



PUTUSAN
Nomor 93/PUU-X/2012

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:

[1.2] Nama : **Ir. H. Dadang Achmad**

Pekerjaan : Direktur CV. *Benua Engineering Consultant*

Alamat : Taman Cimang RT 002 RW 008 Kelurahan Kedung Jaya,
Kecamatan Tanah Sareal, Kota Bogor, Jawa Barat

Dalam hal ini berdasarkan Surat Kuasa Khusus bertanggal 3 Agustus 2012 memberi kuasa kepada **Rudi Hernawan, S. H.**, dan **E. Sophan Irawan, SMHK.**, para Advokat pada Kantor Advokat Rudi Irawan & Rekan beralamat kantor di Jalan Siliwangi Nomor 17 Desa Bojongkokosan, Kecamatan Parungkuda, Kabupaten Sukabumi, bertindak untuk dan atas nama pemberi kuasa;

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

[1.3] Membaca permohonan Pemohon;

Mendengar keterangan Pemohon;

Mendengar dan membaca keterangan Pemerintah;

Mendengar dan membaca keterangan Dewan Perwakilan Rakyat;

Mendengar keterangan saksi dan ahli Pemohon;

Mendengar keterangan ahli yang dihadirkan oleh Mahkamah Konstitusi;

Memeriksa bukti-bukti Pemohon;

Membaca kesimpulan Pemohon dan Pemerintah;

2. DUDUK PERKARA

[2.1] Menimbang bahwa Pemohon telah mengajukan permohonan dengan surat permohonan bertanggal 12 Agustus 2012, yang diterima di Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut Kepaniteraan Mahkamah) pada tanggal 12 September 2012 berdasarkan Akta Penerimaan Berkas Permohonan Nomor 322/PAN.MK/2012 dan telah dicatat dalam Buku Registrasi Perkara Konstitusi pada tanggal 24 September 2012 dengan Nomor 93/PUU-X/2012, yang telah diperbaiki dan diterima di Kepaniteraan Mahkamah pada tanggal 19 Oktober 2012, yang pada pokoknya menguraikan hal-hal sebagai berikut:

1. KEWENANGAN MAHKAMAH KONSTITUSI

- 1) Bahwa Pasal 24 ayat (2) Undang-Undang Dasar 1945 (selanjutnya disebut UUD 1945) menyatakan, “Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan Badan Peradilan yang di bawahnya dalam lingkungan Peradilan umum, lingkungan Peradilan agama, lingkungan Peradilan militer, lingkungan Peradilan Tata Usaha Negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi”.
- 2) Bahwa Pasal 24C ayat (1) UUD 1945, Pasal 10 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor 98, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4316, selanjutnya disebut UU 24/2003) 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 Lembaga Negara Republik Indonesia Nomor 5076) menyatakan *“Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji Undang-Undang terhadap Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945”*.
- 3) Bahwa dengan demikian permohonan Pemohon termasuk ke dalam salah satu kewenangan mengadili Mahkamah Konstitusi yaitu tentang menguji materil Undang-Undang terhadap UUD 1945.

2. KEDUDUKAN HUKUM (LEGAL STANDING) PEMOHON

- 1) Bahwa Pasal 51 ayat (1) UU 24/2003 beserta penjelasannya menyatakan, *“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) Bahwa selanjutnya dalam Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-III/2005 dan Putusan Nomor 11/PUU-V/2007 telah menentukan 5 (lima) syarat kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional sebagaimana dimaksud dalam Pasal 51 ayat (1) UU 24/2003, sebagai berikut:
 - a. adanya 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 yang dimohonkan pengujian;
 - c. hak dan/atau kewenangan 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 (*causal verband*) antara kerugian dimaksud dengan berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian;
 - e. adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan maka kerugian konstitusional tersebut tidak akan atau tidak lagi terjadi;
- 3) Bahwa Pemohon sebagai perorangan warga negara Indonesia berdasarkan bukti KTP dan sebagai nasabah dari Bank Muamalat Indonesia, Tbk. Cabang Bogor yang telah melakukan ikatan berupa akad sebagaimana akta Notaris Nomor 34 tertanggal 9 Juli 2009 dan diperbaharui dengan akad pembiayaan Al-Musyarakah (tentang perpanjangan jangka waktu dan perubahan jaminan) dengan Nomor 14 tertanggal 8 Maret 2010 yang dibuat di hadapan Catur Virgo, SH. Notaris di Jakarta.
- 4) Bahwa sebagai warga negara Republik Indonesia, Pemohon memiliki hak-hak konstitusional antara lain seperti yang diatur dalam Pasal 27 ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 yang berbunyi “*Setiap warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan dengan tidak ada kecualinya*”.

- 5) Bahwa sebagai warga negara Republik Indonesia, Pemohon juga berhak secara konstitusional mendapat jaminan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum seperti yang diatur dalam Pasal 28D ayat (1) yang berbunyi "*Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.*"
- 6) Bahwa dengan demikian Pemohon memiliki hak konstitusional dalam mengajukan permohonan ini yaitu melakukan Permohonan Uji Materil Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah yaitu Pasal 55 ayat (2) dan ayat (3) yang mengatur tentang penyelesaian sengketa. Terhadap Undang-Undang Dasar 1945 Pasal 28D ayat (1).

3. POKOK PERMOHONAN

- 1) Bahwa hal-hal yang telah dikemukakan dalam kewenangan masalah konstitusi dan kedudukan hukum Pemohon sebagaimana diuraikan di atas adalah merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari pokok permohonan ini.
- 2) Bahwa Pemohon sebagai warga negara Indonesia bermaksud mengajukan permohonan uji materil Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 94) yaitu Pasal 55 ayat (2) dan ayat (3) yang mengatur tentang penyelesaian sengketa. Terhadap Pasal 28D ayat (1) UUD 1945.
- 3) Bahwa Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 Pasal 55 ayat (1) yang berbunyi "*Penyelesaian sengketa perbankan syariah dilakukan oleh pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama*". Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 yang berbunyi "*Dalam hal para pihak telah memperjanjikan penyelesaian sengketa selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1), penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan isi akad*". Sedangkan Pasal 55 ayat (3) berbunyi "*Penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak boleh bertentangan dengan prinsip syariah*".
- 4) Bahwa Pemohon sebagai pencari keadilan serta menginginkan adanya kepastian hukum dari suatu produk hukum dalam hal ini Undang-undang Nomor 21 Tahun 2008 di mana Pasal 55 ayat (2) dan ayat (3) telah

menimbulkan tidak adanya ketidakpastian hukum seperti yang diamanatkan oleh UUD 1945 Pasal 28D ayat (1).

