewa bukan merupakan hak atas tanah yang wajib didaftarkan, karena itu terhadap hak tersebut cukup dapat dilakukan pencatatan. Pasal 91 PP 18/2021 juga merupakan pencatatan dalam terhadap objek tanah yang sedang dalam sengketa di pengadilan, hal ini sering disebut dengan blokir. Pencatatan dalam Pasal 90 maupun 91 PP 18/2021 adalah perbuatan yang berdiri sendiri, bukan merupakan rangkaian proses pendaftaran sebagaimana dimaksud pada Pasal 56 PP 24/1997 karena sifatnya hak bukan kewajiban;

- 3.3.65. Bahwa pencatatan sebagaimana dimaksud pada Pasal 90 dan 91 PP 18/2021 mirip dengan konsep *notice* dalam LRA 2002. Bahkan dapat dilakukan oleh satu pihak, hal ini dikenal dengan istilah *unilateral notice* yang mempunyai pengertian *a [unilateral] notice may be entered without the consent of the relevant proprietor*. Berdasarkan Pasal 90 ayat (2) PP 18/2021 pencatatan dapat dilakukan terhadap tanah yang telah bersertipikat ataupun dilakukan pada suatu daftar umum, maka dari itu jika konsep pencatatan yang akan digunakan di wilayah Sumatera Barat tidak dengan menerbitkan sertipikat, maka kemungkinan dilakukan dengan cara tidak dilakukan penerbitan sertipikat baik kepada Pemangku Adat maupun

anggotanya, tetapi wilayahnya dicatat dalam daftar umum, dan Pemangku Adat diberikan kewenangan untuk mengatur hubungan hukum antar anggota masyarakat;

3.3.66. Bahwa tanah ulayat sesungguhnya sudah diatur dalam PP 18/2021 termasuk pendaftarannya. Pendaftaran tanah ulayat di PP 18/2021 didasarkan dari Pasal 2 ayat (4) UUPA yang berbunyi:

Hak menguasai dari Negara tersebut di atas pelaksanaannya dapat dikuasakan kepada daerah-daerah Swatantra dan masyarakat-masyarakat hukum adat, sekedar diperlukan dan tidak bertentangan dengan kepentingan nasional, menurut ketentuan-ketentuan Peraturan Pemerintah.

Berdasarkan ketentuan itu maka di atas tanah ulayat dapat diberikan hak pengelolaan sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 4 PP 18/2021 dan Pasal 5 ayat (2) PP 18/2021:

“Hak Pengelolaan dapat berasal dari Tanah Negara dan Tanah Ulayat.”

“Hak Pengelolaan yang berasal dari Tanah Ulayat ditetapkan kepada masyarakat hukum adat.”

Konsep hak ulayat dalam Pasal 2 ayat (4) UUPA dan PP 18/2021 adalah sebagai hak yang diberikan oleh negara (derivatif), karena itu masyarakat hukum adat diberikan kewenangan menguasai negara, dan atasnya diberikan dengan hak pengelolaan, maka mereka mempunyai kewenangan berdasarkan Pasal 7 ayat (1) PP 18/2021:

Pemegang Hak Pengelolaan diberikan kewenangan untuk:

- a. menyusun rencana peruntukan, penggunaan, dan pemanfaatan Tanah sesuai dengan rencana tata ruang;
- b. menggunakan dan memanfaatkan seluruh atau sebagian Tanah Hak Pengelolaan untuk digunakan sendiri atau dikerjasamakan dengan pihak lain; dan
- c. menentukan tarif dan/atau uang wajib tahunan dari pihak lain sesuai dengan perjanjian.

Selanjutnya berdasarkan Pasal 10 PP 18/2021-lah hak pengelolaan di atas tanah ulayat itu didaftarkan. Bagi sebagian masyarakat hukum adat mungkin akan menjadi dilematis, karena menurut Pasal 8 ayat (1) PP 18/2021 terhadap hak pengelolaan dapat diberikan di atasnya hak guna usaha, hak guna bangunan, maupun hak pakai. Walaupun hak pengelolaan tidak dapat dialihkan, tetapi ketika sudah diberikan hak lain di atasnya, maka hak tersebut dapat dialihkan. Konsep ini yang akan menjadi sulit jika diterapkan di wilayah Minangkabau. Perkembangan zaman

mempengaruhi pola perkawinan semendo. Hal ini mempengaruhi hubungan – hubungan hukum yang kompleks terhadap tanah ulayat di Minangkabau. Dapat dimungkinkan istri tinggal di kota bersama suami karena budaya rantau yang kuat, namun masih memiliki ikatan genealogis dengan keturunan *matrilineal*. Ikatan ini yang membuat budaya pulang kampung, jadi meskipun tinggal di kota tapi hubungan dengan tanah kelahirannya tidak hilang. Bisa saja tanah tersebut sedang digadaikan, sehingga tanah tersebut sedang digarap oleh kerabat lainnya. Namun, dengan instrumen gadai pemberi gadai masih memiliki hak kebendaan (*rights in rem*) terhadap tanah tersebut. Hal ini sebenarnya bisa untuk menjaga adat-istiadat meskipun dalam rantau, tetapi pemegang gadai tidak serta-merta bisa mengalihkan tanah kepada pihak lain. Tanah ulayat pada umumnya oleh Pemangku Adat dicatatkan dalam *ranji* yang merupakan catatan keturunan *matrilineal*. Jika diberikan hak pengelolaan seperti dalam PP 18/2021, bisa saja disalahgunakan oleh pihak tertentu dengan diberikan HGB, HGU, atau Hak Pakai, meskipun hak pengelolaan tidak dapat dialihkan tetapi tentu HGB, HGU, atau Hak Pakai bisa dialihkan. Tanah ulayat dalam pengertiannya adalah tidak dapat dialihkan, seandainya harus dialihkan-pun dalam kondisi terpaksa karena kebutuhan mendesak dengan cara menggadaikan dengan proses adat yang rumit yang masih dalam lingkup kekeluargaan, di satu sisi UUPA melarang hak gadai, padahal itu sudah menjadi tradisi masyarakat. Bisa saja orang yang masih memiliki keturunan *matrilineal* kaget jika tanahnya ternyata sudah bersertipikat HGB yang dipegang oleh sebuah perseroan terbatas, karena hak gadai dia tidak dianggap;

- 3.3.67. Bahwa karena itu dapat dimaklumi jika terobosan hukum dengan pencatatan tanpa diterbitkan sertipikat agar tanah ulayat tidak dapat dialihkan adalah langkah yang baik untuk menjaga tradisi Minangkabau. Adat Minangkabau sesungguhnya sudah memiliki sistem *ranji* untuk menjaga keturunan dan tanah ulayatnya, dan dari hal itulah masyarakat mengatur hubungan-hubungan hukum antar anggota masyarakat. Pasal 7 ayat (1) PP 18/2021 negara tidak memberikan kewenangan untuk mengatur hubungan hukum tersebut dalam hak pengelolaan, maka dengan tidak diterbitkan sertipikat (hak pengelolaan) masyarakat hukum adat tersebut

dapat diberikan keleluasaan menjaga hubungan hukum antar anggota masyarakat berdasarkan hukum adatnya. Hukum adat Minangkabau memang memiliki tradisi yang berbeda dari UUPA maupun aturan pelaksanaannya, sehingga sulit dilakukan pendaftaran jika konsep UUPA harus dipaksakan. Apakah perlakuan yang berbeda ini sebagai sebuah *affirmative action*?

- 3.3.68. Bahwa jika hal tersebut adalah suatu *affirmative action*, lalu bagaimana dengan penyelesaian permasalahan tanah ulayat di Bali? Pengertian tanah ulayat adalah tanah yang berada di wilayah penguasaan masyarakat hukum adat yang menurut kenyataannya masih ada dan tidak dilekati dengan sesuatu Hak Atas Tanah. Di Bali terhadap tanah *druwe desa* oleh UUPA dilakukan upaya konversi menjadi hak milik. Jika demikian maka banyak desa adat yang kehilangan tanah ulayat karena di atasnya sudah melekat hak milik, sehingga tidak dapat dikategorikan sebagai tanah ulayat. Jika *affirmative action* adalah suatu *reverse discrimination* akibat sejarah diskriminasi masa lampau, sehingga diperlukan upaya tindakan pembedaan untuk semata-mata mengembalikannya seperti semula, siapa yang menjadi korban yang lebih rentan eksistensinya? Jika ternyata dilakukan pembedaan, akan menjadi suatu anggapan bahwa lebih baik dari dulu tidak menuruti perintah pemerintah atasan untuk melaksanakan PRONA, kalau ternyata tidak didaftarkan menjadi lebih baik;
- 3.3.69. Bahwa bagi Pemohon jika ternyata tindakan *affirmative action* tersebut justru memberikan manfaat yang lebih besar kepada orang banyak, menurut Pemohon tidak perlu dilakukan pembedaan. Terobosan hukum dengan konsep pencatatan (*notice*) tanpa perlu proses pendaftaran yang rumit ternyata dibutuhkan oleh banyak pihak, bukan hanya masyarakat hukum adat saja. Bahkan negara terhadap tanah negara sudah menerapkan “hak manfaat” sehingga dalam suatu transaksi *sukuk*, tanah negara itu tidak perlu didaftarkan karena yang dialihkan adalah *equitable title* bukan *legal title*, dan sebagai *equitable title* investor cukup mendapatkan bukti kepemilikan atas bagian aset yang dibiayai di lembaga kustodi pasar modal (inilah bentuk pencatatannya/*notice*). Bagi Pemohon hal itu sama saja dengan transaksi di perbankan syariah karena akad yang digunakan sama, bahkan transaksi-transaksi terhadap tanah yang

dilakukan oleh masyarakat hukum adat sebagaimana yang berupaya dihapuskan dalam Pasal 53 UUPA memiliki kemiripan dengan transaksi perbankan syariah. Mengapa bisa begitu? karena nilai – nilai agama tertanam dalam tanah sampai ke akar – akarnya menjadi budaya dan ikatan lahir batin hubungan manusia dengan sesama manusia maupun alam sekitarnya. Itulah kenapa dalam hukum adat ada asas *magis religius*. *Magis religius* menjadi keseharian (*everydayness*). Identitas kebahasaan dalam agama bahkan melebur menjadi simbol-simbol keseharian yang sulit dipahami oleh masyarakat modern, menjadi nilai luhur yang dipertahankan. Masyarakat dapat menjalankan kehidupannya secara *sustainable* selama ribuan tahun dalam bentuk aturan tidak tertulis, melainkan melalui kisah-kisah yang disampaikan secara lisan yang masuk dalam sanubari dalam hidup keseharian. Bagi Pemohon menggunakan layanan perbankan syariah adalah salah satu wujud manifestasi nilai luhur asli bangsa Indonesia yang mempunyai nilai yang sama dengan hukum adat. Ketika masyarakat hukum adat berhasil mempertahankan tradisinya meskipun telah dilarang oleh UUPA, dan diberikan kemudahan hanya dengan pencatatan, dan begitupula tanah negara diberi kemudahan hanya dengan hak manfaat, mengapa warga negara lainnya tidak boleh?

Perluasan Hak Milik, *Legal Transplant* Atau Adopsi Parsial?

- 3.3.70. Bahwa *dual ownership* dalam konsep *trust* bukan hanya berfungsi untuk mengatasi polemik antara sistem hukum benda yang kaku dengan hukum adat yang fleksibel, tetapi juga berfungsi untuk menjembatani perkembangan ekonomi yang pesat yang sangat berpengaruh terhadap kecepatan perkembangan transaksi dengan berbagai macam variasinya. China pada tahun 2001 telah melakukan sebuah reformasi hukum dengan menerbitkan *Trust Law of the People's Republic of China* berdasarkan *Order No. 50 of the President of the People's Republic of China*. Secara politik China merupakan negara sosialis dan secara tradisi hukum merupakan tradisi *civil law*, namun perkembangan ekonomi yang pesat menuntut reformasi di segala bidang termasuk bidang hukum hingga akhirnya China melakukan *legal transplant* dari tradisi *common law*;
- 3.3.71. Bahwa hal ini menunjukkan ideologi politik bukan menjadi hambatan untuk melakukan reformasi hukum. Kebutuhan perkembangan transaksi mendorong suatu negara untuk melakukan reformasi terhadap sistem

hukumnya yang kaku. Faktanya, Indonesia sesungguhnya sudah mengadopsi konsep *trust* dalam *common law* secara parsial seperti terhadap aset finansial (*bank trust*) dan barang milik negara/termasuk tanah negara (*sukuk* negara). Namun, terhadap benda tidak bergerak (tanah), Indonesia masih belum memiliki arah yang jelas, padahal Pasal 16 ayat (1) huruf h *juncto* Pasal 50 UUPA sudah membuka ruang dan memerintahkan untuk diatur lebih lanjut dalam UU. Selain itu, praktik adat secara tersirat mengakui adanya *dual ownership* yang mana tidak ada padanannya pada konsep UUPA, karena itu negara juga mulai secara perlahan “terpaksa” membuka kekakuannya dengan konsep baru seperti pencatatan tanpa sertipikat;

- 3.3.72. Bahwa reformasi hukum adalah keniscayaan, karena perubahan selalu terjadi, Pasal 33 UUD 1945 tidak dapat ditafsirkan secara statis dalam satu pandangan ideologi politik tertentu, maka dari itu perubahan diperlukan termasuk mengakomodir kebutuhan transaksi perbankan syariah yang bersifat khusus baik dilakukan dengan cara *legal transplant* atau adopsi parsial;

Pertentangan Konstitusional Dan Menuju Kepastian Hukum Yang Adil

- 3.3.73. Bahwa jika objek pasal yang diuji dalam permohonan (*objectum litis*) adalah aturan delegasi, maka mau tidak mau harus melihat kepada keterkaitan dengan pasal-pasal lain dalam UU tersebut maupun terhadap UU lain sebagai suatu sistem. Selain itu, harus dilihat pada pelaksanaan peraturan pelaksanaannya sebagai akibat dari pemberian delegasi. Jika objek pasal yang diuji peraturan pelaksana yang bertentangan dengan UU, maka hal tersebut adalah permasalahan penerapan norma (*concrete norm*). Namun, permasalahan penerapan norma juga dapat diakibatkan dari aturan yang memberikan delegasinya. Jika aturan delegasi memerintahkan untuk tidak diatur dalam UU yang seharusnya diatur dalam UU maka aturan tersebut dikategorikan sebagai “delegasi blangko”. Jika pasal yang diuji adalah pasal delegasi blangko dalam UU, maka hal tersebut adalah permasalahan norma abstrak (*abstract norm*) sehingga dikategorikan sebagai permasalahan konstitusional;
- 3.3.74. Bahwa untuk menguji konstitusionalitas norma aturan delegasi blangko perlu dilakukan analisis terhadap pasal-pasal lain dalam UU yang diuji

maupun yang beririsan dengan pasal-pasal dalam UU lain. Dapat dimungkinkan peraturan pelaksana-nya justru tidak bertentangan dengan konstitusi tetapi bertentangan dengan UU lain, sehingga terdapat dua kemungkinan apakah UU lain tersebut yang bertentangan dengan konstitusi atau justru Pasal UU yang memberikan delegasi blangko yang bertentangan dengan konstitusi. Dalam konteks pasal UU yang memberikan delegasi blangko yang menjadi objek permasalahan konstitusional maka dapat diketahui ketika UU tersebut seharusnya mengatur hal yang harus diatur agar UU tersebut dapat dilaksanakan. Namun, UU tersebut justru mendelegasikan objek yang harus diatur kepada lembaga yang mendapatkan delegasi, sehingga “memaksa” lembaga penerima delegasi untuk mengatur melampaui UU dan bertentangan dengan UU lain semata-mata agar UU tersebut dapat dilaksanakan;

- 3.3.75. Bahwa untuk menjawab apakah suatu UU beririsan dengan UU lain perlu dilihat pada esensi dari materi muatan UU yang dimaksud. Dalam konteks UU Perbankan Syariah yang karena UU tersebut berkaitan dengan kegiatan ekonomi, dan kegiatan ekonomi berkaitan dengan kegiatan transaksi, maka esensi dari perbankan syariah adalah transaksi. Kegiatan transaksi memiliki unsur adanya subjek hukum, alas hak (perjanjian/akad), dan objek hukum. Suatu peristiwa transaksi melibatkan dua subjek hukum, maka memiliki keterkaitan dengan perjanjian (akad). Setiap perjanjian pasti memiliki objek, maka dalam suatu transaksi memiliki keterkaitan dengan objek hak milik. Dalam hukum perjanjian terdapat asas kebebasan berkontrak dan *pacta sunt servanda*, sehingga hukum perjanjian bersifat terbuka, sedangkan hukum benda (hak milik) relatif bersifat tertutup karena itu telah diatur lebih *rigid* dalam UU. Suatu transaksi berdasarkan prinsip syariah memiliki sifat khusus (perkembangan dari hukum perjanjian) yang dapat dilaksanakan hanya jika apa yang menjadi objek dari transaksi dapat mengakomodasi sifat kekhususan dari transaksi syariah. Jika tidak dapat diakomodasi maka pelaksanaannya tidak dapat dilaksanakan sebagaimana mestinya. Sebagai contoh transaksi *sukuk* negara memiliki sifat yang khusus, karena itu UU SBSN mengatur mengenai hak manfaat agar transaksi tersebut dapat dilaksanakan terhadap objek tanah negara. Dengan demikian, UU SBSN

dapat menjadi *lex specialis* dari UU Perbendaharaan Negara *jo.* UUPA *jo.* aturan pelaksanaannya;

- 3.3.76. Bahwa transaksi perbankan syariah memiliki sifat yang sama dengan *sukuk* karena menggunakan akad yang sama, sehingga dapat dikatakan UU Perbankan Syariah dapat dilaksanakan dengan semestinya ketika memiliki *differentia specia* dari konsep hak milik yang ada dalam UUPA. Transaksi perbankan syariah dapat menciptakan keadaan yang *fair* antara nasabah dan bank hanya jika ditetapkan konsep yang sama dengan UU SBSN (dalil poin 3.3.51 s.d. 3.3.63.). Hal tersebut dapat dilaksanakan hanya jika UU Perbankan Syariah mengatur konsep hak kebendaan (hak milik) dalam UU karena beririsan/bersinggungan dengan UUPA;
- 3.3.77. Bahwa UU Perbankan syariah secara umum hanya mengatur kelembagaan saja dan melalui **Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU Perbankan Syariah menjadikan seolah “memaksa” MUI atau BI/OJK untuk melampaui UU agar transaksi perbankan syariah dapat terlaksana sebagaimana mestinya, sehingga terjadilah pertentangan (disharmoni) di berbagai macam peraturan perundang-undangan.** Kondisi ini membuat bingung Pemohon dan menyebabkan dikotomi di masyarakat. Kondisi ini tentu bukan yang diharapkan oleh konstitusi yang mengamanatkan jika materi muatan yang terkait dengan hak asasi manusia, dalam hal ini hak milik, harus diatur dalam UU sebagaimana telah terdapat dalam konstitusi **Pasal 28H ayat (4) dan Pasal 28I ayat (5) UUD 1945.** Terlebih konstitusi menegaskan bahwa Indonesia adalah negara hukum sebagaimana dalam **Pasal 1 ayat (3) UUD 1945,** maka konsekuensi logisnya adalah pembentukan peraturan perundang-undangan harus dilakukan secara tertib sehingga tidak tercipta disharmoni yang justru akan menciptakan ketidakpastian hukum sebagaimana dimaksud dalam **Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;**
- 3.3.78. Bahwa selain itu **Pasal 16 ayat (1) huruf h juncto Pasal 50 UUPA sebenarnya memberi ruang untuk diatur dalam undang – undang lain jika diperlukan. Karena hak milik berkaitan dengan hak asasi manusia dan adanya perintah dari undang-undang, maka berdasarkan Pasal 10 UU 12/2011 jika hendak mengatur lebih lanjut terkait hak milik harus diatur dalam level UU.** Berdasarkan hal ini, maka MUI maupun BI/OJK

tidak memiliki kewenangan untuk mengatur hal tersebut. Konsep hak manfaat adalah konsep yang menciptakan hak kebendaan (*rights in rem*), sehingga tidak serta-merta dapat diatur oleh MUI atau BI/OJK. Pelaksanaan Pasal 19 ayat (3) UUPA juga harus dilandaskan kepada aturan undang – undang, sehingga menteri agraria bisa menentukan hak atas tanah mana yang harus didaftarkan dan yang mana yang cukup hanya dicatatkan. Oleh karena itu, jika hendak mengakui hak manfaat atas suatu hak milik dapat diterapkan dalam transaksi perbankan syariah harus terlebih dahulu diatur dalam undang-undang agar bisa menjadi *lex specialis* dari Pasal 23 UUPA;

- 3.3.79. Bahwa berdasarkan alasan tersebut, maka permasalahan Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UUD 1945 yang memberikan delegasi blangko dapat dikategorikan sebagai permasalahan konstitusional, dengan demikian adalah beralasan bagi Mahkamah Konstitusi untuk menyatakan apa materi muatan konstitusi yang seharusnya jadi materi muatan dalam UU untuk diatur. Namun, karena Mahkamah Konstitusi bukan merupakan lembaga legislatif maka adalah beralasan hukum jika putusan Mahkamah Konstitusi sebatas memberikan perintah (*judicial order*) kepada pembentuk UU untuk melakukan perubahan terhadap UU Perbankan Syariah. Hal mana putusan untuk memberikan perintah kepada pembentuk UU untuk melakukan perubahan UU pernah diputuskan oleh Mahkamah Konstitusi dalam putusan sebelumnya seperti Putusan MK No. 22/PUU-XV/2017. **Jika putusan memberikan perintah (*judicial order*) kepada pembentuk UU ini tidak dilakukan akan menimbulkan permasalahan konstitusional lainnya kemudian, terutama pertentangan dengan Pasal 28H ayat (2) UUD 1945** dikarenakan sesungguhnya konsep “*dual ownership*” telah dilaksanakan terhadap objek tanah negara maupun akan dilaksanakan terhadap objek tanah ulayat yang seharusnya juga bisa diterapkan terhadap konsep hak milik pribadi dalam konteks transaksi perbankan syariah;
- 3.3.80. Bahwa akar permasalahan UU Perbankan Syariah adalah delegasi blangko yang tidak mengatur apa yang seharusnya diatur dalam UU. Namun, pemberian delegasi serta proses pembentukan produk hukum terkait prinsip syariah sebagaimana dalam Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU Perbankan Syariah juga bersifat

multitafsir/ambigu. Akibat sifat multitafsir/ambigu ini menjadikan adanya celah bagi regulator untuk mengatur melalui *beleidsregel* akibat adanya penafsiran “ketiadaan wewenang” sedangkan secara faktual perlu dikeluarkan kebijakan. Pasal 1 angka 12 UU Perbankan Syariah berbunyi: “Prinsip Syariah adalah prinsip hukum Islam dalam kegiatan perbankan berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah.” Untuk mendapatkan pengertian siapa yang memiliki kewenangan menetapkan fatwa, maka Pasal 1 angka 12 perlu dikaitkan dengan Pasal 26 ayat (2) UU Perbankan Syariah yang berbunyi “Prinsip Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) difatwakan oleh Majelis Ulama Indonesia”. Pasal 26 ayat (2) memberikan pengertian definitif partikular dengan menyebutkan lembaga tertentu. Jika Pasal 1 angka 12 menjadi proposisi premis mayor dan Pasal 26 ayat (2) menjadi proposisi premis minor, maka kesimpulan yang didapat adalah yang berwenang menetapkan fatwa adalah Majelis Ulama Indonesia. Dari penafsiran tersebut, maka dapat ditafsirkan prinsip syariah dalam kegiatan perbankan tergantung pada MUI. Pasal 26 ayat (1) UU Perbankan Syariah menegaskan kaidah primer bahwa bank syariah wajib tunduk kepada prinsip syariah, dan karena prinsip syariah berdasarkan kepada fatwa, sedangkan MUI yang berwenang menetapkan fatwa, maka implikasi penafsirannya adalah bank syariah wajib tunduk kepada MUI (dalam pengertian fatwa);

- 3.3.81. Bahwa menetapkan dalam memberlakukan suatu kaidah adalah suatu proses menentukan sesuatu boleh atau tidak boleh. Ada fungsi pembentukan hukum dalam kata penetapan. Karena Pasal 1 angka 12 *juncto* Pasal 26 ayat (2) UU Perbankan Syariah menegaskan dengan kata menetapkan maka MUI mempunyai fungsi pembentukan hukum yang mengikat kepada umum. Pasal 1 angka 12 *juncto* 26 ayat (1) dan ayat (2) UU Perbankan Syariah sudah dapat dikatakan sebagai kaidah hukum, karena memuat perintah kewajiban kepada subjek hukum tertentu sekaligus memberikan kewenangan (kaidah primer dan kaidah sekunder). Kaidah ini dapat berdiri sendiri, karena tanpa adanya Pasal 26 ayat (3) UU Perbankan Syariah kaidah ini tidak kehilangan pengertiannya sebagai kaidah hukum. Berbeda dengan Pasal 26 ayat (3) UU Perbankan Syariah

tidak mungkin bisa berdiri tanpa ada ayat (1) dan ayat (2), karena fungsi BI hanya “menuangkan fatwa”, tanpa ada fatwa yang dituangkan maka tidak ada PBI soal prinsip syariah. Penggunaan frase “*fatwa dituangkan*” ini bersifat multitafsir yaitu sejauh apa kewenangannya. Pasal 1 angka 12, Pasal 26 ayat (1) dan ayat (2) pengertiannya sudah jelas dan definitif siapa yang menentukan isi/substansi prinsip syariah. Penetapan berarti menentukan isi/substansi dari suatu norma, karena dalam penetapan menentukan apa yang boleh dan apa yang tidak boleh. Dalam penetapan terkandung di dalamnya pembentukan norma, sedangkan kata “dituangkan” multitafsir apakah terkandung di dalamnya pembentukan norma? Apakah dapat menentukan apa yang boleh dan apa yang tidak boleh? Jika dipadankan dengan konsep APBN ditetapkan dalam UU oleh DPR kemudian dituangkan dalam Keputusan Presiden/atau Gubernur/Walikota/Bupati tentu agak berbeda padanannya, karena Keputusan tersebut hanya merinci peruntukan tanpa menciptakan norma baru yang melampaui atau bertentangan UU yang menjadi dasarnya. Selain itu, Keputusan Presiden/atau Gubernur/Walikota/Bupati tersebut menjadi pelaksana dari UU yang jelas merupakan peraturan yang lebih tinggi sehingga tidak akan menimbulkan konflik atau permasalahan;

- 3.3.82. Bahwa konteks UU Perbankan Syariah berbeda dengan UU Keuangan Negara karena yang ditetapkan oleh MUI adalah suatu norma prinsip yang mengatur dan bersifat mewajibkan subjek hukum tertentu. **Dualisme kewenangan penggunaan kata “ditetapkan” dan “dituangkan” kepada dua lembaga berbeda ini menjadi multitafsir/ambigu yang berakibat dalam pelaksanaannya menjadi lebih ambigu;**
- 3.3.83. Bahwa akibat sifat yang multitafsir, maka menjadi pertanyaan apakah ada kewajiban bagi OJK untuk menuangkan, sedangkan OJK sebagai penerima delegasi pembentuk peraturan perundang-undangan kewenangannya adalah menetapkan? Karena itu seringkali OJK memilih untuk tidak menuangkan, karena memang **tidak ada kewajiban dalam UU 12/2011 sebagai lembaga penerima delegasi pembentuk peraturan perundang-undangan untuk menuangkan peraturan bukan dari peraturan yang lebih tinggi.** Terlebih OJK melalui POJK No. 24 /POJK.03/2015 malah menunjuk kembali MUI, kita tidak dapat juga menyalahkan, karena UU

Perbankan Syariah melalui Pasal 1 angka 12 *juncto* Pasal 26 ayat (1) dan (2) juga memberikan pengertian yang definitif yang dimaksud prinsip syariah adalah berdasarkan fatwa, sehingga bertentangan dengan POJK belum tentu bertentangan dengan prinsip syariah, tetapi bertentangan dengan fatwa MUI sudah pasti bertentangan dengan prinsip syariah, karena itu untuk apa OJK menetapkan kembali yang substansinya sudah ditetapkan dan tidak mungkin dirubah? Apakah Pasal 18 POJK Nomor 24 /POJK.03/2015 berarti mengakui seluruh fatwa berlaku seutuhnya tanpa penolakan OJK dalam pengertian fatwa MUI terserap secara otomatis karena makna “menuangkan” tidak ada ruang untuk tidak menyetujui substansinya?

- 3.3.84. Bahwa akibat multitafsir pasal tersebut, dalam pelaksanaan seolah tidak perlu OJK menetapkan kembali prinsip syariah, karena sudah jelas yang diperintahkan UU menentukan substansi adalah MUI bukan OJK, sehingga ditafsirkan OJK tidak dalam kapasitas untuk menetapkan, maka bukan dalam kapasitas membentuk peraturan perundang-undangan. **Jadi seolah-olah fatwa MUI sebagai *pseudo* peraturan perundang-undangan, tapi bukan pula *beleidsregel* karena bukan lembaga negara.** Jika dikatakan sebagai hukum tidak tertulis juga bukan karena fatwa bentuknya tertulis dan dipositivisasi dengan kata menetapkan. Namun, secara faktual UU Perbankan Syariah dapat berjalan dengan semestinya hanya jika memiliki sifat yang berbeda dengan UUPA. Regulator baik MUI maupun OJK sepertinya menyadari jika dibuat regulasi berdasarkan Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU Perbankan Syariah akan melampaui UU dan bahkan bertentangan dengan UUPA. Kondisi ini menjadi *dilema*, MUI mengeluarkan fatwa dengan penafsiran yang *general* seperti menggunakan istilah *milk al tam* (kepemilikan penuh), makna “penuh” tentu multitafsir, jika OJK menetapkan untuk menjelaskan lebih lanjut dalam POJK tentu OJK akan berbenturan dengan UU. Oleh karenanya, kondisi tersebut seolah ditafsirkan sebagai ketiadaan wewenang sehingga dapat diatur dalam *beleidsregel*, karena itu tidak dapat dilakukan uji materiil. Namun, substansinya memiliki kebenaran *doelmatig*;
- 3.3.85. Bahwa Mahkamah Agung nampaknya menyadari Pasal ini akan banyak menimbulkan kekosongan hukum, terlebih secara prinsip fatwa adalah

jawaban atas pertanyaan, atau hasil *ijtihad*, atau ketetapan hukum mengenai suatu kejadian sebagai jawaban atas pertanyaan yang belum jelas hukumnya, dan secara terminologi konsep fatwa adalah terdapat peminta fatwa (*mustafti*) dengan pemberi fatwa (*mufti*). (Asrorun Ni'am Sholeh, 2016:78-79). Dari konsep tersebut memang kebanyakan fatwa didasarkan pada suatu kejadian (konkrit-individual), namun diangkat keumumannya menjadi suatu hukum yang mengikat, hal yang berbeda dengan konsep legislasi yang umumnya berangkat dari hal umum ke konkrit. Mungkin atas dasar hal tersebut Mahkamah Agung mengeluarkan PERMA KHES yang berisi hukum materiil yang detail. Hal ini membingungkan karena MA tidak mendapatkan delegasi pengaturan dalam UU Perbankan Syariah, tetapi materi muatannya adalah hukum materiil bukan hukum formil, sedangkan UU Perbankan Syariah dengan tegas memberikan delegasi kepada MUI dan BI/OJK bukan MA;

- 3.3.86. Bahwa **dengan kondisi tersebut bagaimana Pemohon bisa yakin bahwa transaksi Pemohon kelak memiliki kepastian hukum jika secara faktual cara mengaturnya seperti itu?** Bagi regulator ada kondisi faktual yang mengharuskan seperti itu agar transaksi perbankan syariah dapat berjalan lancar. Namun, semua dapat dilakukan karena pasal delegasi dalam UU Perbankan Syariah memang membuka celah penafsiran demikian. Namun, tidak sadar **permasalahan tersebut dapat menjadi tumpukan bola salju yang sewaktu – waktu akan merobohkan perbankan syariah, dan polemik di masyarakat bukan berarti tidak terjadi;**
- 3.3.87. Bahwa permasalahan selanjutnya adalah pola delegasi kepada non-lembaga negara belum pernah dilakukan selain di dalam UU Perbankan Syariah. Hal ini berpotensi untuk menimbulkan permasalahan lain kedepannya. Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1) dan ayat (2) UU Perbankan Syariah memberikan delegasi menetapkan prinsip syariah kepada MUI, maka dari itu harus dilihat dari sisi kelembagaannya, sebagai badan hukum apa MUI? **Jika MUI dikategorikan sebagai organisasi kemasyarakatan, maka MUI tunduk kepada UU Organisasi Kemasyarakatan. Berdasarkan Putusan MK Nomor 2/PUU-XVI/2018 Pemerintah memiliki kewenangan untuk melakukan pencabutan izin**

organisasi kemasyarakatan. Jika Pemerintah memiliki kewenangan mencabut izin MUI, lalu bagaimana legitimasi prinsip syariah dalam perbankan syariah? Apakah harus dibentuk organisasi kemasyarakatan baru atau mengalihkan kewenangannya ke organisasi kemasyarakatan lain? sedangkan menurut Pasal 26 ayat (3) UU Perbankan Syariah BI/OJK hanya berwenang “menuangkan fatwa” saja, tidak menetapkan prinsip syariah. Dengan demikian, perbankan syariah akan sangat rentan terpengaruh terhadap situasi politik. Bahwa bagi Pemohon seharusnya **fungsi “menetapkan” suatu kaidah/norma hukum ada pada lembaga negara yang mendapatkan kewenangan atribusi/delegasi dari undang - undang, sehingga Pemerintah tidak dapat intervensi ataupun dengan mudah mencabutnya.** Namun, kita juga harus sadari peran MUI sebagai representasi masyarakat Islam memiliki nilai sejarah, sosiologis, maupun kepeahaman soal fiqih yang tepat. Dalam tradisi hukum Islam, secara prinsip yang mempunyai legitimasi menentukan suatu hukum Islam adalah ‘ulama, maka kedudukan ‘ulama sangat penting, tapi harus dipahami bukan dalam konteks menetapkan peraturan perundang-undangan atau sejenisnya yang mempunyai kekuatan mengikat secara umum. Ketika kaidah hukum dalam UU memberikan perintah kewajiban yang mengikat umum seperti Pasal 26 ayat (1) UU Perbankan Syariah, maka aturan pelaksanaannya wajib ditetapkan oleh lembaga negara yang mendapatkan atribusi/delegasi dari UU, karena sifatnya mengikat umum bukan mengikat orang beragama tertentu. Berdasarkan hal tersebut, maka sepatutnya peran MUI ada pada pemberian materi pembentukan hukum bagi BI/OJK bukan dalam konteks menetapkan;

- 3.3.88. Bahwa rumusan klausul Pasal 1 angka 12, dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU Perbankan Syariah bersifat multitafsir/ambigu sehingga secara faktual telah menciptakan disharmoni pengaturan mengenai perbankan syariah. Rumusan yang ada saat ini sebagai berikut:

Ketentuan	Rumusan
Pasal 1 angka 12 UU Perbankan Syariah	<i>Prinsip Syariah adalah prinsip hukum Islam dalam kegiatan perbankan berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah.</i>

Pasal 26 ayat (1) UU Perbankan Syariah	<i>Kegiatan usaha sebagaimana dimaksud dalam Pasal 19, Pasal 20, dan Pasal 21 dan/atau produk dan jasa syariah, wajib tunduk kepada Prinsip Syariah.</i>
Pasal 26 ayat (2) UU Perbankan Syariah	<i>Prinsip Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) difatwakan oleh Majelis Ulama Indonesia.</i>
Pasal 26 ayat (3) UU Perbankan Syariah	<i>Fatwa sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dituangkan dalam Peraturan Bank Indonesia.</i>

- 3.3.89. Bahwa Indonesia merupakan suatu negara hukum berdasarkan Pasal 1 ayat (3) UUD 1945, sehingga pengaturan peraturan perundang-undangan seharusnya dilakukan melalui prosedur dan tahapan yang jelas agar tercipta suatu ketertiban hukum. Ketidakjelasan delegasi pengaturan menyebabkan disharmoni yang jelas merugikan hak konstitusional Pemohon untuk mendapatkan kepastian hukum berdasarkan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Oleh karena itu, seharusnya suatu pasal delegasi tidak terdapat dualisme kewenangan dalam menetapkan prinsip syariah kepada dua lembaga dengan konsep “ditetapkan” dan “dituangkan” yang terpisah. Masing – masing lembaga harus didudukan dalam konteks negara hukum sesuai dengan kewenangannya masing - masing;
- 3.3.90. Bahwa menurut Pemohon frase “*berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah.*” dalam Pasal 1 angka 12 UU Perbankan Syariah agar tidak menciptakan multitafsir harus memberikan definisi yang jelas kepada lembaga negara mana yang berwenang menetapkan sesungguhnya. Sehingga, frase tersebut seharusnya menjadi “*yang ditetapkan dalam Peraturan Bank Indonesia atau Peraturan Otoritas Jasa Keuangan sesuai dengan kewenangannya.*”. Dengan frase pada Pasal 1 angka 12 telah dimaknai demikian, maka konsekuensinya pengertian frase “*prinsip syariah*” sebagaimana dimaksud dalam Pasal 26 ayat (1) juga harus dimaknai sebagai “*prinsip syariah yang ditetapkan oleh Bank Indonesia atau Otoritas Jasa Keuangan sesuai dengan kewenangannya.*”;
- 3.3.91. Bahwa karena Pasal 1 angka 12 sudah bersifat definitif dan jelas, maka fungsi MUI berubah menjadi lembaga yang memberikan materi pembentukan hukum kepada BI/OJK. Namun, tentu agar suatu pasal dalam UU tidak menciptakan pengertian yang sempit yang berpotensi

menciptakan permasalahan kedepannya, maka BI/OJK juga mempunyai kewenangan untuk merujuk kepada fatwa – fatwa lain seperti *majma' fiqih al islami* maupun AAOIFI sebagai referensi untuk menetapkan prinsip syariah, maka dari itu klausul “*Prinsip Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) difatwakan oleh Majelis Ulama Indonesia.*” dalam Pasal 26 ayat (2) UU Perbankan Syariah secara keseluruhan seharusnya dapat dimaknai menjadi “*Bank Indonesia atau Otoritas Jasa Keuangan dalam menetapkan prinsip syariah memperhatikan fatwa yang ditetapkan Majelis Ulama Indonesia dan/atau lembaga lain yang berwenang menetapkan fatwa.*”;

- 3.3.92. Bahwa dengan penafsiran demikian, maka tidak ada lagi dualisme kewenangan yang menciptakan ruang penafsiran yang luas yang menyebabkan disharmoni pengaturan perbankan syariah. Dengan demikian, maka Pasal 26 ayat (3) UU Perbankan Syariah sudah tidak diperlukan lagi, sehingga dapat dilakukan pembatalan terhadap seluruh klausulnya. Rumusan Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU Perbankan Syariah kemudian akan menjadi:

Ketentuan	Rumusan
Pasal 1 angka 12 UU Perbankan Syariah	<i>Prinsip Syariah adalah prinsip hukum Islam dalam kegiatan perbankan yang ditetapkan dalam Peraturan Bank Indonesia atau Peraturan Otoritas Jasa Keuangan sesuai dengan kewenangannya.</i>
Pasal 26 ayat (1) UU Perbankan Syariah	<i>Kegiatan usaha sebagaimana dimaksud dalam Pasal 19, Pasal 20, dan Pasal 21 dan/atau produk dan jasa syariah, wajib tunduk kepada Prinsip Syariah.</i>
Pasal 26 ayat (2) UU Perbankan Syariah	<i>Bank Indonesia atau Otoritas Jasa Keuangan dalam menetapkan prinsip syariah memperhatikan fatwa yang ditetapkan Majelis Ulama Indonesia dan/atau lembaga lain yang berwenang menetapkan fatwa.</i>
Pasal 26 ayat (3) UU Perbankan Syariah	<i>*dibatalkan</i>

- 3.3.93. Bahwa **dengan rumusan ini maka akan tercipta kepastian hukum sebagaimana yang diamanatkan dalam Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 dan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945**. Konsep ini sebenarnya sudah diterapkan di Malaysia, kewenangan pengaturan prinsip syariah dilakukan oleh *Sharia Advisory Council* yang berada di Bank Sentral (Bank Negara Malaysia). Karena hal tersebut, di Malaysia tidak ada pertentangan antara hukum agama dengan hukum negara, semua diintegrasikan ke dalam

kewenangan bank sentral. Berdasarkan hal di atas serta melihat pada perkembangan sosial bahwa **penerimaan perbankan syariah sudah sangat baik oleh masyarakat secara luas, maka saat ini perbankan syariah menjadi bukan hanya milik umat Islam tetapi milik seluruh masyarakat Indonesia, maka integrasi fatwa MUI ke dalam Peraturan Bank Indonesia/OJK seharusnya sudah bisa dilakukan;**

3.3.94. Bahwa selain itu, mengingat objek pasal yang diuji menyangkut dengan berbagai macam pihak yang berkepentingan, maka sekiranya menurut pertimbangan Mahkamah Konstitusi diperlukan, maka Pemohon memohon kepada Mahkamah Konstitusi memerintahkan kepada pihak terkait untuk memberikan keterangan, yaitu:

- 1) Majelis Ulama Indonesia;
- 2) Bank Indonesia dan/atau Otoritas Jasa Keuangan;
- 3) Mahkamah Agung;
- 4) Kementerian Agraria dan Tata Ruang / BPN, dan
- 5) Perwakilan Bank Syariah;

Untuk memberikan penjelasan bagaimana proses pembentukan regulasi yang ada, kebutuhan regulasi apa saja, kendala apa yang terjadi, dan bagaimana praktik merespon, serta yang sekiranya dapat menjadi pertimbangan Mahkamah Konstitusi. Dan mengingat asas putusan *erga omnes* dan asas *audi al teram partem*, maka adalah lebih baik semua pihak yang terdampak untuk memberikan keterangan sebagai bahan pertimbangan Mahkamah Konstitusi guna proses mencari kebenaran yang sebenarnya;

4. PETITUM

Berdasarkan alasan-alasan hukum dan konstitusional di atas, maka Pemohon dalam hal ini memohon kepada Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia untuk dapat memutus hal-hal sebagai berikut:

1. Menyatakan mengabulkan permohonan Pemohon untuk seluruhnya;
2. Memerintahkan kepada pembentuk Undang - Undang untuk melakukan perubahan terhadap Undang – Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (Lembaran Negara Nomor 94 Tahun 2008, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4867) khususnya mengenai hak kebendaan dalam transaksi perbankan syariah atau melakukan

- pembentukan undang – undang yang di dalamnya mengatur mengenai hak kebendaan dalam transaksi perbankan syariah;
3. Menyatakan frase “*berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah.*” dalam Pasal 1 angka 12 Undang – Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (Lembaran Negara Nomor 94 Tahun 2008, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4867) bertentangan dengan Undang - Undang Dasar 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat secara bersyarat sepanjang tidak dimaknai “*yang ditetapkan dalam Peraturan Bank Indonesia atau Peraturan Otoritas Jasa Keuangan sesuai dengan kewenangannya.*”;
 4. Menyatakan frase “*prinsip syariah.*” dalam Pasal 26 ayat (1) Undang – Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (Lembaran Negara Nomor 94 Tahun 2008, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4867) bertentangan dengan Undang - Undang Dasar 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat secara bersyarat sepanjang tidak dimaknai “*prinsip syariah yang ditetapkan oleh Bank Indonesia atau Otoritas Jasa Keuangan sesuai dengan kewenangannya.*”;
 5. Menyatakan frase “*Prinsip Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) difatwakan oleh Majelis Ulama Indonesia.*” dalam Pasal 26 ayat (2) Undang – Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (Lembaran Negara Nomor 94 Tahun 2008, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4867) bertentangan dengan Undang - Undang Dasar 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat secara bersyarat sepanjang tidak dimaknai “*Bank Indonesia atau Otoritas Jasa Keuangan dalam menetapkan prinsip syariah memperhatikan fatwa yang ditetapkan Majelis Ulama Indonesia dan/atau lembaga lain yang berwenang menetapkan fatwa.*”;
 6. Menyatakan Pasal 26 ayat (3) Undang – Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (Lembaran Negara Nomor 94 Tahun 2008, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4867) bertentangan dengan Undang - Undang Dasar 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;
 7. Memerintahkan pemuatan Putusan dalam Berita Negara Republik Indonesia;

Atau apabila Majelis Mahkamah Konstitusi berpendapat lain mohon putusan yang seadil-adilnya (*ex aquo et bono*)

[2.2] Menimbang bahwa untuk membuktikan dalilnya, Pemohon telah mengajukan alat bukti surat/tulisan yang diberi tanda bukti P-1 sampai dengan bukti P-30 sebagai berikut:

1. Bukti P-1 : Fotokopi Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah;
2. Bukti P-2 : Fotokopi Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
3. Bukti P-3 : Fotokopi Kartu Tanda Penduduk Pemohon;
4. Bukti P-4 : Fotokopi Akad *Murabahah* Nomor 07/MRB/HIKP/01/II/2021, tanggal 27 Januari 2021;
5. Bukti P-5 : Fotokopi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 12/PUU-XIX/2021;
6. Bukti P-6 : Fotokopi Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar pokok-Pokok Agraria (Lembaran Negara Nomor 104 Tahun 1960, Tambahan Lembaran negara Nomor 2043);
7. Bukti P-7 : Fotokopi Peraturan Otoritas Jasa keuangan Nomor 24/POJK.03/2015 tentang Produk dan Aktivitas Bank Syariah dan Unit Usaha Syariah (Lembaran Negara Nomor 289 Tahun 2015);
8. Bukti P-8 : Video “Benarkah istilah bank syariah hanyalah kedok?, Ustadz Dr. Erwandi Tarmizi”, diunduh dari <https://www.youtube.com/watch?v=RIcWmJS86xY> pada 27 April 2021 pukul 11:34 WIB;
9. Bukti P-9 : Video “*Hukum KPR Bank Konvensional dan Bank Syariah Ustadz Ammi Nur Baits*” diunduh dari <https://www.youtube.com/watch?v=S6fqvaiAuOM> pada 27 April 2021 pukul 11:32 WIB;
10. Bukti P-10 : Video “*Kredit Rumah via bank Syariah Riba Atau Tidak: Ustadz Abdul Hakim Bin Amir Abdat*” diunduh dari <https://www.youtube.com/watch?v=C80zkPD7HKo&t=14s> pada 27 April 2021 pukul 11:32 WIB;
11. Bukti P-11 : Fotokopi Disertasi oleh I Made Suwitra, Universitas Brawijata, 2009: “Hak Penguasaan Dan Pemilikan Atas Tanah Adat Di Bali Dalam Perspektif Hukum Agraria Nasional”;

12. Bukti P-12 : Fotokopi Tesis Oleh Aliasman, Universitas Diponegoro, 2005: "Pelaksanaan Gadai Tanah Dalam Masyarakat Hukum Adat Minangkabau Di Nagari Campago Kabupaten Padang Pariaman Setelah Berlakunya Pasal 7 UU Nomor 56/PRP/1960";
13. Bukti P-13 : Fotokopi Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2008 tentang Surat Berharga Syariah Negara (Lembaran Negara Nomor 70 Tahun 2008);
14. Bukti P-14 : Fotokopi Peraturan Bank Indonesia Nomor 14/17/PBI/2012 tentang Kegiatan Usaha Bank Berupa Penitipan Dengan Pengelolaan (*Trust*) (Lembaran Negara Nomor 260 Tahun 2012);
15. Bukti P-15 : Fotokopi Peraturan Pemerintah Nomor 18 Tahun 2021 tentang Hak Pengelolaan, Hak Atas Tanah, Satuan Rumah Susun, dan Pendaftaran Tanah (Lembaran Negara Nomor 28 Tahun 2021);
16. Bukti P-16 : Fotokopi Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2011 tentang Otoritas Jasa Keuangan (Lembaran Negara 111 Tahun 2011);
17. Bukti P-17 : Fotokopi Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2008 tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah;
18. Bukti P-18 : Fotokopi Fatwa DSN-MUI Nomor 04/DSN-MUI/IV/2000 tentang *Murabahah*;
19. Bukti P-19 : Fotokopi SEOJK 36/SEOJK.03/2015 tentang Produk dan Aktivitas Bank Umum Syariah dan Unit Usaha Syariah (Lampiran IV);
20. Bukti P-20 : Fotokopi Buku Standart Produk *Murabahah* Diterbitkan Otoritas Jasa Keuangan;
21. Bukti P-21 : Fotokopi Peraturan Bank Indonesia Nomor 7/46/PBI/2005 Tentang Akad Penghimpunan dan Penyaluran Dana Bagi Bank yang Melaksanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syariah (Lembaran Negara Nomor 124 Tahun 2005 dan Tambahan Lembaran Negara 4563);
22. Bukti P-22 : Fotokopi Fatwa DSN-MUI Nomor 111/DSN-MUI/IX/2017 tentang Akad Jual Beli *Murabahah*;
23. Bukti P-23 : Fotokopi Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah (Lembaran Negara Nomor 59 Tahun 1997);
24. Bukti P-24 : Fotokopi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 143/PUU-VII/2009;

25. Bukti P-25 : Fotokopi Screenshot berita Kompas “*Pencatatan, Cara Pemerintah Bereskan Sengketa Tanah Ulayat di Sumatera Barat*” Dikutip dari: <https://www.kompas.com/properti/read/2021/11/16/130302721/pencatatan-cara-pemerintah-bereskan-sengketa-tanah-ulayat-di-sumbar>;
26. Bukti P-26 : Fotokopi Keputusan Pengangkatan Advokat Nomor Kep.27.0125/ADV/PERADI/DPN/V/2018;
27. Bukti P-27 : Fotokopi Berita Acara Sumpah Pengangkatan Advokat di Pengadilan Tinggi Tangerang Nomor W.29.U/272/HK-ADV/VI/2018.
28. Bukti P-28 : Fotokopi *Masterplan Ekonomi Syariah Indonesia 2019-2024* yang diterbitkan oleh Kementerian Bappenas;
29. Bukti P-29 : Fotokopi *Roadmap Pengembangan Perbankan Syariah 2020-2025* yang diterbitkan oleh Otoritas Jasa Keuangan;
30. Bukti P-30 : Fotokopi Peraturan Otoritas Jasa Keuangan Nomor 13/PJOK.03/2021 tentang Penyelenggaraan Produk Bank Umum.