- 5) Bahwa jika suatu Undang-Undang mempersilahkan untuk memilih menggunakan fasilitas negara (lembaga peradilan), sedangkan ayat lainnya secara tegas telah menentukan peradilan mana yang harus dipakai, maka dengan adanya dibebaskan memilih akan menimbulkan berbagai penafsiran dari berbagai pihak apalagi selanjutnya ayat lain mengisyaratkan harus memenuhi prinsip-prinsip dalam hal ini prinsip syariah sehingga menimbulkan pertanyaan apakah peradilan yang dipilih atau yang diperjanjikan oleh masing-masing pihak seperti diatur dalam Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tersebut telah memenuhi prinsip syariah seperti yang diisyaratkan oleh Pasal 55 ayat (3) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008. Maka di sinilah akan timbul ketidakpastian hukumnya, sementara Pasal 55 ayat (1) yang secara tegas mengatur jika terjadi perselisihan maka harus dilaksanakan di pengadilan dalam ruang lingkup Peradilan Agama. Hal ini tidak akan dipilih oleh para pihak jika terjadi perselisihan dalam perbankan syariah.
- 6) Bahwa UUD 1945 Pasal 28D ayat (1) telah secara tegas mengatur bahwa Undang-Undang harus menjamin adanya kepastian hukum dan keadilan. Maka kalau kita melihat Pasal 55 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang perbankan syariah, yaitu antara Pasal 55 ayat (1) dengan Pasal 55 ayat (2) dan ayat (3) terdapat kontradiktif di mana yang satu secara tegas menyebutkan dan yang lainnya membebaskan untuk memilih, maka dengan adanya kontradiktif tersebut antara yang satu dengan yang lainnya lahirlah penafsiran sendiri-sendiri sehingga makna kepastian hukum menjadi tidak ada.
- 7) Bahwa menurut Pemohon apa yang diatur dalam Bab IX mengenai penyelesaian sengketa yaitu Pasal 55 ayat (1), ayat (2) dan ayat (3) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, timbul kontradiktif antara ayat (1) yang secara tegas mengatur jika terjadi sengketa dalam Perbankan Syariah maka harus dilaksanakan dalam lingkungan Peradilan Agama. Sedangkan ayat (2)-nya memberi pilihan kepada para pihak yang terikat dalam suatu akad untuk memilih akan dilaksanakan di lingkungan peradilan mana akan dilaksanakan jika terjadi sengketa dalam

Perbankan Syariah. Sehingga bisa diasumsikan para pihak boleh memilih apakah mau di lingkungan Peradila Agama, atau di Peradilan Umum bahkan di lingkungan peradilan lain pun diberi keleluasaan oleh ayat (2) Pasal 55 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 asalkan tercantum dalam akad. Maka dengan adanya ayat (2) Pasal 55 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 sangat jelas sama sekali tidak ada kepastian Hukum yang dijamin oleh UUD 1945. Sehingga nampak jelas Bab IX mengenai penyelesaian sengketa Pasal 55 ayat (2) sangatlah bertentangan dengan UUD 1945 Pasal 28D ayat (1).

- 8) Bahwa akibat tidak adanya kepastian hukum dengan dicantumkannya ayat (2) Pasal 55 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 melahirkan pula kekhawatiran dalam Undang-Undang ini sehingga dimuatlah ayat (3) Pasal 55 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008. Sedangkan ayat (3) Pasal 55 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tidak perlu terbit apabila tidak ada ayat (2) Pasal 55 Undang-Undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Undang-Undang Perbankan Syariah.
- 9) Bahwa untuk supaya mencerminkan adanya kepastian Hukum seperti yang dijamin oleh UUD Negara RI tahun 1945 Pasal 28 D ayat (1). Maka ayat (2) Pasal 55 UU No. 21 tahun 2008 haruslah dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat.
- 10) Bahwa Pemohon dalam hal ini sangat berkepentingan oleh karena Pemohon sebagai nasabah Bank Muamalat Indonesia, Tbk Cabang Bogor sangat merasa dirugikan akibat adanya ayat (2) Pasal 55 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah. Kerugian yang dialami oleh Pemohon di mana perkaranya sekarang sedang diurus melalui permohonan ke Mahkamah Agung, yaitu tentang kewenangan mengadili. Begitu pula Pemohon meyakini banyak nasabah dari Bank Muamalat Indonesia, Tbk yang merasa dirugikan karena tidak adanya kepastian Hukum seperti yang telah kami uraikan di atas.
- 11) Bahwa akhirnya diharapkan hukum hadir di tengah-tengah masyarakat dijalankan tidak sekedar menurut kata-kata hitam-putih dari peraturan (*according to the letter*), melainkan menurut semangat dan makna lebih dalam (*to the very meaning*) dari Undang-Undang atau hukum. Hukum tidak hanya dijalankan dengan kecerdasan intelektual melainkan dengan

kecerdasan spiritual. Menjalankan hukum harus dengan determinasi, empati, dedikasi, komitmen terhadap penderitaan bangsa untuk berani mencari jalan lain guna kebenaran, keadilan dan kepastian hukum para pencari keadilan.

Maka berdasarkan hal-hal yang telah kami uraikan di atas demi adanya kepastian hukum yang dijamin oleh UUD 1945 Pasal 28D ayat (1), maka kiranya Yang Mulia Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi berkenan untuk memutus sebagai berikut:

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

[2.2] Menimbang bahwa untuk membuktikan dalil-dalilnya, Pemohon telah mengajukan alat bukti surat/tulisan yang diberi tanda bukti P-1 sampai dengan bukti P-8, sebagai berikut:

1. Bukti P-1 Fotokopi Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah
2. Bukti P-2 Fotokopi KTP Pemohon
3. Bukti P-3 Fotokopi Salinan Penetapan Ketua Pengadilan Negeri Bogor Nomor 07/pdt/eks.akta/2012/PN.Bgr
4. Bukti P-4 Fotokopi Salinan Penetapan Ketua Pengadilan Negeri Bogor Nomor 07/Pdt/Eks.Akta/2012/PN.Bgr
5. Bukti P-5 Fotokopi Surat Penyelesaian Pembiayaan Al Musyarakah an CV Benua Engineering Consultan dari Bank Mualamat Cabang Bogor bertanggal 27 April 2010
6. Bukti P-6 Fotokopi Surat Persetujuan Fasilitas Pembiayaan Al Musyarakah an CV Benua Engineering Consultan dari Bank Mualamat Cabang