[2.3] Menimbang bahwa terhadap permohonan Pemohon, Dewan Perwakilan Rakyat menyampaikan keterangan dalam persidangan secara daring pada 8 Maret 2022 dan menyerahkan keterangan tertulis yang diterima Mahkamah pada 6 April 2022, yang pada pokoknya mengemukakan hal-hal sebagai berikut:

I. KETERANGAN DPR RI

A. Kedudukan Hukum (*Legal Standing*) Pemohon

Terhadap kedudukan hukum (*legal standing*) Pemohon, DPR berpandangan berdasarkan 5 (lima) batasan kerugian konstitusional yang timbul karena berlakunya suatu undang-undang sebagaimana dinyatakan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-III/2005 dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 011/PUU-V/2007 sebagai berikut:

1. Terkait adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang diberikan oleh UUD NRI Tahun 1945

Bahwa Pemohon menyatakan mendapatkan kepastian hukum yang adil dan memberikan manfaat dan kemudahan yang sama untuk mengakses layanan perbankan syariah berdasarkan prinsip negara hukum adalah hak konstitusional Pemohon yang dilindungi oleh konstitusi berdasarkan Pasal 1 ayat (3) UUD NRI Tahun 1945, Pasal

28D ayat (1) UUD NRI Tahun 1945, Pasal 28H ayat (2) dan ayat (4) UUD NRI Tahun 1945, Pasal 28I ayat (5) UUD NRI Tahun 1945 (vide perbaikan permohonan hal. 4)

Bahwa terkait batu uji yang digunakan oleh Pemohon terlebih dahulu DPR menerangkan sebagai berikut:

- Pasal 1 ayat (3) UUD NRI Tahun 1945 tidak mengatur mengenai hak konstitusional Pemohon melainkan pada intinya mengatur bahwa Negara Indonesia adalah negara hukum. Sehingga ketentuan ini tidak tepat apabila dianggap sebagai dasar adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional bagi Pemohon.
- Pasal 28D ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 yang mengatur mengenai jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum, dimana pengaturan pasal *a quo* telah memberikan jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum serta perlakuan yang sama terhadap seluruh pengguna layanan perbankan syariah. Selain itu, dalam transaksi-transaksi di perbankan syariah sudah semestinya dijalankan berdasarkan prinsip syariah.
- Pasal 28H ayat (2) UUD NRI Tahun 1945 mengatur mengenai hak untuk mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan dan keadilan, namun sebelum menggunakan ketentuan Pasal 28H ayat (2) UUD NRI Tahun 1945 ini sebagai batu uji, Pemohon seharusnya terlebih dahulu memahami apa yang dimaksud dalam ketentuan Pasal 28H ayat (2) tersebut. Bahwa naskah komprehensif perubahan UUD NRI Tahun 1945 menyebutkan bahwa “kemudahan dan perlakuan khusus” muncul sebagai bentuk dari perluasan pasal-pasal Hak Asasi Manusia. Hak kemudahan dan perlakuan khusus sama dengan “*affirmative action*” merupakan apa yang disebut “*the special treatment*” yang berasal dari ide dasar “*treat like cases alike atau different cases differently*”. Pengaruh *affirmative action* menunjukkan prinsip yang tidak hanya berakar dari aktivitas, melainkan juga tanggung jawab negara untuk memenuhinya. Hal ini sesuai dengan pendapat hukum Mahkamah

Konstitusi dalam Putusan Nomor 55/PUU-XVIII/2020 yang menyatakan:

Sekalipun norma konstitusi dimaksud memberikan kesempatan bagi setiap orang, namun bukan bermakna bahwa norma tersebut berlaku untuk siapa pun. Sebab, frasa “setiap orang” dalam ketentuan Pasal 28H ayat (2) UUD 1945 harus dibaca dalam satu napas dengan frasa “guna mencapai persamaan dan keadilan”. Dengan membaca dua frasa “guna mencapai persamaan dan keadilan” tersebut dalam satu kesatuan maksud, maka kemudahan dan perlakuan khusus dimaksud hanya boleh atau dapat diberikan kepada orang yang apabila tanpa adanya kemudahan dan perlakuan khusus dimaksud ia tidak mampu mencapai persamaan dengan orang lain, sehingga ia tidak akan mendapatkan keadilan. Oleh karena itu, ketentuan Pasal 28H ayat (2) UUD 1945 merupakan hak yang diberikan secara khusus kepada orang yang memiliki hambatan tertentu dalam mencapai persamaannya dengan orang lain, sehingga membutuhkan apa yang dikenal dengan *affirmative action*. Penegasan Mahkamah Konstitusi perihal keterkaitan *affirmative action* sebagai wujud pelaksanaan Pasal 28H ayat (2) UUD 1945 dapat dibaca, misalnya, dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 22-24/PUU-VI/2008, tanggal 23 Desember 2008; Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 12/PUU-VI/2008, tanggal 12 Maret 2014; dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 20/PUU-XI/2013, tanggal 12 Maret 2014. Tidak hanya itu, putusan-putusan Mahkamah Konstitusi tersebut secara substansial menyatakan bahwa tindakan-tindakan yang bersifat khusus dan sementara (*affirmative actions*) ditujukan untuk mendorong dan sekaligus mempercepat kelompok masyarakat tertentu atau kelompok warga masyarakat tertentu untuk mengejar kemajuan sehingga mencapai tingkat perkembangan yang sama dan setara dengan kelompok masyarakat kebanyakan yang sudah jauh lebih maju.

Ditegaskan pula dalam putusan-putusan tersebut, *affirmative action* dalam pemilu sebagai wujud dari pelaksanaan Pasal 28H ayat (2) UUD 1945 misalnya kuota 30 (tiga puluh) persen bagi perempuan sebagai bentuk perlakuan khusus untuk mencapai kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan dan keadilan sebagaimana dicantumkan dalam Pasal 28H ayat (2) UUD 1945.

Dengan demikian menjadi tidak relevan apabila Pemohon mendasarkan adanya kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional pada ketentuan Pasal 28H ayat (2) UUD NRI Tahun 1945, karena Pemohon tidak termasuk dalam kategori orang yang memerlukan perlakuan khusus sehingga tidak memerlukan adanya *affirmative action*.

- Pasal 28H ayat (4) UUD NRI Tahun 1945 mengatur mengenai hak untuk mempunyai hak milik pribadi dan hak milik tersebut tidak boleh diambil alih secara sewenang-wenang oleh siapapun. Hak kepemilikan tersebut tidak memiliki korelasi dengan pasal *a quo* yang dimohonkan pengujian oleh Pemohon yang mana mengatur mengenai definisi prinsip syariah, kegiatan usaha perbankan syariah yang wajib tunduk pada prinsip syariah yang difatwakan oleh Majelis Ulama Indonesia (MUI) yang kemudian dituangkan dalam Peraturan Bank Indonesia. Pasal yang dimohonkan pengujian oleh Pemohon sama sekali tidak mengancam atau merampas hak milik pribadi Pemohon. Oleh karenanya menjadi tidak relevan apabila Pasal 28H ayat (4) UUD NRI Tahun 1945 dijadikan dasar adanya kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon dalam pengujian pasal *a quo*.
- Pasal 28I ayat (5) UUD NRI Tahun 1945 mengatur bahwa untuk menegakkan dan melindungi hak asasi manusia sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis, maka pelaksanaan hak asasi manusia dijamin, diatur, dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan. Telah sangat jelas bahwa ketentuan *a quo* tidak mengatur mengenai hak dan/atau kewenangan konstitusional warga negara melainkan amanat bagi penyelenggara negara untuk

menjamin, mengatur, dan menuangkan pelaksanaan hak asasi manusia dalam peraturan perundang-undangan agar hak asasi manusia tersebut dapat ditegakkan dan dilindungi.

Dengan demikian, jelas bahwa tidak ada hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang dirugikan dengan berlakunya pasal *a quo* UU 21/2008, selain itu pasal *a quo* UU 21/2008 juga tidak bertentangan dengan UUD NRI Tahun 1945 sebagaimana diuraikan oleh Pemohon.

2. Terkait hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon tersebut dianggap telah dirugikan oleh suatu undang-undang yang diuji

Bahwa Pemohon menguraikan kerugian konstitusional disebabkan oleh Pasal 1 angka 12, dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU 21/2008 memberikan delegasi blangko kepada MUI maupun BI/OJK sehingga terjadi disharmoni pengaturan perbankan syariah yang menyebabkan ketidakpastian hukum.

Terhadap uraian Pemohon tersebut, DPR menerangkan bahwa hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon telah dipenuhi dengan adanya pengaturan dalam pasal-pasal *a quo* UU 21/2008. Ketentuan Pasal 1 angka 12 UU 21/2008 telah menjelaskan mengenai apa yang dimaksud dengan prinsip syariah dalam perbankan syariah, dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2) dan ayat (3) UU 21/2008 telah sangat jelas mengatur kegiatan usaha apa saja yang wajib tunduk kepada prinsip syariah yang difatwakan oleh MUI yang kemudian dituangkan dalam Peraturan Bank Indonesia, atau yang saat ini kewenangan tersebut telah dialihkan dan dilaksanakan oleh Otoritas Jasa Keuangan berdasarkan Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2011 tentang Otoritas Jasa Keuangan (UU 21/2011). Dalam perbaikan permohonannya, Pemohon mendalilkan dasar kerugiannya adalah ketentuan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (UU 5/1960) yang tidak sesuai dengan transaksi-transaksi atas tanah yang ada di masyarakat Indonesia termasuk dalam transaksi perbankan syariah. Namun dalam permohonan tersebut, Pemohon hanya mengajukan pengujian ketentuan UU 21/2008 dan tidak mengajukan pengujian UU 5/1960 sehingga menjadi tidak jelas apa yang sebenarnya menjadi dasar kerugian yang didalilkan oleh Pemohon. Oleh karena itu, DPR

menekankan bahwa permasalahan yang dialami dan disampaikan oleh Pemohon tidak jelas dan membingungkan yang diakibatkan oleh ketidakjelasan uraian materi yang disampaikan oleh Pemohon dalam perbaikan permohonannya dan ketidaksesuaian antara posita dengan petitum yang dimohonkan oleh Pemohon sehingga permohonan Pemohon ini harus dinyatakan *obscuur libel*.

3. Terkait adanya kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang dimaksud bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya bersifat potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi

Bahwa Pemohon mendalilkan pengaturan perbankan syariah bersifat tidak jelas menimbulkan kebingungan Pemohon dan berpotensi menimbulkan kerugian potensial dan *actual* berupa keraguan apakah transaksi perbankan syariah telah memiliki kepastian hukum yang memberikan keadilan bagi Pemohon. Dilema ini menurut Pemohon merupakan kondisi ketidakpastian hukum yang bertentangan dengan konstitusi.

DPR berpandangan bahwa kebingungan Pemohon bukanlah suatu kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional. Jika pemohon ingin lebih memahami lebih lanjut mengenai prinsip syariah dalam sistem perbankan syariah maka Pemohon dapat meminta informasi kepada OJK. Kepahaman Pemohon terhadap hukum dan peraturan perundang-undangan yang berlaku adalah suatu keharusan mengingat Pemohon adalah seorang advokat yang bekerja memberikan bantuan hukum terhadap masyarakat khususnya dalam membela masyarakat dengan menggunakan jasanya. Permasalahan hukum yang ada dalam masyarakat tentunya cukup kompleks dan tidak hanya sekedar pidana dan perdata, sehingga merupakan suatu kelaziman dan keharusan bagi Pemohon untuk memahami peraturan perundang-undangan yang ada dan berlaku khususnya di Indonesia. Dengan demikian, Pemohon telah jelas tidak mengalami kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional baik aktual maupun potensial menurut penalaran yang wajar dipastikan akan terjadi atas berlakunya pasal *a quo* UU 21/2008.

4. Terkait adanya hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian dan berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian

Bahwa sebagaimana telah dikemukakan pada angka 1, 2, dan 3 di atas, Pemohon yang mendalilkan hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya yang dilanggar oleh keberlakuan ketentuan pasal *a quo* tidaklah relevan karena Pemohon tidak jelas dalam menyampaikan uraian permasalahannya. Jika Pemohon merasa kurang paham mengenai rumusan ketentuan pasal *a quo*, hal tersebut tidak serta merta menjadikan suatu ketentuan dalam undang-undang bertentangan dengan UUD NRI Tahun 1945 dan merugikan hak dan/atau kewenangan konstitusional warga negara. Ketidapahaman tersebut dapat di atasi dengan mengumpulkan informasi sebanyak-banyaknya, mendatangi lembaga atau orang yang kompeten dan memahami pengaturan terkait perbankan syariah dan hal-hal terkait dengan perbankan syariah dan bukan malah mengajukan pengujian ketentuan *a quo* ke Mahkamah Konstitusi dan memohon agar ketentuan *a quo* dimaknai sebagaimana pemahaman Pemohon yang jelas keliru. Oleh karenanya, tidak ada hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian yang didalilkan oleh Pemohon dengan berlakunya ketentuan pasal *a quo*.

5. Terkait adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan Pemohon maka kerugian dan/atau kewenangan konstitusional yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi

Bahwa Pemohon mendalilkan jika Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2) dan ayat (3) UU 21/2008 diberikan penafsiran yang jelas maka Pemohon akan dapat kembali mengajukan fasilitas layanan perbankan syariah seperti sedia kala. Terhadap dalil tersebut DPR menerangkan bahwa pengaturan yang dimohonkan pengujian oleh Pemohon dan dianggap merugikan hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon tersebut telah ada sejak diundangkannya UU 21/2008 pada tahun 2008 dan berlaku hingga saat ini. Selain itu, penafsiran yang jelas yang dimaksud oleh Pemohon ini harus dilihat kembali, jangan sampai pengaturan yang diubah sebagaimana "jelas" dalam perspektif Pemohon tersebut justru menimbulkan permasalahan

hukum baru bagi masyarakat Indonesia yang justru menjadikan UU 21/2008 bertentangan dengan UUD NRI Tahun 1945. Selain itu, sebagaimana telah diuraikan dalam angka 1, 2, 3, dan 4, maka sudah dapat dipastikan dengan dikabulkan atau tidak permohonan pengujian ketentuan Pasal-Pasal *a quo* tidak akan berdampak apapun pada Pemohon. Dengan demikian, menjadi tidak relevan lagi bagi Mahkamah Konstitusi untuk memeriksa dan memutus permohonan *a quo*, karena Pemohon tidak memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) sehingga sudah sepatutnya Mahkamah Konstitusi tidak mempertimbangkan pokok permohonan Pemohon.

Bahwa dalam asas hukum dikenal ketentuan umum bahwa tiada kepentingan maka tiada gugatan yang dalam bahasa Perancis dikenal dengan *point d'interest*, *point d'action* dan dalam bahasa Belanda dikenal dengan *zonder belang geen rechtsingang*. Hal tersebut sama dengan prinsip yang terdapat dalam *Reglement op de Rechtsvordering (Rv)* khususnya Pasal 102 yang menganut ketentuan bahwa "tiada gugatan tanpa hubungan hukum" (*no action without legal connection*). Syarat adanya kepentingan hukum juga telah digariskan dalam syarat kedudukan hukum (*legal standing*) sebagaimana termuat dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-III/2005, tanggal 31 Mei 2005, dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 11/PUU-V/2007, tanggal 20 September 2007.

Berdasarkan uraian-uraian terhadap kedudukan hukum (*legal standing*) Pemohon tersebut, DPR menyerahkan sepenuhnya kepada Yang Mulia Majelis Hakim Konstitusi untuk mempertimbangkan dan menilai apakah Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) sebagaimana yang diatur dalam Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi dan Putusan Mahkamah Konstitusi Perkara Nomor 006/PUU-III/2005 dan Putusan perkara Nomor 011/PUU-V/2007 mengenai parameter kerugian konstitusional.

B. Pandangan DPR Terhadap Pokok Permohonan

1. Pandangan Umum

- a. Bahwa sebagaimana diamanatkan oleh Pancasila dan UUD NRI Tahun 1945, tujuan pembangunan nasional adalah terciptanya masyarakat adil dan makmur, berdasarkan demokrasi ekonomi,

dengan mengembangkan sistem ekonomi yang bertumpu pada mekanisme pasar yang berkeadilan. Agar tercapai tujuan pembangunan nasional dan dapat berperan aktif dalam persaingan global yang sehat, diperlukan partisipasi dan kontribusi semua elemen masyarakat untuk menggali berbagai potensi yang ada di masyarakat guna mendukung proses akselerasi ekonomi dalam upaya merealisasikan tujuan pembangunan nasional. Bahwa salah satu bentuk penggalan potensi dan wujud kontribusi masyarakat dalam perekonomian nasional tersebut adalah pengembangan sistem ekonomi berdasarkan nilai Islam (Syariah) dengan mengangkat prinsip-prinsipnya ke dalam Sistem Hukum Nasional. Prinsip Syariah berlandaskan pada nilai-nilai keadilan, kemanfaatan, keseimbangan, dan keuniversalan (rahmatan lil 'alamin). Nilai-nilai tersebut diterapkan dalam pengaturan perbankan yang didasarkan pada Prinsip Syariah yang disebut Perbankan Syariah.

- b. Bahwa Perbankan Syariah sebagai salah satu sistem perbankan nasional memerlukan berbagai sarana pendukung agar dapat memberikan kontribusi yang maksimum bagi pengembangan ekonomi nasional. Salah satu sarana pendukung vital adalah adanya pengaturan yang memadai dan sesuai dengan karakteristiknya.
- c. Indonesia adalah negara demokrasi yang mayoritas masyarakatnya muslim. Berdasarkan pelaksanaan ijtihad bahwa sumber hukum Islam menuntun umat Islam untuk memahaminya. Adapun sumber hukum Islam yang disepakati jumbuh ulama adalah al-Qur'an, hadis, ijma dan qiyas. Penerapan ijtihad kolektif merupakan sebuah keniscayaan di zaman sekarang ini, sebab permasalahan hukum keislaman yang muncul senantiasa baru dan berkembang terutama berkenaan dengan hukum-hukum kontemporer sebab persoalan tersebut tidak terjadi di zaman Rasulullah maupun generasi sahabat dan tabiin sesudah beliau, sehingga para ulama salaf maupun ulama kontemporer yang berkompeten saat ini mau tidak mau melakukan ijtihad hukum baik secara individu maupun kolektif. Ijtihad kolektif biasanya dilakukan oleh sebuah lembaga fatwa yang memang memiliki otoritas penuh dari Negara dan masyarakatnya. Indonesia memiliki beberapa lembaga

fatwa keislaman diantaranya Majelis Tarjih Muhammadiyah (MTM), Lembaga Bahtsul Masail (LBM) NU dan MUI. Ketiga lembaga fatwa tersebut memiliki karakteristik tersendiri dalam menerapkan ijtihad kolektif, terutama dari segi pendekatan maupun metode istimbath hukum yang digunakan sehingga diperlukan legitimasi atas lembaga mana yang fatwanya dapat dijadikan dasar pembentukan peraturan perundang-undangan yang mengatur mengenai perekonomian syariah termasuk perbankan syariah tanpa menimbulkan perpecahan dalam masyarakat.

- d. Bahwa sebagai undang-undang yang khusus mengatur perbankan syariah, UU 21/2008 juga mengatur mengenai masalah kepatuhan syariah (*syariah compliance*) yang kewenangannya diberikan kepada MUI yang direpresentasikan melalui Dewan Pengawas Syariah (DPS) yang harus dibentuk pada masing-masing Bank Syariah dan Unit Usaha Syariah. Untuk menindaklanjuti implementasi fatwa yang dikeluarkan MUI ke dalam Peraturan Bank Indonesia, di dalam internal Bank Indonesia dibentuk komite perbankan syariah, yang keanggotaannya terdiri atas perwakilan dari Bank Indonesia (yang saat ini dilaksanakan oleh OJK), Departemen Agama (yang saat ini nomenklaturnya adalah Kementerian Agama), dan unsur masyarakat yang komposisinya berimbang.

2. Pokok Permohonan

- a. Bahwa Pemohon mendalilkan Pasal 26 ayat (1), ayat (2) dan ayat (3) UU 21/2008 juga bersifat multi tafsir karena memberikan delegasi kewenangan kepada 2 lembaga yang berbeda, yakni MUI dengan BI/OJK, dengan kewenangan pembentukan hukum yang berbeda juga (*vide* Perbaikan Permohonan hlm 6)

Bahwa terkait dengan pendelegasian kewenangan pengaturan prinsip syariah melalui fatwa yang dikeluarkan oleh MUI, DPR menerangkan sebagai berikut:

- 1) Bahwa fatwa menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI) yang diakses dari laman Badan Pengembangan dan Pembinaan Bahasa Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan adalah

keputusan atau pendapat yang diberikan oleh mufti tentang suatu masalah dengan kata lain yaitu nasihat orang alim.

- 2) Bahwa masyarakat Indonesia adalah masyarakat religius yang meletakkan agama sebagai panduan hidup berbangsa dan bernegara. Islam sebagai agama mayoritas di Indonesia telah mengakar kuat dalam berbagai bidang kehidupan. Terbentuknya berbagai organisasi Islam di Indonesia terikat kuat dengan sosiologi beragama masyarakat. MUI di kalangan akademisi didefinisikan sebagai organisasi semi-pemerintah di Indonesia yang salah satu tujuannya adalah untuk memberikan saran dan fatwa tentang agama dan masalah bangsa kepada pemerintah dan masyarakat. Selain itu, MUI juga diharapkan turut mempromosikan persatuan di antara umat Islam, dan bertindak sebagai mediator antara pemerintah dan ulama.
- 3) Bahwa yang dimaksud dengan MUI menurut Peraturan Presiden Nomor 151 Tahun 2014 Tentang Bantuan Pendanaan Kegiatan Majelis Ulama Indonesia (Perpres 151/2014) adalah wadah musyawarah para ulama, pemimpin dan cendekiawan muslim dalam mengayomi umat dan mengembangkan kehidupan yang Islami serta meningkatkan partisipasi umat Islam dalam pembangunan nasional.
- 4) Bahwa fatwa menempati kedudukan penting dalam hukum Islam karena fatwa merupakan pendapat yang dikemukakan oleh ahli hukum Islam (*fuqaha*) tentang kedudukan hukum suatu masalah baru yang muncul di kalangan masyarakat. Ketika muncul suatu masalah baru yang belum ada ketentuan hukumnya secara eksplisit (tegas), baik dalam al-Qur'an, as-Sunnah dan ijma' maupun pendapat-pendapat fuqaha terdahulu, maka fatwa merupakan salah satu institusi normatif yang berkompeten menjawab atau menetapkan kedudukan hukum masalah tersebut. Karena kedudukannya yang dianggap dapat menetapkan hukum atas suatu kasus atau masalah tertentu, maka para sarjana Barat ahli hukum Islam mengategorikan fatwa sebagai jurisprudensi Islam.

- 5) Bahwa dalam praktik, doktrin (pendapat ahli hukum) banyak mempengaruhi pelaksanaan administrasi negara, demikian juga dalam proses pengadilan. Seorang hakim diperkenankan menggunakan pendapat ahli untuk dijadikan sebagai pertimbangan hakim dalam memutus sebuah perkara, kemudian bagi seorang pengacara/pembela yang sedang melakukan pembelaannya pada suatu perkara perdata, seringkali mengutip pendapat-pendapat ahli sebagai penguat pembelaannya. Begitu pula dengan fatwa, dalam sejarah Peradilan Agama di Indonesia, Pengadilan Agama untuk dapat memeriksa, menangani, dan memutus perkara perdata (masalah kekeluargaan, kewarisan, perceraian, dan lain sebagainya), maka Pengadilan Agama memakai fatwa sebagai landasan hukum, yakni fatwa disepakati oleh Mahkamah Agung bersama Pengadilan Agama. Pada dasarnya, fatwa hanyalah pendapat, nasehat ulama yang tidak mengikat, dan untuk dapat berlaku mengikat maka fatwa harus melewati legislasi terlebih dahulu yang kemudian menjadi peraturan perundang-undangan.
- 6) Bahwa UU 21/2008 memberikan kewenangan kepada MUI yang fungsinya dijalankan oleh organ khususnya yaitu DSN-MUI untuk menerbitkan fatwa terkait suatu hukum atas suatu akad yang menjadi dasar adanya produk dan jasa perbankan syariah. Kemudian fatwa dituangkan dalam Peraturan Bank Indonesia yang telah dialihkan dan dilaksanakan oleh Otoritas Jasa Keuangan berdasarkan UU 21/2011 dan peraturan pelaksanaannya yaitu Peraturan Otoritas Jasa Keuangan. Hal ini merupakan pengakuan bahwa MUI merupakan lembaga yang berwenang untuk menerbitkan fatwa yang dijadikan dasar dalam kegiatan usaha perbankan syariah.
- 7) Bahwa frasa “Prinsip Syariah” yang didefinisikan dalam Pasal 1 angka 12 UU Perbankan Syariah *a quo* sebagai “prinsip hukum Islam dalam kegiatan perbankan berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang Syariah”, yang kemudian diperkuat

dengan ketentuan Pasal 26 ayat (2) UU *a quo* bahwa prinsip Syariah yang dimaksudkan difatwakan oleh Majelis Ulama Indonesia, secara jelas memberikan batasan bahwa fatwa yang digunakan dan dijadikan rujukan dalam kegiatan perbankan Syariah adalah fatwa yang dikeluarkan oleh Majelis Ulama Indonesia (MUI), bukan dari lembaga atau organisasi kemasyarakatan atau keagamaan lainnya. Selain itu, asas kepastian hukum juga melatarbelakangi Pembentuk Undang-Undang memberikan kewenangan mengeluarkan fatwa kepada MUI sebagai majelis yang beranggotakan para ulama yang merepresentasi pelbagai kalangan.

- 8) Bahwa pembentuk Undang-Undang memahami bahwa fatwa tidak termasuk dalam jenis dan hirarkhi peraturan perundang-undangan dan Majelis Ulama Indonesia bukan pula merupakan lembaga yang memiliki kewenangan pembentukan peraturan perundang-undangan sebagaimana diatur dalam Undang-Undang tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (UU Nomor 12 Tahun 2011 *juncto* UU Nomor 15 Tahun 2019), sehingga agar fatwa ini dapat diaplikasikan dan kegiatan perbankan Syariah, pembentuk Undang-Undang memerintahkan lembaga yang memiliki kewenangan pembentukan peraturan perundang-undangan di bidang perbankan yakni Bank Indonesia (dan Otoritas Jasa Keuangan sesuai dengan perkembangan legislasi di bidang perbankan) untuk mengadopsi fatwa-fatwa yang dikeluarkan MUI yang dalam hal ini dikeluarkan oleh organ Dewan Syariah Nasional (DSN MUI) agar dapat menjadi ketentuan peraturan perundang-undangan yang mengikat dan berlaku secara umum dan luas. Sebagai sebuah nilai yang diyakini oleh umat Islam di negeri ini, fatwa mempunyai kedudukan penting dalam penyusunan setiap peraturan perundang-undangan yang mengatur umat muslim terkait dengan prinsip Syariah Islam. Karena setiap penyusunan peraturan perundangan sudah seharusnya menyerap dan mengakomodasi nilai-nilai yang telah berkembang dan diyakini oleh masyarakat.

- 9) Apabila Pemohon menghendaki fatwa dikeluarkan oleh BI/OJK, maka hal ini justru akan menimbulkan permasalahan baru dalam masyarakat mengingat bahwa BI/OJK tidak memiliki kompetensi menilai dan memahami hukum islam sebagaimana yang dilakukan oleh para ulama. Dengan demikian, telah jelas bahwa pengaturan kewenangan kelembagaan sebagaimana yang terdapat dalam pasal *a quo* termasuk kewenangannya dalam hal perbankan syariah telah memberikan kepastian hukum terhadap pelaku usaha keuangan syariah dan masyarakat.
- b. Bahwa Pemohon mendalilkan Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU 21/2008 telah memberikan delegasi blangko kepada MUI (non Lembaga Negara) maupun BI/OJK (Lembaga Negara) sehingga terjadi disharmoni pengaturan perbankan syariah yang menyebabkan ketidakpastian hukum (vide Perbaikan Permohonan Hlm 5-6).
- 1) Terhadap dalil tersebut DPR menerangkan dalam pendelegasian kewenangan, berdasarkan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (UU 12/2011) diatur sebagai berikut:
198. Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi dapat mendelegasikan kewenangan mengatur lebih lanjut kepada Peraturan Perundang-undangan yang lebih rendah.
200. Pendelegasian kewenangan mengatur harus menyebut dengan tegas: a. ruang lingkup materi muatan yang diatur; dan b. jenis Peraturan Perundang-undangan.
- Berdasarkan ketentuan lampiran 198 dan 200 tersebut, maka pembentuk undang-undang jika akan mendelegasikan suatu ketentuan atau aturan maka harus ada persyaratan yang jelas mengenai materi muatan yang akan didelegasikan dan jenis didelegasikan kepada jenis aturannya, jika tidak memenuhi aturan tersebut itulah yang disebut delegasi blangko.
- 2) Bahwa terkait dengan delegasi blangko, larangan penggunaan delegasi blangko terdapat di dalam UU 12/2011. Dalam Pedoman

Nomor 210 Lampiran UU 12/2011, melarang adanya delegasi blangko yang diatur sebagai berikut:

210. Dalam pendelegasian kewenangan mengatur tidak boleh adanya delegasi blangko. Contoh 1: Pasal ... Hal-hal yang belum cukup diatur dalam Undang-Undang ini, diatur lebih lanjut dengan Peraturan Pemerintah. Contoh 2: Qanun Kabupaten Aceh Jaya Nomor 4 Tahun 2010 tentang Pembentukan Susunan Organisasi dan Tata Kerja Badan Penanggulangan Bencana Daerah Pasal 24 Hal-hal yang belum diatur dalam Qanun ini sepanjang pengaturan pelaksanaannya, diatur dengan Peraturan Bupati.
- 3) Bahwa Pemohon tidak menguraikan secara jelas delegasi blangko seperti apa yang dimaksud oleh Pemohon. Berdasarkan ketentuan Pasal 26 ayat (1), ayat (2) UU 21/2008 pembentuk undang-undang telah jelas memberikan kewenangan secara atribusi kepada MUI untuk memberikan fatwa mengenai prinsip syariah dalam kegiatan usaha sebagaimana dimaksud dalam Pasal 19, Pasal 20, dan Pasal 21 dan/atau produk dan jasa syariah lainnya. Sedangkan di dalam ketentuan Pasal 26 ayat (3) UU 21/2008 memberikan pengaturan bahwa fatwa yang telah dikeluarkan oleh MUI harus dikuatkan melalui pengaturan lebih lanjut dalam peraturan perundang-undangan yang dalam hal ini adalah Peraturan Bank Indonesia. Selanjutnya, UU *a quo* telah jelas mengatur mengenai ruang lingkup materi muatan dan ketentuan-ketentuan yang diberikan delegasi oleh pembentuk undang-undang kepada MUI maupun kepada BI/OJK. Sehingga dalam hal ini Pemohon perlu memperjelas delegasi blangko yang bagaimana yang dimaksud oleh Pemohon dalam pasal *a quo*.
- c. Bahwa dalam permohonannya, Pemohon banyak menguraikan teori-teori mengenai hak milik atas tanah dan perkembangan yang ada terkait dengan hak-hak yang muncul atas tanah dan permasalahannya dalam perspektif Pemohon, serta uraian mengenai hak-hak kebendaan. Tetapi Pemohon sama sekali tidak memberikan dasar uraian Permohonan yang jelas atas pertautan pengaturan dalam UU

21/2008 dengan kerugian Pemohon, sehingga apa yang tengah dipermasalahkan oleh Pemohon menjadi kabur atau tidak jelas mengingat Pemohon banyak menguraikan mengenai UU 5/1960 yang tidak dimohonkan pengujiannya dalam Permohonan Pemohon.

d. Bahwa Pemohon pernah mengajukan permohonan pengujian yang serupa dengan permasalahan yang terdapat dalam permohonan *a quo*, yakni dalam perkara Nomor 12/PUU-XIX/2021 yang mempermasalahkan UU 5/1960 dikaitkan dengan UU 21/2008, yang telah diputus oleh Mahkamah Konstitusi dengan amar putusan menolak permohonan Pemohon untuk seluruhnya. Adapun pertimbangan Majelis Hakim Mahkamah Konsitusi terhadap perkara tersebut adalah sebagai berikut:

- [3.13.1] ...mengingat pentingnya kepastian hukum terhadap kepemilikan hak atas tanah, *in casu* hak milik, maka setiap perbuatan hukum yang menyangkut peralihan atau pembebanannya menjadi tidak sah jika tidak dilakukan pendaftaran pada instansi yang berwenang untuk itu. Hal ini bukanlah merupakan bentuk penafsiran atau pemahaman secara letterlijk terhadap norma Pasal 23 UUPA sebagaimana dalil Pemohon tetapi merupakan suatu keharusan yang mesti dilewati sesuai dengan proses dan prosedur yang telah ditentukan oleh peraturan perundang-undangan demi memperoleh kepastian hukum terhadap kepemilikan hak atas tanah tersebut. Sementara, kuitansi yang didalilkan oleh Pemohon sudah cukup menjadi bukti kepemilikan adalah tidak tepat karena pada hakikatnya kuitansi hanyalah merupakan bukti pembayaran atau transaksi, bahkan akta jual beli yang dibuat di hadapan PPAT pun belum dapat disebut sebagai bukti kepemilikan tetapi baru sebagai salah satu syarat adanya peralihan hak. Oleh karena itu, berkaitan dengan bukti kepemilikan yang sah atas tanah adalah sertifikat hak atas tanah (*vide* Pasal 3 huruf a, Pasal 4 ayat (1) PP 24/1997), karena melalui pendaftaran tanah dimaksud akan dapat diketahui tentang siapa sesungguhnya pemegang hak atas tanah, kapan diperalihkannya hak atas tanah tersebut serta siapa pemegang hak yang baru termasuk juga jika tanah tersebut dibebani hak tanggungan. Dalam kaitan ini jika kuitansi saja yang dijadikan dasar kepemilikan hak atas tanah sebagaimana dalil Pemohon maka hal tersebut justru dapat mengaburkan esensi kepastian hukum kepemilikan hak atas tanah, yang pada akhirnya justru merugikan perbankan/kreditor, *in casu* perbankan syariah sebagai pihak yang memberikan pinjaman atau kredit. Oleh karena itu, dalil Pemohon yang menyatakan proses dan prosedur peralihan serta pendaftaran hak atas tanah yang memerlukan waktu lama dan berbiaya mahal karena dibutuhkan beberapa dokumen yang dikeluarkan oleh pejabat yang berwenang bukanlah merupakan persoalan konstiusionalitas norma. Dengan

demikian, dalil Pemohon yang mempersoalkan inkonstitusionalitas norma Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA, jika tidak dikecualikan untuk perbankan syariah adalah dalil yang tidak beralasan menurut hukum.

- [3.13.2] Bahwa selanjutnya Pemohon meminta kepada Mahkamah agar memerintahkan pembentuk undang-undang untuk melakukan perubahan terhadap UU 21/2008 berkenaan dengan hak kebendaan dalam transaksi perbankan syariah. Permintaan Pemohon ini bukan merupakan objek permohonan Pemohon (*objectum litis*) yang dinyatakan baik dalam perihal permohonan dan kewenangan Mahkamah. Sementara, dalam menguraikan kerugian konstitusional Pemohon hanya disinggung sekilas tentang keberadaan UU *a quo* namun tidak menguraikan apa sesungguhnya hak konstitusional Pemohon yang menurut anggapan Pemohon dirugikan dengan berlakunya UU *a quo*. Terlebih-lebih dalam uraian alasan permohonan (*posita*), Pemohon tidak menjelaskan pertentangan norma UU 21/2008 dengan UUD 1945 sehingga Mahkamah sulit untuk memahami apa sesungguhnya yang dipersoalkan oleh Pemohon berkenaan dengan inkonstitusionalitas norma UU 21/2008 sehingga dalil Pemohon *a quo* tidak relevan untuk dipertimbangkan.
- e. Bahwa berdasarkan uraian di atas, permasalahan yang diuraikan oleh Pemohon dalam perkara ini merupakan suatu permasalahan yang memiliki kemiripan dengan permasalahan yang diajukan oleh Pemohon sebelumnya dalam perkara Nomor 12/PUU-XIX/2021 dan telah diputus oleh Mahkamah Konstitusi yang sebenarnya tidak relevan apabila dikaitkan dengan kewenangan MUI dan BI/OJK dalam pasal *a quo* termasuk dengan definisi prinsip syariah dalam ketentuan Pasal 1 angka 12 UU 21/2008.
- f. Bahwa dalam Petitum Pemohon yang memohon agar Mahkamah Konstitusi untuk “Memerintahkan kepada pembentuk Undang-Undang untuk melakukan perubahan terhadap Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan syariah (Lembar Negara Nomor 94 Tahun 2008, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4867) khususnya mengenai hak kebendaan dalam transaksi perbankan syariah atau melakukan pembentukan undang-undang yang di dalamnya mengatur mengenai hak kebendaan dalam transaksi perbankan Syariah”, DPR memandang permohonan ini merupakan permohonan yang tidak jelas mengingat Pemohon tidak mencantumkan ketentuan mana yang harus diubah. Selain itu Mahkamah Konstitusi sebagai *negative legislator* seharusnya hanya dapat membatalkan dan mempertegas

undang-undang yang diujikan, sedangkan tindak lanjut atas Putusan Mahkamah Konstitusi dalam mempertegas atau membatalkan undang-undang seharusnya dilaksanakan oleh pembentuk Undang-Undang, hal ini diatur dalam Pasal 10 ayat (2) UU 12/2011. Petitem ini pun juga dituliskan oleh Pemohon dalam pengujian undang-undang yang diajukan oleh Pemohon melalui Perkara Nomor 12/PUU-XIX/2021 yang dalam pertimbangan hukum Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi ditanggapi sebaagi berikut:

“[3.13.2] Bahwa selanjutnya Pemohon meminta kepada Mahkamah agar memerintahkan pembentuk undang-undang untuk melakukan perubahan terhadap UU 21/2008 berkenaan dengan hak kebendaan dalam transaksi perbankan syariah. Permintaan Pemohon ini bukan merupakan objek permohonan Pemohon (*objectum litis*) yang dinyatakan baik dalam perihal permohonan dan kewenangan Mahkamah.”

Maka menjadi tidak relevan bagi Mahkamah Konstitusi untuk mengabulkan permohonan Pemohon tersebut.

II. RISALAH PEMBAHASAN RANCANGAN UNDANG-UNDANG TENTANG PERBANKAN SYARIAH

Selain pandangan secara konstitusional, teoritis, dan yuridis, sebagaimana telah diuraikan di atas, DPR menyampaikan risalah pembahasan pasal-pasal *a quo* UU 21/2008 sebagai berikut:

A. Risalah Rapat Komisi XI (Bidang: Departemen Keuangan, Bank Indonesia, Kantor Menteri Negara Perencanaan Pembangunan Nasional/BAPPENAS, Badan Pengawasan Keuangan dan Pembangunan (BPKP), Badan Pusat Statistik (BPS), Setjen Badan Pemeriksa Keuangan (BPK) RI (Rabu, 6 Juni 2007) Anggota F-PAN (DR. DRADJAD HARIWIBOWO, MEC)

.... Mengenai batas-batas kewenangan lembaga independen yang diatur dalam RUU Perbankan Syariah yaitu Komite Perbankan Syariah, perlu kami sampaikan bahwa hal ini sebenarnya merupakan kompromi antara usulan dari Bank Indonesia dengan usulan dari MUI atas posisi Komisi Fatwa dalam RUU Perbankan Syariah. Sebagaimana kita ketahui, fatwa merupakan domain dari MUI bukan kewenangan dari Bank Indonesia. Bank Indonesia sebagai lembaga negara berwenang menetapkan peraturan tentang Perbankan Syariah. Namun demikian, apabila fatwa dari MUI dijadikan

hukum yang mengikat, maka itu akan mempunyai komplikasi ketenagakerjaan. Oleh karena itu, perlu dicari jalan tengah agar tidak menimbulkan persoalan ketatanegaraan. (hal. 629)

B. Risalah Rapat Panitia Kerja (Panja) RUU Inisiatif Tentang Perbankan Syariah Komisi XI DPR RI (Rabu, 20 Februari 2008)

DIRJEN BIMAS ISLAM

.... Baik Pak Ketua, Jadi sebetulnya konsisten dari Pasal 20, 21, dan 22 bahkan 25 ini bisa menjawab apa yang diusulkan oleh Bapak-bapak kita yang lain, ini ayatnya. Jadi tanpa harus mencantumkan prinsip syariah disana di atas Pasal 21 dan 22 karena kita beranggapan bahwa Pasal 25 ini adalah ikatannya disini, puncaknya disini. Jadi prinsip syariah adalah prinsip syariah sebagaimana dimaksudkan di dalam undang-undang tentang perbankan. Kami beranggapan bahwa ini masih mengesankan bagian dari sistem perbankan konvensional padahal yang akan kita lakukan ini adalah bagian lain dari perbankan itu sendiri, makanya kita tambahkan bahwa prinsip syariah itu adalah prinsip hukum islam dalam kegiatan berdasarkan lembaga yang memiliki kewenangan didalam penetapan fatwa di bidang syariah. Nah jadi untuk menciptakan dua sistem perbankan maka diupayakan ketentuan didalam rumusan RUU ini tidak lagi merujuk kepada Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 Tentang Perbankan secara konvensional itu, jadi ini ada lebih *distinctive* yah kira-kira. (hal. 40)

Ketua Rapat

Kami persilahkan fraksi Partai Golkar (hal. 40)

Anggota F-PG (H. Asep Ruchimat Sudjana)

Terima kasih Pimpinan.