Bogor bertanggal 7 Juli 2009

7. Bukti P-7 Fotokopi Salinan Akad Pembiayaan Al Musyarakah Nomor 34 bertanggal 9 Juli 2009 antara Bank Mualamat dengan Haji Dadang Achmad di hadapan Notaris Catur Virgo
8. Bukti P-8 Fotokopi Salinan Perubahan Akad Pembiayaan Al Musyarakah Nomor 14 bertanggal 8 Maret 2010 antara Bank Mualamat dengan Haji Dadang Achmad di hadapan Notaris Catur Virgo

Selain itu, Pemohon juga telah mengajukan 2 (dua) orang ahli yang bernama **Dr. Ija Suntana** dan **Prof. DR. H. Dedi Ismatullah, SH., MH.**, dan telah didengar keterangannya di bawah sumpah dalam persidangan tanggal 20 Desember 2012 dan 1 (satu) orang saksi bernama **Muhammad Ikbal** yang telah didengar keterangannya di bawah sumpah dalam persidangan tanggal 29 Januari 2013, yang menerangkan sebagai berikut:

Ahli Pemohon

1. Dr. Ija Suntana

- Bahwa secara filosofis sub dan sifkum perbankan syariah didominasi oleh istilah-istilah bisnis Islam, seperti *murabahah*, *hudaibiyah*, *musyarakah*, *mudarabah*, *qardh*, *hawalah*, *ijarah*, dan *kafalah*. Oleh sebab itu, merupakan hal yang benar dan tepat apabila penyelesaian perkara perbankan syariah dilakukan dalam lingkungan peradilan yang secara substantif membidangi hal-hal yang terkait dengan nilai-nilai syariat Islam. Apabila diserahkan pada sistem peradilan yang tidak menerapkan aturan-aturan syariah, yang akan muncul adalah ketidaksinkronan antara praktik akad dengan penyelesaian sengketanya. Akad dilakukan di dalam sistem syariah, sementara penyelesaiannya dilakukan dalam lingkungan peradilan yang tidak menggunakan aturan dan asas-asas syariah;
- Bahwa secara eksplisit dikatakan Peradilan Agama dalam Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009 yang mengubah Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama dikatakan secara langsung bahwa salah satu kompetensi absolut peradilan agama adalah menyelesaikan perkara-perkara sengketa ekonomi syariah dan perbankan syariah masuk dalam bagian dari ekonomi syariah. Oleh sebab itu, pelemparan kompetensi absolut kepada selain lembaga yang tertulis secara langsung, menurut penilaian ahli adalah penyimpangan dari asas kepastian hukum yang diatur dalam Undang-Undang

Dasar 1945, yaitu Pasal 28D Bab 10A tentang Hak Asasi Manusia yang menjamin tentang kepastian hukum bagi warganya;

- Bahwa ketika peradilan ada dua, kemudian diberikan kesempatan untuk dipilih oleh para pihak yang bersengketa, hal tersebut akan menimbulkan *choice of forum* yang dalam perkara yang substansinya sama juga, objeknya sama, kemudian diberikan kebebasan memilih, sehingga akan menimbulkan *legaldisorder* (kekacauan hukum). Selain itu, akan menimbulkan disparitas keputusan, kemungkinan juga akan terjadi keanehan, sebab mungkin ketika putusan lahir dari peradilan agama, sementara putusan b lahir dari pengadilan umum untuk kasus yang sama, atau ada dua kasus yang memiliki kemiripan sama atau bahkan sama, maka akan terjadi keanehan bagi para pihak yang menerima;
- Bahwa pasal *a quo* ayat (2) dan ayat (3) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, dalam istilah hukum Islam akan menimbulkan yang disebut dengan *ta'arudh al-adillah*, pertentangan dua aturan ketika ayat (2) dan ayat (3) nya masih tetap ada. Selanjutnya, terkait dengan Pasal 2 dan Pasal 3 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 bertentangan sebetulnya apabila masih tetap ditetapkan dalam Undang-Undang tersebut, yaitu dengan Pasal 1 ayat (3) yang menyebutkan dalam Undang-Undang Dasar 1945 bahwa negara Indonesia adalah negara hukum karena salah satu karakter negara hukum adalah adanya kepastian hukum dan juga bertentangan dengan Pasal 28D yang menyebutkan bahwa salah satu hak asasi manusia, termasuk di dalamnya adalah para nasabah, adalah dijamin kepastian hukum;
- Bahwa apabila ada pilihan forum untuk penyelesaian perkara, sementara orang diberikan kebebasan, ibaratnya untuk memilih, tidak ditunjuk langsung oleh Undang-Undang, hal tersebut akan menimbulkan *chaossebelum* atau dalam praktik akad. Sebab mungkin saja ketika orang mau menandatangani akad di banknya yang itu masuk ke bank syariah, orang/nasabah yang masuk bank syariah, sementara pihak bank menginginkan bahwa penyelesaian sengketa itu ada di pengadilan negeri, sementara nasabah menginginkan diselesaikan di pengadilan agama, hal tersebut akan menimbulkan masalah dalam akad tersebut;

- Bahwa sebelum masuk kepada urusan hukum, dalam penentuan akad pun akan menjadi masalah karena akan jadi perdebatan antara “Saya ingin di pengadilan agama,” kata nasabah, sementara kata pihak bank, “Saya ingin di pengadilan negeri,” dan itu tidak akan ditemukan titik temu;
- Bahwa ketika diberikan kesempatan *choice of forum* adalah membahayakan apabila ada ungkapan bahwa orang yang masuk ke bank syariah itu tidak orang muslim saja, tapi ada nonmuslim. Dalam teori hukum ketika orang nonmuslim masuk kepada peradilan atau perbankan syariah, dia telah melakukan *choice of law* (telah memilih hukum). Ketika dia telah memilih hukum, maka secara langsung dia siap dan ikut diatur dengan aturan dan asas yang ada di lembaga yang dia masuki, yaitu hal-hal yang terkait dengan syariah dan ketika bank syariah menerapkan aturan-aturan syariah, maka ketika nonmuslim masuk ke dalam bank syariah telah menyiapkan diri dan siap juga menerima terhadap aturan yang diterapkan oleh bank syariah, sehingga dari urusan asas, aturan, dan sampai penyelesaian sengketa harus disesuaikan dengan syariah. Oleh sebab itu, dikatakan bahwa nonmuslim yang telah masuk ke dalam bank syariah itu telah melakukan *choice of law* karena ada bank konvensional yang dapat dipilih kenapa masuk ke bank syariah. Sementara di bank syariah telah dijelaskan secara nyata bahwa aturan dan asas yang telah dilaksanakan mulai akad sampai penyelesaian sengketa sesuai dengan aturan syariah;

2. Prof. DR. H. Dedi Ismatullah, SH.

- Bahwa Pasal 1 ayat (3) UUD 1945, negara Indonesia adalah negara hukum yang di dalamnya ada dua pengertian yaitu *supreme of law* dan *equality before the law*. Penafsiran terhadap *supreme of law* yaitu salah satunya adalah kepastian hukum, *rechtstaat* adalah kepastian hukum, maka dengan diberikannya pilihan hukum bagi orang yang masuk di peradilan, akan menimbulkan *confuse* atau kebingungan hukum. Oleh karena itulah, maka ahli melihat Pasal 2 ayat (2) dan ayat (3) tidak rasional, sebab bertentangan dengan ayat (1). Salah satunya adalah dilaksanakan peradilan di pengadilan agama tetapi diberikan pilihan di pengadilan yang lain. Hal tersebut juga akan bertentangan dengan Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009 tentang Kompetensi Peradilan Agama. Kompetensi peradilan agama adalah

merupakan kepastian hukum bagi orang yang ingin berperkara di dalam masalah bank ekonomi Islam;

- Bahwa adanya Pasal 29 ayat (2), “Negara menjamin kemerdekaan tiap penduduk pemeluk agamanya untuk melaksanakan syariatnya”. Menurut ahli melaksanakan ekonomi syariah di peradilan agama adalah merupakan bentuk dari implementasi Pasal 29 ayat (2), maka negara mempunyai kewajiban melindungi hak-hak hukum bagi setiap warga negaranya. Selain itu, Pasal 28 ayat (1), sudah jelas tentang kepastian hukum, yaitu setiap orang berhak atas pengakuan jaminan perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum. Menurut ahli, bahwa *equality before the law* adalah samanya kedudukan antara pengadilan agama dan pengadilan negeri, tetapi oleh karena pengadilan agama telah dijustifikasi oleh Undang-Undang tersendiri, sehingga ini adalah merupakan kompetensi absolut bagi peradilan agama;

Saksi Pemohon

Muhammad Ikbal

- Bahwa saksi merupakan nasabah Bank Muamalat Cabang Bogor yang pada saat itu menggunakan fasilitas pembiayaan al-musyarakah. Menurut saksi, Bank Muamalat merupakan salah satu bank yang menerapkan prinsip-prinsip perbankan syariah. Ketika perusahaan saksi dihadapkan pada persoalan Bank Muamalat, di luar dugaan perusahaan saksi mendapatkan surat penetapan dari Pengadilan Negeri Bogor berupa *unmanning* dan penyitaan eksekusi terhadap aset-aset yang telah dijaminkan kepada Bank Muamalat;
- Bahwa menurut saksi, seharusnya prosedur yang sebenarnya tidak pernah ditempuh oleh Bank Muamalat, seperti penyelesaian melalui arbitrase syariah atau pun penyelesaian perkara perbankan syariah yang seharusnya dilakukan dalam lingkungan peradilan yang secara substantif membidangi hal-hal yang terkait dengan nilai-nilai syariat Islam;
- Bahwa dalam penyelesaian sengketa tersebut, musyawarah-musyawarah yang sesuai dengan prinsip-prinsip syariah tidak diterapkan oleh Bank Muamalat dan justru yang dilakukan oleh Bank Muamalat langsung mengajukan permohonan *unmanning* dan eksekusi ke Pengadilan Negeri Bogor;
- Bahwa dengan adanya permasalahan tersebut, saksi melakukan konsultasi dengan penasihat hukum, dan menurut penasehat hukum seharusnya yang

berwenang dalam hal ini untuk melakukan penyelesaian sengketa adalah melalui pengadilan agama atau arbitrasesyariah dan bukan melalui pengadilan negeri dikarenakan Bank Muamalat adalah bank yang menerapkan prinsip-prinsip perbankan syariah dan bukan merupakan bank konvensional;

- Bahwa menurut saksi, seharusnya untuk menyelesaikan permasalahan ini menggunakan Undang-Undang Perbankan Syariah yang berlaku dan berdasarkan hasil penjelasan dari penasihat hukum ada ketidakpastian hukum, yaitu pada Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008, Pasal 55 ayat (1) yang berbunyi, *“Penyelesaian sengketa perbankan syariah dilakukan oleh pengadilan dalam lingkungan peradilan agama”* dan pada Pasal 55 ayat (2) berbunyi, *“Dalam hal para pihak telah memperjanjikan penyelesaian sengketa selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1), penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan isi akad”*, sedangkan ayat (3) berbunyi, *“Penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak boleh bertentangan dengan prinsip syariah”*;

[2.3] Menimbang bahwa terhadap permohonan Pemohon, Pemerintah telah memberikan keterangan dalam persidangan pada tanggal 28 November 2012, sebagai berikut:

- Bahwa tujuan pembangunan nasional adalah terciptanya masyarakat adil dan makmur berdasarkan demokrasi ekonomi. Salah satu bentuk penggalan potensi dan wujud kontribusi masyarakat dalam perekonomian nasional tersebut adalah pengembangan sistem ekonomi berdasarkan nilai Islam atau syariah dengan mengangkat prinsip-prinsipnya ke dalam sistem hukum nasional. Prinsip syariah berlandaskan pada nilai-nilai keadilan, kemanfaatan, keseimbangan, dan keuniversalan, rahmatan lilalamin. Nilai-nilai tersebut diterapkan dalam pengaturan perbankan yang didasarkan pada prinsip syariah yang disebut perbankan syariah. 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. Dengan prinsip hasil, bank syariah dapat menciptakan iklim investasi yang sehat dan adil karena semua pihak dapat saling berbagi baik keuntungan maupun potensi risiko yang timbul sehingga akan menciptakan posisi yang berimbang antara bank dan nasabahnya. Sementara itu, penyelesaian sengketa yang mungkin timbul pada