Pada prinsipnya apa yang disampaikan usul oleh pemerintah itu sudah memberikan legitimasi terhadap Bank Syariah itu sendiri bahwa Bank Syariah ini adalah melaksanakan prinsip hukum islam didalam kegiatan perbankan tetapi saya tidak ingin menggaris bawahi apa yang dikatakan oleh pihak pemerintah yang mengatakan masalah Undang-Undang tentang Perbankan barangkali perlu disampaikan dimana sebenarnya ada keraguan terhadap bunyi Undang-Undang Perbankan, apakah didalam Undang-Undang Perbankan kurang tegas atau bagaimana supaya clear dulu. Mungkin bisa dibacakan, prinsip setuju ini ada spesifiknya bahwa ini harus

disebutkan bahwa yang dimaksud Bank Syariah adalah Prinsip Hukum Islam dalam Kegiatan Perbankan tetapi coba bunyi didalam Undang-Undang Perbankan dibacakan dulu. ... (hal. 40-41)

Anggota F-PDS (Retna Romanita Situmorang, MBA)

Dari awal PDS sudah menyatakan bahwa PDS setuju saja prinsip syariah bukan dalam bentuk Undang-Undang tersendiri tetapi dalam Undang-Undang Perbankan silahkan saja atau peraturan Bank Indonesia karena disini sudah jelas sekali No 24 Unit Syariah yang selanjutnya disebut UUS adalah unit kerja dari kantor pusat dan sebagainya. Nah disini kan Bank Umum Konvensional berdasarkan Undang-Undang Perbankan. Jadi kenapa ini dipaksakan harus Undang-Undang Perbankan Syariah dan disini Prinsip Syariah adalah Prinsip Hukum Islam dalam kegiatan perbankan berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa dibidang syariah. Ini sudah jelas-jelas berdasarkan hukum islam yaitu berdasarkan agama tertentu sedangkan negara kita ini masih berdasarkan Undang-Undang Dasar 1945 dan Pancasila dan juga dalam kerangka NKRI. Itu pak apa yang kami sampaikan ini untuk jadi bahan bagi bapak-bapak untuk tidak memaksakan ini menjadi harus menjadi Undang-Undang. (hal. 43-44)

Anggota F-PDIP (DRS. Tukidjo, MM)

.... Seperti usul saya tadi, kita itu dalam membuat undang-undang ini kan perlu ada undang-undang yang kita taati Undang-Undang Perbankan, ada usulan yang cukup bagus tadi bahwa usul pemerintah ini supaya dikombinir dengan Undang-Undang Perbankan sehingga yang dikhawatirkan oleh Ibu Retna tidak akan mencuat ke dalam. Disini saya hanya ingin ini yang agak mengandung kerawanan dalam aplikasinya nanti prinsip syariah adalah prinsip hukum Islam dalam kegiatan perbankan berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam. Nah ini fatwa perlu diperjelas pak jangan sampai saat ini fatwa bukan negara tetapi ormas yang memberikan fatwa yang justru itu memberikan kacau balau di negara oancasila ini, kalau lembaganya itu jelas misalnya dari pemerintah lembaga apa yang ini sehingga nanti kita itu tetap didalam koridor negara kesatuan Republik Indonesia dengan Pancasila dan UUD 1945. Prinsipnya saya sependapat kalau syariah ini tahu persis bahwa ini berdasarkan hukum

Islam tetapi fatwanya ini harus dirundingkan secara konkrit, jangan setiap orang bisa menggunakan fatwa dan fatwa ini kalau bisa jangan ormas pak itu ada satu lembaga pemerintahan. Ini yang perlu diformulasikan secara detail ini sehingga untuk masalah ini saya prinsip dapat menyetujui untuk syariah ini tetapi juga dikombinasi dengan ini dan fatwa harus diperjelas. Ini yang catatan saya. Terima kasih. (hal. 45-46)

Ketua rapat

Baik, ini usul Pak Tukidjo ini menarik memberikan kehati-hatian, Kami persilahkan Pemerintah. (hal. 46)

Kepala Badan Kebijakan Fiskal

Saya menambahkan saja mengenai fatwa yang kompeten adalah makna. Jadi begini sekaligus mererefresh memori kita bahwa DPR mengambil inisiatif untuk membuat dua sistem perbankan. Jadi ada Undang-Undang Perbankan Konvensional dan yang satu adalah Undang-Undang Perbankan Syariah. Kurang lebih begitu kan konstruksinya sehingga apa-apa yang dirujuk dalam Undang-Undang Perbankan sekarang ini harus masuk didalam Undang-Undang Perbankan Syariah berarti kalau dia menjadi Undang-Undang Perbankan Konvensional rujukannya tidak hilang sehingga harus dimuat seluruhnya. Jadi itu teknis dalam sisi penyusunan hukum karena itulah DPR mengajukan undang-undang Perbankan sendiri tetapi kan pilihan kita sudah sama yaitu adalah membuat undang-undang tersendiri. Jadi kami rujuk saja pak ketua tadi ada anggota yang meminta untuk membacakan ketentuan umum di Undang-Undang Perbankan yang mau kita adopsi itulah No. 13. Prinsip Syariah adalah antara aturan perjanjian berdasarkan hukum islam, antara bank dan pihak lain dan seterusnya. Jadi itu saja yang kita ambil sebenarnya, tidak ada sama sekali kita reduksi sama sekali nanti kalau yang Undang-Undang Perbankan itu diamandemen supaya tidak hilang itu pengertian itu. Jadi kita hanya mengadopsi saja.

Nah mungkin masalah kedua yang lebih serius yang kita diskusikan adalah pertanyaan yang terhormat Pak Tukidjo tadi mengenai fatwa karena ini berhubungan dengan DIM No 26 itu mengenai Komite Perbankan yang kami minta penjelasan dari anggota dewan, potrsni overlappingnya dengan

lembaga yang akan menghasilkan fatwa tadi. Mungkin prof Nasar bisa menyelesaikan penjelasan mengenai fatwa.

Silahkan. (hal. 46-47)

Dirjen Bimas Islam

Terima kasih Pimpinan dan bapak anggota yang terhormat.

Prinsip syariah tadi disebutkan memang dimasukkan dalam Udnang-Undang Perbankan kemudian yang diusulkan Pemerintah rinci secara eksplisit karena Undang-Undang Perbankan yang akan datang pun kalau nanti berubah maka ini tentu kita akan menampung definisi yang ada ini. Adapun yang lalu memang tadi kata Pak Anggito ada penggalan definisi yang supaya tidak hilang, nah yang tidak hilang itulah prinsip hukum islam dalam kegiatan perbankan. Praktek selama ini bahwa prinsip hukum islam dalam perbankan itu berdasarkan fatwa. Jadi fatwa lembaga yang berwenang selama ini adalah melalui Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama itu menjadi dasar untuk membuat peraturan termasuk Peraturan Bank Indonesia, jadi dia hanya dasar saja, jadi fatwa itu sendiri tidak merupakan jenis peraturan perundang-undangan karena peraturan perundang-undangan kita sudah jelas mulai dari Undang-Undang Dasar, Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden. Jadi dia bukan jenis peraturan perundang-undangan tetapi dia bisa menjadi dasar untuk diserap nanti didalam peraturan perundang-undangan. Terima kasih pak. (hal. 47-48)

Anggota F-PDIP (Drs. Tukidjo, MM)

Pimpinan, terima kasih atas penjelasan tadi, kalau memang itu fatwa tidak merupakan dasar hukum berarti harus masuk dalam Undang-Undang tetapi bisa menjadi dasar sebagai argumen. Oleh sebab itu jalan keluarnya saya pikir usulan Pak Anggito tadi sudah cukup bagus Undang-Undang Syariah tadi yang menyebutkan tadi dimasukkan kesini tanpa menyebutkan fatwa soalnya nanti masalah ini aplikasinya nanti menggunakan fatwa MUI dan sebagainya tetapi tidak perlu dimasukkan didalam Undang-Undang. Ini prinsip bagi saya pak, bagi Fraksi PDIP sehingga syariahnya tetap melaksanakan dengan hukum Islam tetapi disatu sisi lain itu tidak akan memberikan peluang kepada fatwa-fatwa yang istilahnya fatwa yang kurang pas sesuai dengan Undang-Undang Dasar kita dan Dasar Negara kita. Saya

setuju saja, jadi ini usulan yang dari Pak Anggito tadi bisa diadopsi untuk mengeliminir itu. (hal. 48)

Kepala Badan Kebijakan Fiskal

Ksmi tidak ada masalah dengan mengadopsi semuanya, hanya sekarang substansi yang kedua yang kita bicarakan adalah mengenai fatwa, jadi definisi ketentuan umum dengan mengadopsi seluruh ketentuan No. 13 kami tidak ada masalah. Sekarang begini saja, jadi memang kita observasi dari 2 hal yang satu mengenai prakteknya saja sekarang, saya minta komentar dari Bank Indonesia selama ini bagaimana operasinya, fatwa itu sudah ada 70-an fatwa yang keluar dan itu praktek yang sudah berjalan selama ini, jika itu baik mengapa tidak kita masukan dalam substansi undang-undang saja jika itu memang baik, jadi saya kira supaya lebih objektif saya undang Bapak Ramsi untuk menyampaikan sebagai narasumber untuk menyampaikan bagaimana praktek khususnya dalam fatwa sebagai dasar kebijakan pengawasan di Bank Indonesia.(hal. 53)

C. Risalah Rapat Panitia Kerja (Panja) RUU Inisiatif Tentang Perbankan Syariah Komisi XI DPR RI (Sabtu, 28 Maret 2008)

Ketua Rapat

Oke, kita masuk di Timus ini, yah baik sudah selesai ini, kita kembali ke diskusi sejak awal mengenai Dewan Syariah Nasional dalam kaitannya dengan Komite Perbankan Syariah, sudah ada bahannya pak Anggito. (hal. 635)

Kepala Badan Kebijakan Fiskal (Anggito Abimanyu)

Ini langsung diketik saja pak ketua, sudah ada bahannya. Mungkin masuk ke DIM 156 dulu. Alternatifnya Prinsip Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat 1, ditetapkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam menetapkan fatwa di bidang syariah yang dibentuk oleh Majelis Ulama Indonesia, ini dulu pak ketua mengenai lembaga yang menetapkan fatwa dulu pak ketua nanti baru setelah ini adalah mengenai bagaimana menterjemahkan fatwa ini menjadi Pembentukan Komite tadi. (hal. 636)

Ketua Rapat

Lembaga fatwa itu selama ini diorganisir bernama Dewan Syariah nasional itu pak yah, kalau langsung saja MUI tidak usah pakai lembaga fatwa bagaimana. (hal. 636)

Dirjen Bimas Islam (Prof. Nasaruddin Umar)

Jadi begini pak kalau menyebut Dewan Syariah Nasional disini kita tahu bahwa Dewan Syariah Nasional ini adalah produk Majelis Ulama sementara eksistensi Majelis Ulama itu sendiri didalam Hukum Tata Negara itu ada yang mempersoalkan. Nah sementara produknya lagi yang namanya BSN ini itu lebih rendah lagi tergugatnya dibanding dengan Majelis Ulama. Nah terus ini dirujuk oleh Undang-Undang kita. Yah bayangan saya misalnya kalau terjadi perubahan setiap lima tahun Majelis ulama ini melakukan Muhtamah Area, jadi kita rubah namanya bukan lagi Dewan Syariah Nasional mungkin ada badan atau apa maka taruhannya adalah redaksi Undang-Undang kita ini. Nah jadi saya kira kita membuat satu redaksi yang bisa supel. Jadi saya kira ini salah satu alternatif yang sangat bagus dimana alternatif yang lain. Prinsip syariah sebagaimana dimaksudkan ayat 1 ditetapkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa dibidang syariah yang dibentuk oleh Majelis Ulama. Itu salah satu alternatif yah tetapi kalau langsung ke Majelis Ulama itu sendiri, Majelis Ulama itu kan juga punya satu struktur yang namanya Majelis Fatwa. Jadi Ketua Komisi Fatwa ini, nah apakah itu yang kita akomodir memang sudah kuat strukturnya atau Dewan Syariah Nasional itu yang kita akui disini yang belum terlalu kuat. Jadi saya kira apa yang diusulkan tadi pimpinan itu saya kira sudah bagus untuk kita pertimbangkan apakah langsung atau seperti ini redaksinya: Penetapan fatwa di bidang syariah dibentuk oleh Majelis Ulama. (hal. 636-637)

Ketua Rapat

Maksudnya kalau langsung itu soal Majelis Ulama membuat itu mekanisme intern, rumusan dalam negeri. Kita tidak usah mendikte harus membuat lembaga fatwa atau apa begitu kan, kalau ini kan sepertinya kita memerintahkan Majelis Ulama membuat lembaga fatwa. Jadi urusan nanti Majelis Ulama meminta ormas atau meminta itu urusan Majelis Ulama bisa saja kan fatwa tertentu Majelis Ulama meminta Muhammadiyah, fatwa tertentu NU, fatwa tertentu meminta yang lain. (hal. 637)

DIRJEN

Memang yang eksis sekarang ini memang ada suatu dewan yang disebut Dewan Syariah Nasional yang disebut Dewan Syariah Nasional yang

dibentuk Majelis Ulama dan berbagai fungsi khususnya untuk memberikan fatwa terhadap produk-produk syariah dari yang selama ini menetapkan fatwa itu karena ada beredar satu lagi di Majelis Ulama itu ada komisi fatwa. Nah komisi fatwa ini secara umum tetapi terkait dengan fatwa-fatwa di bidang ekonomi syariah itu hanya dilakukan oleh Dewan Syariah Nasional itu, jadi kalau nanti difatwakan saja maka ini konotasinya nanti oleh Komisi Fatwa yang secara umum itu. (hal. 637)

KETUA RAPAT

Yah terserah MUI saja, maksud kita tidak ingin menyebut Dewan Syariah Nasional itu di Undang-Undang ini lalu dia menjadi lembaga sendiri. MUI mau membuat fatwa itu menggunakan mekanisme apa atau membuat lembaga apa. (hal. 637)

ANGGOTA F-PKS (ANDI RAHMAT)

Pimpinan ayat nomor dua ini sudah membuat MUI itu disebutkan secara formal oleh Undang-Undang ini sebagai satu otoritas, soal bagaimana nanti bentuknya mau pakai BSN terserah MUI tetapi kenyataannya kan tidak mungkin meminta fatwa pak nanti Deaan Syariah Nasional yang akan lakukan. (hal. 637)

DIRJEN BIMAS ILAM (PROF. NASARUDDIN UMAR)

Karena begini pak memang di mekanisme Majelis Ulama itu yang saya tahu bahwa dalam urusan jaminan produk halal itu MUI membentuk apa yang disebut dengan LP BOM dalam Urusan Perbankan Syariah MUI membentuk suatu lembaga yang disebut dengan Dewan Syariah Nasional, masalah-masalah keagamaan yang lain MUI membentuk Fatwa Majelis Ulama.

Nah saya kira tidak bertentangan dengan apa yang kita kehendaki disini dengan redaksi ini tetapi memungkinkan tidak nanti redaksi yang paling bawah itu diinterpretasi oleh para pihak dengan interpretasi lain tidak seperti yang kita pahami. Ini tidak kuat, jadi Dewan Syariah Nasional yang punya fatwa yang diundang-undangnya itu adalah Majelis Ulama, lain Dewan Syariah Nasional, lain Majelis Ulama. Nah tetapi kalau kita bisa memegang penjelasan bahwa yang dimaksudkan disini adalah Majelis Ulama toh tekniknya seperti apa, seperti yang disebutkan pimpinan tadi mungkin baru bisa *clear*. (hal. 638)

KEPALA BADAN KEBIJAKAN FISKAL (ANGGITO ABIMANYU)

Kalau begitu yang alternatif satu dibuang saja pak ketua, tinggal sekarang alternatif dua dan tiga. Saya teruskan dengan usulan ayat ketiga yah, ini substansinya begini: Dalam rangka menjabarkan lebih lanjut fatwa syariah sebagaimana dimaksud dalam. Fatwa syariah sebagaimana dimaksud ayat dua, Bank Indonesia membentuk komite perbankan syariah. Ini alternatif pertama artinya wajib untuk membentuk perbankan syariah. Ini pak ketua substansinya dulu lah kira-kira jadi untuk menjabarkan operasionalisasi atau pelaksanaan dari fatwa tersebut, Bank Indonesia membentuk Komite Perbankan Syariah. Ketentuan lebih lanjut mengenai tata cara pembentukan dan tugas Komite Perbankan Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (3) diatur dalam Peraturan Bank Indonesia. Ini pak ketua kira-kira sambungannya langsung masuk ke Komite Perbankan Syariah. (hal. 639-640)

KETUA RAPAT

Baik, ayat 3 ini kan dimaksudkan untuk mengoperasionalkan fatwa kan begitu, kata menjabarkan itu operasional tidak. Bukan maksudnya itu fatwanya sudah kongkrit, sudah pasti, final kalau menjabarkan itu dianggap jangan-jangan Bank Indonesia nanti. Di ayat 2 ini pesannya membuat komite yah. Silahkan bapak-bapak. (hal. 640)

ANGGOTA F-PKS (ANDI RAHMAT)

Pasal duanya sudah benar yang seperti itu lalu kemudian ini kita masukan dengan nomor ayat 157 usulan pemerintah. Justru itu yang perlu kita masukan ke ayat 3 lalu 4-nya itu ada Komite Perbankan Syariah karena harus ada urutan persoalan. Jadi fatwa masuk itu supaya fatwa itu berlaku ditetapkan jadi Peraturan Bank Indonesia untuk membuat PBI itu menjadi PBI dibentuk Komite Perbankan Syariah. Komite Perbankan Syariah ini bagaimana nanti aturannya diatur dengan peraturan Bank Indonesia, jadi begitu urutannya pimpinan, jangan missing, Jadi kalau dibaca langsung begini Prinsip Syariah sebagaimana dimaksud oleh Majelis Ulama. Ketiga, dalam rangka menjabarkan lebih lanjut, menjabarkan lebih lanjut itu kan ada interpretasi lagi terhadap fatwa ini, ini bahaya menurut saya, jadi kita taruh saja DIM No 3 ini Fatwa sebagaimana yang dimaksud pada ayat dua dituangkan oleh Bank Indonesia kedalam Peraturan Bank Indonesia wajib

dipatuhi oleh Bank Syariah dan Unit Syariah baru masuk ke DIM ini. Dalam rangka menuangkan atau apa istilahnya. (hal 640-641)

KEPALA BADAN KEBIJAKAN FISKAL (ANGGITO ABIMANYU)

Yah kan fatwanya dituangkan dalam PBI dulu begitu yah. (hal 641)

KETUA RAPAT

Yah kan kita menyepakati begini, fatwa itu kan belum operasional yah, belum menjadi hukum positif perbankan kan begitu. Untuk menjadi hukum positif perbankan syariah kan dia di. (hal. 641).

KEPALA BADAN KEBIJAKAN FISKAL (ANGGITO ABIMANYU)

Fatwa sebagaimana dimaksud dalam ayat dua dituangkan oleh Bank Indonesia kedalam Peraturan Bank Indonesia yang wajib dipatuhi oleh. (hal 641)

KETUA RAPAT

Fatwa syariah sebagaimana dimaksud pada ayat dua dituangkan dalam peraturan Bank Indonesia yang wajib dipatuhi oleh Bank Syariah dan Unit Usaha Syariah.

Terus yang ketiga ini, dalam rangka. Nah mungkin komite perbankan syariahnya itu penjelasan dari Peraturan Bank Indonesia itu. Jadi kan Bank Indonesia menjalankan fatwa itu membuat Peraturan Bank Indonesia, nah dalam rangka menjalankan Peraturan Bank Indonesia itu ada Komite Perbankan Syariah. (hal 641)

D. Risalah Rapat Tim Perumus/Tim Sinkronisasi Panitia Kerja (PANJA) RUU Inisiatif Tentang Perbankan Syariah Komisi XI DPR RI (Sabtu, 5 April 2008)

Anggota F-PG (IR Ahmad Hafiz Zawawi, M.SC)

Akan tetapi jika mau kita lihat di DIM yang sebelumnya, pada waktu itu kita mulai diskusi dari soal difatwakan oleh MUI. Fatwa sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dituangkan dalam Peraturan Bank Indonesia. Dalam rangka penyusunan Peraturan Bank Indonesia sebagaimana dimaksud pada ayat (3) Bank Indonesia membentuk Komite Perbankan Syariah, artinya ini perintah pada Bank Indonesia kemudian ketentuan mengenai tata cara pembentukan keanggotaan tugas Komite Perbankan Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (4) diatur dengan Peraturan Bank Indonesia. Seingat saya diskusi kita banyak pada waktu malah apa yang disebutkan Bapak

Yusuf bahwa ada ayat sendiri untuk mengatur, tetapi persoalannya karena ini merupakan perintah kepada Bank Indonesia maka kita berikan kepada Bank Indonesia cukup diatur dalam Peraturan Bank Indonesia saja, tetapi yang tidak boleh dilupakan adalah memasukan unsur-unsur itu.

III. PETITUM DPR

Bahwa berdasarkan keterangan tersebut di atas, DPR memohon agar kiranya, Yang Mulia Majelis Hakim Konstitusi memberikan amar putusan sebagai berikut:

1. Menyatakan bahwa Pemohon tidak mempunyai kedudukan hukum (*legal standing*) sehingga permohonan *a quo* harus dinyatakan tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk verklaard*);
2. Menolak permohonan Pemohon untuk seluruhnya;
3. Menerima keterangan DPR secara keseluruhan;
4. Menyatakan Pasal 1 angka 12, dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (Lembaran Negara Nomor 94 Tahun 2008, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4867) tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan tetap memiliki kekuatan hukum mengikat.
5. Memerintahkan pemuatan putusan ini dalam Berita negara republik Indonesia sebagaimana mestinya.

Apabila Yang Mulia Ketua Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi berpendapat lain, mohon putusan yang seadil-adilnya (*ex aequo et bono*).

Demikian keterangan dari DPR disampaikan sebagai bahan pertimbangan bagi Yang Mulia Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi untuk mengambil keputusan.

[2.4] Menimbang bahwa terhadap permohonan Pemohon, Presiden menyampaikan keterangan dalam persidangan secara daring pada 16 Maret 2022 dan menyerahkan keterangan tertulis yang diterima Mahkamah pada 14 Maret 2022 yang pada pokoknya mengemukakan hal-hal sebagai berikut:

I. POKOK PERMOHONAN PEMOHON

Dalam permohonannya, menurut Pemohon, UU Perbankan Syariah memberikan keraguan apakah transaksi Perbankan Syariah sesungguhnya telah memiliki kepastian hukum karena memperbolehkan 2 (dua) lembaga yang berbeda, dhi.

Majelis Ulama Indonesia (MUI) dan Otoritas Jasa Keuangan (OJK), untuk mengatur prinsip-prinsip syariah yang seharusnya diatur dalam Undang-Undang. Ketidakpastian hukum ini membuat disharmoni pengaturan Perbankan Syariah yang membuat kerugian konstitusional bagi Pemohon. Secara khusus Pemohon mengaitkan dalilnya dengan hak kepemilikan hak kebendaan atas tanah (sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (UUPA) yang dinilai tidak sesuai dengan prinsip syariah yang seharusnya diatur dalam UU Perbankan Syariah.

II. KEWENANGAN MAHKAMAH KONSTITUSI

1. Bahwa Mahkamah Konstitusi sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman, mempunyai peranan penting dalam usaha menegakkan konstitusi dan prinsip Negara hukum sesuai dengan tugas dan wewenangnya sebagaimana ditentukan dalam UUD 1945. Dalam Pasal 10 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 (selanjutnya disebut UU Mahkamah Konstitusi) dan Pasal 29 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (selanjutnya disebut UU Kekuasaan Kehakiman), mengatur sebagai berikut:
 - (1) *Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk:*
 - a. *menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;*
2. Bahwa di dalam Permohonannya, Sdr. Rega Felix *in casu* Pemohon mendalilkan adanya kerugian konstitusional yang dialami Pemohon dengan diberlakukannya Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2) dan ayat (3) UU Perbankan Syariah, karena terhadap pasal tersebut memberikan “delegasi blangko” kepada MUI maupun Bank Indonesia (BI)/OJK, sehingga terjadi disharmoni pengaturan perbankan syariah yang menyebabkan ketidakpastian hukum. Ketidakjelasan aturan delegasi dan adanya dualisme kewenangan dalam UU Perbankan Syariah yang dapat menimbulkan keraguan, apakah transaksi perbankan syariah yang dilakukan Pemohon sesungguhnya telah memiliki kepastian hukum atau justru tidak dapat memberikan keadilan kepada Pemohon.

3. Bahwa menurut dalil Pemohon, UU Perbankan Syariah secara umum hanya mengatur kelembagaan perbankan syariah, sehingga detail prinsip syariah yang semestinya diatur dalam tingkat Undang-Undang tidak diatur di dalam UU Perbankan Syariah, melainkan melalui Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU Perbankan Syariah didelegasikan kepada MUI untuk ditetapkan dalam fatwa yang kemudian dituangkan dalam Peraturan Bank Indonesia (PBI) (menjadi Peraturan Otoritas Jasa Keuangan (POJK setelah berlakunya Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2011 tentang otoritas Jasa Keuangan (UU OJK).
4. Bahwa apabila kita cermati dalil-dalil Pemohon pada Permohonannya, permasalahan yang didalilkan Pemohon adalah lebih terkait dengan permasalahan implementasi UU Perbankan Syariah. Pemohon mempermasalahkan seolah-olah ada dua kewenangan yang mengatur prinsip syariah sehingga menimbulkan ketidakpastian hukum. Faktanya justru yang **dituangkan** (bukan secara substansi diatur) dalam POJK adalah isi fatwa MUI. Artinya pemegang kewenangan pengaturan prinsip syariah sudah tepat diwakili oleh MUI. Menyerahkan pengaturan prinsip syariah kepada BI/OJK justru menyalahi pemberian kewenangan mengatur prinsip syariah kepada lembaga yang bukan berwenang. Hal tersebut dibuktikan dengan dalil Pemohon yang menyatakan *“karena multitafsir, maka OJK melalui Pasal 18 POJK Nomor 24/POJK.03/2015 menunjuk kembali yang dimaksud dengan sesuai prinsip syariah adalah sesuai dengan fatwa MUI. Namun, akibat penafsiran yang ambigu menjadikan seolah OJK mempunyai celah untuk tidak mengatur dalam POJK melainkan mengatur melalui beleidsregel dalam lingkup pengaturan yang luas bahkan mengatur materi muatan UU”*.
Konstruksi yang dibangun Pemohon dalam dalilnya tersebut justru menginginkan semua pengaturan prinsip syariah diatur dalam UU. Sedangkan transaksi perbankan yang bersifat syariah merupakan hal-hal teknis yang bersifat dinamis bukan ranah UU. Menempatkan hal-hal teknis dalam UU tidak hanya tidak sejalan dengan prinsip pembentukan UU sebagaimana diatur dalam UU 12 Tahun 2011, tetapi juga mengikat terhadap kedinamisan transaksi Perbankan Syariah yang berkembang di lapangan. Dengan demikian, dikarenakan yang dipersoalkan oleh Pemohon pada dasarnya mengenai substansi dari POJK, sehingga permasalahan tersebut

merupakan permasalahan implementasi teknis perbankan yang sifat syariahnya ditentukan oleh MUI dan dituangkan dalam aturan positif oleh BI/OJK, maka permohonan Pemohon *a quo* bukan merupakan kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk melakukan pengujian konstiusionalitas.

5. Selain itu, Permohonan Pemohon pada prinsipnya juga mempersoalkan atau mempertentangkan ketentuan pada peraturan teknis mengenai Produk Aktivitas Bank Umum Syariah dan Unit Usaha Syariah yang ditentukan dalam Surat Edaran Otoritas Jasa Keuangan (SEOJK), Peraturan Mahkamah Agung Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (PERMA KHES) dan Fatwa DSN-MUI terhadap UU Perbankan Syariah dan peraturan pelaksanaannya. Hal tersebut juga bukan merupakan kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk menilainya.
6. Oleh karena itu, sudah sepatutnya permohonan uji materiil ketentuan Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2) dan ayat (3) UU Perbankan Syariah tersebut tidak dapat diajukan pengujian materiil di Mahkamah Konstitusi dan atasnya patut untuk dinyatakan tidak dapat diterima (*niet ontvenkelijke verklaard*).

III. KEDUDUKAN HUKUM (*LEGAL STANDING*) PARA PEMOHON

1. Dalam Surat Permohonannya, disebutkan bahwa Pemohon bertindak atas nama diri sendiri yang berprofesi sebagai Advokat sekaligus Nasabah Bank Syariah, sebagaimana permohonan Pemohon "*karena mempertimbangkan profesi Pemohon sebagai advokat untuk memberikan jasa hukum maka memiliki hak untuk menggunakan berbagai macam moda produk perbankan Syariah yang sesuai dengan kebutuhan Pemohon dan memiliki landasan hukum yang kuat, namun sayangnya pengaturan perbankan Syariah bersifat tidak jelas karena tersebar di berbagai macam bentuk produk hukum dan saling bertentangan antara produk hukum yang satu dengan yang lainnya sehingga menimbulkan keraguan bagi Pemohon*" (vide angka 2.7 Perbaikan Permohonan).
2. Bahwa sesuai ketentuan Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut sebagai "UU MK"), disebutkan bahwa "*Pemohon adalah pihak yang*

menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya Undang-Undang, yang meliputi:

- a. *Perorangan Warga Negara Indonesia;*
 - b. *Kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam Undang-Undang;*
 - c. *Badan hukum publik atau privat; atau*
 - d. *Lembaga Negara.*
3. Bahwa berdasarkan ketentuan tersebut, agar Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) untuk mengajukan suatu permohonan uji materiil Undang-Undang terhadap UUD 1945, maka harus dibuktikan bahwa:
 - 1) Pemohon memenuhi kualifikasi untuk mengajukan permohonan sesuai dengan ketentuan Pasal 51 ayat (1) UU MK; dan
 - 2) Hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon dirugikan akibat berlakunya Undang-Undang yang diuji.
 4. Bahwa Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 006/PUU-III/2005 dan Putusan Nomor 010/PUU-III/2005 telah berpendapat bahwa kerugian konstitusional yang timbul karena berlakunya suatu Undang-Undang menurut Pasal 51 ayat (1) UU MK harus memenuhi 5 (lima) syarat kumulatif, yaitu:
 - 1) Adanya hak konstitusional Pemohon yang diberikan oleh UUD 1945;
 - 2) Adanya hak konstitusional Pemohon tersebut dianggap oleh Pemohon telah dirugikan oleh suatu Undang-Undang yang diuji;
 - 3) Kerugian konstitusional Pemohon yang dimaksud bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya-tidaknya bersifat potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;
 - 4) Adanya hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian dan berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan untuk diuji; dan
 - 5) Adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan maka kerugian konstitusional yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi.
 5. Berdasarkan uraian tersebut di atas, maka terhadap kedudukan hukum (*legal standing*) Pemohon tersebut, Pemerintah berpendapat bahwa terkait dalil Pemohon dalam permohonan *a quo* yang mendalilkan adanya hak konstitusional Pemohon yang dianggap oleh Pemohon telah dirugikan/dilanggar dengan berlakunya ketentuan Pasal 1 angka 12 dan

Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU Perbankan Syariah, adalah menjadi tidak relevan dan berdasar hukum sama sekali, karena di dalam permohonannya Pemohon tidak dapat menunjukkan kerugian konstitusional apa yang dialami oleh Pemohon yang bersifat spesifik (khusus) dan *actual*.

6. Selain itu, Pemohon tidak menjelaskan secara lebih terperinci mengenai argumentasi yang eksplisit dan cukup terang terkait dengan kondisi konkrit hubungan sebab-akibat (*causal verband*) antara kerugian Pemohon dengan berlakunya undang-undang yang diuji, melainkan hanya secara minimalis dalam angka 2.6 halaman 4 Perbaikan Permohonannya menyatakan dalam hal "*UU Perbankan Syariah sudah dapat memberikan dasar pengaturan yang jelas yang dapat memberikan kepastian hukum yang adil maka Pemohon mengajukan fasilitas pembiayaan ke bank Syariah berdasarkan Akad Murabahah*".
7. Lebih lanjut, menurut Pemohon dalam angka 2.9 Perbaikan Permohonan menyatakan "*Pemohon menyadari salah satu penyebab kerugian konstitusional Pemohon adalah kekakuan dalam UUPA. Namun, ketika suatu UU dipahami sebagai suatu sistem yang saling berkaitan, ... sehingga penyebab kerugian konstitusional Pemohon juga bersumber dari UU Perbankan Syariah yang mengatur tidak secara jelas.*"
8. Dengan demikian Pemohon dalam Perbaikan Permohonannya tidak mampu menguraikan alasan-alasan valid mengenai ada tidaknya kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional yang diberikan UUD 1945 yang diakibatkan oleh berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian (Undang-Undang Perbankan Syariah), melainkan langsung melompat pada kesimpulan akan "*mengajukan fasilitas pembiayaan ke bank Syariah berdasarkan Akad Murabahah*".
9. Tidak mampunya Pemohon menjelaskan argumentasi kerugian konstitusionalitas pasal-pasal yang diuji berarti juga memperlihatkan Pemohon hanya semata-mata memperlakukan penerapan norma (*implementasi*) dan tidak terkait dengan konstitusionalitas norma yang dimohonkan untuk diuji.
10. Bahwa atas kedudukan hukum (*legal standing*) Pemohon tersebut, Pemerintah berpendapat dalil kerugian yang dikemukakan sangat kabur dan cenderung memaksakan bahwa kerugian tersebut disebabkan oleh Pasal 1

angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU Perbankan Syariah yang diuji Pemohon tersebut.

11. Bahwa dikarenakan kerugian konstitusional itu harus dinilai secara kumulatif, maka tidak terpenuhinya salah satu syarat kerugian berarti pemohon tidak memiliki kedudukan hukum untuk mengajukan permohonan *a quo*.
12. Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, maka menurut Pemerintah, Pemohon tidak memenuhi kualifikasi sebagai pihak yang memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) untuk mengajukan permohonan *a quo* di hadapan Mahkamah Konstitusi, sehingga sangatlah berdasarkan hukum apabila Yang Mulia Ketua/Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi yang memeriksa dan mengadili permohonan *a quo* secara bijaksana **menyatakan Permohonan Pemohon tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk verklaard*)**.
13. Namun demikian, Pemerintah menyerahkan sepenuhnya kepada Yang Mulia Ketua/Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi untuk mempertimbangkan dan menilainya apakah Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) atau tidak dalam permohonan Pengujian Undang-Undang *a quo*, sebagaimana yang ditentukan dalam Pasal 51 ayat (1) UU MK maupun putusan-putusan Mahkamah Konstitusi terdahulu.

IV. KETERANGAN PRESIDEN ATAS DALIL PEMOHON DALAM PERMOHONAN YANG DIMOHONKAN UNTUK DIUJI MENGENAI HAK KONSTITUSIONAL PEMOHON YANG DIRUGIKAN DENGAN BERLAKUNYA PASAL 1 ANGKA 12 DAN PASAL 26 AYAT (1), AYAT (2) DAN AYAT (3) UU PERBANKAN SYARIAH

Sebelum Pemerintah menyampaikan keterangan terkait norma materi yang dimohonkan untuk diuji oleh Pemohon, terlebih dahulu Pemerintah akan menyampaikan landasan filosofis terkait dengan UU Perbankan Syariah sebagai berikut:

1. Pembangunan nasional yang dilaksanakan selama ini merupakan upaya pembangunan yang berkesinambungan dalam rangka mewujudkan masyarakat yang adil dan makmur berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945. Guna mencapai tujuan tersebut, pelaksanaan pembangunan harus senantiasa memperhatikan keserasian, keselarasan, dan keseimbangan berbagai unsur pembangunan, termasuk di bidang ekonomi dan keuangan.
2. Bahwa untuk mencapai cita-cita Negara Republik Indonesia menjadi negara yang adil dan makmur serta mensejahterakan kehidupan bangsa dibutuhkan

suatu sistem perekonomian nasional yang mampu tumbuh dengan stabil dan berkelanjutan. Mengingat pentingnya hal tersebut maka dalam Pasal 33 UUD 1945 telah diatur prinsip-prinsip dasar pengelolaan perekonomian nasional.

3. Pasal 33 ayat (5) UUD 1945 selanjutnya memberikan amanat kepada pembentuk undang-undang untuk mengatur pelaksanaan Pasal *a quo* dalam Undang-Undang. Dengan demikian dalam rangka mewujudkan amanat konstitusi tersebut maka telah diterbitkan peraturan perundang-undangan mengenai pengelolaan perekonomian nasional berdasarkan prinsip-prinsip dasar sebagaimana tertuang dalam Pasal 33 UUD 1945, yang salah satunya adalah UU Perbankan Syariah.
4. Upaya membuat pengaturan Perbankan Syariah didasarkan pula atas landasan yang kuat, sejalan dengan isi Pasal 29 UUD 1945 yang menetapkan bahwa Negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa dan negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu. Hal tersebut menegaskan bahwa kepercayaan bangsa Indonesia terhadap Tuhan Yang Maha Esa yang mengandung arti bahwa setiap perilaku umat beragama, termasuk umat Islam dalam melakukan interaksi sosial (*muamalah*) harus dijiwai oleh nilai-nilai agamanya.
5. Dengan berpijak pada Pasal 29 UUD 1945 *juncto* Pasal 33 UUD 1945 tersebut, dibentuklah UU Perbankan Syariah agar menjadi landasan hukum kegiatan perbankan yang dilakukan secara Syariah, dimana setiap warga negara berhak memeluk agama dan kepercayaannya masing-masing, termasuk bagi umat Islam dalam menjalankan kegiatan dalam bidang ekonomi yang didasarkan pada hukum agama Islam (Syariah). Prinsip syariah itu sendiri diartikan sebagai prinsip hukum Islam dalam kegiatan perbankan berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah.
6. UU Perbankan Syariah disahkan sebagai salah satu bentuk penggalan potensi dan wujud kontribusi masyarakat dalam perekonomian nasional melalui pengembangan sistem ekonomi berdasarkan nilai Islam (syariah) dengan mengangkat prinsip-prinsipnya ke dalam sistem hukum nasional. Selain itu, urgensi disahkannya UU Perbankan Syariah karena landasan hukum yang digunakan sebelumnya, yaitu UU Perbankan, dianggap belum spesifik dan

kurang mengakomodasi karakteristik operasional Perbankan Syariah, dimana, di sisi lain pertumbuhan dan volume usaha bank syariah berkembang cukup pesat.

TANGGAPAN PEMERINTAH ATAS PERMOHONAN UJI MATERIIL PASAL 1 ANGKA 12, PASAL 26 Ayat (1), (2), dan (3) UNDANG-UNDANG No. 21 TAHUN 2008 TENTANG PERBANKAN SYARIAH.

Sehubungan dengan dalil-dalil Pemohon dalam permohonannya terkait Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), (2), dan (3) UU Perbankan Syariah yang diuji Pemohon tersebut yang berbunyi:

Pasal 1 angka 12 UU Perbankan Syariah

“Prinsip Syariah adalah prinsip hukum Islam dalam kegiatan perbankan berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah.”

Pasal 26 ayat (1) UU Perbankan Syariah

“Kegiatan usaha sebagaimana dimaksud dalam Pasal 19, Pasal 20, dan Pasal 21 dan/atau produk dan jasa syariah, wajib tunduk kepada Prinsip Syariah.”

Pasal 26 ayat (2) UU Perbankan Syariah

“Prinsip Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) difatwakan oleh Majelis Ulama Indonesia.”

Pasal 26 ayat (3)

“Fatwa sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dituangkan dalam Peraturan Bank Indonesia.”

dinyatakan bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28H ayat (2), Pasal 28H ayat (4), dan Pasal 28I ayat (5) UUD 1945 yang menyatakan:

Pasal 1 ayat 3 UUD 1945:

“Negara Indonesia adalah Negara Hukum.”

Pasal 28D ayat (1) UUD 1945:

“Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum.”

Pasal 28H ayat (2) UUD 1945:

“Setiap orang berhak mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan dan keadilan.”

Pasal 28H ayat (4) UUD 1945:

“Setiap orang berhak mempunyai hak milik pribadi dan hak milik tersebut tidak boleh diambil alih secara sewenang-wenang oleh siapapun.”

Pasal 28I ayat (5) UUD 1945:

“Untuk menegakkan dan melindungi hak asasi manusia sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis, maka pelaksanaan hak asasi manusia dijamin, diatur, dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan.”

terhadap permohonan tersebut Pemerintah akan menyampaikan tanggapan sebagai berikut:

A. KEDUDUKAN MUI DAN FATWA DEWAN SYARIAH NASIONAL – MAJELIS ULAMA INDONESIA (DSN-MUI) DALAM SISTEM HUKUM INDONESIA

1. KEDUDUKAN KELEMBAGAAN MUI DALAM KETATANEGARAAN INDONESIA

Majelis Ulama Indonesia disingkat dengan MUI merupakan lembaga swadaya masyarakat yang mewadahi para ulama, *zu'ama*, dan cendekiawan Islam di Indonesia untuk membimbing, membina dan mengayomi kaum muslimin di seluruh Indonesia. MUI bisa dikatakan sebagai organisasi *independent* yang tidak berafiliasi dengan partai politik, mazhab atau aliran keagamaan Islam yang ada di Indonesia. Tugas utama MUI sebagaimana termaktub dalam pedoman dasarnya menyebutkan bahwa majelis ini diharapkan melaksanakan peran dan tugasnya dalam pemberian fatwa dan nasihat, baik kepada Pemerintah maupun kepada masyarakat berkaitan dengan persoalan agama khususnya dan persoalan yang berkaitan yang dihadapi negara pada umumnya.

Melalui web resmi MUI, diketahui bahwa MUI merupakan sebagai wadah musyawarah para ulama, *zu'ama* dan cendekiawan muslim berusaha untuk:

- a. Memberikan bimbingan dan tuntunan kepada umat Islam Indonesia dalam mewujudkan kehidupan beragama dan bermasyarakat yang diridhoi Allah *Subhanahu wa Ta'ala*;
- b. Memberikan nasihat dan fatwa mengenai masalah keagamaan dan kemasyarakatan kepada Pemerintah dan masyarakat, meningkatkan kegiatan bagi terwujudnya *ukhuwah Islamiyah* dan kerukunan antar-umat beragama dalam memantapkan persatuan dan kesatuan bangsa;
- c. Menjadi penghubung antara ulama dan *umaro* (Pemerintah) dan penterjemah timbal balik antara umat dan Pemerintah guna mensukseskan pembangunan nasional, serta;

- d. Meningkatkan hubungan serta kerjasama antar organisasi, Lembaga Islam dan cendekiawan muslimin dalam memberikan bimbingan dan tuntunan kepada masyarakat khususnya umat Islam dengan mengadakan konsultasi dan informasi secara timbal balik.

Lebih lanjut dijelaskan dalam khithah pengabdian MUI telah dirumuskan lima fungsi dan peran utama MUI, yaitu:

- a. Sebagai pewaris tugas-tugas para nabi (*warasatul anbiya*);
- b. Sebagai pemberi fatwa (*mufti*);
- c. Sebagai pembimbing dan pelayan umat (*Riwayat wa khadim al ummah*);
- d. Sebagai gerakan *Islah wa al Tajdid*;
- e. Sebagai penegak *amar ma'ruf nahi munkar*.

Dalam hal yang demikian, maka posisi MUI jika ditinjau secara kelembagaan negara berada pada ranah infrastruktur politik. Infrastruktur lebih berada di ruang-ruang pemberdayaan masyarakat sehingga *action*-nya hanya dapat dilihat dengan cara mendalami masyarakat tersebut, sebab MUI adalah organisasi alim ulama umat Islam yang mempunyai tugas dan fungsi untuk pemberdayaan masyarakat/umat Islam.

Hal ini sejalan dengan pendapat Ainun Najib dalam Jurnal yang berjudul Fatwa Majelis Ulama Indonesia Dalam Perspektif Pembangunan Hukum Responsif, kedudukan MUI dalam ketatanegaraan Indonesia sebenarnya adalah berada dalam elemen infrastruktur ketatanegaraan, sebab MUI adalah organisasi Alim Ulama Umat Islam yang mempunyai tugas dan fungsi untuk pemberdayaan masyarakat/umat Islam, artinya MUI adalah organisasi yang ada dalam masyarakat, bukan merupakan institusi milik negara atau merepresentasikan negara.

Meski demikian, terdapat kemungkinan kerjasama antara Pemerintah dan MUI dalam penyelenggaraan negara, khususnya disektor hukum. Hubungan ini dapat dikonfirmasi dalam Peraturan Presiden Nomor 151 tahun 2014 tentang Bantuan Pendanaan Kegiatan Majelis Ulama Indonesia (Perpres 151/2014) yang pada intinya, Perpres itu mengatur tentang adanya bantuan keuangan yang diberikan oleh Pemerintah kepada MUI melalui dana yang bersumber dari Kementerian Agama.

Menilik pada ketentuan Pasal 2 Perpres 151/2014 dijelaskan kedudukan MUI bagi Pemerintah sebagai berikut:

“MUI merupakan mitra pemerintah dalam penyelenggaraan program pembangunan pengembangan kehidupan yang Islami”.

Kedudukan sebagai mitra pemerintah ini mengartikan bahwa MUI diakui sebagai Lembaga yang mempunyai peran penting dalam bidang syariah keagamaan umat islam.

Lebih lanjut dalam konteks Pasal 26 UU Perbankan Syariah, terlihat kerjasama antara MUI dengan Pemerintah sekaligus menunjukkan peran negara sebagaimana amanat konstitusi untuk melindungi segenap warga negara dalam memeluk dan menjalankan kewajiban keagamaan dalam bidang muamalah. Peran Negara tersebut tampak dalam Pasal 26 ayat (3) UU Perbankan Syariah guna melindungi kepentingan segenap warga negara terutama bagi umat muslim yang menggunakan jasa Perbankan Syariah.

2. POSISI DSN-MUI

a. Aspek Historis

Gagasan pengembangan ekonomi dan keuangan syariah di Indonesia berawal dari inisiatif dan pro-aktif MUI bersama komponen umat Islam lainnya pada awal tahun 1990-an. Menurut Prof. Dr. KH. Ma'ruf Amin, sebagaimana disampaikan dalam Pengukuhan Guru Besar di UIN Jakarta tahun 2017, bahwa Bank Syariah pertama didirikan tahun 1991 yang merupakan tindak lanjut dari hasil lokakarya MUI pada tahun sebelumnya. Lokakarya tersebut membahas "bunga bank dan perbankan" yang diadakan di Cisarua Bogor Jawa Barat oleh MUI tanggal 22-25 Maret 1990, dan diperkuat dalam Musyawarah Nasional MUI ke-4 tanggal 4-6 Agustus 1990.

Dalam tulisan lainnya Prof. Dr. (HC) KH. Maruf Amin mengisahkan bahwa " ... dinamika tumbuh kembang ekonomi syariah di Indonesia erat terkait dengan Fatwa DSN-MUI. Ia dinilai mempunyai efek berantai (multiplier effect) dalam membangun sektor ekonomi syariah di Indonesia". Ketika Lokakarya MUI pada tanggal 22-25 Maret 1990 mengamanatkan untuk membentuk kelompok kerja guna mendirikan Bank Islam di Indonesia. Kelompok Kerja tersebut dinamakan Tim Perbankan MUI. Pada tanggal 1 November 1991, Tim ini menandatangani akta pendirian bank yang menggunakan sistem tanpa bunga pertama.

Satu tahun setelah berdirinya bank syariah pertama tersebut, lahirlah UU Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan, yang memuat aturan tentang telah

dimungkinkannya kegiatan usaha perbankan dengan menggunakan prinsip syariah yang disebut dengan istilah bagi hasil (Pasal 6 huruf m, dan Pasal 13 huruf c). Selanjutnya pada tahun yang sama Pemerintah menerbitkan Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 72 Tahun 1992 tentang Perbankan Berdasarkan Prinsip Bagi Hasil. Dalam Pasal 1 PP Nomor 72 Tahun 1992 tersebut, ditetapkan bahwa Bank berdasarkan prinsip bagi hasil wajib memiliki Dewan Pengawas Syariah (ayat 1), yang dibentuk atas dasar konsultasi dengan ulama (ayat 2), dan ulama yang dimaksud adalah MUI (penjelasan Pasal 5 ayat (2)).