- perbankan syariah akan dilakukan melalui pengadilan di lingkungan peradilan agama. Di samping itu, dibuka pulakemungkinan penyelesaian sengketa melalui musyawarah, mediasi perbankan, badan arbitrase syariah nasional atau lembaga arbitrase, atau melalui pengadilan di lingkungan peradilan umum sepanjang disepakati di dalam akad oleh para pihak dan sesuai dengan prinsip syariah;
- Terhadap anggapan Pemohon yang menyatakan ketentuan Pasal 55 ayat (2) dan ayat (3) Undang-Undang Perbankan Syariah telah menimbulkan adanya ketidakpastian hukum akibat lembaga penyelesaian sengketa dalam perbankan syariah, Pemerintah dapat memberikan penjelasan sebagai berikut.
 - Kegiatan usaha perbankan syariah diwujudkan dalam akad-akad yang dibuatnya, baik itu dalam bentuk *musyarakah*, *mudharabah*, atau bentuk-bentuk lain. Tindakan membuat akad tersebut termasuk dalam klasifikasi *muamalah*. Kaidah dasar untuk *muamalah* perdata adalah segala sesuatu boleh kecuali yang jelas-jelas diharamkan. Muamalah dalam bahasa hukum konvensional dikenal dengan istilah perdata atau privat. Dalam kaidah fikih disebut, pada dasarnya semua bentuk muamalah boleh dilakukan kecuali ada dalil yang mengharamkannya. Dengan demikian, dalam bermuamalah prinsipnya adalah segala sesuatu diperbolehkan sepanjang tidak melanggar ketentuan syariah. Jika kemudian timbul sengketa terhadap akad bank syariah tersebut karena termasuk ke dalam kaidah syariah muamalah, maka para pihak dibebaskan untuk menyelesaikannya dengan cara yang menurut para pihak sepanjang tidak melanggar ketentuan yang telah dilarang oleh syariah;
 - Ketentuan mengenai penyelesaian sengketa pada perbankan syariah merupakan bagian dari asas kebebasan berkontrak. Hal tersebut jugasejalan dengan syariah Islam yang memberikan kebebasan kepada setiap orang untuk melakukan akad sesuai dengan yang diinginkan oleh para pihak sepanjang sesuai dengan prinsip syariah. Sedangkan yang dimaksud dengan prinsip syariah adalah prinsip hukum Islam dalam kegiatan perbankan berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa dibidang syariah (Pasal 1 angka 12 Undang-Undang Perbankan Syariah). Sehingga walaupun para pihak bersepakat dalam menyelesaikan sengketa selain pada peradilan agama, misalnya melalui musyawarah, mediasi perbankan, lembaga arbitrase, atau melalui pengadilan di lingkungan peradilan umum tetap harus menggunakan prinsip syariah

sebagaimana dimaksud dalam undang-undang ini, karena penggunaan prinsip syariah menjadi dasar kesepakatan tertulis (akad) antara bank syariah dengan pihak yang memuat adanya hak dan kewajiban bagi masing-masing pihak yang dilakukan sesuai prinsip syariah;

- Dengan adanya ketentuan tersebut, terlihat bahwa Undang-Undang *a quo* justru sangat menghargai perjanjian yang telah dibuat oleh para pihak dalam hal pemilihan forum penyelesaian sengketa yang ditujukan apabila pada suatu ketika terjadi sengketa antara pihak-pihak. Asas ini adalah asas universal yang masih diakui oleh masyarakat umum. Nilai-nilai tersebut diterapkan dalam pengaturan perbankan yang didasarkan pada prinsip syariah. Selain itu, ketentuan *a quo* akan lebih mendorong masyarakat umum untuk menggunakan jasa perbankan syariah. Hal ini dikarenakan kegiatan usaha dan nasabah perbankan syariah tidak hanya ditujukan bagi masyarakat yang beragama Islam, akan tetapi juga ditujukan bagi masyarakat yang bukan beragama Islam, sehingga dibukalah penyelesaian sengketa di luar peradilan agama dengan ketentuan tetap sesuai dengan prinsip syariah. Berdasarkan penjelasan tersebut, menurut Pemerintah, ketentuan Pasal 5 ayat (2) dan ayat (3) Undang-Undang Perbankan Syariah dimaksudkan untuk memberikan pilihan-pilihan sarana penyelesaian sengketa dalam perbankan syariah dengan tetap menerapkan rambu-rambu sepanjang tidak bertentangan dengan prinsip syariah. Sehingga hal demikian telah memberikan kepastian hukum dan tidak bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945;
- Berdasarkan penjelasan dan argumentasi tersebut di atas, Pemerintah memohon kepada Yang Terhormat Ketua Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi yang memeriksa dan memutus permohonan Pengujian Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dapat memberikan putusan sebagai berikut:
 1. Menyatakan bahwa Pemohon tidak mempunyai kedudukan hukum;
 2. Menolak permohonan pengujian Pemohon untuk seluruhnya atau setidaknya menyatakan permohonan pengujian Pemohon tidak dapat diterima;
 3. Menerima keterangan Pemerintah secara keseluruhan;

4. Menyatakan Ketentuan Pasal 55 ayat (2) dan ayat (3) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah tidak bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

[2.4] Menimbang bahwa terhadap permohonan Pemohon, Dewan Perwakilan Rakyat telah memberikan keterangan dalam persidangan pada tanggal 28 November 2012, sebagai berikut:

- Bahwa terhadap kedudukan hukum Pemohon, DPR berpandangan bahwa Pemohon harus dapat membuktikan terlebih dahulu apakah benar Pemohon sebagai pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan atas berlakunya ketentuan yang dimohonkan untuk diuji, khususnya dalam mengkonstruksikan adanya kerugian terhadap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya sebagai dampak dari diberlakukannya ketentuan yang dimohonkan untuk diuji;
- Terhadap kedudukan hukum tersebut, DPR menyerahkan sepenuhnya kepada Ketua Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi Yang Mulia, untuk mempertimbangkan dan menilai apakah Pemohon memiliki kedudukan hukum atau tidak, sebagaimana yang diatur oleh Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi dan berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-III/2005 dan Nomor 011/PUU-V/2007;
- Bahwa ketentuan Bab 9 tentang Penyelesaian Sengketa, Pasal 55 Undang-Undang *a quo* mengatur penyelesaian sengketa yang mungkin timbul pada perbankan syariah akan dilakukan melalui pengadilan di lingkungan peradilan agama. Di samping itu, dibuka pula kemungkinan penyelesaian sengketa melalui musyawarah, mediasi perbankan, lembaga arbitrase, atau melalui pengadilan di lingkungan peradilan umum sepanjang disepakati di dalam akad oleh para pihak dengan tetap berpegang kepada prinsip syariah. Pasal 55 Undang-Undang *a quo* dan penjelasannya yang selengkapnya berbunyi sebagaiberikut1) Penyelesaian sengketa perbankan syariah dilakukan oleh pengadilan dalam lingkungan peradilan agama, 2) Dalam hal pihak telah memperjanjikan penyelesaian sengketa selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1), penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan isi akad, 3) Penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud pada ayat (2), tidak boleh bertentangan dengan prinsip syariah;