Selanjutnya, 6 (enam) tahun setelahnya terhadap UU Nomor 7 Tahun 1992 dilakukan perubahan melalui UU No. 10 Tahun 1998, yang secara jelas di dalamnya mengakomodasi *dual banking system* di Indonesia, yaitu Perbankan Konvensional dan Perbankan Syariah.

Hubungan baik yang terjalin antara Bank Indonesia dan DSN-MUI telah menghasilkan banyak Peraturan Bank Indonesia (PBI) yang mengadopsi dan mengharmonisasi fatwa-fatwa DSN-MUI. Dapat dikatakan bahwa penyerapan fatwa ke dalam peraturan resmi negara telah berlangsung dengan baik di sektor perbankan. Hal yang sama juga terjadi di sektor lain, seperti sektor asuransi, pembiayaan, dan pasar modal.

Pada tahun 2003, MUI merilis fatwa tentang keharaman bunga bank, karena dinilai sama dengan riba. Efek berantai setelah dikeluarkannya fatwa tersebut segera terasakan setelahnya. Hal ini bisa dilihat dari ditetapkannya bagian khusus di lembaga regulator yang menangani masalah ekonomi syariah, baik di Bank Indonesia melalui Direktorat Perbankan Syariah yang khusus menangani Perbankan Syariah, maupun di Departemen Keuangan melalui Direktorat Pembiayaan Syariah, Bapepam-LK, Biro Asuransi Syariah, Bursa Efek Indonesia (BEI), yang kesemuanya saat ini disatupadukan di dalam Otoritas Jasa Keuangan (OJK).

Di samping itu, dalam Naskah Akademik RUU Perbankan Syariah, DPR RI (halaman 154-155) ditulis mengenai adanya tiga pendapat Parlemen yang muncul terkait lembaga yang berwenang dalam aspek syariah, yaitu:

- 1) DSN-MUI tetap sebagai bagian dari MUI:
- 2) DSN sebagai bagian dari Bank Indonesia: dan

- 3) Dibentuk Lembaga baru sebagai pemegang otoritas pedoman prinsip syariah di bawah naungan BI atau di bawah naungan OJK (setelah kelak lembaga OJK terbentuk, saat itu ide pembentukan OJK sudah ada).

Opsi kedua dan ketiga mengandung makna bahwa DSN dilepaskan dari MUI.

Adapun tanggapan Pemerintah atas pendapat parlemen tersebut yang disampaikan pada tanggal 21 Maret 2007 adalah:

“Berkenaan dengan keberadaan Dewan Syariah Nasional yang saat ini berada di bawah pembinaan dan pengawasan Majelis Ulama Indonesia, kami berpendapat bahwa sebagai suatu Lembaga independen yang berwenang mengeluarkan fatwa atas jenis-jenis kegiatan, produk dan jasa keuangan syariah serta mengawasi penerapan fatwa dimaksud oleh Lembaga keuangan syariah, maka dalam rangka tetap menjaga independensi Dewan Syariah Nasional, sudah seharusnya Dewan Syariah Nasional tetap berada di bawah Majelis Ulama Indonesia dan bukan menjadi bagian dari instansi pemerintahan tertentu.”

b. Aspek Sosiologis

Di Indonesia terdapat banyak sekali organisasi keagamaan Islam, ada kurang lebih 60 (enam puluh) organisasi kemasyarakatan keagamaan Islam yang tersebar di seluruh Indonesia. Dari jumlah itu separuh di antaranya mempunyai lembaga fatwa. Namun setiap ormas Islam mempunyai metode penyimpulan hukum (*al manhaj fi istinbath al-hukmi*) yang khas yang boleh jadi antara satu ormas Islam dengan lainnya tidak sama, sehingga berpotensi adanya perbedaan dalam menetapkan fatwa atas suatu kasus yang sama. Kondisi ini tentu saja bisa membuat kebingungan dalam masyarakat. Belum lagi jika hal ini dibawa ke ranah ekonomi syariah, boleh jadi akan membawa dampak kurang kondusif bagi dunia ekonomi dan keuangan, hal ini disebabkan oleh potensi tidak adanya kepastian hukum dalam satu kasus yang sama. Oleh karenanya, dibutuhkan adanya sebuah lembaga yang merepresentasi keberadaan ormas-ormas Islam di Indonesia yang mempunyai otoritas merumuskan fatwa. Selama ini lembaga yang merepresentasikan ormas Islam di Indonesia dan diberi kewenangan untuk mengeluarkan fatwa adalah MUI, yang di dalamnya terhimpun hampir semua komponen umat Islam di Indonesia, MUI sesungguhnya tidak di *design* sebagai *suprastruktur* dari ormas-ormas Islam yang ada di

Indonesia, akan tetapi MUI bisa dipahami sebagai sebuah wadah yang merepresentasikan umat Islam di Indonesia. Hal ini disebabkan antara lain karena pengurus MUI merupakan fungsionaris atau pimpinan ormas Islam, bahkan MUI juga mengakomodir tokoh-tokoh lain yang mempunyai kredibilitas dan kapabilitas yang tidak berasal dari ormas Islam, misalnya dari Perguruan Tinggi Islam, dari Pondok Pesantren serta dari institusi keislaman lainnya. Fatwa yang ditetapkan oleh MUI mempunyai daya terima yang baik dikalangan umat Islam Indonesia, karena ulama yang tergabung dalam komisi fatwa MUI merupakan ulama yang berasal dari hampir semua komponen umat Islam.

c. Aspek Yuridis

Bahwa kedudukan MUI menjadi lembaga fatwa untuk aspek syariah dalam kegiatan ekonomi dan bisnis syariah di Indonesia tidak hanya tertuang dalam peraturan perundang-undangan mengenai Perbankan Syariah, namun dituangkan dalam peraturan perundang-undangan lainnya, antara lain sebagai berikut:

1) UU Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas

Pasal 109 ayat (1)

“Perusahaan yang menjalankan kegiatan usahanya berdasarkan prinsip syariah selain memiliki Dewan Komisaris, wajib memiliki Dewan Pengawas Syariah”,

Pasal 109 ayat (2)

“Dewan Pengawas Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) terdiri dari seorang ahli syariah atau lebih yang diangkat oleh RUPS atas rekomendasi Majelis Ulama Indonesia”,

Pasal 109 ayat (3)

“Dewan Pengawas Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) Bertugas memberikan saran dan nasehat pada direksi serta mengawasi kegiatan perseroan agar sesuai dengan prinsip syariah”.

2) UU Nomor 19 Tahun 2008 tentang Surat Berharga Syariah Negara

Pasal 25

“Dalam rangka penerbitan SBSN, Menteri meminta fatwa atau pernyataan kesesuaian SBSN terhadap prinsip-prinsip syariah dari lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah”

Penjelasan Pasal 25

“yang dimaksud dengan lembaga yang memiliki kewenangan dalam menetapkan fatwa di bidang syariah adalah Majelis Ulama Indonesia atau lembaga lain yang ditunjuk Pemerintah”.

3) UU Nomor 1 Tahun 2013 tentang Lembaga Keuangan Mikro

Pasal 12 ayat (1)

“Penyaluran Pinjaman atau Pembiayaan dan pengelolaan Simpanan oleh LKM sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11 ayat (1) dilaksanakan secara konvensional atau berdasarkan prinsip syariah”.

Pasal 12 ayat (2)

“Kegiatan usaha berdasarkan prinsip syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) wajib dilaksanakan sesuai dengan fatwa syariah yang dikeluarkan oleh Dewan Syariah Nasional, Majelis Ulama Indonesia”.

Pasal 13 ayat (1)

“Penyaluran Pinjaman atau Pembiayaan dan pengelolaan Simpanan oleh LKM sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11 ayat (2) dilaksanakan secara konvensional atau berdasarkan prinsip syariah”.

Pasal 13 ayat (2)

“Kegiatan usaha berdasarkan prinsip syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) wajib dilaksanakan sesuai dengan fatwa syariah yang dikeluarkan oleh Dewan Syariah Nasional, Majelis Ulama Indonesia”.

4) UU Nomor 33 Tahun 2014 tentang Jaminan Produk Halal

Pasal 1 angka 10

“Sertifikat Halal adalah pengakuan kehalalan suatu Produk yang dikeluarkan oleh BPJPH berdasarkan fatwa halal tertulis yang dikeluarkan oleh MUI”.

Pasal 10 ayat (2)

“Penetapan kehalalan Produk sebagaimana dimaksud pada ayat (1) huruf b dikeluarkan MUI dalam bentuk Keputusan Penetapan Halal Produk”.

Dari beberapa peraturan perundang-undangan sebagaimana tersebut di atas, terlihat jelas MUI diberikan kewenangan untuk menentukan aspek syariah dari suatu transaksi konvensional guna membantu Pemerintah dalam upaya pengembangan ekonomi syariah antara lain melalui fatwa DSN-MUI.

3. PRINSIP SYARIAH

Prinsip syariah diartikan sebagai prinsip hukum Islam dalam kegiatan perbankan berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah.

Undang-Undang Perbankan Syariah disahkan sebagai salah satu bentuk penggalan potensi dan wujud kontribusi masyarakat dalam perekonomian nasional melalui pengembangan sistem ekonomi berdasarkan nilai Islam (Syariah) dengan mengangkat prinsip-prinsipnya ke dalam sistem hukum nasional. Selain itu, urgensi disahkannya UU Perbankan Syariah karena landasan hukum yang digunakan sebelumnya, yaitu UU Perbankan, dianggap belum spesifik dan kurang mengakomodasi karakteristik operasional Perbankan Syariah, untuk mengimbangi pertumbuhan dan volume usaha bank syariah yang berkembang cukup pesat.

Pemikiran tersebut merupakan koreksi sekaligus respon umat islam atas keberadaan Bank Konvensional yang menerapkan prinsip riba, oleh karena itu penerapan prinsip syariah merupakan hal yang penting untuk diaplikasikan. apabila hal yang demikian tidak terjadi, akan menjadi kegelisahan dikalangan umat islam untuk menjalankan ibadah muamalahnya.

UU Perbankan Syariah memiliki tujuan untuk memberikan keyakinan pada masyarakat terhadap prinsip syariah dimana kegiatan usaha yang dilakukan tidak boleh mengandung unsur:

1. Riba, yaitu penambahan pendapatan secara tidak sah (batil) antara lain dalam transaksi pertukaran barang sejenis yang tidak sama kualitas, kuantitas, dan waktu penyerahan (*fadhli*), atau dalam transaksi pinjam-meminjam yang mempersyaratkan Nasabah Penerima Fasilitas mengembalikan dana yang diterima melebihi pokok pinjaman karena berjalannya waktu (*nasi'ah*);
2. Maisir, yaitu transaksi yang digantungkan kepada suatu keadaan yang tidak pasti dan bersifat untung-untungan;
3. Gharar, yaitu transaksi yang objeknya tidak jelas, tidak dimiliki, tidak diketahui keberadaannya, atau tidak dapat diserahkan pada saat transaksi dilakukan kecuali diatur lain dalam syariah;
4. Haram, yaitu transaksi yang objeknya dilarang dalam syariah; atau
5. Zalim, yaitu transaksi yang menimbulkan ketidakadilan bagi pihak lainnya.

UU Perbankan Syariah di dalamnya mengatur pula mengenai masalah kepatuhan syariah (*syariah compliance*) yang kewenangannya berada pada MUI yang direpresentasikan melalui Dewan Pengawas Syariah (DPS) yang harus dibentuk pada masing-masing Bank Syariah dan UUS. Dan juga menindaklanjuti implementasi fatwa yang dikeluarkan MUI ke dalam PBI/POJK, di dalam internal BI/OJK dibentuk Komite Perbankan Syariah, yang keanggotaannya terdiri atas perwakilan dari BI/OJK, Kementerian Agama, dan unsur masyarakat yang komposisinya berimbang.

4. FATWA DSN-MUI

Fatwa adalah jawaban atau penjelasan mengenai aspek syariah terkait hal tertentu yang dikeluarkan oleh MUI/DSN-MUI secara tertulis dan berlaku umum. Fatwa dapat didefinisikan sebagai *tabyin al-hukm as-syar'iy liman saala 'anhu* (menjelaskan hukum syar'i kepada orang/pihak yang menanyakan). Definisi ini memberikan gambaran bahwa fatwa merupakan hasil dari proses penyimpulan syar'i dari permasalahan yang ditanyakan.

Ibn Rusyd dalam fatawa menjelaskan bahwa arti fatwa secara istilah adalah menjelaskan (*izhhar*) hukum syariah karena adanya perbedaan kesimpulan hukum dari sumber dan dalil hukum yang berbeda (al-Qur'an, al-sunnah, *ijma'*, dan *qiyas*, Syeikh Zadan dalam Miftah al-Sa'adah 2:428) menjelaskan bahwa arti fatwa secara istilah adalah ilmu yang menjelaskan hukum syariah yang berupa fuqaha' terkait kejadian nyata yang parsial (*al-waqa'l al-juz'iyyah*) untuk memudahkan penyelesaian masalah yang dihadapi orang-orang yang ilmunya terbatas, Muhammad Sulaiman al-Asyqar dalam *al-Futiya wa Manahij al-Ifta'* menjelaskan bahwa arti fatwa secara istilah adalah memberitahukan (*ikhbar*) ketentuan Allah melalui ijtihad berdasarkan dalil syar'i kepada orang yang bertanya (*mustafti*) tentang syatus hukum kejadian nyata (*nazil*) tertentu, dan Quthub al-Risyuni mengatakan bahwa arti fatwa secara istilah adalah pemberitahuan *mufti* kepada *mustafti* tentang status hukum khusus terkait topik atas peristiwa tertentu baik didasarkan pada dalil *naqli* (al-Quran dan hadist) maupun ijtihad yang bersifat tidak mengikat.

Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia (DSN-MUI) merupakan lembaga yang dibentuk MUI dalam rangka menumbuhkembangkan ekonomi

syariah di tanah air yang menjalankan fungsi untuk menetapkan fatwa khusus terkait bidang ekonomi dan keuangan syariah baik yang berhubungan dengan sistem operasional Perbankan Syariah maupun hal lainnya. Secara langsung, MUI dapat melakukan koordinasi di antara para ulama untuk melakukan usaha secara efektif dan efisien dalam menanggapi setiap persoalan yang dihadapi umat dengan menetapkan sebuah fatwa. Dengan demikian, Fatwa DSN-MUI adalah keputusan hukum yang didasarkan pada prinsip-prinsip syariah (PO-MUI/VIII/2021 tentang Anggaran Dasar dan Anggaran Rumah Tangga Dewan Syariah Nasional-Majelis Ulama Indonesia Pasal 1 angka 10).

Selain menetapkan fatwa, DSN-MUI juga secara proaktif melakukan pengawasan, pengarahan dan penerapan nilai-nilai dan prinsip-prinsip ajaran Islam bagi para pelaku ekonomi syariah. Oleh karena itu, peran DSN-MUI sangat penting untuk meningkatkan Perbankan Syariah dan menjaga kepatuhan bank syariah terhadap hukum Islam.

5. FATWA DALAM SISTEM HUKUM INDONESIA

Fatwa menemukan urgensitasnya karena memuat penjelasan dan bimbingan hukum mengenai berbagai hal, mulai dari masalah ibadah, *mu'amalah* (sosial, politik, maupun ekonomi) hingga masalah-masalah aktual dan kontemporer, yang muncul seiring dengan perkembangan peradaban manusia, dan apabila pemerintah atau masyarakat setempat memerlukan fatwa yang berhubungan dengan masalah yang terkait seperti yang di atas.

Menurut buku Pengantar Hukum Indonesia (2019) karya Rahman Amin yang dikutip dari Artikel Kompas.com dengan judul "Sumber Hukum: Pengertian dan Jenisnya", sumber hukum adalah segala sesuatu yang dapat melakukan, menimbulkan aturan hukum serta tempat ditemukannya aturan hukum. Sumber hukum inilah yang menimbulkan aturan-aturan yang mengikat dan memaksa.

Menurut Bagir Manan dengan mengutip pendapat N.E Van Duyvendijk, menempatkan fatwa sebagai bagian dari sumber hukum materiil dalam kelompok tradisi (pendapat keagamaan dan moral, tradisi di bidang hukum). Sebaliknya, Utrecht memasukkan agama (hukum agama) sebagai sumber hukum formil, dengan menjelaskan bahwa di daerah-daerah (Indonesia) yang

pandangan hidup penduduknya sangat terikat oleh agama, sumber hukum (agama) penting sekali.

Sumber hukum materiil dapat diartikan sebagai sumber yang menentukan isi dari kaidah hukum dan faktor yang membantu pembentukan hukum formil. Adapun sumber hukum materiil dapat berasal dari hubungan sosial, kekuatan politik, situasi sosial, tradisi keagamaan, adat isitiadat, dan *living law*.

Ma'ruf Amin berpendapat bahwa **fatwa sebagai instrumen untuk menetapkan suatu hukum** sangat penting posisinya dalam memberikan legitimasi terhadap legalitas segala sesuatu. **Fatwa MUI sebagaimana Hukum Islam di Indonesia bukan merupakan *ius constitutum* maupun *ius contituendum*, melainkan lebih pada *living law*.** Fatwa MUI dapat juga dikatakan sebagai sumber yang tidak mendapatkan pengakuan secara formal, sehingga tidak dapat diterima secara langsung sebagai hukum melainkan hanya merupakan sumber kesejahteraan masyarakat. Fatwa MUI merupakan sumber sosial, disebut sebagai sumber bahan dan lebih disebabkan karena kekuatannya tidak otoritatif melainkan bersifat persuasif. Untuk itu, keberlakuan *living law* dalam sistem hukum nasional harus dituangkan dalam Peraturan Perundang-undangan.

Dari beberapa pandangan para ahli hukum mengenai kedudukan fatwa, mayoritas sepakat memposisikan Fatwa MUI sebagai salah satu sumber hukum positif di Indonesia. Oleh karena itu, keberadaan Fatwa MUI dalam tata hukum Indonesia harus mendapatkan legitimasi lewat peraturan perundang-undangan oleh Lembaga Pemerintah.

Lebih lanjut, dalam ilmu perundang-undangan, pengadopsian norma hukum dapat dilakukan secara materiil maupun secara formil. Meskipun secara tegas, Indonesia sudah menyatakan bahwa sistem perundang-undangan di Indonesia berdasarkan pada jenis dan hierarki norma hukum secara formil. Hal ini dapat dilihat pada Pasal 7 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undang (UU P3). Namun, dalam hal ini patut dibedakan sumber hukum materiil dengan formil. Dalam pembentukan hukum dengan mengambil sumber pada sumber hukum materiil, dapat saja berasal dari norma agama, norma adat, bahkan norma moral. Hanya saja, untuk masuk ke dalam sistem perundang-undangan diperlukan prosedur

formil, sehingga jelas bahwa sebagai sebuah sistem tentu tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, dalam hal ini Pancasila dan UUD NRI Tahun 1945. Dengan menggunakan PBI/POJK untuk memberikan bentuk formil kepada fatwa, merupakan langkah yang tepat untuk menjamin kepastian hukum. Selain itu, dengan memberikan bentuk formil dalam PBI/POJK, artinya, konsep hukum agama telah diadopsi ke dalam hukum negara. Penjelasan dimaksud, juga menunjukkan bahwa tidak terdapat tumpang tindih kewenangan antara BI/OJK dan MUI.

Apabila dikaitkan dengan norma Pasal 26 ayat (3) UU Perbankan Syariah, sesungguhnya dapat dipahami secara jelas penggunaan frasa “*dituangkan*” yang disebutkan pada Pasal tersebut, mengartikan bahwa fatwa merupakan suatu sumber hukum yang penting dalam penetapan peraturan perundang-undangan berkaitan dengan prinsip Syariah yang mana untuk selanjutnya dituangkan dalam PBI/POJK.

Oleh karena itu, dalam membaca Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), (2), dan (3) undang-undang Perbankan Syariah, seharusnya dibaca secara komprehensif pasal per pasalnya oleh Pemohon, agar tidak menimbulkan pemaknaan yang berbeda terhadap Pasal-Pasal tersebut. Pasal 26 Undang-Undang Perbankan Syariah tersebut menunjukkan pilihan hukum Pemerintah untuk menunjuk kelembagaan tertentu maupun kewenangannya untuk menentukan prinsip syariah pada sektor ekonomi syariah *in casu* MUI melalui fatwanya dan lembaga lain yang memiliki kewenangan membentuk peraturan perundangan *in casu* BI/OJK untuk menjadikan fatwa.

Dalam Pasal 8 UU P3 peraturan perundang-undangan yang ditetapkan oleh **Bank Indonesia, lembaga, atau komisi yang setingkat yang dibentuk dengan Undang-Undang** atau Pemerintah atas perintah Undang-Undang, diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi atau dibentuk berdasarkan kewenangan.

Dengan pembentukan BI dan OJK melalui UU serta adanya amanat Pasal 26 UU Perbankan Syariah maka POJK menjadi peraturan perundang-undangan yang mempunyai kekuatan hukum mengikat. Selain itu OJK

berdasarkan Pasal 8 UU OJK memang diberi kewenangan untuk membentuk berbagai peraturan terkait dengan tugas dan kewenangannya”.

Pasal 8 UU OJK mengatur bahwa:

“untuk melaksanakan tugas pengaturan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6, OJK mempunyai wewenang:

- a. menetapkan peraturan pelaksanaan Undang-Undang ini;
- b. menetapkan peraturan perundang-undangan di sektor jasa keuangan;
- c. menetapkan peraturan dan keputusan OJK;
- d. menetapkan peraturan mengenai pengawasan di sektor jasa keuangan;
- e. menetapkan kebijakan mengenai pelaksanaan tugas OJK;
- f. menetapkan peraturan mengenai tata cara penetapan perintah tertulis terhadap Lembaga Jasa Keuangan dan pihak tertentu;
- g. menetapkan peraturan mengenai tata cara penetapan pengelola statuter pada Lembaga Jasa Keuangan;
- h. menetapkan struktur organisasi dan infrastruktur, serta mengelola, memelihara, dan menatausahakan kekayaan dan kewajiban; dan
- i. menetapkan peraturan mengenai tata cara pengenaan sanksi sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan di sektor jasa keuangan.

Setiap kewenangan lembaga negara/pejabat negara harus didasarkan pada sumber kewenangan. Sumber kewenangan bersumber dari peraturan perundang-undangan. Melalui norma hukum yang ada dalam peraturan perundang-undangan kewenangan itu kemudian dilaksanakan. Terhadap kewenangan pembentukan peraturan perundang-undangan disumberkan pada sumber hukum mulai dari UUD 1945 sampai dengan peraturan di bawahnya

Meskipun telah memiliki kewenangan pembentukan POJK untuk menuangkan fatwa MUI menjadi hukum positif penerapan prinsip syariah dalam proses bisnis Perbankan Syariah, agar tidak terjadi kesalahan penafsiran dan disharmoni antara PBI/POJK dengan fatwa DSN-MUI, sebelum menuangkan fatwa DSN-MUI tersebut ke dalam PBI/POJK, terlebih dahulu akan dilakukan pembahasan oleh Komite Perbankan Syariah (yang dibentuk berdasarkan PBI Nomor 10/32/PB1/2008). Dengan demikian, tidak ada tumpang tindih kewenangan antara MUI dan OJK dalam penerbitan POJK penerapan prinsip syariah dari transaksi perbankan.

B. TANGGAPAN ATAS DALIL PEMOHON MENGENAI PENERAPAN PRINSIP SYARIAH BERDASARKAN FATWA DSN-MUI DALAM PERATURAN YANG DIKELUARKAN OLEH OJK YANG MENURUT PEMOHON TELAH TERJADI DISHARMONI

1. Dalam Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), (2), dan (3) UU Perbankan Syariah yang saat ini sedang diuji materiil, Pemohon berpendapat bahwa terdapat “*delegasi blangko*” dimana hal ini menurut pemohon dikategorikan sebagai permasalahan konstitusional. Pemaknaan delegasi blanko oleh Pemohon mencampuradukkan pengertian pendelegasian kewenangan dalam Pasal 26 UU Perbankan Syariah seolah diberikan kepada 2 lembaga yang berbeda yaitu MUI (non lembaga negara) dengan BI/OJK (lembaga negara) sehingga Pemohon berpendapat pasal 26 UU Perbankan Syariah multitafsir. Terdapat ketidakjelasan dalam dalil pemohon memaknai Pasal 26 sebagai delegasi blanko dan multi tafsir.
2. Pasal 26 ayat (1), (2), serta (3) **bukan merupakan bentuk pendelegasian** karena kewenangan MUI sebagai lembaga non negara dalam pemberian fatwa mengenai prinsip syariah adalah didasarkan kedudukan sebagai MUI lembaga yang dibentuk masyarakat mewadahi para ulama, cendikiawan Islam di Indonesia untuk membimbing, membina dan mengayomi kaum muslimin di Indonesia. Kewenangan ini tidak didelegasikan kepada OJK. OJK hanya sebatas menuangkan prinsip syariah atas transaksi Perbankan Konvensional. Bahwa kata penguatan tidak diatur dalam UU P3 dalam konteks penerapan prinsip syariah seyogyanya tidak untuk dipertentangkan. Pengaturan dalam pasal-pasal dimaksud **merupakan *open legal policy*** dari pembentuk UU Perbankan Syariah yang lahir untuk menjembatani penerapan prinsip syariah sebagai hukum yang hidup dimasyarakat Indonesia dalam transaksi perbankan konvensional. Pengaturan prinsip syariah sepenuhnya diserahkan kepada MUI melalui fatwa DSN – MUI dan mendapatkan legitimasi sebagai hukum positif oleh BI/OJK melalui PBI/POJK.
3. *Open legal policy* dari pembentuk UU yang mengakui fatwa sebagai sumber hukum positif *in casu* fatwa MUI tidak hanya dikenal dalam UU Perbankan Syariah. Namun juga dikenal dalam berbagai Undang-Undang sebagaimana yang telah Pemerintah sebutkan sebelumnya pada bagian aspek yuridis Fatwa DSN-MUI.

4. Hal lain yang perlu digarisbawahi adalah kedudukan MUI pada UU Perbankan Syariah tidak hanya sebatas penyusun fatwa yang berisikan prinsip syariah. Hal tersebut tampak pada kewenangan MUI yang ditunjuk oleh pembentuk undang-undang, sebagai pihak yang memberikan rekomendasi bagi pencalonan anggota DPS di bank syariah. Dimana sesuai dengan Penjelasan Umum UU Perbankan Syariah menegaskan bahwa DPS sebagai bagian dari bank syariah bertugas mengawasi kepatuhan prinsip syariah oleh bank syariah. Dengan demikian, pembentuk undang-undang ingin memastikan bahwa fatwa MUI dapat dilaksanakan dengan baik oleh bank syariah melalui pengawasan internal perusahaan, yaitu melalui DPS.
5. Selain itu, penguatan fatwa MUI dalam PBI/POJK, merupakan upaya mengubah bentuk fatwa yang tidak termasuk dalam pengertian peraturan perundang-undangan menjadi hukum positif di Indonesia agar menjadi peraturan yang harus ditaati. Hal tersebut menunjukkan peran negara dalam menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu sebagaimana norma yang terkandung dalam Pasal 29 ayat (1) UUD 1945.
6. Setiap penyusunan peraturan terkait prinsip syariah yang dikeluarkan oleh OJK, OJK selalu mengacu pada fatwa MUI sebagaimana yang telah diamanatkan dengan undang-undang, namun tetap harus melalui proses penyelarasan yang dilakukan oleh Komite Perbankan Syariah agar tidak terjadi kesalahan penafsiran antara fatwa MUI dengan PBI/POJK, sehingga dengan melalui proses tersebut, tidak mungkin terjadi disharmoni antara ketentuan yang mengatur mengenai Perbankan Syariah yang dikeluarkan OJK dengan fatwa DSN MUI.
7. Penguatan fatwa MUI dalam Peraturan Otoritas Jasa Keuangan dapat dilihat dari Peraturan Otoritas Jasa Keuangan Nomor 13/POJK.03/2021 tentang Penyelenggaraan Produk Bank Umum (POJK 13/2021). Dalam peraturan dimaksud, sumber fatwa tetap disebutkan secara jelas. Atas hal tersebut, ketentuan produk Perbankan Syariah tetap memperhatikan Fatwa DSN MUI yang mana terlihat dalam lampiran POJK tersebut. Oleh karena itu, POJK 13/2021 tidak bertentangan dengan fatwa MUI karena apa yang ditetapkan dalam Fatwa MUI telah dimuat dalam Peraturan Otoritas Jasa Keuangan sebagaimana diamanatkan dalam UU Perbankan Syariah.

8. Berangkat dari konsep UU Perbankan Syariah dan peraturan perundang-undangan yang berlaku bahwa pemenuhan prinsip syariah adalah wajib bagi bank umum syariah, bank perkreditan rakyat syariah, maupun unit usaha syariah. Hal tersebut juga terlihat dalam Peraturan Otoritas Jasa Keuangan Nomor 25/POJK.03/2021 tentang Penyelenggaraan Produk Bank Perkreditan Rakyat dan Bank Pembiayaan Rakyat Syariah (yang telah mencabut Peraturan Otoritas Jasa Keuangan Nomor 24/POJK.03/2015 tentang Produk dan Aktivitas Bank Syariah dan Unit Usaha Syariah, termasuk Pasal 18), khususnya Pasal 22, dan Pasal 27 POJK 13/2021 Otoritas Jasa Keuangan menegaskan kembali bahwa:
- 1) Bank Syariah wajib menerapkan prinsip syariah dalam penyelenggaraan produk; dan
 - 2) Pemenuhan penerapan prinsip syariah oleh Bank Syariah harus didukung dengan (didasarkan pada):
 - a) Fatwa DSN MUI; dan
 - b) Opini dari DPS Bank Syariah.
9. Dengan demikian, berdasarkan hal-hal yang telah disampaikan, pengaturan yang saat ini ada dalam UU Perbankan Syariah telah senyatanya benar dan tidak perlu diperdebatkan lebih jauh. Dalam permohonannya sendiri, Pemohon menyadari bahwa secara substansi, apa yang diatur dalam Peraturan Otoritas Jasa Keuangan dan Fatwa MUI adalah untuk memperlancar transaksi Perbankan Syariah. OJK hanya memastikan transaksi dari bank syariah sudah sesuai ketentuan prinsip syariah yang diadopsi dari Fatwa MUI.

C. TANGGAPAN TERHADAP KONSEP KEPEMILIKAN BENDA DALAM DSN MUI-PBI/SEOJK-KHES

1. Dalil Pemohon terkait dengan adanya kemungkinan disharmoni dan multitafsir pengaturan mengenai hak kebendaan dalam transaksi Perbankan Syariah dihubungkan dengan adanya kewenangan tiga Lembaga (fatwa MUI, PBI/POJK, dan PERMA KHES) yang menerbitkan pengaturan berbasis syariah, menurut Pemerintah sebagaimana diakui juga oleh Pemohon adalah terkait dengan pelaksanaan dari Pasal 26 UU Perbankan Syariah.
2. Namun di dalam permohonannya, Pemohon mengkaitkan hal tersebut sebagai permasalahan konstitusional. Sedangkan disisi lain Pemohon juga mengakui pada halaman 54 butir 3.3.39, permasalahan multitafsir yang dikemukakan hanya bersifat kemungkinan, belum tentu terjadi. Hal ini dapat dipahami karena Pemohon hanya melihat dari sudut pandang adanya tiga jenis pengaturan

mengenai ekonomi syariah (adanya Peraturan Bank Indonesia Nomor 7/46/PBI/2005, Surat Edaran Otoritas Jasa Keuangan Nomor 36/SEOJK.03/2015, Buku Standar Produk Murabahah OJK) tanpa memperhatikan lebih detail isi substansi masing-masing peraturan, bahkan terdapat peraturan yang sudah dicabut (SEOJK Nomor 36/SEOJK.03/2015). Oleh karena itu, sebenarnya Pemohon telah keliru dengan menafsirkan peraturan tersebut sehingga seolah-olah telah terjadi multitafsir.

3. Menurut Pemohon UU Perbankan Syariah tidak mengatur mengenai prinsip syariah atas hak kepemilikan benda dalam transaksi Perbankan Syariah, melainkan menyerahkan kepada MUI sebagai Lembaga yang diakui memiliki kewenangan untuk memberikan fatwa atas prinsip-prinsip syariah yang terkait dengan transaksi Perbankan Syariah. Pandangan tersebut tentu salah, mengingat bahwa UU Perbankan Syariah hanya mengatur pokok-pokok prinsip syariah pada transaksi Perbankan Syariah sehingga memenuhi kaidah Hukum Islam, sedangkan hal-hal teknis akan diatur lebih lanjut dalam aturan pelaksanaan di bawahnya yaitu salah satunya sebagaimana diatur dalam POJK Nomor 13/POJK.03/2021 tentang Penyelenggaraan Produk Bank Umum. Pengaturan hal-hal pokok dalam UU Perbankan Syariah ini sejalan dengan prinsip UU P3 bahwa materi dalam muatan UU adalah norma umum, sedangkan hal teknis diatur di dalam peraturan perundang-undangan di bawah UU. Pelimpahan kewenangan tersebut seringkali harus dilakukan oleh karena terdapat hal-hal yang tidak dapat dirumuskan secara langsung dalam peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi karena sifatnya yang mudah untuk berubah, atau bersifat terlalu teknis.
4. Pembuktian hak milik seseorang berdasarkan prinsip syariah memang disesuaikan pada konteks peraturan masing-masing. Apabila pembuktian kepemilikan hak milik dipersamakan antara satu peraturan dengan yang lainnya sebagaimana dalil pemohon angka 3.3.46, maka justru menjadi tidak kontekstual dan tidak sesuai dengan peruntukan transaksi yang memang berbeda-beda.
5. Mengingat hal ini merupakan ranah teknis transaksi Perbankan Syariah, penjelasan lebih rinci mengenai Hak Kepemilikan Benda termasuk Pembebanan Hak Tanggungan dan pengawasan dalam mekanisme Perbankan Syariah kiranya lebih tepat disampaikan oleh Lembaga yang

memiliki kewenangan mengaturnya dalam hal ini MUI sebagai pemberi Fatwa dan/atau OJK sebagai lembaga yang menuangkan fatwa sebagai aturan.

6. Mengenai Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2008 tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES), Perma tersebut ditetapkan dengan pertimbangan untuk kelancaran pemeriksaan dan penyelesaian sengketa ekonomi syariah sebagaimana dimaksud Pasal 49 huruf i beserta Penjelasan, Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama, Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2008 tentang Surat Berharga Syariah Negara, Pasal 55 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, perlu dibuat pedoman bagi hakim mengenai hukum ekonomi menurut prinsip syariah.
7. Perma tersebut dibentuk berdasarkan kewenangan Mahkamah Agung (MA) dalam Pasal 79 Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 Mahkamah Agung yang berbunyi, "*Mahkamah Agung dapat mengatur lebih lanjut hal-hal yang diperlukan bagi kelancaran penyelenggaraan peradilan apabila terdapat hal-hal yang belum cukup diatur dalam Undang-undang ini.*" Namun, pasal tersebut juga membatasi bahwa peraturan yang dibuat oleh MA adalah mengenai hal-hal yang diperlukan bagi kelancaran penyelenggaraan peradilan. Selain itu, berdasarkan pertimbangan Perma Nomor 2 Tahun 2008 tentang KHES, Perma tersebut ditetapkan sebagai pedoman bagi hakim yang ditetapkan dengan pertimbangan untuk kelancaran pemeriksaan dan penyelesaian sengketa ekonomi syariah saja, karena hal-hal yang diatur dalam KHES bukan saja terkait dengan Perbankan Syariah, namun di dalamnya termasuk juga ketentuan tentang (antara lain) reksa dana syariah, pasar modal, hibah, dan zakat.
8. Berdasarkan uraian tersebut di atas, maka dapat diketahui bahwa Pemohon sudah mencampuradukkan beberapa peraturan tanpa secara jelas memastikan substansinya secara utuh.

ANALISA DAMPAK

1. Mencermati posita dan petitum yang dimohonkan Pemohon, dapat Pemerintah sampaikan bahwa Pemerintah memandang permohonan pemohon justru mengaburkan bahkan menghilangkan prinsip-prinsip syariah yang telah secara tepat diterapkan dalam Undang-Undang Perbankan Syariah sehingga membedakannya dari Perbankan Konvensional. UU Perbankan Syariah telah

mengakomodasi prinsip syariah untuk dikeluarkan oleh lembaga yang dipercaya oleh masyarakat Islam dan dipedomani serta ditaati sebagai hukum positif melalui PBI/POJK. Menghilangkan peran MUI dan menyerahkan kepada OJK justru memberikan peran kepada lembaga yang tidak terlegitimasi oleh masyarakat Islam untuk mengatur hal-hal yang terkait dengan prinsip syariah berdasarkan Hukum Islam sesuai pengertian Prinsip Syariah dalam Pasal 1 angka 12 UU Perbankan Syariah. Dengan perubahan definisi Pasal 1 angka 12 yang dimohonkan Pemohon, justru akan mengubah secara fundamental makna prinsip syariah.

2. Bahwa pengaturan kewenangan kelembagaan sebagaimana terdapat pada Pasal 26 ayat (1), ayat (2) dan ayat (3) yang diuji dimaksud, termasuk kewenangan pengaturan prinsip-prinsip syariah di bidang perbankan berdasarkan fatwa MUI, selain menempatkan prinsip syariah sebagai landasan utama transaksi Perbankan Syariah, justru telah memberikan kepastian hukum terhadap kegiatan Perbankan Syariah. Dengan demikian seandainya kewenangan dalam menentukan prinsip-prinsip syariah yang saat ini berada pada MUI beralih kepada BI/OJK yang tidak memiliki kompetensi menilai prinsip-prinsip syariah, maka tidak hanya akan menimbulkan ketidakpastian hukum, juga menghilangkan filosofi dan kekhususan perbankan syariah yang didasarkan pada prinsip-prinsip syariah.
3. *Quod Non* dalam kasus konkrit yang dialami pemohon terdapat permasalahan teknis maka penyelesaian yang harus dilakukan adalah dalam ranah implementasi. Implementasi norma dari waktu ke waktu terus memerlukan perbaikan sesuai dengan perkembangan jaman, namun norma UU *in casu* UU Perbankan Syariah sebagai pedoman umum perlu dipertahankan karena tidak melanggar hak konstitusional Pemohon.

PETITUM

Berdasarkan penjelasan dan argumentasi tersebut di atas, Pemerintah memohon kepada Yang Mulia Ketua/Majelis Hakim Konstitusi Republik Indonesia yang memeriksa, mengadili dan memutus permohonan pengujian (*constitutional review*) ketentuan Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2) dan ayat (3) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah terhadap Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28H ayat (2) dan

(4), dan Pasal 28I ayat (5) Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945, dapat memberikan putusan sebagai berikut:

1. Menerima Keterangan Presiden secara keseluruhan;
2. Menyatakan bahwa Pemohon tidak mempunyai kedudukan hukum (*legal standing*);
3. Menolak permohonan pengujian Pemohon seluruhnya atau setidaknya menyatakan permohonan pengujian Pemohon tidak dapat diterima (*niet ontvankelijke verklaard*);
4. Menyatakan Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2) dan ayat (3) Undang-Undang No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (selanjutnya disebut UU Perbankan Syariah) tidak bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28H ayat (2) dan (4), dan Pasal 28I ayat (5) Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945.
5. Menyatakan Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2) dan ayat (3) Undang-Undang No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (selanjutnya disebut UU Perbankan Syariah) tetap memiliki kekuatan hukum mengikat.

Namun apabila Yang Mulia Ketua/Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi berpendapat lain mohon kiranya dapat memberikan putusan yang bijaksana dan seadil-adilnya (*ex aequo et bono*).

[2.5] Menimbang bahwa terhadap permohonan Pemohon, Pihak Terkait Bank Indonesia (BI) menyampaikan keterangan dalam persidangan secara daring pada 11 April 2022 dan menyerahkan keterangan tertulis yang diterima Mahkamah pada 8 April 2022 yang pada pokoknya mengemukakan hal-hal sebagai berikut:

I. Pendahuluan

II. Tugas dan Kewenangan Bank Indonesia Dalam Pengaturan dan Pengawasan Perbankan

1. Sebagaimana diketahui, Bank Indonesia merupakan bank sentral yang pembentukannya diamanatkan oleh Konstitusi. Amanat pembentukan bank sentral dinyatakan secara tegas dalam Pasal 23D UUD 1945 yaitu “*Negara memiliki suatu bank sentral yang susunan, kedudukan, kewenangan, tanggung jawab dan independensinya diatur dengan Undang-Undang*”. Bank sentral yang diamanatkan dalam Pasal 23D UUD 1945 adalah Bank Indonesia sebagaimana diatur dalam UU Nomor 23 Tahun 1999 tentang Bank Indonesia sebagaimana

telah diubah beberapa kali terakhir dengan UU Nomor 6 Tahun 2009 (UU Bank Indonesia).

2. Sebelum berlakunya UU Nomor 21 Tahun 2011 tentang Otoritas Jasa Keuangan (UU Otoritas Jasa Keuangan), salah satu tugas Bank Indonesia adalah mengatur dan mengawasi bank (vide Pasal 8 huruf c UU Bank Indonesia). Selanjutnya, berdasarkan Pasal 24 UU Bank Indonesia, Bank Indonesia berwenang menetapkan peraturan, memberikan dan mencabut izin, melaksanakan pengawasan, dan mengenakan sanksi terhadap Bank.

Kewenangan Bank Indonesia untuk melakukan pengaturan bank diatur lebih lanjut dalam Pasal 25 UU Bank Indonesia yang berbunyi sebagai berikut:

- “(1) Dalam rangka melaksanakan tugas mengatur bank, Bank Indonesia berwenang menetapkan ketentuan-ketentuan perbankan yang memuat prinsip kehati-hatian.
- (2) Pelaksanaan kewenangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) ditetapkan dengan Peraturan Bank Indonesia”.

Penjelasan Pasal 25 ayat (1) UU Bank Indonesia antara lain berbunyi:

“Ketentuan-ketentuan perbankan yang memuat prinsip kehati-hatian bertujuan untuk memberikan rambu-rambu bagi penyelenggaraan kegiatan usaha perbankan, guna mewujudkan sistem perbankan yang sehat”.

3. Kewenangan Bank Indonesia di bidang pengaturan dan pengawasan bank juga diatur dalam UU Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan sebagaimana telah diubah dengan UU Nomor 10 Tahun 1998 (UU Perbankan), antara lain dalam Pasal 29 yang berbunyi:

- “(1) Pembinaan dan pengawasan bank dilakukan oleh Bank Indonesia.
- (2) Bank wajib memelihara tingkat kesehatan bank sesuai dengan ketentuan kecukupan modal, kualitas aset, kualitas manajemen, likuiditas, rentabilitas, solvabilitas, dan aspek lain yang berhubungan dengan usaha bank, dan wajib melakukan kegiatan usaha sesuai dengan prinsip kehati-hatian.
- (3) Dalam memberikan kredit atau pembiayaan berdasarkan Prinsip Syariah dan melakukan kegiatan usaha lainnya, bank wajib menempuh cara-cara yang tidak merugikan bank dan kepentingan nasabah yang mempercayakan dananya kepada bank.
- (4) Untuk kepentingan nasabah, bank wajib menyediakan informasi mengenai kemungkinan timbulnya risiko kerugian sehubungan dengan transaksi nasabah yang dilakukan melalui bank.
- (5) Ketentuan yang wajib dipenuhi oleh bank sebagaimana dimaksud dalam ayat (2), ayat (3), dan ayat (4) ditetapkan oleh Bank Indonesia”.

Penjelasan Pasal 29 ayat (5) UU Bank Indonesia berbunyi:

“Pokok-pokok ketentuan yang ditetapkan oleh Bank Indonesia memuat antara lain:

- a. ruang lingkup pembinaan dan pengawasan;
- b. kriteria penilaian tingkat kesehatan;
- c. prinsip kehati-hatian dalam pengelolaan;
- d. pedoman pemberian informasi kepada nasabah”.

4. Tugas dan kewenangan Bank Indonesia di bidang pengaturan dan pengawasan bank tersebut mencakup juga pengaturan dan pengawasan terhadap Bank Syariah, sesuai dengan definisi Bank Umum dan Bank Perkreditan Rakyat yang diatur dalam Pasal 1 angka 3 dan angka 4 UU Perbankan yang berbunyi sebagai berikut:

Pasal 1 angka 3: “Bank Umum adalah bank yang melaksanakan kegiatan usaha secara konvensional dan atau berdasarkan Prinsip Syariah yang dalam kegiatannya memberikan jasa dalam lalu lintas pembayaran”.

Pasal 1 angka 4: “Bank Perkreditan Rakyat adalah bank yang melaksanakan kegiatan usaha secara konvensional atau berdasarkan Prinsip Syariah yang dalam kegiatannya tidak memberikan jasa dalam lalu lintas pembayaran”.

5. Tugas dan kewenangan Bank Indonesia di bidang pengaturan dan pengawasan terhadap Bank Syariah selanjutnya diatur secara lebih komprehensif dan spesifik dalam UU Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (UU Perbankan Syariah).
6. Setelah UU Otoritas Jasa Keuangan berlaku, berdasarkan Pasal 55 ayat (2) dan Pasal 69 ayat (1) huruf c UU tersebut, tugas dan kewenangan pengaturan dan pengawasan kegiatan jasa keuangan di sektor perbankan beralih (bukan “didelegasikan”, sebagaimana dalil Pemohon dalam permohonan pengujian perkara *a quo*) dari Bank Indonesia kepada Otoritas Jasa Keuangan.

Pasal 55 ayat (2) UU Otoritas Jasa Keuangan berbunyi sebagai berikut:

“Sejak tanggal 31 Desember 2013, fungsi, tugas, dan wewenang pengaturan dan pengawasan kegiatan jasa keuangan di sektor Perbankan beralih dari Bank Indonesia ke OJK”.

Sementara Pasal 69 ayat (1) huruf c UU Otoritas Jasa Keuangan berbunyi:

“Fungsi, tugas, dan wewenang Bank Indonesia sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 15, Pasal 5, Pasal 6, Pasal 8, Pasal 9, Pasal 10, Pasal 11, Pasal 16, Pasal 17, Pasal 20, Pasal 21, Pasal 22, Pasal 26, Pasal 27, Pasal 28, Pasal 29, Pasal 30, Pasal 31, Pasal 32, Pasal 33, Pasal 34, Pasal 35, Pasal 37, Pasal 38, Pasal 40, Pasal 42, Pasal 43, Pasal 46, Pasal 50, Pasal 51, Pasal 52, Pasal 53, Pasal 54, Pasal 56, Pasal 57, dan Pasal 58 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 94, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor

4867), beralih menjadi fungsi, tugas, dan wewenang OJK sejak beralihnya fungsi, tugas, dan wewenang sebagaimana dimaksud dalam Pasal 55 ayat (2)".