- Dalam penjelasan ayat (2) disebutkan bahwa yang dimaksud dengan penyelesaian sengketa dilakukan sesuai isi akad adalah upaya sebagai berikut: a. musyawarah, b. mediasi perbankan, c. melalui badan arbitrase syariah nasional atau lembaga arbitrase lain dan/atau, d. melalui pengadilan dalam lingkungan peradilan umum;
- Bahwa Pasal 55 Undang-Undang Perbankan Syariah telah memberikan alternatif penyelesaian sengketa di luar jalur pengadilan di lingkungan peradilan agama, baik jalur non pengadilan maupun melalui pengadilan di peradilan umum;
- Bahwa secara prinsip penegakan hukum penyelesaian sengketa hanya dilakukan oleh kekuasaan kehakiman yang dilembagakan secara konstitusional yang lazim disebut badan yudikatif. Dengan demikian, yang berwenang memeriksa dan mengadili sengketa hanya badan peradilan yang bernaung di bawah kekuasaan kehakiman berpuncak di Mahkamah Agung, dalam hal ini ditunjuk dalam Undang-Undang *a quo* adalah peradilan agama. Ketentuan ini telah pula disinkronisasikan dengan ketentuan dalam Pasal 49 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama yang menyebutkan adanya perluasan kewenangan peradilan agama untuk menangani, memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara di bidang ekonomi syariah, termasuk di dalamnya perbankan syariah. Peradilan agama merupakan salah satu badan peradilan, pelaku kekuasaan kehakiman untuk menyelenggarakan penegakan hukum dan keadilan bagi rakyat pencari keadilan perkara tertentu, antara lain orang-orang yang beragama Islam di bidang perkawinan, waris, wasiat, hibah, wakaf, zakat, infak, sedekah, dan ekonomi syariah;
- Bahwa selain melalui jalur pengadilan, penyelesaian sengketa diluar jalur pengadilan merupakan usaha sebelum menempuh jalur pengadilan. Pengaturan terhadap sengketa keperdataan yang dimungkinkan terjadi antar nasabah dan bank syariah, dalam Undang-Undang *a quo* memberikan alternatif penyelesaian sengketa, mengingat penyelesaian sengketa merupakan masalah keperdataan antara para pihak yang dapat diselesaikan sesuai dengan kesepakatan yang telah diperjanjikan para pihak di dalam akad atau perjanjian. Hal ini sejalan dengan asas hukum perdata tentang kebebasan berkontrak yang disimpulkan dalam ketentuan Pasal 1338 ayat(1) KUHPer yang menyatakan bahwa semua kontrak perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai Undang-Undang bagi

mereka yang membuatnya. Dalam hukum syariah dikenal asas di bidang muamalah, yakni adanya asas *al-sufiah, al-muamalah, al-ibahah*. Bahwa dasar hukum dalam bidang muamalah atau hubungan antara orang perorangan adalah mubah atau boleh. Namun demikian, alternatif penyelesaian sengketa yang diperjanjikan dalam akad tersebut tidak boleh bertentangan dengan prinsip syariah;

- Bahwa meskipun dibuka kemungkinan alternatif penyelesaian sengketa selain melalui lembaga pengadilan di lingkungan peradilan agama, namun penggunaan penyelesaian sengketa yang diperjanjikan dalam akad antara para pihak, dalam hal ini ketentuan ayat (2) Pasal 5 Undang-Undang Perbankan Syariah, baik melalui musyawarah, mediasi, arbitrase, maupun lewat pengadilan di lingkungan peradilan umum, wajib berdasarkan pada prinsip-prinsip syariah. Hal ini dinyatakan dengan jelas pada Pasal 55 ayat (3) Undang-Undang *a quo* yang menyatakan, “Penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak boleh bertentangan dengan prinsip syariah, sehingga kepastian hukum tetap dapat terjamin bagi para pihak.”;
- Bahwa dibukanya kemungkinan para pihak untuk memilih pengadilan di bawah peradilan umum. Penjelasan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang *a quo* antara lain mengingat nasabah bank syariah pada hakikatnya tidaklah selalu orang perorangan yang beragama Islam. Berdasarkan Pasal 1 angka 16, “Nasabah adalah pihak yang menggunakan jasa bank syariah dan/atau unit usaha syariah.” Tidak ada pembatasan terkait agama, kepercayaan, bagi nasabah bank syariah untuk menggunakan jasa bank syariah sepanjang yang bersangkutan bersedia tunduk pada ketentuan-ketentuan dan prinsip syariah dalam pelaksanaan akad antara nasabah dan bank syariah termasuk dalam hal terjadinya sengketa. Maka, proses penyelesaian sengketa (meskipun bukan lewat jalur peradilan umum) harus tetap sesuai dan tidak boleh bertentangan dengan prinsip-prinsip syariah;
- Bahwa berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, penyelesaian sengketa perdata di samping dapat diajukan ke peradilan umum, juga terbuka kemungkinan diajukan melalui jalur nonperadilan seperti arbitrase dan alternatif penyelesaian sengketa. Hal ini sejalan dengan ketentuan dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa;
- Bahwa berdasarkan ketentuan dalam Pasal 49 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Pengadilan agama, pengadilan agama bertugas dan berwenang

memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara di tingkat pertama, antara orang-orang yang beragama Islam. Di antaranya di bidang ekonomi syariah, termasuk perbankan syariah. Pada praktiknya, dalam proses berperkara di pengadilan agama pun tidak dinafikkan adanya pilihan dalam hal perkara sengketa keperdataan, terkait dengan proses perkara di lingkungan peradilan umum, bahkan pengadilan agama menghormati keputusan pengadilan tersebut. Hal ini tergambar dalam ketentuan Pasal 50 ayat (1) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 yang berbunyi, ayat (1), "Dalam hal terjadi sengketa hak milik atau sengketa lain dalam perkara sebagaimana dimaksud dalam Pasal 49, khusus mengenai objek sengketa tersebut harus diputus lebih dahulu oleh pengadilan dalam lingkungan peradilan umum." Dalam penjelasan pasal ini dinyatakan pula bahwa apabila subjek yang mengajukan sengketa hak milik atau keperdataan lain tersebut bukan menjadi subjek bersengketa di pengadilan agama, sengketa di pengadilan agama ditunda untuk menunggu putusan gugatan yang diajukan ke pengadilan di lingkungan peradilan umum. Penangguhan dimaksud hanya dilakukan jika pihak yang berkeberatan telah mengajukan bukti ke pengadilan agama bahwa telah didaftarkan gugatan di pengadilan negeri terhadap objek sengketa yang sama dengan sengketa dipengadilan agama. Hal ini menunjukkan bahwa adanya pilihan hukum dalam proses penyelesaian sengketa adalah dimungkinkan dan tidak mengurangi kepastian hukum bagi para pihak;