III. Perbankan Syariah Memerlukan Berbagai Sarana Pendukung

7. Perbankan syariah di Indonesia lahir berdasarkan pertimbangan antara lain bahwa agar tercapai tujuan pembangunan nasional dan dapat berperan aktif dalam persaingan global yang sehat, diperlukan partisipasi dan kontribusi semua elemen masyarakat untuk menggali berbagai potensi yang ada di masyarakat guna mendukung proses akselerasi ekonomi dalam upaya merealisasikan tujuan pembangunan nasional. Salah satu bentuk penggalian potensi dan wujud kontribusi masyarakat dalam perekonomian nasional tersebut adalah pengembangan sistem ekonomi berdasarkan nilai Islam (Syariah) dengan mengangkat prinsip-prinsipnya ke dalam sistem hukum nasional (vide Penjelasan Umum UU Perbankan Syariah).
8. Perbankan syariah sebagai salah satu sistem perbankan nasional memerlukan berbagai sarana pendukung agar dapat memberikan kontribusi yang maksimum bagi pengembangan ekonomi nasional. Salah satu sarana pendukung vital adalah adanya pengaturan yang memadai dan sesuai dengan karakteristiknya. Pengaturan tersebut di antaranya dituangkan dalam UU Perbankan Syariah. Pembentukan UU Perbankan Syariah menjadi kebutuhan dan keniscayaan bagi berkembangnya lembaga perbankan tersebut (vide Penjelasan Umum UU Perbankan Syariah).
9. Sebagai undang-undang yang khusus mengatur perbankan syariah, dalam UU Perbankan Syariah diatur mengenai kepatuhan syariah (*syariah compliance*) yang kewenangan pengaturan dan pengawasan prinsip syariahnya berada pada Majelis Ulama Indonesia (MUI) yang direpresentasikan melalui Dewan Pengawas Syariah yang harus dibentuk pada masing-masing Bank Syariah dan Unit Usaha Syariah. Untuk menindaklanjuti implementasi fatwa yang dikeluarkan MUI ke dalam Peraturan Bank Indonesia, di Bank Indonesia dibentuk Komite Perbankan Syariah, yang keanggotaannya terdiri dari perwakilan dari Bank Indonesia, Kementerian Agama, dan unsur masyarakat yang komposisinya berimbang (vide Penjelasan Umum UU Perbankan Syariah).
10. Beberapa langkah penting untuk dapat memastikan pemenuhan prinsip syariah, khususnya dalam pengaturan kegiatan operasional perbankan syariah, yaitu:

- a. Menciptakan regulasi dan sistem pengawasan yang sesuai dengan karakteristik bank syariah;
- b. Menetapkan aturan tentang mekanisme pengeluaran setiap produk bank syariah yang memerlukan pengesahan (*endorsement*) dari Dewan Syariah Nasional MUI tentang kehalalan/kesesuaian produk dan jasa keuangan bank dengan prinsip syariah; dan
- c. Menerapkan sistem pengawasan baik untuk penilaian aspek kehati-hatian dan kesesuaian operasional bank dengan ketentuan syariah dengan melibatkan Dewan Pengawas Syariah dan unsur pengawasan syariah lainnya.

IV. Pembentukan Regulasi di Bank Indonesia

11. Kedudukan Bank Indonesia sebagai badan hukum publik dan lembaga negara yang independen dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya sebagaimana ditetapkan dengan UU Bank Indonesia membawa konsekuensi yuridis logis bahwa Bank Indonesia berwenang menerbitkan Peraturan yang merupakan pelaksanaan atau amanat dari UU Bank Indonesia dan peraturan perundang-undangan lainnya yang terkait dengan pelaksanaan tugas Bank Indonesia secara langsung maupun tidak langsung.
12. Berdasarkan UU Bank Indonesia, peraturan perundang-undangan yang diterbitkan Bank Indonesia adalah Peraturan Bank Indonesia dan Peraturan Dewan Gubernur serta peraturan pelaksanaannya. Peraturan Bank Indonesia adalah yaitu ketentuan hukum yang ditetapkan oleh Bank Indonesia dan mengikat setiap orang atau badan dan dimuat dalam Lembaran Negara Republik Indonesia. Sedangkan, Peraturan Dewan Gubernur adalah ketentuan hukum yang ditetapkan oleh Dewan Gubernur yang memuat aturan intern Bank Indonesia.
13. Berdasarkan UU Nomor 10 tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (yang telah dicabut) dan Undang-undang yang menggantikannya, yaitu UU Nomor 12 Tahun 2011 tentang Peraturan Perundang-undangan, peraturan yang diterbitkan oleh Bank Indonesia merupakan jenis peraturan yang diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan mengikat sepanjang diperintahkan oleh Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi atau dibentuk berdasarkan kewenangan (*vide* Pasal 8 UU Nomor 12 Tahun 2011).

14. Dalam proses penyusunan rancangan Peraturan Bank Indonesia, Bank Indonesia mengundang instansi, lembaga, atau pihak lain yang terkait untuk memperoleh masukan secara lisan dan/atau tertulis, kecuali dalam penyusunan rancangan Peraturan Bank Indonesia yang bersifat rahasia dan/atau berdampak negatif apabila diketahui oleh publik sebelum kebijakan tersebut dikeluarkan oleh Bank Indonesia.

V. Pengaturan Kegiatan Usaha dan Produk serta Jasa Perbankan Syariah Sesuai UU Perbankan Syariah oleh Bank Indonesia Didasarkan pada Fatwa/Opini Syariah dari Otoritas Yang Berwenang

15. Menurut Cholil Nafis, fatwa merupakan pandangan ulama dalam menetapkan hukum Islam tentang suatu peristiwa yang memerlukan ketetapan hukum. Seorang mufti tidak hanya ahli ilmu fiqih, akan tetapi juga menguasai permasalahan yang akan diberikan ketetapan hukum. Oleh karena itu, fatwa merupakan cermin dari respon para ulama terhadap suatu masalah yang memerlukan jawaban dari aspek agama Islam, sehingga bersifat dinamis dan juga merupakan cermin refleksi dari pemikiran intelektual masyarakat tertentu.
16. Untuk keberlangsungan dan perkembangan perbankan syariah dan mengingat bahwa Bank Indonesia selaku otoritas pengatur dan pengawas perbankan syariah tidak memiliki legitimasi untuk merumuskan prinsip-prinsip syariah secara langsung ke dalam bentuk peraturan (regulasi), maka UU Perbankan Syariah mengamanatkan bahwa fatwa Dewan Syariah Nasional MUI menjadi salah satu prasyarat penentuan suatu produk dapat diberlakukan bagi lembaga perbankan syariah. Mengingat bahwa fatwa diamanatkan oleh undang-undang, keberadaan fatwa bersifat mengikat untuk keberlangsungan dan perkembangan sistem operasional bisnis di lembaga perbankan syariah. Oleh karena itu, fatwa Dewan Syariah Nasional MUI merupakan hal penentu bagi dapat atau tidak suatu produk atau jasa untuk dikembangkan pada perbankan syariah.

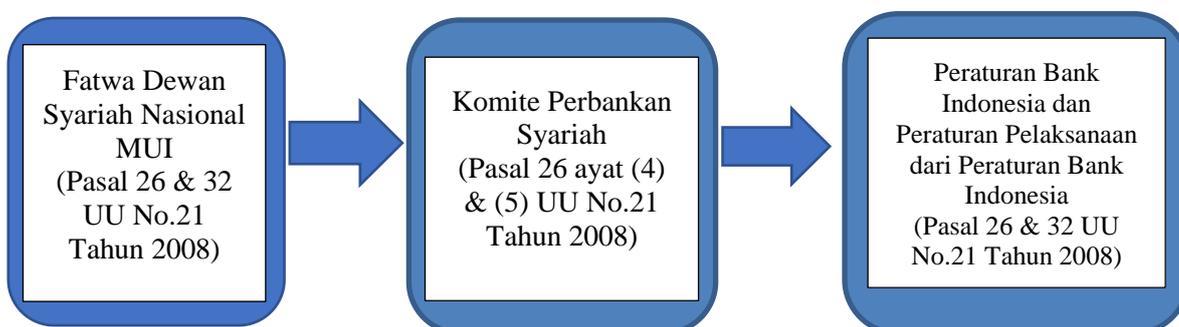
VI. Mekanisme Pengaturan Kegiatan Usaha, Produk dan Jasa Perbankan Syariah Sebagai Pelaksanaan UU Perbankan Syariah

17. Mekanisme pengadopsian fatwa Dewan Syariah Nasional MUI ke dalam bentuk Peraturan Bank Indonesia yang mengatur mengenai produk dan jasa perbankan syariah diatur dalam Pasal 26 UU Perbankan Syariah:

“(1) Kegiatan usaha sebagaimana dimaksud dalam Pasal 19, Pasal 20 dan Pasal 21, dan/atau produk jasa syariah wajib tunduk pada Prinsip Syariah.

- (2) Prinsip Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) difatwakan oleh Majelis Ulama Indonesia.
 - (3) Fatwa sebagaimana dimaksud ayat (2) dituangkan dalam Peraturan Bank Indonesia.
 - (4) Dalam rangka penyusunan Peraturan Bank Indonesia sebagaimana dimaksud ayat (2), Bank Indonesia membentuk komite perbankan syariah.
 - (5) Ketentuan lebih lanjut mengenai tata cara pembentukan, keanggotaan dan tugas komite perbankan syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (4) diatur dengan Peraturan Bank Indonesia”.
18. Pasca UU Perbankan Syariah diundangkan, Bank Indonesia menerbitkan sejumlah peraturan terkait perbankan syariah sesuai amanat UU Perbankan Syariah tersebut. Proses pengaturan produk dan jasa perbankan syariah pada tataran peraturan pelaksanaan UU Perbankan Syariah yang diamanatkan kepada Bank Indonesia dilakukan dengan melibatkan dua lembaga yaitu Dewan Syariah Nasional MUI (vide Pasal 26 ayat (2)) dan Komite Perbankan Syariah (vide Pasal 26 ayat (4)).
19. Sesuai amanat Pasal 26 ayat (4) UU Perbankan Syariah, Komite Perbankan Syariah dibentuk oleh Bank Indonesia. Adapun mengenai tata cara pembentukan, keanggotaan, dan tugas komite perbankan syariah sebagaimana dimaksud dalam Pasal 26 ayat (4) diatur dalam Peraturan Bank Indonesia Nomor 10/32/PBI/2008 tentang Komite Perbankan Syariah (PBI Komite Perbankan Syariah). Dalam Peraturan Bank Indonesia tersebut, diatur bahwa keanggotaan Komite Perbankan Syariah ditetapkan dengan Surat Keputusan Gubernur Bank Indonesia.
- Secara sederhana, pembentukan Peraturan Bank Indonesia di Bank Indonesia sebagai pelaksanaan dari UU Perbankan Syariah dilakukan sebagai berikut:
- a. Dewan Syariah Nasional MUI sebagai lembaga yang berwenang dalam pembentukan fatwa, menerbitkan fatwa di bidang ekonomi syariah;
 - b. Fatwa di bidang ekonomi syariah dimaksud kemudian akan ditafsirkan oleh Komite Perbankan Syariah dan diberikan masukan dalam rangka implementasi fatwa ke dalam Peraturan Bank Indonesia; dan
 - c. Hasil penafsiran dan masukan Komite Perbankan Syariah tersebut kemudian menjadi dasar bagi Bank Indonesia dalam menerbitkan Peraturan Bank Indonesia terkait perbankan syariah.

20. Hubungan antara Dewan Syariah Nasional MUI dan Komite Perbankan Syariah dalam pembentukan Peraturan Bank Indonesia tersebut dapat digambarkan dalam bagan berikut:



21. Dalam melakukan penafsiran dan pemberian masukan dalam rangka implementasi fatwa ke dalam Peraturan Bank Indonesia, Komite Perbankan Syariah senantiasa melibatkan Dewan Syariah Nasional MUI untuk memutuskan bahwa materi yang akan dituangkan dalam Peraturan Bank Indonesia sudah sesuai dengan fatwa yang bersangkutan. Dengan demikian, peluang terjadinya perbedaan antara kehendak pembuat fatwa (Dewan Syariah Nasional MUI) dengan penafsiran Komite Perbankan Syariah sangat kecil, bahkan dapat dikatakan tidak ada.
22. Pada saat kewenangan pengaturan dan pengawasan perbankan syariah masih berada pada Bank Indonesia, dalam proses perumusan ketentuan mengenai produk dan layanan perbankan syariah yang akan dimuat dalam Peraturan Bank Indonesia, Bank Indonesia juga dapat melibatkan Dewan Syariah Nasional MUI. Selain itu, penyusunan fatwa MUI yang terkait dengan bidang tertentu juga melibatkan otoritas terkait dalam pleno Dewan Syariah Nasional. Hal tersebut juga berlaku dalam penyusunan fatwa yang terkait dengan lembaga keuangan atau sistem keuangan, yaitu melibatkan Bank Indonesia sebagai otoritas perbankan. Dengan kolaborasi seperti itu, dapat dipastikan bahwa Peraturan Bank Indonesia yang mengatur mengenai produk dan layanan perbankan syariah senantiasa selaras dengan fatwa Dewan Syariah Nasional MUI dan kebutuhan praktek perbankan.
23. Sebagai tambahan, dapat disampaikan pula bahwa penguatan fatwa MUI ke dalam suatu peraturan perundang-undangan di Indonesia juga telah dilakukan sebelum UU Perbankan Syariah diundangkan, yaitu dalam UU Nomor 19 Tahun 2008 tentang Surat Berharga Syariah Negara (UU Surat Berharga Syariah

Negara). Hal tersebut dapat dilihat pada ketentuan Pasal 25 UU Surat Berharga Syariah Negara yang berbunyi sebagai berikut:

“Dalam rangka penerbitan Surat Berharga Syariah Negara, Menteri meminta fatwa atau pernyataan kesesuaian Surat Berharga Syariah Negara terhadap prinsip-prinsip syariah dari lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah”.

Pada penjelasan Pasal 25 UU Surat Berharga Syariah Negara tersebut, dijelaskan bahwa:

“Yang dimaksud dengan “lembaga yang memiliki kewenangan dalam menetapkan fatwa di bidang syariah” adalah Majelis Ulama Indonesia atau lembaga lain yang ditunjuk Pemerintah”.

[2.6] Menimbang bahwa terhadap permohonan Pemohon, Pihak Terkait Otoritas Jasa Keuangan (OJK) menyampaikan keterangan dalam persidangan secara daring pada 11 April 2022 dan menyerahkan keterangan tertulis yang diterima Mahkamah pada 8 April 2022 yang pada pokoknya mengemukakan hal-hal sebagai berikut:

I. POKOK-POKOK PERMOHONAN PARA PEMOHON

1. Bahwa Pemohon berpendapat **Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU Perbankan Syariah** memberikan delegasi blangko kepada dua Lembaga yang berbeda yaitu Majelis Ulama Indonesia (MUI) maupun OJK/Bank Indonesia (BI) untuk mengatur prinsip-prinsip Syariah yang seharusnya diatur dalam undang-undang, sehingga terjadi disharmoni pengaturan perbankan syariah yang menyebabkan ketidakpastian hukum.
2. Selain itu, Pemohon berpendapat bahwa UU Perbankan Syariah memiliki keterkaitan dengan undang-undang lain terutama dalam menjalankan transaksinya, antara lain Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (untuk selanjutnya disebut UUPA), yang menurut Pemohon UUPA tidak sesuai dengan perkembangan transaksi-transaksi atas tanah yang ada di masyarakat Indonesia, termasuk dalam transaksi perbankan syariah. Pemohon mendalilkan salah satu penyebab kerugian konstitusional Pemohon adalah kekakuan dalam UUPA dan bersumber dari UU Perbankan Syariah yang mengatur tidak secara jelas.
3. Kemudian, Pemohon berpendapat bahwa pasal-pasal dimaksud bersifat multitafsir, yaitu cakupan pemberian kewenangan pengaturan karena pengertian prinsip hukum Islam bersifat luas. Akibatnya, terjadi tumpang tindih

antara materi muatan undang-undang dengan materi muatan yang didelegasikan.

II. KEPENTINGAN HUKUM OJK SELAKU PIHAK TERKAIT DALAM PERKARA A QUO

1. Berdasarkan ketentuan Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2011 tentang Otoritas Jasa Keuangan (selanjutnya disebut UU OJK) ditentukan bahwa OJK dibentuk berdasarkan UU OJK sebagai sebuah lembaga yang independen dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya, bebas dari campur tangan pihak lain, kecuali untuk hal-hal yang secara tegas diatur dalam UU OJK.
2. Sebagaimana diatur dalam Pasal 1 angka 1 *juncto* Pasal 6, Pasal 7, Pasal 8 dan Pasal 9 UU OJK, fungsi, tugas dan wewenang OJK adalah untuk melakukan pengaturan dan pengawasan terhadap kegiatan jasa keuangan di sektor perbankan, termasuk perbankan syariah. Di dalam pasal-pasal UU Perbankan Syariah *juncto* Pasal 55 ayat (2) UU OJK sendiri juga disebutkan secara tegas bahwa OJK memiliki fungsi, tugas, dan wewenang pengaturan dan pengawasan Bank Syariah serta Unit Usaha Syariah (UUS) sesuai dengan kewenangan yang didelegasikan oleh UU Perbankan Syariah.
3. Apabila memperhatikan pokok permohonan Pemohon, hal-hal yang disampaikan Pemohon dalam permohonannya sangat berkaitan erat dengan fungsi, tugas, dan wewenang dari OJK sebagai pengatur dan pengawas kegiatan jasa keuangan di sektor perbankan. Terlebih lagi, Pemohon juga menyandarkan dasar permohonannya pada peraturan-peraturan yang dikeluarkan maupun yang berkaitan dengan fungsi, tugas, dan wewenang OJK. Demikian pula hal-hal yang dimohonkan oleh Pemohon kepada Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi pada bagian petitum sangat terkait dengan kewenangan OJK, karena Pemohon antara lain memohon agar fatwa di bidang syariah dalam UU Perbankan Syariah ditetapkan dalam Peraturan OJK sesuai kewenangan OJK.
4. Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, OJK dalam hal ini memiliki kepentingan atas pokok permohonan Pemohon karena kedudukan OJK sebagai lembaga yang memiliki fungsi, tugas, dan wewenang pengaturan dan pengawasan kegiatan jasa keuangan di sektor perbankan, khususnya perbankan syariah.

III. KEDUDUKAN HUKUM (*LEGAL STANDING*) PEMOHON

1. Sesuai dengan ketentuan Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 (untuk selanjutnya disebut UU MK), menyatakan bahwa Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang, yaitu:
 - a. perorangan warga negara Indonesia;
 - b. kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang;
 - c. badan hukum publik atau privat; atau
 - d. lembaga negara.
2. Ketentuan di atas dipertegas dalam penjelasannya, bahwa yang dimaksud dengan “hak konstitusional” adalah hak-hak yang diatur dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, maka Pemohon terlebih dahulu harus menjelaskan dan membuktikan:
 - a. Kualifikasinya dalam permohonan *a quo* sebagaimana disebut dalam Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (untuk selanjutnya disebut UU MK);
 - b. Hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dalam kualifikasi dimaksud yang dianggap telah dirugikan oleh berlakunya undang-undang yang diuji;
 - c. Kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon sebagai akibat berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian.
3. Lebih lanjut, Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia telah memberikan pengertian dan batasan kumulatif tentang kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional yang timbul karena berlakunya suatu undang-undang menurut Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi (vide Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-III/2005 dan putusan-putusan berikutnya), harus memenuhi 5 (lima) syarat yaitu:

- a. adanya hak konstitusional Pemohon yang diberikan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945;
 - b. bahwa hak konstitusional Pemohon tersebut dianggap oleh Pemohon telah dirugikan oleh suatu undang-undang yang diuji;
 - c. bahwa kerugian konstitusional Pemohon yang dimaksud bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya bersifat potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;
 - d. adanya hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian dan berlakunya undang-undang yang dimohonkan untuk diuji;
 - e. adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan maka kerugian konstitusional yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi.
4. Atas hal-hal tersebut di atas, kiranya Yang Mulia Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi perlu mempertimbangkan kembali persyaratan Pemohon sebagai pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan atas berlakunya ketentuan Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU Perbankan Syariah terhadap ketentuan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28H ayat (2) dan ayat (4), dan Pasal 28I ayat (5) UUD 1945.
 5. Terhadap kedudukan hukum (*legal standing*) Pemohon, OJK berpendapat bahwa alasan-alasan yang menjadi dasar diajukannya Permohonan pengujian perkara *a quo* tidak memiliki dasar yang memadai sesuai dengan ketentuan yang telah dijelaskan di atas.
 6. Berdasarkan Surat Permohonan dari Pemohon pengujian *a quo*, identitas Pemohon adalah sebagaimana tercantum dalam halaman 1 surat permohonan *a quo* yang pada pokoknya Pemohon adalah Warga Negara Indonesia yang berprofesi sebagai advokat, yang bertindak untuk dan atas nama dirinya sendiri, untuk selanjutnya disebut sebagai Pemohon.
 7. Permasalahan yang disampaikan Pemohon dalam permohonannya pada dasarnya merupakan permasalahan penerapan norma (implementasi) dan tidak terkait dengan konstitusionalitas norma yang dimohonkan untuk diuji. Hal ini telah disebutkan dalam beberapa pokok permohonan *a quo*, yaitu:
 - a. Pemohon yang berprofesi sebagai Advokat menyampaikan alasan Pemohon menyampaikan uji materiil Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU Perbankan Syariah adalah “*karena*

mempertimbangkan profesi Pemohon sebagai advokat untuk memberikan jasa hukum maka Pemohon memiliki hak untuk menggunakan berbagai macam moda produk perbankan Syariah yang sesuai dengan kebutuhan Pemohon dan memiliki landasan hukum yang kuat. Namun sayangnya, pengaturan perbankan Syariah bersifat tidak jelas karena tersebar di berbagai macam bentuk produk hukum dan saling bertentangan antara produk hukum yang satu dengan yang lainnya sehingga menimbulkan keraguan bagi Pemohon” (vide angka 2.7 Perbaikan Permohonan).

- b. Dapat kami sampaikan Yang Mulia Majelis Mahkamah Konstitusi, bahwa dalam permohonan *a quo* Pemohon juga tidak menjelaskan secara perinci mengenai argumentasi yang eksplisit dan cukup terang terkait dengan kondisi konkrit hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian Pemohon dengan berlakunya undang-undang yang diuji, melainkan hanya secara sumir atau singkat dalam angka 2.6 halaman 4 Perbaikan Permohonannya Pemohon menyatakan dalam hal “UU Perbankan Syariah sudah dapat memberikan dasar pengaturan yang jelas yang dapat memberikan kepastian hukum yang adil maka Pemohon mengajukan fasilitas pembiayaan ke bank Syariah berdasarkan Akad Murabahah”.
 - c. Selain itu, menurut Pemohon dalam angka 2.9. halaman 5 Permohonannya menyatakan bahwa “Pemohon menyadari salah satu penyebab kerugian konstitusional Pemohon adalah kekakuan dalam UUPA. Namun, ketika suatu UU dipahami sebagai suatu sistem yang saling berkaitan, Pemohon juga menyadari suatu akibat tidak hanya berasal dari satu sebab, sehingga penyebab kerugian konstitusional Pemohon juga bersumber dari UU Perbankan Syariah yang mengatur tidak secara jelas”.
8. Alasan-alasan Pemohon yang mendalilkan telah terjadi kerugian konsitusional dalam Perbaikan Permohonan Perkara *a quo* patut dipertanyakan kembali apakah Pemohon memang memenuhi persyaratan sebagai Pihak yang dirugikan kewenangan konstitusionalnya atas berlakunya Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU Perbankan Syariah.

9. Selanjutnya, Pemohon dalam Permohonannya tidak mampu menguraikan alasan-alasan valid mengenai ada tidaknya kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional yang diberikan UUD 1945 yang diakibatkan oleh berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian, melainkan langsung melompat pada kesimpulan akan "*mengajukan fasilitas pembiayaan ke bank Syariah berdasarkan Akad Murabahah*".
10. Berdasarkan hal tersebut di atas, dapat kami sampaikan kepada Yang Mulia Ketua dan Anggota Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi bahwa ketika Pemohon mengajukan fasilitas pembiayaan ke bank syariah berdasarkan Akad Murabahah, sebagaimana yang tercantum dalam Permohonan Pemohon, maka seharusnya Pemohon tunduk dan patuh terhadap ketentuan terkait perbankan syariah yang telah sesuai dengan prinsip-prinsip syariah serta persyaratan lainnya, sebagai perwujudan dari prinsip kehati-hatian yang mengacu pada ketentuan lainnya yang terkait.
11. Oleh karena itu, kiranya adalah tepat dan sudah sepatutnya jika Ketua/Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi secara bijaksana menyatakan permohonan Pemohon tidak memenuhi kualifikasi sebagaimana ditentukan dalam Pasal 51 UU MK sehingga dengan demikian Permohonan Pemohon layak untuk dinyatakan tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk verklaard*).
12. Namun jika Yang Mulia Ketua/Anggota Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi memberikan pendapat yang berbeda, maka OJK menyerahkan kepada Yang Mulia Ketua/Anggota Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi untuk mempertimbangkan dan menilai apakah Pemohon memenuhi kualifikasi sebagai pihak yang memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) atau tidak, sebagaimana ditentukan oleh ketentuan Pasal 51 ayat (1) UU MK maupun berdasarkan putusan-putusan Mahkamah Konstitusi terdahulu (sejak Putusan Nomor 006/PUU-III/2005 dan Putusan Nomor 11/PUU-V/2007).

IV. LATAR BELAKANG PENGATURAN DAN ASPEK MANFAAT PERBANKAN SYARIAH

Setelah membaca dan mempelajari surat permohonan *a quo*, OJK terlebih dahulu akan menjelaskan terkait latar belakang pengaturan perbankan Syariah sebagai berikut:

Latar Belakang dan Sejarah pengaturan Perbankan Syariah di Indonesia

1. Kebijakan Pemerintah Republik Indonesia yang cukup berpengaruh dalam perkembangan perbankan di awal kemerdekaan yaitu nasionalisasi *De Javasche Bank* melalui Undang-Undang Nomor 24 Tahun 1951 tentang Nasionalisasi *De Javasche Bank*. Selanjutnya pada tahun 1953 dengan pertimbangan guna lebih memberikan kemudahan menjalankan kebijakan moneter dan kebijakan perekonomian maka ditetapkan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1953 tentang Penetapan Undang-Undang Pokok Bank Indonesia dan yang lebih dikenal dengan nama Undang-Undang Pokok Bank Indonesia 1953. Sesuai dengan UU tersebut, Bank Indoensai (BI) sebagai bank sentral bertugas untuk mengawasi bank-bank.
2. Kemudian dalam rangka mendukung pembinaan sistem ekonomi Indonesia berdasarkan Pancasila yang menjamin berlangsungnya demokrasi ekonomi, pada tahun 1967 ditetapkan Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1967 tentang Pokok-pokok Perbankan, yang menjadi pengaturan awal tatanan perbankan di Indonesia. Selanjutnya, untuk memelihara kesinambungan pelaksanaan pembangunan nasional, disahkannya Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 (untuk selanjutnya disebut UU Perbankan).
3. Sebagaimana diatur dalam Pasal 1 angka 2 UU Perbankan bahwa bank adalah badan usaha yang menghimpun dana dari masyarakat dalam bentuk simpanan dan menyalurkannya kepada masyarakat dalam bentuk kredit dan atau bentuk-bentuk lainnya dalam rangka meningkatkan taraf hidup rakyat banyak.
4. Tujuan perbankan Indonesia sebagaimana ditentukan dalam Pasal 4 UU Perbankan adalah untuk menunjang pelaksanaan pembangunan nasional dalam rangka meningkatkan pemerataan, pertumbuhan ekonomi, dan stabilitas nasional kearah peningkatan kesejahteraan rakyat banyak. Oleh karena itu, tidak dapat disangkal bahwa sedari awal kemerdekaan Republik Indonesia, Perbankan menjadi sektor penggerak ekonomi nasional di Indonesia.
5. Bank syariah pertama kali muncul pada tahun 1963 sebagai *pilot project* dalam bentuk bank tabungan pedesan di kota kecil Mit Ghamr, Mesir. Percobaan berikutnya terjadi di Pakistan pada tahun 1965 dalam bentuk bank koperasi. Setelah itu, gerakan bank syariah mulai hidup kembali pada pertengahan tahun

1970-an. Berdirinya *Islamic Development Bank* pada 20 Oktober 1975, yang merupakan lembaga keuangan internasional Islam multilateral, mengawali periode ini dengan memicu bermunculannya bank syariah penuh di berbagai negara, seperti *Dubai Islamic Bank* di Dubai (Maret 1975), *Faisal Islamic Bank* di Mesir dan Sudan (1977), dan *Kuwait Finance House* di Kuwait (1977). Sampai saat ini lebih dari 200 bank dan lembaga keuangan syariah beroperasi di 70 negara muslim dan nonmuslim yang total portofolionya sekitar USD200 milyar.

6. Perkembangan kegiatan operasional perbankan syariah di Indonesia dalam perkembangannya dimulai pada tahun 1992 sejak pendirian PT Bank Muamalat Indonesia, Tbk (PT BMI) atau 4 tahun setelah deregulasi Pakto 88. Perkembangan perbankan syariah berjalan lebih lambat dibandingkan dengan bank konvensional. Operasional perbankan syariah di Indonesia didasarkan pada Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan yang selanjutnya diperbaharui dengan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998. Pertimbangan perubahan Undang-Undang tersebut dilakukan untuk mengantisipasi tantangan sistem keuangan yang semakin maju dan kompleks dan untuk mempersiapkan infrastruktur memasuki era globalisasi.
7. Bank syariah adalah institusi keuangan yang berbasis prinsip syariah. Hal ini berarti bahwa secara makro bank syariah adalah institusi keuangan yang memosisikan dirinya sebagai pemain aktif dalam mendukung dan memainkan kegiatan investasi di masyarakat sekitarnya. Di satu sisi (sisi pasiva atau *liability*) bank syariah adalah lembaga keuangan yang mendorong dan mengajak masyarakat untuk ikut aktif berinvestasi melalui berbagai produknya, sedangkan di sisi lain (sisi aktiva atau aset) bank syariah aktif untuk melakukan investasi di masyarakat. Dalam kacamata mikro, bank syariah adalah institusi keuangan yang menjamin seluruh aktivitas investasi yang menyertainya telah sesuai dengan Syariah.
8. Dengan mulai tumbuhnya kegiatan usaha atau kegiatan pendanaan berprinsip syariah sehingga perlu diaturnya pengaturan yang dapat mengimbangi peraturan terkait bank konvensional. Pembentukan peraturan perundang-undangan tersebut tentu melihat kebutuhan yang ada dalam masyarakat dengan memperhatikan asas manfaat.

9. Dengan adanya kebutuhan masyarakat Indonesia akan jasa-jasa perbankan syariah semakin meningkat dan perbankan syariah memiliki kekhususan dibandingkan dengan perbankan konvensional, dibentuklah UU Perbankan Syariah sebagai wujud pengaturan dan dasar hukum perbankan syariah di Indonesia.
10. Pengaturan dalam masyarakat mengikuti dinamika perkembangan dan kebutuhan masyarakat itu sendiri. Dengan berkembangnya industri perbankan syariah di Indonesia diharapkan dapat mendukung perekonomian nasional semakin signifikan.
11. Pada dasarnya, perbankan syariah berprinsip keadilan dan hanya membiayai kegiatan usaha yang halal serta mengikuti aturan-aturan dan norma-norma Islam sebagaimana dijelaskan dalam Penjelasan Pasal 2 UU Perbankan Syariah bahwa kegiatan usaha dalam perbankan syariah berasaskan prinsip Syariah yang tidak mengandung unsur:
 - a. *riba*, yaitu penambahan pendapatan secara tidak sah (*batal*) antara lain dalam transaksi pertukaran barang sejenis yang tidak sama kualitas, kuantitas, dan waktu penyerahan (*fadhli*), atau dalam transaksi pinjam-meminjam yang mempersyaratkan Nasabah Penerima Fasilitas mengembalikan dana yang diterima melebihi pokok pinjaman karena berjalannya waktu (*nasi'ah*);
 - b. *maisir*, yaitu transaksi yang digantungkan kepada suatu keadaan yang tidak pasti dan bersifat untung-untungan;
 - c. *gharar*, yaitu transaksi yang objeknya tidak jelas, tidak dimiliki, tidak diketahui keberadaannya, atau tidak dapat diserahkan pada saat transaksi dilakukan kecuali diatur lain dalam syariah;
 - d. haram, yaitu transaksi yang objeknya dilarang dalam syariah; atau
 - e. zalim, yaitu transaksi yang menimbulkan ketidakadilan bagi pihak lainnya.
12. Dari sisi pengaturan perbankan, UU Perbankan Syariah merupakan Undang-Undang yang bersifat *lex specialis*. Kekhususan tersebut ada karena terdapat pengaturan khusus untuk bank syariah yaitu antara lain:
 - a. Kegiatan usaha bank syariah dan/atau produk dan jasa syariah wajib tunduk kepada Prinsip Syariah (vide Pasal 19, Pasal 20, dan Pasal 21 UU Perbankan Syariah);
 - b. Prinsip Syariah difatwakan oleh Majelis Ulama Indonesia;

- c. Fatwa sebagaimana dimaksud dituangkan dalam Peraturan OJK (dahulu diatur dalam Peraturan Bank Indonesia);
 - d. Dalam rangka penyusunan Peraturan Bank Indonesia, Bank Indonesia membentuk komite perbankan syariah.
 - e. Ketentuan lebih lanjut mengenai tata cara pembentukan, keanggotaan, dan tugas komite perbankan syariah diatur dengan Peraturan Bank Indonesia.
13. Pada dasarnya, latar belakang lahirnya UU Perbankan Syariah adalah sebagai wujud implementasi dalam menghadapi permasalahan yang ada dan untuk melindungi masyarakat Islam seperti dalam bertransaksi. Selain itu, perbankan syariah mengakomodir masyarakat Islam yang merupakan mayoritas masyarakat di Indonesia sehingga mendapatkan perlindungan hukum terkait kegiatan, tindakan, dan transaksi sesuai prinsip-prinsip syariah.
 14. Namun demikian perbankan syariah terbuka untuk masyarakat Indonesia baik masyarakat Islam maupun masyarakat non-Islam yang mana dimungkinkan adanya produk yang tidak ada di bank konvensional.
 15. Terbentuknya perbankan syariah juga bertujuan untuk menyejahterakan masyarakat terutama masyarakat dengan ekonomi lemah sehingga mempunyai payung hukum yaitu UU Perbankan Syariah dalam melakukan kegiatan ekonomi.
 16. Produk bank syariah memiliki keunggulan dibandingkan dengan produk yang ada di bank konvensional antara lain bahwa produk yang dikeluarkan bank syariah berdasarkan prinsip-prinsip syariah, terdapat produk yang mengakomodir penyimpanan dana dan pengguna dana terhindar dari risiko fluktuasi suku bunga sehingga memudahkan rencana dalam melakukan usaha, dan produk perbankan syariah juga bervariasi yang sebagian besar tidak ada di bank konvensional seperti *Murabahah*, *Ijarah* dan *Ijarah Muntahiyah Bit Tamlik* (IMBT).
 17. Oleh karena itu, lahirnya perbankan syariah merupakan salah satu bentuk pengaturan yang mengakomodir kepentingan dan kebutuhan masyarakat dalam bertransaksi sesuai dengan prinsip-prinsip syariah dan menghindarkan dari tindakan-tindakan yang dilarang. UU Perbankan Syariah membuka ruang atas kegiatan transaksi dan pendanaan sesuai dengan prinsip-prinsip syariah

dalam agama Islam yang mana dengan dikeluarkannya fatwa oleh Dewan Syariah Nasional-Majelis Ulama Indonesia (DSN-MUI).

18. Dengan demikian, prinsip syariah sebagai dasar dalam perbankan syariah menjadi sangat fundamental karena menjadi dasar eksistensi bank syariah itu sendiri sehingga membedakannya dengan bank konvensional.
19. Dapat dipahami bahwa UU Perbankan Syariah dalam tatanan hukum ekonomi Islam di Indonesia, merupakan UU pertama yang secara khusus mengatur tentang lembaga keuangan syariah di Indonesia. UU Perbankan Syariah pada dasarnya untuk melengkapi unsur substansi hukum perbankan syariah, mengingat struktur hukum berupa lembaganya telah beroperasi 16 (enam belas) tahun sebelumnya. Sinergitas diperlukan antar institusi/profesi/elemen untuk mendukung akselerasi industri perbankan syariah yang kompetitif.
20. Adapun urgensi diaturnya prinsip syariah dalam suatu Undang-Undang, yaitu:
 - a. Eksistensi hukum Islam di Indonesia sangat kuat secara filosofis, historis, praktis, sosiologis, keilmuan/ilmiah, yuridis, dan konstitusional sejak masa kolonial sampai pasca kemerdekaan.
 - b. Ruang lingkup dan prinsip hukum Islam yaitu ibadah antara manusia dengan Tuhan dan muamalah (kaidah hukum) antara manusia dengan masyarakat, manusia dengan dirinya, dan manusia dengan lingkungan.
 - c. Penguatan *syariah compliance* diperlukan untuk meningkatkan kepercayaan nasabah dan mengakselerasi industri perbankan syariah dengan jaminan prinsip syariah.
21. Dalam Pasal 26 ayat (2) UU Perbankan Syariah, BI/OJK mentransformasi muatan fatwa ke PBI/POJK sebagai wujud nyata bahwa negara bisa menjembatani apa yang menjadi kebutuhan umat muslim atas terpenuhinya hak spiritual dalam bertransaksi. Artinya, hal ini merupakan hal yang khusus bersifat mikro. Dalam peraturan perundang-undangan atau terkait pembentukan lembaga merupakan sifat yang makro.
22. Lebih lanjut, perbankan syariah Indonesia yang terdiri atas Bank Umum Syariah (BUS), Unit Usaha Syariah (UUS), dan Bank Pembiayaan Rakyat Syariah (BPRS) terus menunjukkan pertumbuhan positif sebagaimana diuraikan lebih lanjut di bawah ini.

Aspek Manfaat dan Perkembangan Perbankan Syariah

23. Berdasarkan Laporan Perkembangan Keuangan Syariah Indonesia 2020, Pada tahun 2020 kondisi ketahanan perbankan syariah semakin solid. Hal ini tercermin dari meningkatnya rasio CAR Bank Umum Syariah (BUS) sebesar 105 bps (yoy) menjadi 21,64%. Sementara itu, fungsi intermediasi perbankan syariah berjalan dengan baik. Pembiayaan yang diberikan (PYD) dan Dana Pihak Ketiga (DPK) masing-masing tumbuh positif sebesar 8,08% (yoy) dan 11,98% (yoy), sehingga pertumbuhan aset perbankan syariah selama periode tersebut sebesar 13,11% (yoy). Total Aset, PYD, dan DPK perbankan syariah masing-masing mencapai Rp608,90 triliun, Rp394,63 triliun, dan Rp475,80 triliun pada akhir tahun 2020.
24. Selanjutnya, likuiditas perbankan syariah juga memadai, yang ditunjukkan oleh rasio *Financing to Deposit Ratio* (FDR) yang terjaga pada kisaran 80-90%. Rata-rata harian rasio AL/NCD selalu berada di atas *threshold* 50%, yaitu sebesar 119,13%. Rata-rata harian rasio AL/DPK juga berada di atas *threshold* 10%, yaitu sebesar 24,51%. Risiko kredit perbankan syariah menunjukkan penurunan *Non Performing Financing* (NPF) gross sebesar 3 bps (yoy) menjadi sebesar 3,08%.
25. Berdasarkan Statistik Perbankan Syariah Desember 2020, bahwa pada Desember 2020 total aset BUS sekitar Rp397,073 triliun dengan jumlah bank yaitu 14 BUS dan jumlah kantor sebanyak 2.034 kantor. Pada Desember 2020, total aset UUS adalah sekitar Rp196,875 triliun dengan jumlah Bank Umum Konvensional yang memiliki UUS yaitu 20 UUS dan jumlah kantor UUS yaitu sebanyak 392 kantor. Pada Desember 2020, BPRS memiliki jumlah bank yaitu 163 BPRS dengan jumlah kantor yaitu 627 kantor.
26. Lebih lanjut, berdasarkan Statistik Perbankan Syariah Desember 2021, bahwa pada Desember 2021 total aset BUS yaitu Rp441,789 triliun dengan jumlah bank yaitu 12 BUS dan jumlah kantor yaitu sebanyak 2.035 kantor. Pada Desember 2021, total aset UUS yaitu Rp234,947 triliun dengan jumlah Bank Umum Konvensional yang memiliki UUS adalah 21 UUS dan jumlah kantor UUS sebanyak 444 kantor. Pada Desember 2021, BPRS memiliki jumlah bank sebanyak 164 BPRS dengan jumlah kantor yaitu 659 kantor. Total aset Perbankan Syariah adalah Rp.693,80 triliun.

27. Berdasarkan posisi Desember 2021, *market share* aset perbankan syariah sebesar 6,74% dengan BUS memiliki porsi aset sebesar 63,68% sementara UUS sebesar 33,86%, dan BPRS sebesar 2,46%. DPK tumbuh lebih tinggi dari tahun sebelumnya dan PYD masih tumbuh positif serta jumlah rekening perbankan syariah (BUS, UUS, dan BPRS) terus menunjukkan peningkatan dibandingkan akhir tahun 2020.
28. Kinerja perbankan syariah dapat terlihat dengan perbankan syariah tumbuh positif baik dari sisi aset, PYD, maupun DPK dengan laju masing-masing sebesar 13,94%, 6,18%, dan 12,89%. Ketahanan perbankan syariah memadai dengan ditunjukkan oleh permodalan yang meningkat, stabilitas risiko kredit, dan likuiditas yang terjaga. Rentabilitas membaik yang didukung oleh peningkatan efisiensi.
29. Berdasarkan perkembangan perbankan syariah, *market share* perbankan syariah mengalami peningkatan pada Desember 2021 dengan *market share* tertinggi pada DPK yang mencapai 7,06%, *market share* aset mencapai 6,74%, dan *market share* PYD terjaga pada 7,11%. Selain itu, jumlah rekening DPK meningkat 4,66 juta rekening dari Desember 2020 dan jumlah rekening PYD pun mengalami peningkatan 572 ribu sejak Desember 2020.
30. Saat ini perbankan syariah di Indonesia posisinya sangat baik dibandingkan dengan negara-negara lain di dunia. Indonesia berada pada posisi peringkat pertama *Islamic Finance Country Index (IFCI)* pada *Global Islamic Finance Report 2021*. Selanjutnya, Indonesia berhasil berada posisi kedua berdasarkan *Islamic Finance Development Indicator (IFDI) 2021*. Hal tersebut menunjukkan bahwa perkembangan dan pertumbuhan perbankan syariah di Indonesia tidak bisa disangkal keberadaannya sehingga mempertahankan ketahanan ekonomi nasional.
31. Oleh karena itu, agar pertumbuhan dan perkembangan perbankan syariah dapat terus dilanjutkan, diperlukan integrasi setiap elemen pendukung ekonomi syariah yang tercemin dalam ekosistem ekonomi syariah yang kuat di mana perbankan syariah menjadi salah satunya yang berperan besar. Elemen *commercial finance*, industri halal, *social finance*, komunitas (lembaga islam, pesantren, masjid) ataupun lainnya saling terhubung dan perlu dikembangkan dengan kapasitas sumber daya manusia (SDM), penelitian dan

pengembangan, regulasi, *branding* (sosialisasi dan promosi), teknologi digital, dan perlindungan konsumen.

32. Adapun tantangan (kendala) yang dihadapi industri perbankan syariah di Indonesia, yaitu daya saing (skala usaha kecil dan modal yang belum memadai), model bisnis dengan produk yang kurang variatif dan terkesan sama dengan bank konvensional, kuantitas dan kualitas SDM belum memadai, dampak digitalisasi yang terus meluas dan belum siap, jumlah jaringan layanan belum memadai, efektifitas kebijakan *spin off* dan *office channelling* belum optimal, rendahnya pemahaman dan partisipasi masyarakat, terbatasnya SDM Dewan Pengawas Syariah (DPS), dan terbatasnya SDM berkompetensi syariah pada profesi yang dibutuhkan.
33. Dengan demikian, pada faktanya dapat terlihat bahwa perbankan syariah di Indonesia tumbuh dan semakin berkembang di lingkungan masyarakat Indonesia. Terlebih lagi bahwa dengan adanya pertumbuhan dan perkembangan perbankan syariah di Indonesia juga memberikan dampak positif bagi pembangunan dan perekonomian Indonesia, yaitu memberikan lapangan pekerjaan bagi masyarakat Indonesia sehingga bertambahnya jumlah tenaga kerja di Indonesia.
34. Berdasarkan data dalam statistik, pada Desember 2020 bahwa jumlah tenaga kerja pada BUS adalah 50.212 tenaga kerja, pada UUS adalah 5.357 tenaga kerja, dan pada BPRS adalah 6.750 tenaga kerja. Sedangkan pada Desember 2021 bahwa jumlah tenaga kerja pada BUS adalah 50.708 tenaga kerja, pada UUS adalah 5.590, dan pada BPRS adalah 6.964 tenaga kerja.
35. Berdasarkan hal-hal di atas, dapat dipahami bahwa kehadiran bank syariah di Indonesia mampu memenuhi kebutuhan masyarakat yang menghendaki layanan jasa perbankan yang sesuai dengan prinsip syariah agama Islam yang dianutnya. Oleh karena itu, produk perbankan syariah harus menghindari unsur-unsur yang dilarang oleh prinsip-prinsip syariah sebagaimana dalam hukum Islam.
36. Perbankan syariah hadir untuk mengakomodir kepentingan dan kebutuhan masyarakat di Indonesia yang mayoritas beragama Islam yang mana produk dan layanan yang ada di bank syariah tidak terdapat di bank konvensional, khususnya yang berkaitan dengan pelarangan praktik riba, kegiatan yang bersifat spekulatif yang nonproduktif yang serupa dengan perjudian,

ketidakjelasan, dan pelanggaran prinsip keadilan dalam bertransaksi, serta keharusan penyaluran pembiayaan dan investasi pada kegiatan usaha yang etis dan halal secara Syariah.