- Bahwa selain pandangan secara konstitusional, teoritis, dan yuridis sebagaimana diuraikan di atas terkait dengan pengujian materi ketentuan Pasal 55 Undang-Undang *a quo* dipandang perlu melihat latar belakang perumusan Pasal 55 Undang-Undang *a quo* dalam risalah rapat pembahasan RUU *a quo* yang akan disampaikan kemudian;
- Demikian keterangan DPR di sampaikan untuk menjadi bahan pertimbangan bagi Yang Mulia Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi untuk memeriksa, memutus, dan mengadili perkara *a quo* dan dapat memberikan putusan sebagai berikut.
 1. Menerima keterangan DPR secara keseluruhan;
 2. Menyatakan Pasal 55 ayat (2) dan ayat (3) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tidak bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945;
 3. Menyatakan Pasal 55 ayat (2) dan ayat (3) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tetap mempunyai kekuatan hukum mengikat.

[2.5] Menimbang bahwa terhadap permohonan Pemohon, Mahkamah telah memanggil ahli **DR. Muhammad Syafii Antonio, M.Ec.**, yang telah memberikan keterangan dalam persidangan tanggal 29 Januari 2013, sebagai berikut:

- Bahwa dalam perbankan syariah mengenal ada beberapa jenis pembiayaan, *pertama*, ada yang disebut dengan pembiayaan yang berdasarkan kepada jual beli, yaitu bank membelikan terlebih dahulu kebutuhan Pemohon, kemudian setelah dibelikan oleh bank, lalu dijual kembali kepada Pemohon dengan margin. Misalnya, Tuan A membutuhkan satu kendaraan, dengan harga Rp200.000.000,00 maka dibeli oleh bank dari dealer, misalnya dengan harga Rp200.000.000,00 kemudian sesuai dengan kapasitas dan kemampuan bayar si nasabah dijual kembali kepada nasabah dengan harga Rp300.000.000,00 untuk periode yang disepakati, misalnya 60 bulan. Maka, selama 60 bulan, nasabah mencicil dan sebelum lunas, kendaraan itu masih dijaminakan kepada bank;
- Pembiayaan yang *kedua* disebut dengan pembiayaan *murabahah* dan ada juga pembiayaan-pembiayaan yang hampir mirip yang disebut dengan *Bai Al-Istishna*, yaitu order untuk membuatkan, kemudian dijual kembali. Jenis pembiayaan yang kedua adalah bagi hasil. Bagi hasil ini ada beberapa jenis, tetapi yang paling umum disebut dengan *Al-Mudharabah* dan *Al-Musyarakah*. Yang dimaksud dengan *Al-Mudharabah* adalah seluruh dana, seluruh pembiayaan dari bank, sementara nasabah menyediakan *project*. Seluruh dana dari bank dan nasabah memberikan *project*, nasabah menjalankan *project* tersebut, kemudian bank melihat potensi profitnya dan atas dasar kesepakatan, disepakatilah berapa porsi untuk bank dan berapa porsi untuk nasabah;
- Jenis yang kedua adalah *Al-Musyarakah* atau dalam bahasa Indonesia disebut dengan *syirkah*, yaitu dananya sebagian dari bank dan sebagian dari nasabah. Jadi, jika *mudharabah* itu 100% dari bank, sementara dalam *musyarakah*, sebagian dana atau aset dikontribusikan oleh nasabah. Adapun dari hasil pembagian keuntungan biasanya disepakati sesuai dengan kesepakatan, karena dari satu *project* ke *project* yang lain biasanya berbeda, yang disesuaikan dengan tingkat *marketability*, tingkat kompetensi, dan tingkat industri yang ada, dan tiap-tiap nasabah memiliki kompetensi yang berbeda. Itu yang disebut dengan pembiayaan musyarakah, sebagian dari bank, sebagian dari nasabah dan profit disepakati bersama.

- Yang ketiga, ada yang disebut dengan pembiayaan yang berdasarkan sewa atau yang disebut dengan *ijarah*. Ini biasanya bank membeli dahulu keperluan sesuai dengan keperluan nasabah menjadi milik bank, kemudian Bank menyewakan kepada nasabahnya. Dalam perkembangannya ada beberapa bentuk dari sewa menyewa ini yang biasanya ada bentuk yang disebut dengan *ijarah muntahiya bittamlik* atau sewa menyewa yang diakhiri dengan *purchase option* di akhir masa penyewaan dan ada beberapa bentuk yang lain, tapi ahli ingin menambahkan khusus untuk pembiayaan bagi hasil, memang nomenklaturnya ada sedikit berbeda dengan jual beli, di mana dalam jual beli unsur yang berutang dan yang berpiutang sangat jelas, tetapi dalam bagi hasil ada unsur kemitraan. Mungkin ini yang menjadi daya tarik dari Pemohon mengapa datang ke Bank Syariah;
- Bagaimana dengan jaminan dalam pembiayaan bagi hasil ini?, Bank Indonesia memperkenankan bank mengambil jaminan untuk bagi hasil dengan catatan hanya boleh dieksekusi jikalau nasabah ingkar janji atau terjadi wanprestasi. Dengan catatan, nasabah terjadi wanprestasi. Apa yang dimaksud dengan wanprestasi? Biasanya antara bank dengan nasabah mencantumkan satu, dua, tiga *condition*-nya dan jika kondisi satu, dua, tiga ini sudah terpenuhi, bank baru melakukan pemanggilan, baru melakukan proses ke pengadilan atau proses ke Basyarnas. Biasanya selama proses ini berjalan dengan baik dan biasanya diselesaikan dengan baik di antara mereka;
- Bahwa terkait dengan *dispute settlement option*, sebelum tahun 2006, *dispute settlement option* yang terjadi antara perbankan syariah dengan nasabah memang hampir seluruhnya hanya satu, yaitu Badan Arbitrase Syariah Nasional, disebut dengan Basyarnas. Biasanya dalam perjanjian antara bank dengan nasabahnya dicantumkanlah *arbitration clause*. Bank sebagai pihak pertama, nasabah sebagai pihak kedua, keduanya sepakat untuk menunjuk Badan Arbitrase Syariah Nasional sebagai pemutus konflik atau *dispute* di antara kedua belah pihak. Biasanya apapun putusan dari Basyarnas ini bersifat *final and binding*, bersifat mengikat dan tidak bisa ada upaya hukum lanjutan. Setelah 2006, kemudian ada Undang-Undang Perbankan Syariah memberikan opsi kepada keuangan dan perbankan syariah untuk memilih apakah akan ke Basyarnas saja atau akan ke pengadilan agama? Di sana diberikan dua opsi, ahli melihat dalam kasus ini memang ada satu masalah