37. Dengan demikian, perbankan syariah merupakan ekspresi kesadaran dan kebutuhan umat Islam secara universal dan global dalam mengamalkan Islam, khususnya dalam bertransaksi sesuai syariah. Sifat UU Perbankan Syariah pada dasarnya untuk melengkapi unsur substansi hukum perbankan syariah.
38. Perkembangan perbankan syariah yang sangat baik tersebut di atas tentunya menunjukkan bahwa tingkat keyakinan dan kepercayaan masyarakat atas bank-bank syariah di Indonesia terus tumbuh dan meningkat.
39. Dengan demikian pernyataan Pemohon dalam perkara *a quo* yang mendalilkan bahwa dalam layanan perbankan syariah tidak terdapat kepastian hukum yang adil, memberikan manfaat, dan kemudahan yang sama (vide angka 2.5 hal. 4 Permohonan) dan bahwa transaksi perbankan syariah tidak berjalan dengan lancar (vide angka 3.3.86 hal. 79 Permohonan) adalah argumen yang tidak sesuai dengan fakta-fakta sebagaimana diuraikan di atas.

V. KETENTUAN TEKNIS ATAU IMPLEMENTASI PERBANKAN SYARIAH

A. UNDANG-UNDANG PERBANKAN SYARIAH TIDAK MENGENAL DELEGASI BLANGKO

1. Pendelegasian wewenang pengaturan oleh suatu peraturan perundang-undangan merupakan hal yang biasa dan diperbolehkan dalam Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2019 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (UU P3).
2. Pada Lampiran II Bab II UU P3 diatur secara khusus terkait dengan pendelegasian wewenang dari peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi kepada peraturan perundang-undangan yang lebih rendah. UU P3 juga membuka ruang untuk dilakukan pendelegasian wewenang dari suatu undang-undang kepada undang-undang yang lain, dari Peraturan Daerah Provinsi kepada Peraturan Daerah Provinsi yang lain, atau dari Peraturan Daerah Kabupaten/Kota kepada Peraturan Daerah Kabupaten/Kota yang lain. Sehingga pendelegasian wewenang pengaturan bisa bersifat horizontal maupun vertikal.

3. Selanjutnya, UU P3 mengatur secara tegas bahwa suatu pendelegasian kewenangan mengatur tidak boleh adanya delegasi blangko. Contoh yang diberikan seperti penggunaan kalimat, "*Hal-hal yang belum cukup diatur dalam Undang-Undang ini, diatur lebih lanjut dengan Peraturan Pemerintah.*" dan "*Hal-hal yang belum diatur dalam Qanun ini sepanjang pengaturan pelaksanaannya, diatur dengan Peraturan Bupati.*" Dalam hal ini berarti, delegasi blangko dimaknai sebagai tidak adanya pembatasan materi yang dapat diatur dalam suatu peraturan perundang-undangan yang menerima delegasi, sepanjang diatur dalam jenis peraturan perundang-undangan yang ditunjuk.
4. Materi muatan dalam Pasal 1 angka 12 maupun Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU Perbankan Syariah berisikan norma-norma yang memberikan kewenangan kepada Majelis Ulama Indonesia (MUI) untuk mengeluarkan fatwa sebatas tentang prinsip syariah. Selanjutnya, fatwa dimaksud dituangkan dalam Peraturan Bank Indonesia (saat ini Peraturan Otoritas Jasa Keuangan (POJK)).
5. Memperhatikan apa yang diatur dalam UU P3 dan pasal-pasal yang diujimateriikan, pasal dimaksud tidak termasuk dalam pengertian delegasi blangko yang dikenal dalam UU P3. Apa yang diatur dalam pasal-pasal yang dimintakan uji materil merupakan bentuk *open legal policy* dari pembentuk peraturan perundang-undangan (dhi. Undang-Undang). Pembentuk peraturan perundang-undangan telah menyerahkan pendefinisian prinsip syariah yang lebih mendetail kepada MUI. Selanjutnya, atas fatwa yang telah difatwakan oleh MUI, oleh pembentuk UU diputuskan untuk menuangkannya dalam bentuk Peraturan Bank Indonesia (saat ini POJK).
6. Pembentuk peraturan perundang-undangan juga menyerahkan fatwa pada MUI dalam Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2008 tentang Surat Berharga Syariah Negara (untuk selanjutnya disebut UU SBSN), yang pengesahannya dilakukan sebelum UU Perbankan Syariah. Selain itu, dalam Undang-Undang Nomor 33 Tahun 2014 tentang Jaminan Produk Halal juga menegaskan posisi pentingnya fatwa MUI atas sertifikat halal yang merupakan pengakuan kehalalan suatu produk.
7. Pasal 26 ayat (3) UU Perbankan Syariah mengatur terkait penguangan fatwa MUI dalam peraturan Otoritas Jasa Keuangan. Hal ini dilakukan dalam rangka

mengesahkan suatu fatwa menjadi suatu bentuk peraturan perundang-undangan sebagaimana diakui oleh UU P3. Dengan telah dituangkannya substansi fatwa dalam peraturan perundang-undangan, substansi fatwa menjadi peraturan yang harus ditaati. Hal ini menjadi bukti nyata bahwa di Indonesia, hukum agama tidak dapat dipisahkan dengan hukum negara sebagaimana juga terlihat dari Pasal 29 ayat (1) UUD 1945.

8. Oleh karena itu, pasal-pasal yang dimintakan uji materi merupakan cerminan kebijakan pembentuk peraturan perundang-undangan, untuk mendelegasikan urusan fatwa yang berisikan prinsip syariah kepada MUI dan penguangannya dalam peraturan perundang-undangan oleh lembaga yang memiliki fungsi, tugas, dan wewenang pengaturan di sektor perbankan syariah.
9. Proses penguangan fatwa MUI ke dalam peraturan Otoritas Jasa Keuangan dilakukan tanpa mengurangi apa yang telah ditetapkan dalam fatwa dimaksud. Setiap penyusunan peraturan terkait prinsip syariah yang dikeluarkan oleh OJK, senantiasa mengacu pada fatwa MUI sehingga tidak ada satupun peraturan OJK terkait perbankan Syariah yang bertentangan atau disharmoni dengan fatwa yang ditetapkan oleh MUI. Oleh karena itu, tidak terdapat disharmoni antara ketentuan yang mengatur mengenai perbankan syariah yang dikeluarkan OJK dengan fatwa Dewan Syariah Nasional MUI (DSN-MUI).
10. Selama ini, OJK hanya mengatur produk dan layanan perbankan syariah yang telah diatur oleh fatwa dari MUI. Adapun terkait dengan kewenangan menetapkan prinsip Syariah bukan kewenangan OJK, sehingga OJK mendasarkan pengaturan-pengaturan terkait dengan prinsip syariah pada fatwa DSN-MUI. Oleh karena itu, secara prinsip, dalam menuangkan fatwa dalam Peraturan Otoritas Jasa Keuangan, OJK tidak pada posisi untuk tidak menyetujui substansi fatwa yang dikeluarkan oleh MUI. Sesuai dengan ketentuan Pasal 6 s.d. Pasal 9 UU OJK, kewenangan OJK hanya terbatas pada pengaturan dan pengawasan di sektor jasa keuangan, termasuk sektor perbankan.

Dengan demikian, sangat tidak tepat apabila OJK diberikan kewenangan untuk menentukan prinsip syariah termasuk dalam layanan perbankan syariah, karena hal tersebut bukan merupakan kewenangan dari OJK.

11. Penguangan fatwa MUI dalam POJK dapat dilihat antara lain pada Peraturan Otoritas Jasa Keuangan Nomor 13/POJK.03/2021 tentang Penyelenggaraan

Produk Bank Umum (POJK 13/2021). Dalam peraturan dimaksud, apa yang telah ditetapkan dalam fatwa dimuat dalam bentuk POJK, yang mana sumber fatwa tetap disebutkan secara jelas. Atas hal tersebut, ketentuan produk perbankan syariah tetap memperhatikan Fatwa DSN MUI. Oleh karena itu, POJK 13/2021 tidak bertentangan dengan fatwa MUI karena apa yang ditetapkan dalam Fatwa MUI telah dimuat dalam POJK sebagaimana diamanatkan dalam UU Perbankan Syariah.

12. Dalam POJK 13/2021, penerapan fatwa diikuti dengan penyebutan dasar hukum atas fatwa, sebagai contoh, pada produk pembiayaan *ijarah*, acuan fatwa yang digunakan, yaitu:
 - a. Fatwa DSN-MUI Nomor 09/DSN-MUI/IV/2000 tentang Pembiayaan Ijarah.
 - b. Fatwa DSN-MUI Nomor 43/DSN-MUI/VIII/2004 tentang Ganti Rugi (Ta'widh).
 - c. Fatwa DSN-MUI Nomor 56/DSN-MUI/V/2007 tentang Ketentuan *Review Ujrah* pada Lembaga Keuangan Syariah.
 - d. Fatwa DSN-MUI Nomor 129/DSN-MUI/VII/2019 tentang Biaya Riil sebagai *Ta'widh* Akibat Wanprestasi.
13. Berdasarkan hal-hal yang telah disampaikan, pengaturan yang saat ini ada dalam UU Perbankan Syariah sudah tepat, khususnya mengenai pembagian kewenangan pengaturan prinsip Syariah bukan kepada OJK. Dalam permohonannya sendiri, Pemohon menyadari bahwa secara substansi, apa yang diatur dalam POJK dan Fatwa DSN-MUI bertujuan untuk memperlancar transaksi perbankan syariah. OJK hanya memastikan transaksi dari bank syariah sudah sesuai ketentuan prinsip syariah yang diadopsi dari Fatwa DSN-MUI. Penerapan fatwa DSN-MUI ke dalam peraturan OJK telah tercantum baik dalam POJK maupun SEOJK.

B. PERMASALAHAN HAK MILIK/HAK MANFAAT DALAM PERMOHONAN PEMOHON

Konsep *Beneficial Ownership* Disandingkan Dengan Konsep Hak Manfaat

14. Menurut Pemohon, konsep *beneficial ownership* dapat diterapkan pada UU Perbankan Syariah sebagaimana konsep *beneficial ownership* telah diadopsi pada Pasal 1 angka 2 Peraturan Presiden Nomor 13 Tahun 2018 tentang

Penerapan Prinsip Mengenali Pemilik Manfaat dari Korporasi Dalam Rangka Pencegahan dan Pemberantasan Tindak Pidana Pencucian Uang dan Tindak Pidana Pendanaan Terorisme (untuk selanjutnya disebut Perpres 13/2018).

15. *Beneficial ownership* atau pemilik manfaat yang dijelaskan dalam permohonan merupakan konsep yang lazimnya dikenal pada negara-negara *common law system*.
16. Adapun konsep *beneficial ownership* di Indonesia diadopsi/diserap sesuai dengan kebutuhan spesifik dari masing-masing peraturan yang ada. Sebagai contoh, dalam Perpres 13/2018, pemilik manfaat adalah pihak yang menerima manfaat baik langsung maupun tidak langsung (*vide* Pasal 1 angka 2 Perpres 13/2018) karena terkait dengan menelusuri pemilik sebenarnya dari suatu dana atau saham korporasi dalam rangka pencegahan dan pemberantasan tindak pidana pencucian uang dan tindak pidana pendanaan terorisme.
17. Contoh yang lain, sebagaimana telah diuraikan Pemohon dalam permohonannya adalah hak manfaat dalam UU SBSN. Negara sebagai pihak yang memegang hak milik atas aset negara (yang terdaftar khususnya tanah) tetap sebagai pemilik atas aset negara. Adapun *underlying* penerbitan SBSN, yaitu penjualan atau penyewaan atas barang milik negara hanya hak manfaatnya saja. Pelaksanaan penjualan atau penyewaan hak manfaat hanya dapat dilakukan dengan akad *ijarah* sehingga bentuknya adalah SBSN *Ijarah*. Selain itu, tujuan dari dikeluarkannya SBSN sendiri yaitu untuk membiayai anggaran pendapatan dan belanja negara termasuk membiayai pembangunan proyek (*vide* Pasal 4 UU SBSN). Oleh karena itu, konsep hak manfaat yang dikenal dalam UU SBSN tidak sama dengan konsep *beneficial owner* yang lebih dikenal dalam *common law system*.
18. Dengan demikian, secara mendasar, hak manfaat yang diatur dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia tidak selalu sama dengan konsep *beneficial ownership* pada *common law system*. Hal ini tergantung pada konteks pengaturan dari peraturan perundang-undangan dimaksud.
19. Dalam UU Perbankan Syariah, akad-akad yang diperlukan dalam transaksi perbankan syariah tidak memerlukan adanya adopsi konsep *beneficial ownership* dari *common law system* karena status kepemilikan serta hak dari para pihak telah secara jelas diatur dalam akad-akad dalam perbankan syariah (sebagaimana diuraikan dalam bagian Skema Pembiayaan). Dan hal ini tidak

melanggar ketentuan peraturan perundang-undangan apapun. Dengan demikian, adopsi konsep *beneficial ownership* pada tingkat undang-undang tidak diperlukan.

20. Selanjutnya apabila memahami lebih jauh terkait *Trust* sebagaimana diatur dalam Peraturan Otoritas Jasa Keuangan Nomor 27 /POJK.03/2015 tentang Kegiatan Usaha Bank Berupa Penitipan dengan Pengelolaan (*Trust*) (untuk selanjutnya disebut POJK 27/2015) yang telah mencabut Peraturan Bank Indonesia Nomor 14/17/PBI/2012 tentang Kegiatan Usaha Bank Berupa Penitipan Dengan Pengelolaan (*Trust*) yang disebutkan dalam permohonannya, dapat kami sampaikan bahwa *trust* dalam konteks pengaturan ini juga memiliki konsep yang berbeda dengan *beneficial ownership*, bahkan *dual ownership* (yang disebutkan dalam permohonannya). *Trust* dalam POJK 27/2015 adalah kegiatan penitipan yang dilakukan oleh bank atas harta milik orang lain. Dari pengelolaan harta ini, bank sebagai pengelola memberikan hasil pengelolaan kepada pihak yang diperjanjikan (baik kepada pihak yang memiliki harta maupun orang lain, *vide* Pasal 1 angka 2 POJK 27/2015). Dari pengertian ini, tentu konsepnya tidak sama dengan *beneficial ownership* yang dikenal di *common law system*. Dalam pengaturan *Trust* di dalam POJK, pihak yang menerima hasil pengelolaan dalam lembaga *trust* (Penerima Manfaat) tidak memiliki kuasa penuh atas harta yang dititipkan, tetapi hanya menerima hasil pengelolaannya saja.
21. Konsep *Trust* pada POJK 27/2015 berbeda karena fungsi *trust* yang diatur di POJK lebih menitikberatkan kepada fungsi bank sebagai agen (intermediari). Hal ini sebagaimana diatur dalam Pasal 5 ayat (1) POJK 27/2015 yang mengatur bahwa bank sebagai *trustee* dapat bertindak untuk dan atas nama *settlor* sesuai perjanjian *trust* sebagai: (a). agen pembayaran (*paying agent*); (b) agen investasi dana secara konvensional dan/atau berdasarkan prinsip syariah; dan/atau (c) agen peminjaman secara konvensional (*borrowing agent*) dan/atau agen pembiayaan berdasarkan prinsip syariah.
22. Dengan menggunakan POJK 27/2015 ini, pihak-pihak yang menggunakan jasa bank sebagai lembaga intermediari untuk memfasilitasi transaksi bisnis pihak-pihak tersebut dapat menggunakan jasa bank tanpa harus khawatir bahwa bank bertindak sebagai pemilik. Tanpa pengaturan ini, maka dikhawatirkan pihak yang melakukan transaksi bisnis dan menggunakan jasa bank

sebagaimana diatur dalam POJK 27/2015 menjadi tidak terfasilitasi karena bank tidak dapat menjadi agen pembayaran, agen investasi, dan atau agen peminjaman/pembiayaan.

23. Berdasarkan hal-hal yang telah disampaikan, konsep *beneficial ownership* sebagaimana dikenal dalam *common law system*, diadopsi secara spesifik dalam ketentuan peraturan perundang-undangan di sektor perbankan sesuai dengan konteks dari pengaturan tersebut. Adapun terkait akad dalam perbankan syariah seperti *Ijarah*, sesuai prinsip syariah sebagaimana diatur dalam Fatwa DSN-MUI, pihak pemberi sewa bertindak sebagai pemilik barang yang memberikan hak penggunaan/pengambilan manfaat atas barang kepada penyewa dan dalam akad tersebut tidak diperlukan konsep *beneficial ownership*.

Hak Tanggungan Digunakan Oleh Bank Syariah Dalam Rangka Memenuhi Prinsip Kehati-Hatian

24. Prinsip syariah dalam akad *ijarah* menempatkan pemberi sewa berhak melakukan akad *ijarah* karena berkedudukan sebagai pemilik. Dalam ranah perbankan syariah, sesuai POJK 13/2021 yang mengadopsi prinsip syariah dalam fatwa DSN-MUI tentang akad *ijarah*, pembiayaan *ijarah* adalah penyediaan dana untuk pemindahan hak guna/manfaat atas suatu aset dalam waktu tertentu dengan pembayaran sewa tanpa diikuti dengan pemindahan kepemilikan aset itu sendiri. Dalam hal ini, bank syariah adalah pihak yang memindahkan hak guna/manfaat atas suatu aset.
25. Konsep pembiayaan *ijarah* sebagaimana prinsip syariah yang ditetapkan dalam Fatwa DSN-MUI dan diadopsi dalam POJK 13/2021, menempatkan Bank Syariah harus bertindak sebagai pemilik dan/atau pihak yang mempunyai hak penguasaan dan hak menyewakan atas barang sewa. Prinsip syariah ini tidak bisa dipenuhi hanya dengan pembebanan hak tanggungan karena pada dasarnya hak tanggungan tidak mengalihkan hak milik atas tanah beserta benda-benda yang berkaitan dengan tanah. Apabila dipahami lebih lanjut, sesungguhnya prinsip syariah yang telah ditetapkan oleh DSN-MUI melalui fatwanya dan dituangkan oleh OJK dalam POJK, tidak mengatur secara detail terkait konsep kepemilikan itu sendiri, namun pengaturannya lebih fokus kepada pemenuhan prinsip syariah itu sendiri agar dapat terpenuhi.

26. Sebagaimana prinsip syariah pada akad *ijarah*, dengan beralasan kepemilikan oleh Bank Syariah atas barang, maka Bank Syariah dapat memberikan hak guna/manfaat dari suatu barang kepada penyewa. Prinsip ini tidak dapat dipenuhi dalam hal Bank Syariah hanya memegang hak tanggungan karena sesuai Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan atas Tanah Beserta Benda-Benda yang Berkaitan dengan Tanah (untuk selanjutnya disebut UU Hak Tanggungan), hak ini tidak memberikan kepemilikan pada pihak yang menerima hak tanggungan. Dalam hal pihak yang menerima hak tanggungan tidak bisa dianggap sebagai pemilik dan/atau pihak yang mempunyai hak penguasaan dan hak menyewakan atas barang sewa, maka tidak akan muncul kewenangan pemegang hak tanggungan untuk memberikan hak guna/manfaat kepada pihak lain. Dalam transaksi perbankan syariah (fasilitas pembiayaan *ijarah* atau akad lainnya), tidak dimungkinkan adanya pembebanan hak tanggungan kepada bank yang memunculkan kewenangan bank untuk memberikan hak manfaat atas objek tanah yang dibiayai kepada pihak lain. Dalam hal ini, hak tanggungan tidak mungkin memberikan wewenang bank untuk menyewakan hak manfaat kepada nasabahnya.
27. Terkait hak tanggungan, dapat pula disampaikan bahwa dalam kegiatan usahanya, Bank Syariah juga berposisi sebagai penerima hak tanggungan. Hal ini didasarkan pada prinsip kehati-hatian yang harus dilakukan oleh Bank Syariah, khususnya sebagaimana diamanatkan dalam Pasal 2 UU Perbankan Syariah. Oleh karena itu, posisi Bank Syariah sebagai penerima hak tanggungan tidak terkait dengan pemenuhan prinsip syariah, akan tetapi lebih kepada pemenuhan prinsip kehati-hatian.
28. Dalam Peraturan Otoritas Jasa Keuangan Nomor 16/POJK.03/2014 tentang Penilaian Kualitas Aset Bank Umum Syariah dan Unit Usaha Syariah (untuk selanjutnya disebut POJK 16/2014) diatur bahwa Agunan Yang Diambil Alih (AYDA) adalah *aset yang diperoleh bank, baik melalui pelelangan maupun selain pelelangan berdasarkan penyerahan secara sukarela oleh pemilik agunan atau berdasarkan kuasa untuk menjual di luar lelang dari pemilik agunan dalam hal nasabah tidak memenuhinya kepada bank*. AYDA dalam hal ini menjadi salah satu alat mitigasi risiko pembiayaan yang harus dijaga oleh bank.

29. Berdasarkan hal-hal tersebut, dalam operasional bank untuk memitigasi risiko kredit sebagai bagian dari prinsip kehati-hatian, bank juga dapat meletakkan agunan pada pembiayaan. Apabila agunan yang diberikan debitur adalah tanah dan bangunan, maka bank mengikatnya menggunakan Hak Tanggungan.

Cakupan Pengaturan Terkait Hak Milik dan Hak Tanggungan Tidak Tepat Jika Dimasukkan ke Dalam UU Perbankan Syariah

30. OJK berpandangan bahwa urgensi pengaturan mengenai hak milik dalam UU Perbankan Syariah akan membuat UU Perbankan Syariah keluar dari esensi disahkannya undang-undang ini. UU Perbankan Syariah pada prinsipnya mengatur perizinan, proses bisnis/operasional, dan pengawasan dari bank syariah sebagaimana halnya juga UU Perbankan yang konteks pengaturannya juga terkait dengan hal-hal tersebut. Sedangkan, pengaturan tentang hak milik dan hak tanggungan atas tanah terdapat dalam undang-undang tersendiri, yaitu dalam UUPA dan UU Hak Tanggungan. Dengan demikian, petitem Pemohon agar UU Perbankan Syariah memuat pengaturan terkait hak kebendaan yang mengusulkan agar ketentuan dalam hak tanggungan dalam transaksi perbankan syariah adalah petitem yang tidak tepat.
31. UU SBSN didasarkan pada prinsip syariah yang memiliki mekanisme khusus dan berbeda dengan transaksi keuangan konvensional. Dalam UU SBSN diatur secara khusus baik terkait instrumen maupun perangkat yang diperlukan, antara lain kejelasan apa yang akan dijual atau disewakan sebagai *underlying* penerbitan SBSN, pihak yang menerbitkan, dan pihak yang mengelola. Dari pemahaman ini menjadi logis diaturnya penjualan dan pemberian sewa atas tanah milik negara, karena didalamnya terdapat campur tangan negara atas tanah dimaksud. Mengingat adanya campur tangan negara, maka penjualan, penukaran, penghibahan tanah negara hanya dapat dilakukan dengan persetujuan DPR. Dalam hal ini diperlukan proses yang panjang dan tidak sederhana (vide UU Perbendaharaan Negara). Oleh karena itu, pengaturan hak manfaat dalam UU SBSN dilakukan untuk mempertegas bahwa pemindahtanganan hak manfaat yang digunakan sebagai *underlying* diterbitkannya SBSN, bukan merupakan pemindahtanganan hak milik atas tanah yang diatur dalam UU Perbendaharaan Negara.

32. Meskipun sama-sama menggunakan prinsip syariah, karakteristik kepemilikan tanah pada akad perbankan syariah tidak sama dengan penerbitan SBSN. Hal mendasar yang membedakan keduanya yaitu keterkaitan dengan tanah negara yang penggunaannya dan pemindahtanganannya dibatasi dan diatur oleh UU Perbendaharaan Negara.
33. Berkaca pada perbedaan utama antara status tanah yang berkaitan dengan transaksi di perbankan syariah dengan penerbitan SBSN, tentu tidak diperlukan pengaturan khusus hak atas tanah dalam UU Perbankan Syariah. Alasan yang paling mendasar adalah karena hubungan kepemilikan atas tanah pada transaksi perbankan syariah tidak melibatkan barang negara sehingga hal ini telah diatur jelas dalam UUPA dan peraturan perundang-undangan lainnya serta hak dan kewajiban para pihak telah secara jelas diatur dalam akad-akad dalam perbankan syariah.
34. Dengan demikian, menjadi wajar apabila prinsip-prinsip syariah yang diatur dalam fatwa (dalam lingkup perbankan syariah) tidak menyebutkan atau mengatur hal-hal yang bertentangan dengan UUPA. Hal tersebut karena fatwa tidak pernah mengatur jenis-jenis hak atas tanah maupun pencatatannya. Dengan kata lain, setiap pengaturan hak milik dalam suatu produk bank syariah atau produk pembiayaan, memuat aspek prinsip syariah dan aspek hukum positif. Adapun aspek hukum positif, antara lain peralihan kepemilikan termasuk mengenai akta-akta yang diperlukan dan pengikatan agunan yang diatur dalam hukum positif negara, namun juga diselaraskan dengan prinsip syariah.
35. Konsep pengaturan yang memuat aspek hukum positif dan aspek prinsip Syariah, berlaku pula dalam hukum kebendaan yang secara umum telah diatur dalam beberapa peraturan perundang-undangan, antara lain Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dan Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia.
36. Terlebih lagi, mengingat prinsip syariah dalam UU Perbankan Syariah merupakan acuan bagi bank syariah untuk melakukan kegiatan usahanya, maka sudah tepat jika UU Perbankan Syariah mengatur bahwa prinsip syariah yang difatwakan, hanya terkait dengan kegiatan usaha bank saja (transaksi bisnis bank syariah). Justru akan terjadi kerancuan apabila prinsip syariah dalam UU Perbankan Syariah juga dimaknai mencakup pembuktian hak milik

seseorang atas tanah dan bangunan, yang telah diatur dalam peraturan perundang-undangan tersendiri. Apa yang diatur dalam peraturan perundang-undangan terkait tanah dimaksud secara prinsip tidak bertentangan dengan prinsip syariah yang menjadi dasar pelaksanaan transaksi di bank syariah.

37. Berdasarkan hal-hal tersebut, maka tidak diperlukan pengaturan tambahan terkait hak kebendaan dalam transaksi perbankan syariah. Pengaturan atas produk bank syariah atau produk pembiayaan menyelaraskan prinsip syariah dan hukum positif. Dari perspektif ini, sudah tentu hukum positif di Indonesia tidak dapat dipisahkan dari hukum agama, karena pada praktiknya antara hukum agama dengan hukum positif saling mempengaruhi satu sama lain. Dengan demikian, tidak diperlukan pengaturan tambahan terkait hak kebendaan dalam transaksi perbankan syariah karena saat ini hukum agama (prinsip syariah) dapat berjalan beriringan dengan hukum positif yang telah ada (dhi. UUPA).

C. PERMASALAHAN DISHARMONI PERATURAN DAN KEKAWATIRAN PEMENUHAN PRINSIP SYARIAH OLEH BANK YANG DISAMPAIKAN PEMOHON BUKAN PERMASALAHAN KONSTITUSIONAL

38. Pemohon dalam permohonannya menyampaikan beberapa masalah yang dinilai sebagai permasalahan konstitusional bagi Pemohon.
39. Permasalahan pertama adalah terkait disharmoni pengaturan oleh tiga lembaga, yaitu antara OJK, DSN-MUI, dan Mahkamah Agung (MA) terkait dengan pengaturan peralihan hak milik. Pengaturan ketiga lembaga dimaksud sendiri memiliki dimensi yang berbeda antara satu sama lain. OJK memiliki fungsi pengaturan terkait kegiatan di sektor jasa keuangan, dimana DSN-MUI berdasarkan UU Perbankan Syariah memiliki kewenangan memfatwakan prinsip syariah, sedangkan Mahkamah Agung berdasarkan Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung yang telah diubah beberapa kali terakhir dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2004 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung (untuk selanjutnya disebut UU MA) memiliki wewenang dalam mengatur lebih lanjut hal-hal yang diperlukan bagi kelancaran penyelenggaraan peradilan.
40. Adapun peraturan yang dipermasalahkan oleh Pemohon terkait dengan:

- a. Peraturan Bank Indonesia Nomor 7/46/PBI/2005 *juncto* Surat Edaran Otoritas Jasa Keuangan Nomor 36/SEOJK.03/2015 *juncto* Buku Standar Produk Murabahah OJK;

Dapat kami sampaikan bahwa Surat Edaran OJK Nomor 36/SEOJK.03/2015 tentang Produk Dan Aktivitas Bank Umum Syariah Dan Unit Usaha Syariah (untuk selanjutnya disebut SEOJK 36/2015) bukanlah ketentuan teknis yang menjelaskan lebih lanjut Peraturan Bank Indonesia Nomor 7/46/PBI/2005 tentang Akad Penghimpunan dan Penyaluran Dana Bagi Bank yang Melaksanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syariah, SEOJK 36/2015 merupakan ketentuan teknis pelaksanaan dari POJK 24/POJK.03/2015 yang telah dinyatakan dicabut dan digantikan oleh POJK 13/2021 dan Peraturan Otoritas Jasa Keuangan Nomor 25/POJK.03/2021 tentang Penyelenggaraan Produk Bank Perkreditan Rakyat dan Bank Pembiayaan Rakyat Syariah (untuk selanjutnya disebut POJK 25/2021). Terlepas dari hal dimaksud, SEOJK 36/2015 sendiri telah dicabut oleh POJK 13/2021 sehingga saat ini SEOJK dimaksud tidak lagi berlaku. Dalam hal ini, tidaklah tepat jika SEOJK 36/2015 tetap menjadi salah satu dasar adanya permasalahan kerugian konstitusional Pemohon. Selain itu, dapat disampaikan bahwa Buku Standar Produk Murabahah bukan merupakan bentuk peraturan yang dikeluarkan oleh OJK karena bukan lampiran dari Peraturan Otoritas Jasa Keuangan maupun Surat Edaran Otoritas Jasa Keuangan.

- b. Fatwa DSN-MUI Nomor 82/DSN-MUI/VIII/2011; dan
Fatwa DSN-MUI ini mengatur tentang Perdagangan Komoditi Berdasarkan Prinsip Syariah di Bursa Komoditi. Fatwa ini merupakan pengaturan terkait perdagangan komoditi di PT Bursa Berjangka Jakarta. Sesuai dengan ruang lingkup isi fatwa, fatwa ini tidak selayaknya dijadikan acuan Pemohon atas kerugiannya dengan berlakunya UU Perbankan Syariah karena tidak berhubungan dengan transaksi bisnis bank syariah.
- c. Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES).

KHES diatur oleh Mahkamah Agung dalam Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2008 tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (untuk selanjutnya disebut PERMA 2/2008). Dalam bagian menimbang PERMA 2/2008, KHES ditetapkan oleh Mahkamah Agung untuk kelancaran

pemeriksaan dan penyelesaian sengketa ekonomi syaria'ah, sebagaimana dimaksud Pasal 49 huruf i beserta Penjelasan Undang-Undang 7 Tahun 1986 tentang Peradilan Agama sebagaimana diubah terakhir dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang 7 Tahun 1986 tentang Peradilan Agama, UU SBSN, dan Pasal 55 UU Perbankan Syariah. Oleh karena itu, hal-hal yang diatur dalam KHES bukan saja terkait dengan perbankan syariah, namun termasuk juga ketentuan terkait, antara lain reksa dana syariah, pasar modal, hibah, dan zakat. Oleh karena itu, KHES (yang tidak dapat dipandang KHES atau PERMA 2/2008) tidak dapat dipadankan secara langsung dengan peraturan-peraturan yang berlaku di sektor perbankan syariah, terutama dipedomani oleh Pemohon dalam menilai kerugian konstitusionalnya.

41. Selain itu, dalil terkait peraturan yang dipertentangkan oleh Pemohon merupakan dalil yang mencampuradukan satu peraturan dengan peraturan lainnya yang mengatur hal-hal yang berbeda, hanya karena menurut Pemohon, peraturan-peraturan dimaksud sama-sama mengatur tentang hak milik. Dalil Pemohon tersebut perlu diluruskan dan diperjelas mengenai duduk perkara pembuktian mengenai hak milik yang dimiliki seseorang dalam transaksi jual-beli yang diatur pada peraturan yang disebutkan Pemohon di atas.
42. Pembuktian atas hak milik seseorang berdasarkan prinsip syariah, dilakukan sesuai dengan pengaturan masing-masing hak milik dalam peraturan perundang-undangan. Mempertimbangkan bahwa peraturan yang disebutkan Pemohon pada Perbaikan Permohonannya mengatur hal yang berbeda-beda, maka permasalahan pembuktiannya tersebut tergantung pada konteks permasalahan yang diatur, sehingga menjadi praktis dan sesuai dengan kebutuhan bisnis/usaha yang berkembang. Lebih lanjut, apabila pembuktian kepemilikan hak milik diseragamkan maka justru menjadi tidak kontekstual dan tidak sesuai dengan peruntukan transaksi yang memang berbeda-beda. Namun demikian, secara substansi peraturan-peraturan yang dipertentangkan dimaksud merupakan suatu pedoman mengenai pembuktian atas suatu hak milik untuk kepentingan para pihak dalam melakukan suatu perbuatan hukum. Oleh karena itu, hal yang telah diatur dalam peraturan-peraturan tersebut

memberikan kepastian hukum bagi para pihak yang akan melakukan perbuatan hukum terkait aset yang dimiliki.

43. Permasalahan selanjutnya terkait dengan permasalahan kepastian hukum atas transaksi perbankan syariah. Kepatuhan bank syariah (baik bank umum syariah, bank pembiayaan rakyat syariah, maupun unit usaha syariah) merupakan suatu keharusan sebagaimana Pasal 2 UU Perbankan Syariah. Terlebih lagi dalam POJK 25/2021 dan POJK 13/2021 juga ditekankan bahwa bank syariah wajib menerapkan prinsip syariah dalam penyelenggaraan produk dimana pemenuhan atas prinsip syariah harus didukung (didasarkan pada): (a). fatwa DSN MUI; dan (b). Opini dari DPS bank syariah.
44. Dalam UU Perbankan Syariah, pengawasan atas bank syariah dilakukan oleh OJK dan dilakukan secara internal oleh Dewan Pengawas Syariah (DPS). Pengawasan yang dilakukan OJK bersifat lebih luas terhadap aspek-aspek perbankan, antara lain aspek prudensial, aspek risiko dan aspek prinsip syariah. Sedangkan pengawasan yang dilakukan DPS, sebatas pelaksanaan prinsip syariah oleh bank syariah (bersifat internal bank).
Keberadaan DPS membedakan bank syariah dengan bank konvensional. DPS pertama kali disebutkan dalam Penjelasan Pasal 6 huruf m dan Penjelasan Pasal 13 huruf c UU Perbankan. Selanjutnya, Bank Indonesia menetapkan Surat Keputusan Bank Indonesia Nomor 32/34/KEP/DIR tanggal 12 Mei 1999 tentang Bank Umum Berdasarkan Prinsip Syariah yang juga mengatur terkait dengan eksistensi DPS. Selain itu, dalam Pasal 109 Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas (untuk selanjutnya disebut UUPT) juga diatur terkait dengan eksistensi DPS pada sebuah perseroan yang menjalankan kegiatan usaha berdasarkan prinsip syariah. Secara tegas, UUPT menyebutkan tugas DPS sebagai pemberi nasihat dan saran kepada direksi serta mengawasi kegiatan perseroan agar sesuai dengan prinsip syariah.
45. Sejak awal berdirinya Bank Syariah, pengaturan dan kedudukan DPS sebagai pengawas pelaksanaan prinsip syariah oleh bank adalah penting. Selain dilihat dari tugasnya, juga dapat dilihat dari bagaimana pembentuk UU dan peraturan pelaksanaannya mengatur DPS secara komprehensif. Oleh karena itu, bagi Bank Syariah, dipatuhinya prinsip syariah adalah kewajiban sehingga peraturan perundang-undangan yang ada secara terintegrasi terus

menegaskan pengawasan atas pelaksanaan prinsip syariah bagi Bank Syariah yang secara khusus tugasnya diberikan tugas kepada DPS.

46. Dengan demikian, permasalahan-permasalahan yang disampaikan Pemohon termasuk permasalahan terkait dengan disharmoni peraturan dan tidak dipenuhi prinsip syariah oleh bank Syariah, bukan merupakan permasalahan konstitusional. Permasalahan-permasalahan dimaksud hanya sebatas permasalahan implementasi yang sebenarnya juga sudah diberikan jalan keluar oleh peraturan perundang-undangan yang berlaku, khususnya oleh UU Perbankan Syariah.

VI. SKEMA PEMBIAYAAN SESUAI AKAD *IJARAH* PADA BANK SYARIAH

1. Sebagaimana Fatwa DSN-MUI Nomor 09/DSN-MUI/IV/2000 tentang Pembiayaan Ijarah dan sesuai pendapat Sutan Ramy Sjahdeini dalam bukunya berjudul Perbankan Syariah: Produk-Produk dan Aspek-Aspek Hukumnya, *ijarah* adalah pemindahan hak pakai suatu barang atau jasa dalam waktu tertentu melalui pembayaran sewa atau upah, tanpa diikuti dengan pemindahan kepemilikan barang itu sendiri.
2. Secara prinsip, bank harus menjadi pemilik atas barang sebelum barang itu sendiri disewakan kepada nasabah.
3. Nasabah akan datang kepada Bank untuk menyatakan keperluannya atas suatu barang. Dalam hal ini, bank akan membeli barang yang dibutuhkan nasabah dimaksud yang kemudian diikuti dengan pemberian sewa dari bank kepada nasabah. Oleh karena itu, dalam transaksi *ijarah* akan terdapat 2 (dua) akad yaitu: (a) jual-beli bank dengan pemasok; dan (b) sewa-menyewa antara bank dengan nasabah.
4. Kedua transaksi dimaksud dimaknai sebagai transaksi berangkai, tetapi tidak memiliki keterkaitan yang satu dengan yang lain (tidak bersifat *assesor* sebagaimana pembebanan jaminan). Hal ini berarti, bila terjadi cacat atau cidera janji pada salah satu perjanjian, maka tidak menimbulkan akibat hukum pada perjanjian yang lain.
5. Katika bank membeli dari pemasok, maka dalam posisi ini, bank telah menjadi pemilik atas barang. Atas dasar kepemilikan ini, bank akan menyewakannya kepada nasabah dimana nasabah dapat membayar sewa baik secara angsur maupun tidak (*vide* POJK 13/2021).

6. Selain itu, dalam akad *ijarah* dimungkinkan terdapat janji bahwa nasabah dapat memiliki barang pada akhir masa sewa yang umumnya disebut dalam akad *ijarah*-nya. Akad ini lebih dikenal dengan nama pembiayaan *Ijarah al Muntahuyah bi al Tamlik*. Akad ini lebih rinci diatur dalam Fatwa DSN-MUI Nomor 27/DSN-MUI/III/2002 tentang *al-Ijarah al-muntahiyah bi al-Tamlik*. Karena pada akad ini sifatnya juga sendiri-sendiri (akad pembelian barang dari bank kepada pemasok dengan akad sewa barang dari nasabah ke bank dengan diikuti pilihan untuk memiliki barang), maka antara perjanjian satu dan yang lainnya tidak saling menimbulkan akibat hukum.
7. Berdasarkan penjelasan tersebut, tidak ada hak-hak kebendaan maupun konstitusional Pemohon yang terlanggar dengan skema transaksi di bank syariah. Peralihan kepemilikan antara pemasok dengan bank dan kemudian antara bank dengan nasabah, telah jelas secara hukum sehingga kekhawatiran Pemohon terlanggarnya hak-hak Pemohon sangat tidak mendasar dan tidak beralasan.

VII. PERMOHONAN MENGENAI AMAR PUTUSAN

Sebagai penutup, sebagaimana telah kami jabarkan melalui poin-poin di atas, kami berkesimpulan permohonan pengujian **Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU Perbankan Syariah terhadap ketentuan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28H ayat (2) dan ayat (4), dan Pasal 28I ayat (5) UUD 1945** merupakan kekhawatiran yang sifatnya bukan merupakan persoalan konstitusional, melainkan hanya terkait implementasi teknis pelaksanaan kegiatan usaha perbankan syariah.

Dengan demikian kami mohon agar Yang Mulia Ketua/Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi dapat memutuskan permohonan uji materi terhadap ketentuan Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU Perbankan Syariah terhadap ketentuan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28H ayat (2) dan ayat (4), dan Pasal 28I ayat (5) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dengan memberikan putusan sebagai berikut:

1. Menerima keterangan OJK sebagai Pihak Terkait secara keseluruhan;
2. Menyatakan Pemohon tidak memiliki kedudukan hukum atau *legal standing*.
3. Menolak permohonan Pemohon seluruhnya atau setidaknya menyatakan permohonan Pemohon tidak dapat diterima.

4. Menyatakan Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU Perbankan Syariah tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.
5. Menyatakan ketentuan Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU Perbankan Syariah tetap memiliki kekuatan hukum mengikat.

Apabila Yang Mulia Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi Indonesia berpendapat lain, mohon putusan yang bijaksana dan seadil-adilnya, *ex aequo et bono*.

[2.7] Menimbang bahwa terhadap permohonan Pemohon, Pihak Terkait Majelis Ulama Indonesia (MUI) menyampaikan keterangan dalam persidangan secara daring pada 12 Mei 2022 dan menyerahkan keterangan tertulis yang diterima Mahkamah pada 4 April 2022 serta keterangan tertulis yang diterima melalui e-mail Mahkamah pada 10 Mei 2022, yang pada pokoknya mengemukakan hal-hal sebagai berikut:

I. PENDAHULUAN:

PEMBENTUK UUD 1945 TELAH MENCANTUMKAN KETENTUAN YANG BERHUBUNGAN DENGAN NILAI-NILAI AGAMA DALAM UNDANG-UNDANG DASAR 1945

Dalam pandangan Majelis Ulama Indonesia (MUI), hukum harus dipandang sebagai suatu kesatuan yang *holistic*, hukum tidak berdiri sendiri, melainkan **ada kaitannya yang sangat kuat dengan nilai-nilai ketuhanan (nilai-nilai agama)**. Bahkan secara Filosofis, konstitusi kita sebagai **sumber hukum positif tertinggi menempatkan nilai-nilai agama** sebagai bagian terpenting dalam menjalankan kehidupan bebangsa dan benegara. **Hal mana dapat kita temukan dalam *Sila I Pancasila yang menyatakan “Ketuhanan yang Maha Esa”***.

Bahwa penempatan Sila Ketuhanan yang Maha Esa sebagai Sila Pertama dalam Pancasila, tentu bukanlah tanpa alasan dan nilai-nilai filosofis yang melatabelakanginya. Hal tersebut menyiratkan bahwa Indonesia dibangun dengan pondasi nilai-nilai keagamaan dan ketuhanan yang kuat, meskipun secara bentuk kenegaraan Indonesia bukanlah negara agama, tapi negara beragama. Implementasi nilai-nilai ketuhanan dan nilai-nilai keagamaan tersebut kemudian diejawantahkan dalam Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945:

- 1) Pembukaan Alinea ketiga yang menyatakan,
“Atas berkat rahmat Allah Yang Maha Kuasa ...”
- 2) Pembukaan Alinea keempat yang menyatakan,
” ... berdasar kepada Ketuhanan Yang Maha Esa...”
- 3) Pasal 9 ayat (1) yang menyatakan,
“... Presiden dan Wakil Presiden bersumpah menurut agama, atau berjanji...”
- 4) Pasal 28E ayat (1) yang menyatakan,
“Setiap orang bebas memeluk agama dan beribadat menurut agamanya...”
- 5) Pasal 28E ayat (2) yang menyatakan,
“Setiap orang berhak atas kebebasan meyakini kepercayaan...”
- 6) Pasal 28I ayat (1) yang menyatakan,
“... hak beragama...”
- 7) **Pasal 28J ayat (2) yang menyatakan,**
“... nilai-nilai agama...”
- 8) Pasal 29 ayat (1) yang menyatakan,
“Negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa.”
- 9) Pasal 29 ayat (2) yang menyatakan,
“Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agama-nya masing-masing...”
- 10) Pasal 31 ayat (3) yang menyatakan,
“... meningkatkan keimanan dan ketakwaan serta akhlak mulia...”

Bahwa selain itu, dalam setiap Titel Eksekutorial disana juga mencantumkan klausula: *Demi keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.*

Ketentuan-ketentuan di atas, dalam perspektif prinsip negara hukum Indonesia dapatlah dipahami bahwa cara pandang UUD 1945, menempatkan prinsip Ketuhanan Yang Maha Esa sebagai prinsip utama, serta nilai-nilai agama yang melandasi gerak kehidupan bangsa dan Negara. Indonesia bukanlah negara yang memisahkan antara hubungan agama dan negara (*separation of state and religion*), serta tidak semata-mata berpegang pada prinsip individualisme maupun prinsip komunalisme, melainkan negara beragama yang menempatkan nilai-nilai agama sebagai prinsip utama dan harus melindungi umat yang beragama.

Dengan perspektif hukum serupa itulah, maka segala perundang-undangan yang berlaku di Negara Republik Indonesia wajib menghormati segala aturan hukum yang telah ada dan diatur di dalam agama yang sah di Indonesia, termasuk dalam menjalankan aktifitas keagamaannya.

Pandangan MUI seperti demikian itu, juga selaras dengan pendapat Mahkamah Konstitusi (Mahkamah). Dalam Putusan MK Nomor 140/PUU-VII/2009, Mahkamah menyatakan:

Bahwa Pancasila telah menjadi Dasar Negara, yang harus diterima oleh seluruh warga negara. Pancasila mengandung lima sila yang saling berkait satu sama lain sebagai suatu kesatuan. Oleh sebab itu setiap warga negara, baik sebagai individu maupun sebagai bangsa secara kolektif harus dapat menerima Ketuhanan Yang Maha Esa yang menjiwei sila-sila lain, baik Kemanusiaan yang adil dan beradab, Persatuan Indonesia, Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan / perwakilan, maupun keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia; (vide: Putusan MK Nomor 140/PUU-VII/2009 alinea [3.34.1] hlm. 271-272)

Selanjutnya, Mahkamah menyatakan:

Bahwa pembentuk UUD 1945 telah mencantumkan ketentuan yang berhubungan dengan nilai-nilai agama dalam UUD 1945 sebagai berikut:

1. *Pembukaan alinea ketiga yang menyatakan, “Atas berkat rahmat Allah Yang Maha Kuasa ...”*
2. *Pembukaan alinea keempat yang menyatakan, “... berdasar kepada Ketuhanan Yang Maha Esa...”*
3. *Pasal 9 ayat (1) yang menyatakan, “... Presiden dan Wakil Presiden bersumpah menurut agama, atau berjanji...”*
4. *Pasal 28E ayat (1) yang menyatakan, “Setiap orang bebas memeluk agama dan beribadat menurut agamanya...”*
5. *Pasal 28E ayat (2) yang menyatakan, “Setiap orang berhak atas kebebasan meyakini kepercayaan...”*
6. *Pasal 28I ayat (1) yang menyatakan, “... hak beragama...”*
7. *Pasal 28J ayat (2) yang menyatakan, “... nilai-nilai agama...”*
8. *Pasal 29 ayat (1) yang menyatakan, “Negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa.”*
9. *Pasal 29 ayat (2) yang menyatakan, “Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memelukagamanya masing-masing...”*
10. *Pasal 31 ayat (3) yang menyatakan, “... meningkatkan keimanan dan ketakwaan serta akhlak mulia...”*

(vide: Putusan MK Nomor 140/PUU-VII/2009 alinea [3.34.2] hlm. 272).

Bahwa berdasarkan pertimbangan-pertimbangan hukum tersebut, Majelis Ulama Indonesia berpandangan bahwa ketentuan Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2) dan ayat (3) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah merupakan ketentuan derivatif dan/atau penjabaran dari UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sebagai upaya dan ikhtiar negara dalam mewujudkan pengamalan Pasal 29 ayat (1) dan (2) serta Pasal 31 ayat (3) Undang-undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Di samping itu, eksistensi Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah juga sangat penting dan sejalan dengan Tujuan Pembangunan Nasional Indonesia untuk mencapai tercipta-nya masyarakat adil dan makmur berdasarkan demokrasi ekonomi, dikembangkan sistem ekonomi yang berlandaskan pada nilai keadilan, kebersamaan, pemerataan dan kemanfaatan yang sesuai dengan prinsip syariah.

Sehingga dengan demikian, ketentuan Pasal-pasal *a quo*, yaitu Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2) dan ayat (3) Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah adalah KONSTITUSIONAL dan telah sesuai dengan ketentuan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yang mencantumkan ketentuan yang berhubungan dengan nilai-nilai ketuhanan (nilai-nilai agama), sebagaimana telah dikemukakan di atas.

II. DALAM POKOK PERKARA:

1. DALIL-DALIL PEMOHON DALAM PERMOHONAN PENGUJIAN PASAL 1 ANGKA 12 DAN PASAL 26 AYAT (1) dan (2) UU NOMOR 21 TAHUN 2008 TENTANG PERBANKAN SYARIAH, PERKARA NOMOR 65/PUU-XIX/2021, ADALAH TIDAK JELAS & KABUR (*OBSCUUR LIBLE*);

1. Bahwa Pemohon Pengujian Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah terhadap Undang-Undang Dasar Negara Tahun 1945, dalam perkara *a quo*, sebagaimana tercantum dalam Permohonan Nomor: 65/PUU-XIX/2021 dan Perbaikan-nya, adalah kabur dan tidak jelas (*Obscuur Lible*);
2. Bahwa kekaburan Permohonan Pemohon, karena Pemohon mendasarkan kepada LANDASAN FILSAFAT HAK MILIK. Dalam menguraikan landasan hak milik tersebut, Pemohon mendasarkan kepada Pemikiran:
 - a) Hak milik bukan merupakan ***natural right*** melainkan sesuatu yang terbentuk dalam hubungan inter subyektif yang kompleks;
 - b) **Hak milik tidak bersifat mutlak**, sehingga segala sesuatu yang merupakan turunan dari hak milik bukan sesuatu yang mutlak;
 - c) **Hukum benda bersifat dinamis**, sehingga secara prinsip pengaturan hukum benda bukan sesuatu yang bersifat tertutup.

3. Bahwa kemudian pemikiran tersebut diatas dikaitkan dengan Pandangan **JOHN LOCKE** mengenai “Tuhan menciptakan dunia beserta benda didalam-nya sebagai ***common rights***. Dan Manusia memiliki kehendak bebas, atas benda yang dimiliki-nya itu;
4. Bahwa kemudian Pemohon memperkuat dalil-nya itu dengan mengutip **Pandangan HEGEL**, yaitu ***hubungan kehendak antar subyek (will to will) menjadi faktor determinan dari kebebasan manusia yang menjustifikasi milik itu sendiri.***

Sedang LOCKE, mengedepankan pertautan kehendak subyek (manusia) terhadap benda sebagai justifikasi. Sehingga JOHN LOCKE berpendapat bahwa “Pada Prinsip-nya alam selalu dalam kecukupan (*Sufficiency Proviso*). Jadi kehendak bebas manusia tersebut tidak akan mencedrai kehendak bebas manusia lainnya. Sebagaimana dikatakan Locke dalam **“An Essay Concerning the True Original Extent and End of Civil Government: “*there was still enough and as good left, and more then the yet unprovided could use*” (John Locke: Par.32).**

5. Bahwa kemudian setelah Pemohon berselancar dalil-dalil-nya **dari John Locke, ke Hegel, lalu kemudian berselancar** ke Pengaruh **Sistem Hukum Belanda**, dipengaruhi **Sistem Hukum Perancis (CODE NAPOLEON)**, masuk ke **Buku II Burgerlijke Wetboek (Hukum Benda)**, masuk ke **Hukum Adat dan Undang-undang Pokok Agraria (UUPA)**;
6. Bahwa kemudian Pemohon mengaitkan-nya dengan “Hak Milik Tidak Bersifat Mutlak” yang dikaitkan dengan Falsafah Jawa “**SEDUMUK BATHUK SENYARI BUMI**”, sebagaimana digunakan pada Saat Kerajaan MATARAM dan seterusnya;
7. Bahwa kemudian Pemohon, menindak lanjuti dalil permohonan-nya dengan mengutip beberapa Pasal dari Undang-Undang Pokok Agraria, antara lain Pasal 5, Pasal 56 ayat (1), Pasal 23 dan Pasal 19 Undang-Undang Pokok Agraria.
8. Bahwa semua dalil-dalil yang dikemukakan oleh Pemohon dalam Permohonan-nya, sangat-lah kabur dan tidak jelas. Dan tidak ada relevansi-nya dengan pokok permohonan Pemohon. Sementara yang dimohonkan untuk dilakukan pengujian adalah:

Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2) dan ayat (3) Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah.,
 Dengan Petitum-petitum sebagai berikut:

- 1) Menyatakan mengabulkan permohonan Pemohon untuk seluruhnya;
- 2) Memerintahkan kepada Pembentuk Undang-Undang untuk melakukan perubahan terhadap Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (Lembaran negara Nomor 94 Tahun 2008, Tambahan Lembaran negara Nomor 4867) khususnya mengenai hak kebendaan dalam transaksi kebendaan syariah atau melakukan pembentukan undang-undang yang didalamnya mengatur mengenai hak kebendaan dalam transaksi perbankan syariah;
- 3) Menyatakan frase “**berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah.**” Dalam Pasal 1 angka 12 Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008, (Lembaran negara Nomor 94 Tahun 2008, Tambahan Lembaran negara Nomor 4867) bertentangan dengan Undang-undang Dasar 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat secara bersyarat sepanjang tidak dimaknai “**yang ditetapkan dalam Peraturan Bank Indonesia atau Peraturan Otoritas Jasa Keuangan sesuai dengan kewenangannya;**”
- 4) Menyatakan frase “**prinsip syariah**” dalam Pasal 26 ayat (1) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008, (Lembaran negara Nomor 94 Tahun 2008, Tambahan Lembaran negara Nomor 4867) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat secara bersyarat sepanjang tidak dimaknai “**prinsip syariah yang ditetapkan oleh Bank Indonesia atau Otoritas Jasa Keuangan sesuai dengan kewenangannya;**”
- 5) Menyatakan frase “**Prinsip syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) difatwakan oleh Majelis Ulama Indonesia.**” Dalam Pasal 26 ayat (2) Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008, (Lembaran negara Nomor 94 Tahun 2008, Tambahan Lembaran negara Nomor 4867) bertentangan dengan Undang-undang Dasar 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat secara bersyarat sepanjang tidak dimaknai “**Bank Indonesia atau Otoritas Jasa Keuangan**”

dalam menetapkan prinsip syariah memperhatikan fatwa yang ditetapkan Majelis Ulama Indonesia dan/atau lembaga lain yang berwenang menetapkan fatwa;

- 6) Menyatakan Pasal 26 ayat (3) Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008, (Lembaran negara Nomor 94 Tahun 2008, Tambahan Lembaran negara Nomor 4867) bertentangan dengan Undang-undang Dasar 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;
- 7) Memerintahkan pemuatan Putusan dalam Berita Negara Republik Indonesia;

Berdasarkan uraian-uraian sebagaimana tersebut di atas, terbukti bahwa dalil-dalil Permohonan Pengujian Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2) dan ayat (3) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, adalah TIDAK JELAS DAN KABUR (*OBSCUUR LIBLE*).

Oleh karenanya permohonan yang demikian, HARUSLAH DINYATAKAN DITOLAK SELURUHNYA.

2. PASAL 1 ANGKA 12 DAN PASAL 26 AYAT (1) dan (2) UU NOMOR 12 TAHUN 2008 TENTANG PERBANKAN SYARIAH, TELAH SESUAI DAN TIDAK BERTENTANGAN DENGAN UNDANG-UNDANG DASAR NEGARA KESATUAN REPUBLIK INDONESIA 1945.;

1. Bahwa pendirian Bank-Bank Syariah di negara-negara Islam pada awal Periode tahun 1980-an berpengaruh ke Indonesia. Diskusi-diskusi mengenai Bank Syariah sebagai Pilar Ekonomi Islam mulai dilakukan di Indonesia, seperti antara lain oleh KARNAEN A. PERWAATMADJA; M. DAWAM RAHARDJO, A. M. SAEFUDIN; M. AMIEN AZIS dan lain-lain. Beberapa uji coba dalam skala terbatas diwujudkan antara lain, BAITUT TAMWIL-SALMAN di BANDUNG yang tumbuh mengesankan, serta di Jakarta dibentuk lembaga serupa dalam bentuk Koperasi, yaitu KOPERASI RIDHO GUSTI. (Karnaen A. Perwataatmadja, SE, MPA, *Membumikan Ekonomi Islam di Indonesia*, Jakarta: Usaha Kami, 1996. h. 16)
2. Namun prakarsa lebih khusus untuk mendirikan Bank Islam di Indonesia (Baca: Bank Syariah), baru dilakukan pada tahun 1990. MAJELIS ULAMA INDONESIA (MUI) pada tanggal 18-20 Agustus 1990

menyelenggarakan Lokakarya Bunga Bank & Perbankan, di Cisarua Bogor, Jawa Barat;

3. Hasil Loka karya tersebut dibahas lebih mendalam pada MUSYAWARAH NASIONAL IV MUI yang berlangsung di Hotel Sahid Jaya, Jakarta, tanggal 22-25 Agustus 1990. Berdasarkan AMANAT MUNAS IV MUI tersebut dibentuk, KELOMPOK KERJA untuk MENDIRIKAN BANK ISLAM (BANK SYARIAH) di Indonesia;
4. Maka kemudian lahir-lah Bank Islam (Bank Syariah) Pertama di Indonesia yaitu: PT. BANK MUAMALAT INDONESIA (BMI) pada tanggal 1 November 1991, yang kemudian landasan operational Bank ini, sangat jelas tercermin dalam UU Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan. Dalam Undang-undang Nomor 7 Tahun 1992, sekalipun tidak mengatur secara eksplisit mengenai perbankan syariah, tetapi kemungkinan suatu bank umum dan bank perkreditan rakyat memberikan fasilitas kredit dengan imbalan atau pembagian hasil keuntungan (sebagai prinsip dasar dari perbankan syariah), diakomodir dalam undang-undang tersebut, seperti tertuang pada Pasal 1 ayat 12, berikut:

“Kredit adalah penyediaan uang atau tagihan yang dapat dipersamakan dengan itu, berdasarkan persetujuan atau kesepakatan pinjam-meminjam antara bank dengan pihak lain yang mewajibkan pihak peminjam untuk melunasi utangnya setelah jangka waktu tertentu dengan jumlah bunga, imbalan atau pembagian hasil keuntungan”.

Ketentuan prinsip bagi hasil selanjutnya diatur dalam Peraturan Pemerintah Nomor 72 Tahun 1992 tentang Bank Berdasarkan Prinsip Bagi Hasil (PP Nomor 72/1992) sebagai peraturan pelaksanaan dari Undang-undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan. Dalam Pasal 1 ayat (1) PP Nomor 72/1992 disebutkan bahwa: *Bank berdasarkan prinsip bagi hasil adalah bank umum atau bank perkreditan rakyat yang melakukan kegiatan usaha semata-mata berdasarkan prinsip bagi hasil.* Selanjutnya mengenai prinsip bagi hasil itu disebutkan dalam Pasal 2 PP No. 72/1992 sebagai berikut:

- (1) Prinsip bagi hasil sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 Ayat (1) adalah prinsip bagi hasil berdasarkan syari'at yang digunakan oleh bank berdasarkan prinsip bagi hasil dalam:

- a. menetapkan imbalan yang akan diberikan kepada masyarakat sehubungan dengan penggunaan/ pemanfaatan dana masyarakat yang dipercayakan kepadanya;
 - b. menetapkan imbalan yang akan diterima sehubungan dengan penyediaan dana kepada masyarakat dalam bentuk pembiayaan baik untuk keperluan investasi maupun modal kerja;
 - c. Menetapkan imbalan sehubungan dengan kegiatan usaha lainnya yang lazim dilakukan oleh bank dengan prinsip bagi hasil.
 - (2) Pengertian prinsip bagi hasil dalam penyediaan dana kepada masyarakat dalam bentuk pembiayaan sebagaimana dimaksud dalam Ayat (1) huruf b, termasuk pula kegiatan usaha jual beli.
5. Bahwa kemudian, di ERA REFORMASI melalui Undang-undang Nomor: 10 Tahun 1998 Tentang Perubahan Atas Undang-undang Nomor 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan (UU Nomor 10/1998), mulai diatur secara rinci, landasan hukum, serta jenis-jenis usaha yang dapat dioperasikan dan diimplementasikan oleh Bank Syariah. Undang-Undang tersebut memberikan arahan bagi bank-bank konvensional untuk membuka cabang syariah atau bahkan mengkonversi diri secara total menjadi bank Syariah (Muhammad Syafi’l Antonio, “**Bank Syariah Bagi bankir & Praktisi Keuangan**” Diterbitkan atas kerjasama Bank Indonesia dan Tazkia Institut, Cet.1, Desember 1999, halaman 64 – 66). Hal ini ditegaskan pada ketentuan Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 sebagai berikut: *”Bank umum adalah bank yang melaksanakan kegiatan usaha secara konvensional dan/atau berdasarkan Prinsip Syariah yang dalam kegiatannya memberikan jasa dalam lalu lintas pembayaran”*.
6. Bahwa berdasarkan ketentuan UU Nomor 10/1998 tersebut, berdiri dan tumbuh perbankan Syariah, baik dalam bentuk Bank Umum Syariah sejak awal (*full pledge*) maupun yang berasal dari Bank Konvensional yang membuka Unit Usaha Syariah (UUS), seperti UUS dari Bank BNI, sehingga dinamakan “Bank BNI Unit Usaha Syariah” atau “Bank BNI Syariah (UUS)”. Begitu juga dari bank konvensional lainnya yang membuka Unit Usaha Syariah seperti Bank BRI lahir Bank BRI Syariah (UUS), Bank Bukopin Syariah (UUS), Bank Mega Syariah (UUS) dan Bank BTN Syariah (UUS). Dari sejumlah UUS dari bank konvensional

- tersebut secara bertahap sekarang sudah melakukan *spin off* menjadi sebuah entitas tersendiri (*full pledge*) Bank Umum Syariah (BUS).
7. Bahwa kelahiran Perbankan Syariah sebagaimana tersebut di atas, tidak lepas dari PERAN STRATEGIS ULAMA, Khususnya MAJELIS ULAMA INDONESIA (MUI). MUI secara nyata mewujudkan peran-nya dalam mengembangkan Lembaga Keuangan Syariah di antaranya perbankan syariah dengan ikut serta melakukan pembinaan, pengawasan dan arahan yang memungkinkan pengembangan perbankan syariah berjalan sehat dan berkelanjutan.
 8. Di antara bentuk dukungan yang diberikan Majelis Ulama Indonesia adalah dibentuk-nya Dewan Syariah Nasional-Majelis Ulama Indonesia (DSN-MUI) pada tanggal 10 Februari 1999. DSN-MUI dibentuk bertujuan untuk melaksanakan tugas MUI dalam menetapkan Fatwa atas sistem, kegiatan, produk, dan jasa di Lembaga perekonomian, keuangan dan bisnis syariah dan mengawasi penerapan-nya dalam rangka menumbuh-kembangkan usaha bidang keuangan, bisnis, dan ekonomi syariah di Indonesia. Tugas DSN-MUI lainnya adalah memberikan rekomendasi kepada calon Dewan Pengawas Syariah (DPS) di LKS termasuk perbankan syariah khususnya guna mengawasi pelaksanaan fatwa/prinsip syariah dalam kegiatan usaha perbankan syariah tersebut (Peraturan Organisasi Majelis Ulama Indonesia Nomor 11/PO-MUI/VIII/2021 tentang Anggaran Dasar dan Anggaran Rumah Tangga Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia, tanggal 3 Agustus 2021).
 9. Bahwa fungsi Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia (DSN-MUI) sebagaimana disebutkan di atas merupakan bagian penting dalam menumbuh kembangkan perbankan syariah khususnya dan juga memiliki Peran Strategis sebagai satu-satunya, lembaga yang dipercaya oleh Masyarakat dan Pemerintah untuk mengawal dan mengembangkan serta mengawasi jalannya Perbankan Syariah di Indonesia;
 10. Bahwa karena itu sudah sangatlah, tepat, benar dan sesuai dengan Undang-undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia 1945. Kemudian Dewan Perwakilan Rakyat Indonesia bersama Pemerintah Republik Indonesia, sebagaimana tercantum dalam:

Pasal 1 angka 12 UU Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, berbunyi sebagai berikut:

“Prinsip syariah adalah prinsip hukum Islam dalam kegiatan perbankan berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah”.

Selanjutnya, Pasal 26 ayat (1) ayat (2) dan UU Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, ayat (3) berbunyi sebagai berikut:

Pasal 26 ayat (1):

“Kegiatan usaha sebagaimana dimaksud dalam Pasal 19, Pasal 20 dan Pasal 21 dan/atau produk dan jasa syariah, wajib tunduk kepada Prinsip Syariah”.

Pasal 26 ayat (2):

“Prinsip Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) di fatwakan oleh MAJELIS ULAMA INDONESIA.”

Pasal 26 ayat (3):

“Fatwa sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dituangkan dalam Peraturan bank Indonesia.

11. Bahwa selanjutnya, Pasal 26 ayat (4) dan ayat (5) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, telah secara tegas mengatur, mengenai Fatwa Majelis Ulama Indonesia untuk bisa menjadi Peraturan Bank Indonesia. Selengkapnya pasal 26 ayat (4) dan (5) berbunyi sebagai berikut:

Pasal 26 ayat (4) UU Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, berbunyi:

“Dalam Rangka Penyusunan Peraturan Bank Indonesia sebagaimana dimaksud pada ayat (3), Bank Indonesia membentuk Komite Perbankan Syariah”

Penjelasan Pasal 24 ayat (4) telah secara otentik menyebutkan:

“Komite Perbankan Syariah beranggotakan dari unsur-unsur Bank Indonesia, Departemen Agama, dan unsur Masyarakat dengan komposisi yang berimbang, memiliki keahlian di bidang syariah dan berjumlah paling banyak 11 (sebelas) orang.”

Selanjutnya Pasal 26 ayat (5) UU Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, berbunyi:

“Ketentuan lebih lanjut mengenai tatacara pembentukan, keanggotaan, dan tugas komite perbankan syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (4) diatur dengan Peraturan Bank Indonesia.”

Bahwa berdasarkan uraian, dalil dan ketentuan hukum tersebut diatas, bahwa yang dirasakan “kaku” oleh Pemohon adalah Undang-undang Pokok Agraria, BUKAN bersumber pada Undang-undang Perbankan Syariah khususnya Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1) ayat (2) dan ayat (3) UU Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.

Namun kemudian Pemohon seolah-olah dirugikan oleh Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1) ayat (2) dan ayat (3) UU Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, yang telah memberikan “DELEGASI BLANGKO” kepada MAJELIS ULAMA INDONESIA (MUI), BANK INDONESIA (BI) dan OTOROTAS JASA KEUANGAN (OJK), sehingga terjadi disharmoni pengaturan Perbankan Syariah, menyebabkan ketidak pastian hukum.

12. Bahwa kemudian Pemohon lebih aneh lagi, didalam Petitumnya justru malah, meminta Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi mengalihkan, kewenangan:
 - a) Fatwa di bidang Syariah, yang tadinya melekat dan merupakan kewenangan Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia, dialihkan kepada Bank Indonesia dan atau Otoritas Jasa Keuangan dengan meminta Pasal 1 angka 12 Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah bertentangan dengan Undang-undang dasar 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;
 - b) Menyatakan Frase; “PRINSIP SYARIAH” yang bersumber pada hukum Islam dan DIFATWAKAN oleh MAJELIS ULAMA INDONESIA, sebagaimana diatur dalam Pasal 26 ayat (1) Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah, dinyatakan bertentangan dengan Undang-Undang dasar 1945 dan tidak mempunyai hukum mengikat;
 - c) Menyatakan Frase; “PRINSIP SYARIAH sebagaimana dimaksud pada ayat (1) di-FATWAKAN oleh Majelis Ulama Indonesia sebagaimana diatur dalam Pasal 26 ayat (2) Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, dinyatakan bertentangan dengan Undang-Undang dasar 1945 dan tidak mempunyai hukum mengikat;

d) Menyatakan Pasal 26 ayat (3) Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, yang berbunyi:

“FATWA sebagaimana pada ayat (2) DITUANGKAN dalam PERATURAN BANK INDONESIA” dinyatakan bertentangan dengan Undang-Undang dasar 1945 dan tidak mempunyai hukum mengikat”;

13. Bahwa Permohonan Pengujian Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1) ayat (2) dan ayat (3) UU Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, yang dimohonkan Pemohon dalam Perkara Nomor 65/PUU-XIX/2021 sebagaimana tersebut di atas, sangatlah bertentangan dengan:

a) Bertentangan dengan LANDASAN HISTORIS – SOSIOLOGIS.

- Bahwa Pemrakarsa dan inisiatif Pendiri Perbankan Syariah di Indonesia adalah **Para Ulama**, khususnya **Ulama-ulama** yang tergabung di dalam **MAJELIS ULAMA INDONESIA (MUI)**, yang pada tanggal **18-20 Agustus 1990 menyelenggarakan Lokakarya Bunga Bank & Perbankan, di Cisarua Bogor, Jawa Barat.**;
- **Hasil Loka karya tersebut** dibahas lebih mendalam pada **MUSYAWARAH NASIONAL IV MUI yang berlangsung di Hotel Sahid Jaya, Jakarta, tanggal 22-25 Agustus 1990.** Berdasarkan AMANAT MUNAS IV MUI tersebut dibentuk, KELOMPOK KERJA untuk MENDIRIKAN BANK ISLAM (BANK SYARIAH) di Indonesia.;
- Maka kemudian lahirlah Bank Islam (BANK SYARIAH) Pertama di Indonesia yaitu: PT. BANK MUAMALAT INDONESIA (BMI) pada tanggal 1 November 1991, yang kemudian landasan operational Bank ini, sangat jelas tercermin dalam UU No.7 Tahun 1992 Tentang Perbankan, dengan Prinsip BAGI HASIL jo. Peraturan Pemerintah No. 72 Tahun 1992 tentang Bank Berdasarkan Prinsip Bagi Hasil.
- Bahwa secara sosiologis, di Indonesia terdapat banyak sekali organisasi keagamaan Islam. Ada kurang lebih 60 organisasi kemasyarakatan keagamaan Islam. Dari jumlah itu separuh di antaranya mempunyai lembaga fatwa, dengan metode penyimpulan hukum (*al-manhaj fi istinbath al-hukmi*) yang

khas yang boleh jadi antara satu ormas Islam dengan lainnya tidak sama, sehingga berpotensi adanya perbedaan dalam menetapkan fatwa suatu kasus yang sama termasuk di bidang ekonomi, keuangan dan bisnis syariah (***mu`amalah maliyyah al-mashrafiyyah***). Kondisi ini tentu saja bisa membuat bingung masyarakat awam dan juga menimbulkan ketidakpastian. Selama ini lembaga yang merepresentasikan ormas Islam di Indonesia dan diberi kewenangan untuk mengeluarkan fatwa adalah Majelis Ulama Indonesia (MUI). Majelis Ulama Indonesia, yang di dalamnya terhimpun hampir semua komponen umat Islam di Indonesia. Fatwa yang ditetapkan oleh Majelis Ulama Indonesia mempunyai daya terima yang lebih tinggi di kalangan umat Islam Indonesia di banding dengan fatwa yang ditetapkan oleh ormas Islam lainnya. Karena ulama yang tergabung dalam komisi fatwa MUI merupakan ulama yang berasal dari hampir semua komponen umat Islam (DR. KH. Ma'ruf Amin, *Otoritas Fatwa MUI Dalam Konteks Masyarakat Demokratis: (Legitimasi Peran Mui Sebagai Mufti Resmi Negara)*, makalah yang disampaikan dalam acara Seminar dengan tema: “Optimalisasi Penguatan Fatwa MUI dalam Pembentukan Produk Hukum dan Kebijakan Penyelenggaraan Pemerintah”, yang dilaksanakan oleh MUI Provinsi Kalimantan Selatan, di Banjarmasin, pada tanggal 11 Mei 2013.)

- Dengan demikian, MUI sebagai rumah besar umat Islam Indonesia dan merupakan representasi dari ormas-ormas Islam di Indonesia, selama ini fatwa-fatwa yang diterbitkannya diterima dengan sangat baik oleh masyarakat muslim Indonesia. Apabila kewenangan penerbitan fatwa ini diserahkan kepada lembaga lain atau kepada ormas lainnya dikhawatirkan adanya resistensi dan adanya ketidakpastian hukum sehingga menjadi kontra produktif dalam pengembangan ekonomi dan keuangan syariah termasuk perbankan syariah.

Oleh karena itu, MENGALIHKAN DAN ATAU MENGHAPUS KEWENANGAN MAJELIS ULAMA INDONESIA Ke Lembaga lain tidak memiliki landasan historis dan sosiologis. Partisipasi dan dukungan penuh Majelis Ulama Indonesia sejak tahun 1990, sekitar 31 (tiga puluh satu) tahun sampai sekarang, memperjuangkan berdirinya Bank Syariah atau Perbankan Syariah di Indonesia, sehingga permohonan pemohon adalah merupakan perbuatan yang sangat tidak rasional (*illogical*) dan sangat bertentangan dengan Nilai-nilai Luhur Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang adil dan Beradab serta Keadilan Sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.

b) Bertentangan dengan Landasan FILOSOFIS & YURIDIS;

- 1) Bahwa Pancasila yang merupakan dasar filsafat negara dan merupakan pandangan hidup Bangsa Indonesia, yang merupakan sumber dari segala sumber hukum, mengakui bahwa:
 1. Ketuhanan Yang Maha Esa;
 2. Kemanusiaan yang adil dan beradab;
 3. Persatuan Indonesia;
 4. Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan perwakilan;
 5. Keadilan Sosial bagi seluruh Rakyat Indonesia.
- 2) Sila Pertama Pancasila Ketuhanan Yang Maha Esa, sebagaimana Pasal 29 ayat (1) UUD 1945 Negara berdasarkan atas ketuhanan Yang Maha Esa, dan Pasal 29 ayat (2): Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu.;
- 3) Begitu juga Sila ke-5. Keadilan Sosial bagi seluruh rakyat Indonesia, sebagaimana Pasal 33 ayat (1) Perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasarkan azas kekeluargaan.;

Pasal 33 ayat (2) Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara.

Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 “Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.”

- 4) Dari Sila-Sila Pancasila tersebut di atas, dihubungkan dengan Sumber Hukum Syariah yang merupakan Hukum Islam, dihubungkan dengan Pasal 29 ayat (1) dan ayat (2) serta Pasal 33 ayat (1), ayat (2) dan ayat (3) UUN 1945.
- 5) Bahwa secara yuridis pengaturan MUI sebagai pihak yang menerbitkan fatwa, selama ini tidak hanya terkait dengan kegiatan dan produk perbankan syariah, namun juga diatur dalam undang-undang lainnya seperti:
 - a) UU No 40 Tahun 2007 Tentang Perseroan Terbatas (Pasal 109): (1) Perusahaan yang menjalankan kegiatan usahanya berdasarkan prinsip syariah selain memiliki **Dewan Komisaris**, wajib memiliki **Dewan Pengawas Syariah**; (2) Dewan Pengawas Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) terdiri dari seorang ahli syariah atau lebih yang diangkat oleh RUPS atas **rekomendasi Majelis Ulama Indonesia**; (3) Dewan Pengawas Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) Bertugas memberikan saran dan nasehat pada direksi serta mengawasi kegiatan perseroan agar sesuai dengan prinsip syariah;
 - b) UU Nomor 19 Tahun 2008 tentang Surat Berharga Syariah Negara (pasal 25): Dalam rangka penerbitan SBSN, Menteri meminta fatwa atau pernyataan kesesuaian SBSN terhadap prinsip-prinsip syariah dari **lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah**; dan dalam **Penjelasan** Pasal 25, dijelaskan bahwa yang dimaksud dengan "lembaga yang memiliki kewenangan dalam menetapkan fatwa di bidang syariah" adalah **Majelis**

- Ulama Indonesia** atau lembaga lain yang ditunjuk Pemerintah;
- c) UU Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (Pasal 32): (1) Dewan Pengawas Syariah wajib dibentuk di Bank Syariah dan Bank Umum Konvensional yang memiliki UUS; (2) Dewan Pengawas Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diangkat oleh Rapat Umum Pemegang Saham atas **rekomendasi Majelis Ulama Indonesia**; (3) Dewan Pengawas Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) bertugas memberikan nasihat dan saran kepada direksi serta mengawasi kegiatan Bank agar sesuai dengan Prinsip Syariah; (4) Ketentuan lebih lanjut mengenai pembentukan Dewan Pengawas Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diatur dengan Peraturan Bank Indonesia.;
- d) UU Nomor 1 Tahun 2013 tentang Lembaga Keuangan Mikro (Pasal 12): (1) Penyaluran Pinjaman atau Pembiayaan dan pengelolaan Simpanan oleh LKM sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11 ayat dilaksanakan secara konvensional atau berdasarkan prinsip syariah; (2) Kegiatan usaha berdasarkan prinsip syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) wajib dilaksanakan sesuai dengan fatwa syariah yang dikeluarkan oleh Dewan Syariah Nasional, **Majelis Ulama Indonesia**; (pasal 13): (1) Penyaluran Pinjaman atau Pembiayaan dan pengelolaan Simpanan oleh LKM sebagaimana dimaksud dalam Pasal 11 ayat; (2) dilaksanakan secara konvensional atau berdasarkan prinsip syariah. (2) Kegiatan usaha berdasarkan prinsip syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) wajib dilaksanakan sesuai dengan fatwa syariah yang dikeluarkan oleh **Dewan Syariah Nasional, Majelis Ulama Indonesia**;
- e) UU No 33 Tahun 2014 tentang Jaminan Produk Halal (Pasal 1 angka 10): Sertifikat Halal adalah pengakuan kehalalan

- suatu Produk yang dikeluarkan oleh BPJPH berdasarkan fatwa halal tertulis yang dikeluarkan oleh MUI; [Pasal 10 ayat (2)]: Penetapan kehalalan Produk sebagaimana dimaksud pada ayat (1) huruf b dikeluarkan MUI dalam bentuk Keputusan Penetapan Halal Produk;
- f) UU Nomor 40 Tahun 2014 tentang Perasuransian (Pasal 1 angka 3): **Prinsip Syariah** adalah prinsip **hukum Islam** dalam kegiatan perasuransian **berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan** dalam penetapan fatwa di bidang syariah;
- g) UU Nomor 1 Tahun 2016 tentang Penjaminan (Pasal angka 3): **Prinsip Syariah** adalah prinsip **hukum Islam** dalam kegiatan penjaminan **berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan** dalam penetapan fatwa di bidang syariah; dan
- h) Berbagai peraturan pelaksanaan dari undang-undang di atas antara lain tertuang dalam Peraturan Bank Indonesia dan Surat Edaran Bank Indonesia, serta Peraturan Otoritas Jasa Keuangan dan Surat Edaran Otoritas Jasa Keuangan.
- 6) Dari begitu banyak peraturan perundang-undangan yang memberikan kewenangan kepada MUI pada aspek syariah hal ini menunjukkan bahwa:
- a) Negara dalam hal ini DPR dan Pemerintah telah bersepakat bahwa aspek syariah berada dan menjadi kewenangan MUI, selama ini membawa kebaikan dan bermanfaat besar bagi kepastian hukum di Indonesia terkait aspek syariah;
- b) Apabila kewenangan aspek syariah tersebut diberikan kepada lembaga lain selain MUI atau ormas lainnya maka hal ini akan merubah nomenklatur sistem hukum yang ada terkait dengan kewenangan aspek syariah dan tentu saja akan membawa kontra produktif dalam upaya akselerasi pengembangan ekonomi dan pengembangan keuangan syariah yang selama ini dilakukan oleh pemerintah.

Dengan demikian, Pengalihan dan/atau Penghapusan Kewenangan MAJELIS ULAMA INDONESIA sebagaimana diatur dalam Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2) dan ayat (3) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, Haruslah DITOLAK SELURUHNYA.

3. PERMOHONAN PEMOHON JUDICIAL REVIEW A QUO SELAYAKNYA DINYATAKAN DITOLAK SELURUHNYA, KARENA PASAL 1 ANGKA 12 DAN PASAL 26 AYAT (1), AYAT (2) DAN AYAT (3) UU NO.21 TAHUN 2008 TENTANG PERBANKAN SYARIAH ADALAH KONSTITUSIONAL & TIDAK BERTENTANGAN DENGAN UUD 1945.

1. Bahwa Pembentuk Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah, yaitu Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia (DPR RI) bersama Pemerintah Republik Indonesia, telah tepat, dan konstitusional, memberikan kewenangan dan menempatkan **Majelis Ulama Indonesia, sebagai pihak yang menerbitkan Fatwa dan Prinsip-Prinsip Syariah** sebagaimana tertera Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4) dan ayat (5) Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah telah sesuai dengan Nilai Agama sebagaimana tercantum dalam Pasal 28J UUD 1945;
2. Bahwa **Fatwa dan Prinsip-prinsip Syariah terkait Perbankan Syariah tentu, haruslah bersumber kepada Al-Quran, Sunnah-sunnah Rasulullah, dan Kitab-kitab Fiqih Islam.** Tentu yang mengerti, faham dan membidangi permasalahan ini adalah Majelis Ulama Indonesia, yang telah memiliki otoritas keilmuan dan kewenangan yang dimilikinya:
3. Bahwa secara ringkas dalam Perbankan Syariah, akan bersinggungan erat dengan Hukum Perjanjian Islam (akad Syariah), yang **ketentuannya telah diatur dalam Al-Quran, Hadist, Ijma' dan Qiyas, dan hal tersebut tidak bisa dilakukan kecuali oleh orang-orang /pihak-pihak yang memenuhi persyaratan terkait hal tersebut, sehingga menjadi relevan dan mudah diterapkan dalam operasional perbankan syariah.** Sehingga sudahlah tepat dan konstitusional bila Fatwa Perbankan Syariah tersebut diberikan kewenangannya kepada Majelis Ulama Indonesia:

4. Bahwa sudah tepat dan benar Fatwa Perbankan Syariah diberikan Kewenangannya kepada Majelis Ulama Indonesia, karena:
- 1) Fatwa adalah pandangan ulama dalam menetapkan hukum Islam/syariah tentang suatu peristiwa yang memerlukan ketetapan hukum;
 - 2) MUI khususnya DSN-MUI sebagai otoritas fatwa atau **lembaga ijtihad yang bersifat kolektif (mufti jama`i)**, memiliki peran yang sangat strategis dalam pengembangan dan penguatan ekonomi, keuangan dan bisnis syariah;

Oleh karena itu, sudahlah tepat, benar dan konstitusional, Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), ayat (3) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah.;

5. Bahwa Perbankan Syariah merupakan aktivitas keuangan dan perbankan, yang mendasarkan pada nilai-nilai keadilan, kemanfaatan, keseimbangan, dan keuniversalan (**rahmatan lil ‘alamin**), sebagaimana dijelaskan dalam Penjelasan Umum UU No.21 tahun 2008, paragraf dua, sebagai berikut:

“... Prinsip Syariah berlandaskan pada nilai-nilai keadilan, kemanfaatan, keseimbangan, dan keuniversalan (rahmatan lil ‘alamin). Nilai-nilai tersebut diterapkan dalam pengaturan perbankan yang didasarkan pada Prinsip Syariah yang disebut Perbankan Syariah”.

Dalam paragraph 3 Penjelasan Umum UU Nomor 21 Tahun 2008 ditegaskan bahwa:

“Prinsip Perbankan Syariah merupakan bagian dari ajaran Islam yang berkaitan dengan ekonomi. Salah satu prinsip dalam ekonomi Islam adalah larangan riba dalam berbagai bentuknya, dan menggunakan sistem antara lain prinsip bagi hasil”.;

6. Dalam perbankan syariah dilarang keras untuk melakukan transaksi yang bertentangan dengan **prinsip syariah seperti riba, maisir, gharar, haram dan dzalim**. Hal ini seperti dijelaskan dalam Penjelasan Pasal 2 UU No 21 tahun 2008 sebagai berikut:

Kegiatan usaha yang berasaskan Prinsip Syariah, antara lain, adalah kegiatan usaha yang tidak mengandung unsur:

- a. **riba**, yaitu penambahan pendapatan secara tidak sah (batil) antara lain dalam transaksi pertukaran barang sejenis yang tidak sama kualitas, kuantitas, dan waktu penyerahan (fadhl), atau dalam transaksi pinjam-

- meminjam yang mempersyaratkan Nasabah Penerima Fasilitas mengembalikan dana yang diterima melebihi pokok pinjaman karena berjalannya waktu (nasi'ah);
- b. **maisir**, yaitu transaksi yang digantungkan kepada suatu keadaan yang tidak pasti dan bersifat untung-untungan;
 - c. **gharar**, yaitu transaksi yang objeknya tidak jelas, tidak dimiliki, tidak diketahui keberadaannya, atau tidak dapat diserahkan pada saat transaksi dilakukan kecuali diatur lain dalam syariah;
 - d. **haram**, yaitu transaksi yang objeknya dilarang dalam syariah; atau
 - e. **zalim**, yaitu transaksi yang menimbulkan ketidakadilan bagi pihak lainnya.
7. Bahwa **tidak ada “DELEGASI BLANGKO”** sebagaimana dalil Pemohon, karena telah jelas dan tegas berdasarkan, **Pasal 26 ayat (4) dan ayat (5) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah, telah secara tegas mengatur, mengenai FATWA MAJELIS ULAMA INDONESIA UNTUK BISA MENJADI PERATURAN BANK INDONESIA (sekarang Peraturan Otoritas Jasa Keuangan). Selengkapnya pasal 26 ayat (4) dan (5) berbunyi sebagai berikut:**
- Pasal 26 ayat (4) UU Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, berbunyi:**
- “Dalam Rangka Penyusunan Peraturan Bank Indonesia sebagaimana dimaksud pada ayat (3), Bank Indonesia membentuk Komite Perbankan Syariah”
- Penjelasan Pasal 24 ayat (4) telah secara otentik menyebutkan:**
- “Komite Perbankan Syariah beranggotakan dari unsur-unsur Bank Indonesia, Departemen Agama, dan unsur Masyarakat dengan komposisi yang berimbang, memiliki keahlian dibidang syariah dan berjumlah paling banyak 11 (sebelas) orang.”
8. Bahwa Selanjutnya Pasal 26 ayat (5) UU No.21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah, berbunyi:
- “Ketentuan lebih lanjut mengenai tata cara pembentukan, keanggotaan, dan tugas komite perbankan syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (4) diatur dengan Peraturan Bank Indonesia.”
9. Bahwa Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4) dan ayat (5) Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan

Syariah telah sejalan dan sesuai dengan Pasal 28 J ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia tahun 1945.:

“Dalam menjalankan hak dan kebebasan-nya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, NILAI AGAMA, keamanan dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis”.

10. Bahwa Pemohon yang seolah-olah dirugikan oleh Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1) ayat (2) dan ayat (3) UU No.21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah, yang telah memberikan “DELEGASI BLANGKO” kepada MAJELIS ULAMA INDONESIA (MUI), BANK INDONESIA (BI) dan OTOROTAS JASA KEUANGAN (OJK), sehingga terjadi disharmoni pengaturan Perbankan Syariah, dalil tersebut haruslah ditolak seluruhnya, karena tidak beralasan hukum sama sekali;

Bahwa berdasarkan uraian, dalil dan ketentuan hukum tersebut diatas, maka Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1) ayat (2) dan ayat (3) UU No.21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah, adalah Konstitusional dan tidak ada yang bertentangan dengan Ketentuan UUD Negara Kesatuan Republik Indonesia.

4. HUKUM ISLAM (BACA: HUKUM SYARIAH) ADALAH BAGIAN DARI HUKUM NASIONAL INDONESIA

1. Bahwa *Teori Hukum Living Law* merupakan hukum yang hidup di masyarakat. Menurut **EUGEN EHRlich (1862-1922)** pusat kegiatan dari perkembangan hukum, tidak terletak pada undang-undang, tidak pada ilmu hukum dan juga tidak pada putusan Pengadilan, **melainkan di dalam masyarakat itu sendiri.;**
2. Bahwa di dalam Kaidah Fiqih yang lima, telah secara tegas dikemukakan “**AL-'AADATU MUHKAMAH**”, ***bahwa adat kebiasaan yang hidup dan tumbuh dan berlaku di masyarakat dapat dijadikan hukum.;***
3. Bahwa Islam sebagai sebuah agama yang berakar panjang dalam sejarah Nusantara adalah suatu unsur penting yang mempengaruhi **budaya hukum bangsa Indonesia.;**
4. Bahwa seperti hal-nya Hukum Barat, **Hukum Islam (Syariah) juga berciri perubahan untuk mengantisipasi perkembangan zaman.**

- Perbedaan-nya dengan hukum barat adalah **Bahwa Hukum Islam sebagai Hukum Ilahi ada yang bersifat abadi (*tsubut/Qath`i*)** seperti terkait dengan keyakinan dan **ada yang bersifat mengalami perubahan (*mutaghayyar/ Dhanni*)**, seperti terkait dengan kegiatan ekonomi dan bisnis yang mengalami dinamisasi sesuai dengan ruang dan waktu namun tetap mendasarkan kepada dasar hukum Islam.;
5. Bahwa legislasi hukum Islam sepanjang sejarah mulai dari pertumbuhan-nya hingga sekarang melalui berbagai tahap, dan pada waktu ini telah memasuki tahap kompilasi dan kodifikasi, **dalam negara hukum modern dan menjadi bagian dari hukum Nasional, baik dalam bentuk produk perundang-undangan maupun pemikiran hukum yang dikembangkan oleh berbagai lembaga termasuk didalam-nya oleh Majelis Ulama Indonesia;**
 6. Bahwa sebelum kedatangan Penjajah Belanda, **Hukum Islam (Syariah) telah menjadi hukum positif di Kerajaan-kerajaan Islam yang berdiri di persada Indonesia.** Keberadaan Hukum Islam tersebut mendapat pengakuan dari Penguasa Belanda sesuai dengan **teori *Receptio in Complexu* yang kemudian menjadi hukum adat.;**
 7. Bahwa hal ini berlaku juga setelah Indonesia merdeka. Di alam Indonesia merdeka, **Hukum Islam telah menjadi bagian dari Hukum Nasional Indonesia, sebagai pelaksanaan Sila Pertama Pancasila dan Pasal 29 ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945** (Dr. Rifyal Ka'bah, MA. **"Hukum Islam di Indonesia"** Jakarta, Penerbit Universitas Yarsi, Cet.1 1999, hal.84-85);
 8. Bahwa Ekonomi Syariah sekarang telah memasyarakat dan khas menjadi istilah di Indonesia untuk menggantikan sebutan "Ekonomi Islam". Kini telah muncul istilah Perbankan Syariah, Asuransi Syariah, Pegadaian Syariah dan Hotel Syariah. Dalam praktek-nya di Indonesia Lembaga Keuangan Syariah dan Perbankan Syariah harus mematuhi ketentuan Hukum Islam yang ditentukan dengan Keputusan Fatwa yang dikeluarkan oleh Majelis Ulama Indonesia melalui lembaga Dewan Syariah Nasional (DSN) yang berada di bawah Majelis Ulama Indonesia.
 9. Bahwa oleh karena sudah tepat dan benar, dimana Pembentuk Undang-undang yaitu **Dewan Perwakilan Rakyat RI dan Pemerintah Republik**

- Indonesia, men-Taqninkan/mengundangkan Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2) dan ayat (3) Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah.;
10. Bahwa sesuai Pasal 26 ayat (4) dan ayat (5) Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah. Dalam rangka **men-taqninkan (menjadikan hukum positif) Fatwa Syariah yang di fatwakan oleh Majelis Ulama Indonesia menjadi Peraturan Bank Indonesia**. Maka Bank Indonesia membentuk Komite Perbankan Syariah., sebagaimana dimaksud ayat (4) diatur dengan Peraturan Bank Indonesia.;
 11. Bahwa penjelasan Pasal 26 ayat (4) UU No.21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah, telah secara tegas menjelaskan: ***“Komite Perbankan Syariah beranggotakan dari unsur-unsur Bank Indonesia, Departemen Agama, dan unsur masyarakat dengan komposisi yang berimbang, memiliki keahlian dibidang syariah dan berjumlah paling banyak 11 (sebelas) orang”***.
 12. Bahwa sejak berlaku-nya Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Otoritas Jasa Keuangan (OJK), diundangkan pada tanggal 22 November 2011. **Yang kemudian Wewenang Pengaturan dan Pengawasan Bank Indonesia beralih ke Otoritas Jasa Keuangan sejak 31 Desember 2013** Maka kedudukan Peraturan Bank Indonesia yang mengatur Bank Syariah dan Usaha Unit Syariah, masih tetap berlaku sepanjang belum diubah oleh Peraturan Otoritas Jasa Keunagan.
Oleh karena itu, Otoritas Jasa Keuangan selama ini sudah membuat Peraturan yaitu Peraturan Otoritas Jasa Keuangan yang mengatur mengenai Perbankan Syariah baik dari aspek operasional perbankan syariah maupun aspek syariah yang mendasarkan pada fatwa-fatwa MUI/DSN-MUI.
 13. Bahwa berdasarkan uraian dan alasan tersebut di atas, dimana Majelis Ulama Indonesia yang diberikan kewenangan untuk membuat dan merumuskan fatwa-fatwa bidang keuangan syariah dan perbankan syariah berdasarkan Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2) dan ayat (3) Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan

Syariah, maka sudah seharusnya Fatwa-fatwa MUI tersebut dijadikan **PERATURAN OTORITAS JASA KEUANGAN TENTANG PERBANKAN SYARIAH**, yang secara mutasi mutandis diamanatkan Pasal 26 ayat (4) dan ayat (5) dan Pasal 50 Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah., *juncto* Pasal 45 ayat (1) Undang-undang Nomor 21 Tahun 2011 tentang Otoritas Jasa Keuangan.;

14. Bahwa berdasarkan Ketentuan dalam Undang-Undang dasar 1945, Pasal 28E ayat (2) yang menyatakan “Setiap orang berhak atas kebebasan meyakini kepercayaan...”; Pasal 28J ayat (2) yang menyatakan “...nilai-nilai agama...” dan Pasal 29 ayat (1) dan ayat (2) yang menyatakan “Negara berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”, Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing”.

Maka, Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2) dan ayat (3) Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah Seluruhnya tidak ada yang bertentangan dengan Ketentuan Undang-undang Dasar Tahun 1945.

III. KESIMPULAN DAN PERMOHONAN - PETITUM

A. KESIMPULAN;

1. **Bahwa pembentuk Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 telah mencantumkan ketentuan-ketentuan yang berhubungan dengan nilai-nilai agama dan ketuhanan dalam UUD RI 1945;**
2. **Bahwa berdasarkan Pasal 28 J ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia tahun 1945, NILAI-NILAI AGAMA DIAKUI DAN DIBENARKAN OLEH UUD RI 1945. Selengkapnya kami kutipkan sebagai berikut:**

“Dalam menjalankan hak dan kebebasan-nya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, NILAI AGAMA,

keamanan dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis. **)

3. Bahwa Pemohon Pengujian Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1) ayat (2) dan ayat (3) UU No.21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah, yang dimohonkan oleh Sdr. REGA FELIX, Perkara Nomor: 65/PUU-XIX/2021, TIDAK MEMILIKI KEPENTINGAN HUKUM & *LEGAL STANDING* sehingga Permohonan Pemohon haruslah ditolak seluruhnya.;
4. Pemohon Pengujian Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1) ayat (2) dan ayat (3) UU No.21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah, yang dimohonkan oleh Sdr. REGA FELIX, Perkara Nomor: 65/PUU-XIX/2021, TIDAK MEMILIKI ALASAN HUKUM sama sekali, sehingga Permohonan tersebut harus ditolak seluruhnya.;
5. Bahwa Ketentuan Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1) ayat (2) dan ayat (3) UU No.21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah, ADALAH KONSTITUSIONAL dan SESUAI dengan Ketentuan Undang-undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia 1945.;
6. Bahwa Ketentuan Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1) ayat (2) dan ayat (3) UU No.21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah, ADALAH KONSTITUSIONAL dan SESUAI dengan Ketentuan Undang-undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia 1945.
Serta TIDAK BERTENTANGAN dengan Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28H ayat (2) dan ayat (4) dan Pasal 28I ayat (5) UUD 1945.;
7. Bahwa Ketentuan Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1) ayat (2) dan ayat (3) UU No.21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah, TIDAK bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia 1945.;

B. PERMOHONAN DAN PETITUM.

Berdasarkan uraian dan dalil-dalil tersebut diatas, maka MAJELIS ULAMA INDONESIA sebagai PIHAK TERKAIT dalam Perkara Nomor: 65/PUU-XIX/2021 memohon kepada Bapak Ketua dan Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi Yang Mulia berkenan menerima, memeriksa dan mengadili perkara *a quo* dengan menjatuhkan putusan dengan amar sebagai berikut :

1. Menerima Keterangan Majelis Ulama Indonesia untuk seluruhnya;
2. Menyatakan Pemohon Pengujian Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1) ayat (2) dan ayat (3) UU No.21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah, yang dimohonkan oleh Sdr. REGA FELIX, Perkara Nomor: 65/PUU-XIX/2021, TIDAK MEMILIKI LEGAL STANDING.;
3. MENOLAK PERMOHONAN PEMOHON UNTUK SELURUHNYA;
4. Menyatakan Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1) ayat (2) dan ayat (3) UU No.21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah, TIDAK BERTENTANGAN DENGAN UNDANG-UNDANG DASAR 1945;
5. Menyatakan Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1) ayat (2) dan ayat (3) UU No.21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah, (Lembaran negara Nomor 94 Tahun 2008, Tambahan Lembaran negara Nomor 4867) TETAP KONSTITUSIONAL DAN MEMILIKI KEKUATAN HUKUM MENGIKAT;

[2.8] Menimbang bahwa Pemohon telah menyerahkan kesimpulan tertulis yang diterima Mahkamah pada 13 Juni 2022 yang pada pokoknya tetap pada pendiriannya.

[2.9] Menimbang bahwa Presiden telah menyerahkan kesimpulan tertulis yang diterima Mahkamah pada 15 Juni 2022 yang pada pokoknya tetap pada pendiriannya.

[2.10] Menimbang bahwa Pihak Terkait Bank Indonesia (BI), dan Otoritas Jasa Keuangan (OJK) telah menyerahkan kesimpulan tertulis yang diterima Mahkamah masing-masing pada 15 Juni 2022 sedangkan Majelis Ulama Indonesia (MUI) telah menyerahkan kesimpulan tertulis yang diterima Mahkamah pada 10 Juni 2022, yang pada pokoknya tetap pada pendiriannya.

[2.11] Menimbang bahwa untuk mempersingkat uraian dalam putusan ini, segala sesuatu yang terjadi di persidangan cukup ditunjuk dalam Risalah Sidang dan Berita Acara Persidangan, yang merupakan satu kesatuan yang tidak terpisahkan dengan putusan ini.

3. PERTIMBANGAN HUKUM

Kewenangan Mahkamah

[3.1] Menimbang bahwa berdasarkan Pasal 24C ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (selanjutnya disebut UUD 1945), Pasal 10 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah terakhir dengan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2020 tentang Perubahan Ketiga Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2020 Nomor 216, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 6554, selanjutnya disebut UU MK), dan Pasal 29 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5076), Mahkamah berwenang, antara lain, mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap UUD 1945;

[3.2] Menimbang bahwa oleh karena permohonan Pemohon adalah permohonan untuk menguji konstusionalitas norma undang-undang, *in casu* Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 94, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4867, selanjutnya disebut UU 21/2008) terhadap UUD 1945 maka Mahkamah berwenang mengadili permohonan *a quo*;

Kedudukan Hukum Pemohon

[3.3] Menimbang bahwa berdasarkan Pasal 51 ayat (1) UU MK beserta Penjelasannya, yang dapat mengajukan permohonan pengujian undang-undang terhadap UUD 1945 adalah mereka yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya yang diberikan oleh UUD 1945 dirugikan oleh berlakunya suatu undang-undang, yaitu:

- a. perorangan warga negara Indonesia (termasuk kelompok orang yang mempunyai kepentingan sama);

- b. kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang;
- c. badan hukum publik atau privat; atau
- d. lembaga negara;

Dengan demikian, Pemohon dalam pengujian undang-undang terhadap UUD 1945 harus menjelaskan terlebih dahulu:

- a. kedudukannya sebagai Pemohon sebagaimana dimaksud dalam Pasal 51 ayat (1) UU MK;
- b. ada tidaknya kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional yang diberikan oleh UUD 1945 yang diakibatkan oleh berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian dalam kedudukan sebagaimana dimaksud pada huruf a;

[3.4] Menimbang bahwa Mahkamah sejak Putusan Nomor 006/PUU-III/2005 tanggal 31 Mei 2005 dan Putusan Nomor 11/PUU-V/2007 tanggal 20 September 2007 serta putusan-putusan selanjutnya, telah berpendirian bahwa kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional sebagaimana dimaksud dalam Pasal 51 ayat (1) UU MK harus memenuhi 5 (lima) syarat, yaitu:

- a. adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang diberikan oleh UUD 1945;
- b. hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut oleh Pemohon dianggap dirugikan oleh berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian;
- c. kerugian konstitusional tersebut harus bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya-tidaknya potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;
- d. adanya hubungan sebab-akibat antara kerugian dimaksud dan berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian;
- e. adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan, maka kerugian konstitusional seperti yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi;

[3.5] Menimbang bahwa berdasarkan uraian ketentuan Pasal 51 ayat (1) UU MK dan syarat-syarat kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional sebagaimana diuraikan dalam paragraf **[3.3]** dan paragraf **[3.4]** di atas, selanjutnya

Mahkamah akan mempertimbangkan mengenai kedudukan hukum Pemohon sebagai berikut:

1. Bahwa Pemohon adalah perorangan warga negara Indonesia, berprofesi sebagai advokat dan merupakan nasabah dari salah satu bank syariah yang mengajukan fasilitas pembiayaan ke bank syariah berdasarkan Akad *Murabahah* (bukti P-4). Selanjutnya dalam upaya mengembangkan profesinya untuk memberikan jasa hukum, Pemohon berencana untuk menggunakan kembali produk perbankan syariah yang sesuai dengan kebutuhannya dan memiliki landasan hukum yang kuat. Namun demikian, menurut Pemohon pengaturan terkait perbankan syariah bersifat tidak jelas karena tersebar di berbagai macam bentuk produk hukum dan saling bertentangan;
2. Bahwa Pemohon menyatakan memiliki hak-hak konstitusional untuk mendapatkan kepastian hukum yang adil dan memberikan manfaat serta kemudahan yang sama untuk mengakses layanan perbankan syariah dalam konteks tertib hukum berdasarkan prinsip negara hukum sebagaimana tertuang dalam Pasal 1 ayat (3), Pasal 28D ayat (1), Pasal 28H ayat (2), Pasal 28H ayat (4), dan Pasal 28I ayat (5) UUD 1945 serta beranggapan hak-hak konstitusional tersebut dirugikan oleh berlakunya norma yang dimohonkan pengujiannya;
3. Bahwa norma undang-undang yang dimohonkan pengujian oleh Pemohon dalam permohonan *a quo* adalah norma Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU 21/2008 yang menyatakan sebagai berikut:

Pasal 1 angka 12

Prinsip Syariah adalah prinsip hukum Islam dalam kegiatan perbankan berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah

Pasal 26 ayat (1)

Kegiatan usaha sebagaimana dimaksud dalam Pasal 19, Pasal 20, dan Pasal 21 dan/atau produk dan jasa syariah, wajib tunduk kepada Prinsip Syariah.

Pasal 26 ayat (2)

Prinsip Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) difatwakan oleh Majelis Ulama Indonesia.

Pasal 26 ayat (3)

Fatwa sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dituangkan dalam Peraturan Bank Indonesia.

4. Bahwa menurut Pemohon, kerugian konstitusional Pemohon disebabkan oleh kekakuan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (UUPA) yang tidak sesuai dengan transaksi atas tanah yang terjadi dalam masyarakat. Keadaan ini diperburuk dengan ketidakjelasan pengaturan dalam UU 21/2008 khususnya ketentuan dalam Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU 21/2008 karena memberikan “delegasi blanko” kepada Majelis Ulama Indonesia (MUI), Bank Indonesia (BI), dan Otoritas Jasa Keuangan (OJK) sehingga menimbulkan ketidakpastian hukum;
5. Bahwa menurut Pemohon, Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU 21/2008 bersifat multitafsir karena memberikan delegasi kewenangan kepada dua lembaga yang berbeda yaitu MUI sebagai non lembaga negara dan BI/OJK sebagai lembaga negara. Kewenangan dalam pembentukan hukumnya pun berbeda, MUI sebagai lembaga yang menetapkan prinsip syariah sedangkan BI/OJK sebagai lembaga yang menuangkan prinsip syariah yang difatwakan oleh MUI. Hal demikian memberikan penafsiran jika MUI telah menetapkan prinsip syariah maka tidak perlu lagi dituangkan ke dalam peraturan karena dalam konteks pembentukan peraturan perundang-undangan tidak ada lembaga negara yang mendapatkan atribusi/delegasi kewenangan sebagai pembentuk peraturan perundang-undangan untuk menuangkan peraturan yang bukan dari peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi;
6. Bahwa menurut Pemohon, akibat tidak jelasnya aturan delegasi dalam UU 21/2008 menyebabkan terjadinya disharmonisasi peraturan perundang-undangan sehingga menimbulkan keraguan Pemohon secara aktual dan potensial tentang kepastian hukum dalam transaksi perbankan syariah yang memberikan keadilan kepada Pemohon;
7. Bahwa menurut Pemohon, jika Mahkamah Konstitusi memberikan penafsiran yang jelas terhadap ketentuan Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU 21/2008 maka kerugian konstitusional Pemohon tidak lagi terjadi sehingga Pemohon dapat kembali mengajukan fasilitas layanan perbankan syariah seperti sebelumnya;

Berdasarkan uraian yang dikemukakan oleh Pemohon dalam menjelaskan kedudukan hukumnya, menurut Mahkamah, Pemohon telah dapat menguraikan

secara spesifik atau bersifat khusus dalam menguraikan adanya hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara anggapan kerugian hak konstitusional dengan berlakunya Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU 21/2008. Anggapan kerugian hak konstitusional tersebut bersifat faktual dan potensial yang apabila permohonan dikabulkan oleh Mahkamah maka anggapan kerugian hak konstitusional dimaksud tidak terjadi lagi atau setidaknya tidak akan terjadi. Oleh karena itu, terlepas dari terbukti atau tidaknya persoalan konstitusionalitas norma yang didalilkan Pemohon, menurut Mahkamah, Pemohon memiliki kedudukan hukum untuk bertindak sebagai Pemohon dalam Permohonan *a quo*.

[3.6] Menimbang bahwa oleh karena Mahkamah berwenang mengadili permohonan *a quo* dan Pemohon memiliki kedudukan hukum untuk mengajukan permohonan *a quo*, selanjutnya Mahkamah mempertimbangkan pokok permohonan.

Pokok Permohonan

[3.7] Menimbang bahwa dalam mendalilkan inkonstitusionalitas norma Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU 21/2008, Pemohon mengemukakan dalil-dalil permohonan yang pada pokoknya sebagai berikut: (selengkapnya dimuat dalam bagian Duduk Perkara);

1. Bahwa menurut Pemohon, Perbankan Syariah memiliki ciri yang membedakan dengan transaksi pada perbankan konvensional yaitu sifat *asset backed financing* yang maksudnya adalah transaksi yang mendasarkan kepada aset riil. Berdasarkan hal tersebut, konsep hak milik menjadi sangat penting dalam menentukan keabsahan suatu transaksi di perbankan syariah;
2. Bahwa menurut Pemohon, hak konstitusional Pemohon dirugikan karena UU 21/2008 tidak mengatur terkait hak milik padahal dalam pelaksanaan transaksi perbankan syariah sering terjadi perpindahan hak milik. Adapun pengaturan terkait dengan hak milik terutama hak atas tanah terdapat pada Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (UUPA). Hal demikian menimbulkan keraguan kepada Pemohon ketika akan menggunakan produk bank syariah khususnya berupa pembiayaan ulang karena jika Pemohon mendasarkan kepada UUPA maka sebagai nasabah, Pemohon

akan dikenai biaya tinggi dan waktu yang lama dalam proses peralihan hak milik, namun jika hanya berdasarkan kepada UU 21/2008 Pemohon menganggap akan bertentangan dengan undang-undang;

3. Bahwa menurut Pemohon, pengaturan terkait hak milik sudah seharusnya menjadi materi muatan yang terdapat dalam UU 21/2008, namun faktanya UU 21/2008 hanya mengatur masalah kelembagaan dan justru mendelegasikan penetapan prinsip syariah kepada MUI melalui fatwa yang kemudian dituangkan ke dalam peraturan perundang-undangan oleh BI/OJK. Dengan demikian konsep hak milik yang merupakan materi muatan undang-undang diatur hanya oleh MUI dan Peraturan BI (PBI) atau Peraturan OJK (POJK);
4. Bahwa menurut Pemohon, norma Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU 21/2008 telah memberikan 'delegasi blangko' kepada MUI dan BI/OJK untuk mengatur materi yang seharusnya menjadi materi muatan undang-undang tanpa diberikan batasan kewenangannya;
5. Bahwa menurut Pemohon, dualisme kewenangan dengan penggunaan kata "ditetapkan" dan "dituangkan" kepada dua lembaga yang berbeda menjadikan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) multitafsir/ambigu. Akibat sifat yang multitafsir ini, dalam pelaksanaannya OJK seringkali memilih untuk tidak menuangkan fatwa ke dalam peraturan perundang-undangan namun menggunakan instrumen Surat Edaran OJK atau Buku Standart Produk Perbankan Syariah dalam mengatur secara detail tentang prinsip syariah yang sering menjadi acuan bagi bank syariah dalam membuat *Standart Operating Procedure* (SOP) produk bank syariah;
6. Bahwa menurut Pemohon, pola delegasi kepada non lembaga negara belum pernah dilakukan selain di dalam UU 21/2008. Pemberian delegasi kepada MUI sebagai organisasi kemasyarakatan dalam menetapkan prinsip syariah menimbulkan pertanyaan bagaimana jika MUI sebagai organisasi kemasyarakatan kemudian dicabut izinnya oleh pemerintah. Bagaimanakah legitimasi prinsip syariah dalam perbankan syariah? Apakah akan dibentuk organisasi kemasyarakatan baru untuk menggantikan MUI, karena jika berdasarkan kepada UU 21/2008, kewenangan untuk menetapkan prinsip syariah hanya dapat dilakukan oleh MUI sedangkan BI/OJK hanya menuangkan fatwa MUI saja. Oleh karena itu, fungsi menetapkan suatu kaidah/norma hukum

harus berada pada lembaga negara yang mendapat kewenangan atribusi/delegasi dari undang-undang, sehingga dalam hal ini peran MUI dalam menentukan prinsip syariah hanya sebagai pemberi materi pembentukan hukum bagi BI/OJK, sedangkan fungsi menetapkan prinsip syariah berada pada BI/OJK sebagai lembaga negara;

7. Bahwa berdasarkan uraian dalil-dalil di atas, Pemohon memohon kepada Mahkamah pada pokoknya sebagai berikut:
 - a. Memerintahkan kepada pembentuk Undang-Undang untuk melakukan perubahan terhadap UU 21/2008 khususnya mengenai hak kebendaan dalam transaksi perbankan syariah atau melakukan pembentukan undang-undang yang di dalamnya mengatur mengenai hak kebendaan dalam transaksi perbankan syariah;
 - b. Menyatakan frase "*berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah.*" dalam Pasal 1 angka 12 UU 21/2008 bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat secara bersyarat sepanjang tidak dimaknai "*yang ditetapkan dalam Peraturan Bank Indonesia atau Peraturan Otoritas Jasa Keuangan sesuai dengan kewenangannya.*";
 - c. Menyatakan frase "*prinsip syariah.*" dalam Pasal 26 ayat (1) UU 21/2008 bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat secara bersyarat sepanjang tidak dimaknai "*prinsip syariah yang ditetapkan oleh Bank Indonesia atau Otoritas Jasa Keuangan sesuai dengan kewenangannya.*";
 - d. Menyatakan frase "*Prinsip Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) difatwakan oleh Majelis Ulama Indonesia.*" dalam Pasal 26 ayat (2) UU 21/2008 bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat secara bersyarat sepanjang tidak dimaknai "*Bank Indonesia atau Otoritas Jasa Keuangan dalam menetapkan prinsip syariah memperhatikan fatwa yang ditetapkan Majelis Ulama Indonesia dan/atau lembaga lain yang berwenang menetapkan fatwa.*";
 - e. Menyatakan Pasal 26 ayat (3) UU 21/2008 bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;

[3.8] Menimbang bahwa untuk mendukung dan membuktikan dalilnya, Pemohon telah mengajukan alat bukti surat/tulisan yang diberi tanda bukti P-1 sampai dengan bukti P-30 yang selengkapnya telah dimuat dalam bagian Duduk Perkara. Selain itu, Pemohon juga menyampaikan kesimpulan yang diterima Mahkamah pada 13 Juni 2022;

[3.9] Menimbang bahwa Dewan Perwakilan Rakyat telah memberikan keterangan dalam persidangan pada 8 Maret 2022 beserta keterangan tertulis yang diterima Mahkamah pada 6 April 2022 [selengkapnya telah dimuat dalam bagian Duduk Perkara];

[3.10] Menimbang bahwa Presiden telah menyampaikan keterangan dalam persidangan pada 16 Maret 2022 dan menyerahkan keterangan tertulis yang diterima Mahkamah pada 14 Maret 2022 [selengkapnya telah dimuat dalam bagian Duduk Perkara], serta menyerahkan kesimpulan yang diterima Mahkamah pada 15 Juni 2022;

[3.11] Menimbang bahwa Pihak Terkait BI dan OJK telah menyampaikan keterangannya dalam persidangan pada 11 April 2022 dan menyerahkan keterangan tertulis yang diterima Mahkamah pada 8 April 2022 sedangkan Pihak Terkait MUI telah menyampaikan keterangannya dalam persidangan pada 12 Mei 2022 dan menyerahkan keterangan tertulis yang diterima Mahkamah pada 4 April 2022 dan keterangan tertulis yang diterima melalui e-mail Mahkamah pada 10 Mei 2022 [selengkapnya telah dimuat dalam bagian Duduk Perkara]. Selain itu, Pihak Terkait BI dan OJK telah menyerahkan kesimpulan yang diterima Mahkamah pada 15 Juni 2022, begitu pula MUI telah menyerahkan kesimpulan yang diterima Mahkamah pada 10 Juni 2022;

[3.12] Menimbang bahwa setelah Mahkamah memeriksa dengan saksama permohonan Pemohon, Keterangan DPR, Keterangan Presiden, dan Keterangan Pihak Terkait BI, OJK, dan MUI, bukti-bukti surat/tulisan yang diajukan oleh Pemohon serta kesimpulan Pemohon, Presiden, dan Pihak Terkait BI, OJK, dan MUI sebagaimana dimuat dalam bagian Duduk Perkara, Mahkamah selanjutnya mempertimbangkan dalil-dalil permohonan Pemohon;

[3.13] Menimbang bahwa sebelum mempertimbangkan perihal dalil Pemohon berkenaan dengan: (a) konsep hak milik menjadi sangat penting dalam menentukan keabsahan suatu transaksi di perbankan syariah, (b) UU 21/2008 tidak mengatur terkait hak milik padahal dalam pelaksanaan transaksi perbankan syariah sering terjadi perpindahan hak milik, dan (c) pengaturan terkait hak milik sudah seharusnya menjadi materi muatan yang terdapat dalam UU 21/2008, Mahkamah terlebih dahulu akan mempertimbangkan isu konstusionalitas yang dipersoalkan oleh Pemohon yaitu norma Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU 21/2008. Sebagaimana didalilkan Pemohon, Pasal 1 angka 12 UU 21/2008 sepanjang frasa “berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah” adalah bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai “yang ditetapkan dalam Peraturan Bank Indonesia atau Peraturan Otoritas Jasa Keuangan sesuai dengan kewenangannya”, norma Pasal 26 ayat (1) UU 21/2008 sepanjang frasa “prinsip syariah” adalah bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai “prinsip syariah yang ditetapkan oleh Bank Indonesia atau Otoritas Jasa Keuangan sesuai dengan kewenangannya”, norma Pasal 26 ayat (2) UU 21/2008 sepanjang frasa “Prinsip Syariah sebagaimana pada ayat (1) difatwakan oleh Majelis Ulama Indonesia” adalah bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai “Bank Indonesia atau Otoritas Jasa Keuangan dalam menetapkan prinsip syariah memperhatikan fatwa yang ditetapkan Majelis Ulama Indonesia dan/atau lembaga lain yang berwenang menetapkan fatwa” dan norma Pasal 26 ayat (3) UU 21/2008 bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat;

Bahwa sebelum mempertimbangkan lebih jauh isu konstusionalitas yang berkenaan dengan norma Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU 21/2008, terlebih dahulu perlu dipertimbangkan beberapa hal sebagai berikut. *Pertama*, ihwal keberadaan perbankan syariah yang diatur dalam UU 21/2008. Dalam hal ini, diadopsinya pengaturan perbankan syariah dalam sistem hukum, *in casu* dalam sistem perbankan Indonesia, tidak dapat dilepaskan dari fakta empirik tingginya kebutuhan sebagian masyarakat Indonesia terhadap jasa perbankan syariah. Sebagai sebuah entitas perbankan yang didesain berbeda dengan bank-bank lain yang telah lama dikenal, keberadaan perbankan syariah

memiliki sejumlah perbedaan atau kekhususan dibanding dengan perbankan konvensional. Salah satu bentuk kekhususan perbankan syariah dimaksud adalah keharusan proses perbankan tunduk pada sistem syariah Islam. Adapun mengenai penentuan standar syariah dalam usaha perbankan tersebut bukanlah otoritas perbankan, melainkan otoritas agama;

Bahwa penempatan urusan penentuan prinsip syariah sebagai otoritas agama tidak terlepas dari ketentuan konstitusi, dalam hal ini norma Pasal 29 UUD 1945. Dalam ketentuan tersebut dinyatakan bahwa negara menjamin tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadah menurut agamanya dan kepercayaannya. Sesuai dengan ketentuan Pasal 29 UUD 1945, seluruh umat beragama, termasuk umat Islam berhak menjalankan agama dan beribadah menurut agamanya. Dalam kaitannya dengan bank syariah, bagi umat Islam, menjalankan aktivitas perbankan sesuai dengan syariat agama tentu menjadi bagian dari cara menjalankan kehidupan dalam bidang ekonomi sesuai dengan agama yang diyakininya. Sehubungan dengan hal itu, pada saat pembentuk undang-undang memfasilitasi kebutuhan demikian dengan cara menyediakan bank syariah, maka hal-hal yang berkaitan dengan penentuan prinsip syariah dalam penyelenggaraan perbankan tentunya harus tetap diserahkan kepada pemegang otoritas agama Islam, bukan sebaliknya diambil alih oleh negara melalui organ yang diberi kewenangan menyelenggarakan perbankan. Sebab, prinsip syariah dimaksud terkait dengan prinsip hukum Islam yang penetapannya hanya boleh dilakukan oleh ulama yang memiliki kapasitas, dan bukan oleh pengelola perbankan yang memiliki kewenangan, "kapasitas", dan pengetahuan terbatas di bidang syariah;

Kedua, konstruksi norma Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU 21/2008 mengandung dua materi muatan utama, yaitu: penentuan substansi prinsip syariah, dan berkenaan dengan bentuk hukum penguangan prinsip syariah dalam peraturan perundang-undangan. Berkenaan dengan kedua hal tersebut, penentuan substansi prinsip syariah ditempatkan sebagai kewenangan MUI, sedangkan penguangan prinsip syariah ke dalam peraturan perundang-undangan ditempatkan sebagai wewenang BI/OJK. Secara doktriner, substansi peraturan perundang-undangan, yang disebut dengan sumber hukum dalam pengertian materiil, dapat berasal dari berbagai sumber seperti dari hukum-hukum agama, hukum adat dan lain-lain. Meskipun dapat berasal dari berbagai sumber materiil, ketika dituangkan ke dalam bentuk peraturan perundang-undangan, materi tersebut hanya dapat

dituangkan oleh lembaga yang secara eksplisit diperintahkan suatu peraturan perundang-undangan atau dibentuk berdasarkan kewenangan. Masalahnya, ketika pembentuk undang-undang, *in casu* pembentuk UU 21/2008 menyerahkan otoritas penentuan prinsip syariah dalam kegiatan usaha perbankan syariah kepada MUI, apakah hal demikian merupakan bentuk kesalahan yang dapat menimbulkan ketidakpastian hukum sehingga harus dinyatakan sebagai bertentangan dengan UUD 1945;

Bahwa terkait dengan persoalan tersebut, pada dasarnya sudah terjawab dengan prinsip dan posisi perbankan syariah yang memiliki kekhususan dibandingkan dengan perbankan konvensional. Kekhususan tersebut berkenaan dengan penerapan prinsip syariah dalam penyelenggaraan perbankan, di mana otoritas agama Islam yaitu MUI terlibat di dalamnya. Bahkan, guna menjamin kepastian hukum bagi *stakeholders* dan sekaligus memberikan keyakinan kepada masyarakat dalam menggunakan produk dan jasa bank syariah, diatur jenis usaha, ketentuan pelaksanaan syariah, kelayakan usaha, penyaluran dana, dan larangan bagi bank syariah maupun unit usaha syariah yang menjadi bagian dari bank konvensional. Sementara itu, untuk memberikan keyakinan pada masyarakat yang masih meragukan prinsip-prinsip syariah dalam operasionalisasi perbankan syariah, diatur pula kegiatan usaha yang tidak bertentangan dengan prinsip syariah meliputi kegiatan usaha yang tidak mengandung unsur-unsur riba, maisir, gharar, haram, dan zalim (*vide* Penjelasan Umum UU 21/2008). Jika prinsip syariah dalam perbankan syariah tersebut ditempatkan sebagai kekhususan, maka pelibatan MUI sama sekali tidak mengandung persoalan hukum sepanjang hanya sebatas mengeluarkan fatwa terkait prinsip syariah, yang memang menjadi kewenangannya sebagai salah satu otoritas agama dalam masyarakat Islam Indonesia;

Selanjutnya, fatwa terkait prinsip syariah dimaksud baru akan menjadi peraturan apabila BI/OJK telah menuangkannya ke dalam Peraturan BI/Peraturan OJK. Dalam konteks ini, fatwa MUI akan menjadi sumber hukum materiil dari peraturan BI/OJK berkaitan dengan perbankan syariah. Jika hal ini hendak dilihat dalam perspektif sistem hukum Indonesia, maka ia juga dapat dibenarkan. Sebab, dalam pembentukan hukum perundang-undangan, salah satu sumbernya adalah hukum Islam. Ketika hukum Islam yang dituangkan dalam fatwa MUI dijadikan sumber materiil dari peraturan BI/peraturan OJK, maka hal tersebut sama sekali tidak dapat dianggap memiliki masalah konstitusional;

[3.14] Menimbang bahwa berdasarkan uraian di atas, selanjutnya Mahkamah akan mempertimbangkan isu konstitusionalitas sejumlah norma dalam UU 21/2008 yang dimohonkan pengujiannya oleh Pemohon. Namun demikian, sebelum mempertimbangkan lebih lanjut dalil-dalil Pemohon, oleh karena norma Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU 21/2008 adalah saling berkaitan dengan keberlakuan prinsip syariah dalam perbankan syariah, oleh karena itu Mahkamah akan mempertimbangkan konstitusionalitas norma-norma *a quo* secara bersamaan sebagai berikut:

[3.14.1] Bahwa terkait keberadaan fatwa MUI dalam penentuan prinsip syariah pada penyelenggaraan usaha perbankan syariah, perlu disadari sebagai bagian dari sistem ekonomi nasional yang mengupayakan penggalan potensi dan wujud kontribusi masyarakat demi tercapainya tujuan pembangunan nasional sebagaimana diamanatkan oleh Pancasila dan UUD 1945, perbankan syariah memerlukan berbagai sarana pendukung agar dapat memberikan kontribusi maksimal bagi pengembangan ekonomi nasional. Salah satu sarana pendukung yang mendasar bagi perbankan syariah adalah peran dari fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga terpercaya dan terjaga kredibilitasnya di tengah umat muslim demi tegaknya prinsip syariah dalam segala kegiatan perbankan syariah yang akan memberikan jaminan kepastian hukum bagi *stakeholders*;

Bahwa MUI yang merupakan wadah para ulama, zu'ama dan cendekiawan muslim adalah lembaga yang berkompeten menjawab dan merespon permintaan fatwa, pertanyaan dari pemerintah, lembaga, atau organisasi sosial mengenai masalah keagamaan dan kemasyarakatan. Pemberian atau penetapan fatwa MUI dilakukan atas permintaan (*istifta*) dari peminta fatwa (*mustafti*) baik secara pribadi, organisasi masyarakat, atau pemerintah. Dalam menetapkan fatwa di bidang keuangan syariah, hal ini dilakukan secara kolektif oleh suatu lembaga yang dinamakan Dewan Syariah Nasional (DSN) MUI. Tugas DSN MUI adalah untuk menetapkan fatwa atas sistem, kegiatan, produk, dan jasa di lembaga perekonomian, keuangan, dan bisnis syariah serta mengawasi penerapannya guna menumbuhkembangkan usaha di bidang keuangan, bisnis, dan ekonomi syariah. Selain dilakukan secara kolektif oleh DSN MUI, penetapan fatwa dalam hal tertentu melibatkan tenaga ahli yang berhubungan dengan masalah yang akan dibahas. Adapun DSN MUI ini diisi oleh para ulama, praktisi, dan para pakar yang memenuhi kualifikasi tertentu di bidang *Fiqh*, *Ushul Fiqh*, *Fiqh Muqorin*, keuangan, bisnis,

perekonomian syariah, dan berkemampuan dalam penetapan hukum (*istinbath* hukum). Produk hukum yang dihasilkan oleh DSN MUI kemudian ditetapkan sebagai fatwa MUI yang didasarkan pada Al-Quran, Sunnah (Al-Hadis), Ijma, dan Qiyas serta dalil lain yang kokoh (*mu'tabar*). Tegasnya penetapan fatwa MUI dilakukan oleh para ahli yang memenuhi kualifikasi *mujtahid* dan dilakukan secara kolektif. Fatwa DSN MUI bersifat responsif, proaktif, dan antisipatif. Persyaratan, sifat, metode, serta prosedur penetapan fatwa yang sedemikian ketat adalah agar diperoleh hasil yang akan bermanfaat bagi kemaslahatan umum (*maslahatul ammah*) dan sesuai dengan intisari ajaran agama Islam (*maqashid al-syariah*) yang selanjutnya dituangkan dalam jenis peraturan perundang-undangan yaitu PBI/POJK;

Bahwa berdasarkan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1999 tentang Bank Indonesia dan Pasal 8 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2011 tentang Otoritas Jasa Keuangan, baik BI maupun OJK tidak memiliki fungsi ataupun kewenangan yang dapat ditafsirkan sebagai kewenangan untuk menetapkan prinsip syariah khususnya dalam perbankan syariah sebagaimana yang dimohonkan oleh Pemohon. Dengan tidak terdapatnya kewenangan dalam menetapkan prinsip syariah sebagai landasan fundamental bagi kegiatan perbankan syariah, sehingga BI dan OJK tidak memiliki kompetensi maupun sumber daya untuk menilai, dan memberikan penjelasan terkait dengan hukum Islam sebagaimana kompetensi yang dimiliki oleh para ahli hukum Islam (*fuqaha*). Seandainya penetapan prinsip syariah diserahkan kepada BI/OJK dalam PBI atau POJK dengan mengikuti tata cara pembentukan peraturan perundang-undangan pada umumnya, BI/OJK akan kesulitan dalam merumuskan substansi dari PBI/POJK tersebut karena memiliki pengetahuan yang terbatas terkait dengan substansi atau prinsip syariah. Artinya, menyerahkan penetapan prinsip syariah dalam perbankan syariah kepada BI/OJK dapat dinilai sebagai tindakan sewenang-wenang pembentuk undang-undang yang dapat berujung pada terjadinya kekacauan dalam penentuan substansi peraturan yang memuat prinsip-prinsip syariah. Pada gilirannya, hal demikian juga dapat menciderai keyakinan dan cara umat Islam menjalankan agamanya;

[3.14.2] Bahwa apabila fatwa berkenaan dengan prinsip syariah tidak diatur untuk dikeluarkan oleh satu otoritas agama Islam yang mewakili mayoritas umat Islam Indonesia, *in casu* MUI, maka sangat mungkin akan menimbulkan kekacauan. Saat ini, di Indonesia terdapat sekitar 60 organisasi kemasyarakatan Islam yang memiliki

lembaga fatwa dengan metode pembentukan fatwa yang khas dan berbeda antara satu organisasi dengan organisasi lainnya [vide Keterangan tertulis Presiden bertanggal 14 Maret 2022 hlm.15 dan Keterangan tertulis MUI bertanggal 21 Maret 2022 hlm. 17]. Masing-masing memiliki basis keilmuan agama sendiri-sendiri yang sangat mungkin memiliki perbedaan satu sama lain. Apabila fatwa berkenaan dengan prinsip syariah dalam kegiatan usaha perbankan syariah tidak diatur secara eksplisit dalam undang-undang, *in casu* UU 21/2008, untuk ditentukan oleh otoritas agama yang mewakili umat Islam, maka hal tersebut berpotensi menimbulkan perbedaan fatwa terhadap permasalahan yang sama, termasuk di bidang ekonomi dan perbankan syariah. Pada akhirnya, hal demikian justru akan membingungkan masyarakat yang menggunakan jasa perbankan syariah dan hal demikian akan menimbulkan ketidakpastian hukum;

Bahwa secara historis, pembentukan bank syariah merupakan perwujudan dari hasil Musyawarah Nasional MUI pada tahun 1990. Berkenaan dengan hal tersebut, MUI telah aktif mengeluarkan fatwa terkait dengan kegiatan perbankan syariah jauh sebelum diperintahkan oleh UU 21/2008. Pada perkembangan perbankan syariah selanjutnya, MUI berperan aktif dan ikut serta melakukan pembinaan, pengawasan, dan arahan bagi pengembangan perbankan syariah;

[3.15] Menimbang bahwa apabila otoritas penetapan prinsip syariah dalam penyelenggaraan perbankan syariah tidak lagi diserahkan kepada MUI melainkan diserahkan kepada BI atau OJK sebagaimana dimohonkan oleh Pemohon, hal demikian potensial menimbulkan sejumlah persoalan yang dapat berujung pada ketidakpastian hukum. *Pertama*, kekhususan penyelenggaraan perbankan syariah akan hilang. Sebab, aspek kekhususan pengaturan perbankan syariah justru pada aspek adanya organ lain yang terlibat dalam penentuan prinsip syariah. *Kedua*, penetapan prinsip syariah akan dikeluarkan langsung oleh negara, bukan oleh otoritas agama yang mengayomi kepentingan mayoritas umat Islam. Sebagaimana diketahui, Indonesia bukanlah negara Islam, melainkan negara yang berdasarkan pada Pancasila yang menjadikan ajaran agama dan nilai-nilai Ketuhanan Yang Maha Esa sebagai salah satu sumber hukum. Oleh karena bukan negara Islam, lalu bagaimana mungkin otoritas negara yang menentukan prinsip syariah yang *notabene* merupakan bagian dari penentuan hukum Islam. Sekalipun negara

memiliki wewenang penuh dalam membentuk hukum, namun ketika bersentuhan dengan penetapan hukum agama, *in casu* perbankan syariah, negara perlu membatasi dirinya dengan cara menyerahkan penetapan materi hukum tersebut kepada pemegang otoritas agama. Dalam hal ini, negara mengambil peran mengadopsi hukum agama yang telah ditetapkan oleh pemegang otoritas agama menjadi hukum positif yang diberlakukan dalam penyelenggaraan urusan negara di bidang pengelolaan perbankan syariah;

[3.16] Menimbang bahwa berdasarkan seluruh pertimbangan hukum di atas, Mahkamah berkesimpulan norma Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU 21/2008 sama sekali tidak menyebabkan terjadinya ketidakpastian hukum sebagaimana didalilkan Pemohon. Bahkan keberadaan norma *a quo* telah ditempatkan secara tepat dan proporsional ihwal penentuan prinsip syariah dan pemuatannya dalam peraturan perundang-undangan. Proporsionalitas tersebut dapat dijelaskan karena menyangkut substansi prinsip syariah ditentukan berdasarkan fatwa MUI sebagai salah satu pemegang otoritas agama yang diakui umat Islam Indonesia serta diberikan mandat oleh negara. Sedangkan pemuatan fatwa tersebut ke dalam bentuk hukum peraturan perundang-undangan dilakukan oleh organ yang mewakili otoritas negara di bidang jasa keuangan atau perbankan syariah, *in casu* BI/OJK. Prinsip syariah yang ditetapkan melalui fatwa dan dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa, dalam hal ini DSN MUI, justru merupakan bentuk jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum bagi umat Islam yang menginginkan kehidupan ekonomi yang dijalankan sesuai dengan syariah Islam sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Negara dalam hal ini memberikan jaminan bahwa prinsip syariah yang mendasari pembentukan peraturan perbankan syariah merupakan hasil fatwa para ulama yang tergabung dalam MUI dengan kemampuan khusus di bidang masing-masing yang berasal dari berbagai organisasi dengan latar belakang yang berbeda dan juga masukan dari tim ahli di bidang perbankan, ekonomi, akuntansi, pasar modal, asuransi, BI, OJK, hukum, maupun Mahkamah Agung. Sehingga, dalam menetapkan fatwa telah dilihat dari berbagai sudut pandang, hal ini memberikan kepastian hukum dan keamanan bagi *stakeholders* dalam melaksanakan kegiatan perbankan syariah. Pembentuk undang-undang dalam hal ini telah menempatkan sesuatu pada posisi yang seharusnya yaitu menyerahkan penetapan prinsip syariah kepada para ulama yang ahli di bidang syariah kemudian

menuangkan prinsip tersebut dalam peraturan perundang-undangan (PBI/POJK) agar prinsip syariah hasil fatwa para ulama tersebut dapat berlaku dan mengikat secara umum. Penetapan prinsip syariah melalui fatwa oleh DSN MUI yang kemudian dituangkan dalam PBI atau POJK merupakan perwujudan bahwa negara mengakui, menghormati, melindungi, dan memfasilitasi umat Islam dalam menjalankan ibadahnya sesuai dengan keyakinannya sebagaimana termuat dalam Pasal 29 UUD 1945. Dengan demikian, dalil permohonan Pemohon berkenaan dengan inkonstitusionalitas ketentuan Pasal 1 angka 12 UU 21/2008 sepanjang frasa “berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah” dan inkonstitusionalitas ketentuan Pasal 26 ayat (1) UU 21/2008 sepanjang frasa “prinsip syariah”, inkonstitusionalitas norma Pasal 26 ayat (2) UU 21/2008 sepanjang frasa “Prinsip Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) difatwakan oleh Majelis Ulama Indonesia” serta inkonstitusionalitas Pasal 26 ayat (3) UU 21/2008 adalah tidak beralasan menurut hukum;

[3.17] Menimbang bahwa berkenaan dengan petitum Pemohon yang meminta kepada Mahkamah untuk memerintahkan pembuat undang-undang melakukan perubahan terhadap UU 21/2008 berkenaan dengan hak kebendaan dalam transaksi perbankan syariah atau melakukan pembentukan undang-undang yang di dalamnya mengatur mengenai hak kebendaan dalam transaksi perbankan syariah. Dalam hal ini, seperti telah dikemukakan pada Paragraf **[3.13]** di atas, Petitum demikian bermuara dari dalil Pemohon, yaitu (a) konsep hak milik menjadi sangat penting dalam menentukan keabsahan suatu transaksi di perbankan syariah, (b) UU 21/2008 tidak mengatur terkait hak milik padahal dalam pelaksanaan transaksi perbankan syariah sering terjadi perpindahan hak milik, dan (c) pengaturan terkait hak milik sudah seharusnya menjadi materi muatan yang terdapat dalam UU 21/2008. Berkenaan dengan Petitum demikian, dapat dikatakan bahwa Pemohon telah keliru menafsirkan kewenangan Mahkamah dalam menguji undang-undang terhadap UUD 1945. Terlebih lagi, dalil-dalil yang bermuara pada Petitum tersebut tidak memiliki kejelasan relevansi dengan norma Pasal 1 angka 12, Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU 21/2008 yang diajukan pengujian konstitusionalitasnya oleh Pemohon. Dengan demikian, Petitum dan dalil-dalil demikian serta hal-hal lain yang terkait adalah tidak relevan dipertimbangkan oleh Mahkamah;

[3.18] Menimbang bahwa berdasarkan seluruh uraian pertimbangan hukum di atas, Mahkamah berpendapat ketentuan norma Pasal 1 angka 12 dan Pasal 26 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU 21/2008 telah ternyata tidak menimbulkan ketidakpastian hukum, ketidakadilan, ketidakmanfaatan, dan hambatan bagi Pemohon dalam mengakses layanan perbankan syariah seperti yang dijamin oleh UUD 1945 sebagaimana di dalilkan oleh Pemohon. Dengan demikian, permohonan Pemohon adalah tidak beralasan menurut hukum untuk seluruhnya, sedangkan hal-hal lain dan selebihnya tidak dipertimbangkan karena dipandang tidak ada relevansinya.

4. KONKLUSI

Berdasarkan penilaian atas fakta dan hukum sebagaimana diuraikan di atas, Mahkamah berkesimpulan:

- [4.1]** Mahkamah berwenang mengadili permohonan *a quo*;
- [4.2]** Pemohon memiliki kedudukan hukum untuk mengajukan permohonan *a quo*;
- [4.3]** Pokok permohonan tidak beralasan menurut hukum untuk seluruhnya.

Berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah terakhir dengan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2020 tentang Perubahan Ketiga Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2020 Nomor 216, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 6554), dan Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5076);

5. AMAR PUTUSAN

Mengadili:

Menolak permohonan Pemohon untuk seluruhnya.

Demikian diputus dalam Rapat Permusyawaratan Hakim oleh sembilan Hakim Konstitusi yaitu Anwar Usman selaku Ketua merangkap Anggota, Aswanto, Saldi Isra, Wahiduddin Adams, Suhartoyo, Arief Hidayat, Enny Nurbaningsih, Daniel Yusmic P. Foekh, dan Manahan M.P. Sitompul, masing-masing sebagai Anggota, pada hari **Kamis**, tanggal **dua puluh delapan**, bulan **Juli**, tahun **dua ribu dua puluh dua** dan pada hari **Senin**, tanggal **delapan**, bulan **Agustus**, tahun **dua ribu dua puluh dua**, yang diucapkan dalam Sidang Pleno Mahkamah Konstitusi terbuka untuk umum pada hari **Rabu**, tanggal **tiga puluh satu**, bulan **Agustus**, tahun **dua ribu dua puluh dua**, selesai diucapkan **pukul 14.45 WIB**, oleh delapan Hakim Konstitusi yaitu Anwar Usman selaku Ketua merangkap Anggota, Aswanto, Saldi Isra, Wahiduddin Adams, Suhartoyo, Arief Hidayat, Daniel Yusmic P. Foekh, dan Manahan M.P. Sitompul, masing-masing sebagai Anggota, dengan dibantu oleh Fransisca sebagai Panitera Pengganti, serta dihadiri oleh Pemohon, Dewan Perwakilan Rakyat atau yang mewakili, Presiden atau yang mewakili.

KETUA,

ttd.

Anwar Usman

ANGGOTA-ANGGOTA,

ttd.

Aswanto

ttd.

Saldi Isra

ttd.

Wahiduddin Adams

ttd.

Suhartoyo

ttd.

Arief Hidayat

ttd.

Daniel Yusmic P. Foekh

ttd.

Manahan M.P. Sitompul

PANITERA PENGGANTI,

ttd.

Fransisca



Panitera
Muhidin - NIP 19610818 198302 1 001
Digital Signature

Jln. Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta Pusat 10110
Telp: 021-23529000 Fax: 021-3520177
Email: office@mkri.id

Keterangan:

- Salinan sesuai dengan aslinya
- Surat/dokumen ini tidak memerlukan tanda tangan basah karena telah ditandatangani secara elektronik (*digital signature*) dengan dilengkapi sertifikat elektronik.