utama dan yang kedua ada masalah turunannya. Masalah utamanya seperti yang tadi disampaikan oleh Pemohon, selaku kontraktor Benua *Engineering Construction* ada permasalahan dari Bohir yang memberikan pekerjaan kepada nasabah, yang kemudian terjadi pembayaran yang tidak sesuai dari harapan, sehingga mungkin hal ini dilihat oleh bank sebagai suatu nasabah yang tidak memenuhi cicilannya;

- Bahwa catatan ahli yang mendasar, adalah memang mungkin ada suatu penafsiran dari pihak lembaga keuangan terhadap Pasal 55 di Undang-Undang Perbankan Syariah Nomor 21 Tahun 2008 di Pasal 55 ayat (1) : “ *Penyelesaian sengketa perbankan syariah dilakukan oleh pengadilan dalam lingkungan peradilan agama*”. Ayat (2) “*Dalam hal para pihak telah memperjanjikan penyelesaian sengketa selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1), penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan isi akad*”. Bahwa dalam penjelasan Pasal 55 sebagai berikut, ayat (1) cukup jelas dan ayat (2) yang dimaksud dengan penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan isi akad adalah upaya sebagai berikut : a. Musyawarah, b. Mediasi perbankan, c. Melalui Badan Arbitrase Syariah Nasional (Basyarnas), d. Atau lembaga arbitrase lain dan/atau melalui pengadilan dalam lingkungan peradilan umum;
- Bahwa menurut ahli, boleh jadi lembaga keuangan dimaksud mengambil opsi yang (d) ini, sehingga nasabah di awal menganggap ini ada Basyarnas, sementara lembaga keuangan yang bersangkutan mengambil opsi (d) ini. Jadi, di sinilah mungkin yang dibawa ke Mahkamah Konstitusi ini, apakah ini tidak menjadikan satu *conflict of dispute settlement* karena mungkin ada 2 atau bahkan 3 pemutus konflik di sini, satu Basyarnas, kedua peradilan agama, yang ketiga peradilan umum;
- Bahwa dalam pengamatan ahli, ini bukan kasus yang pertama, tetapi ini sudah belasan kali, jikalau tidak puluhan kali terjadi, tapi ahli tidak tahu apakah dibawa ke sini atau tidak. Misalnya, ada di Bank Muamalat di Bandung, di mana waktu itu yang dimenangkan oleh Basyarnas adalah nasabah. Sementara bank yang dimenangkan oleh Basyarnas adalah bank, sementara nasabah mendatangi pengadilan umum negeri. Putusan Pengadilan Umum Negeri memenangkan nasabah, terjadilah *dispute*. Dalam kasus Bank Syariah Mandiri, ada yang dibawa juga ke Basyarnas yang dimenangkannya adalah nasabah, kemudian

Bank Syariah Mandiri melakukan upaya hukum lain. Jadi, terjadi juga *dispute* dalam hal tersebut;

- Bahwa menurut ahli, untuk menghilangkan *dispute* ada dua langkah, *pertama*, ketika terjadi perjanjian antara nasabah dengan lembaga keuangan syariah harus dijelaskan betul bahwa opsi *dispute settlement* dan ketika opsi *dispute settlement* sudah ditetapkan, misalnya, Badan Arbitrase Syariah Nasional, maka pihak pertama dan pihak kedua sepakat menjadikan Basyarnas sebagai *one and the only dispute settlement body* dan apa pun putusannya bersifat *final and binding* dan tidak boleh ada upaya hukum lainnya. Apabila ada upaya hukum lainnya setelah itu, maka batal demi hukum. Yang *kedua*, seandainya akan dipilih adalah pengadilan agama, maka keduanya juga menyepakatinya sesuai dengan aturan yang berlaku dan supaya tidak terjadi *dispute*, menurut ahli, jikalau masih dibuka peluang untuk pergi ke pengadilan umum, akan membuat konflik antara peradilan agama dan peradilan umum. Sehingga, menurut ahli akan lebih baik mencabut poin (d) karena menurut ahli menghilangkan pintu ketiga untuk pergi ke peradilan umum, tetapi hanya Basyarnas saja dan/atau hanya peradilan di lingkungan Peradilan Agama saja sehingga dengan demikian sudah menjadi *clear* dan tidak terulang masalah ini di kemudian hari.

[2.6] Menimbang bahwa Pemohon dan Pemerintah telah menyampaikan kesimpulan tertulis yang diterima di Kepaniteraan Mahkamah masing-masing pada tanggal 5 Februari 2013, yang pada pokoknya masing-masing pihak tetap pada pendiriannya;

[2.7] Menimbang bahwa untuk mempersingkat uraian dalam putusan ini, segala sesuatu yang terjadi di persidangan cukup ditunjuk dalam berita acara persidangan, yang merupakan satu kesatuan yang tidak terpisahkan dengan putusan ini;

3. PERTIMBANGAN HUKUM

[3.1] Menimbang bahwa isu hukum utama permohonan Pemohon adalah mengenai pengujian konstitusionalitas Pasal 55 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 Perbankan Syariah) terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (selanjutnya disebut UUD 1945);

[3.2] Menimbang bahwa sebelum mempertimbangkan pokok permohonan, Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut Mahkamah) akan mempertimbangkan terlebih dahulu hal-hal berikut:

- a. kewenangan Mahkamah untuk mengadili permohonan *a quo*;
- b. kedudukan hukum (*legal standing*) Pemohon;

Terhadap kedua hal tersebut, Mahkamah berpendapat sebagai berikut:

Kewenangan Mahkamah

[3.3] Menimbang bahwa berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945, 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 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 70, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5226, selanjutnya disebut UU MK), 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), salah satu kewenangan Mahkamah adalah mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji Undang-Undang terhadap UUD 1945;

[3.4] Menimbang bahwa oleh karena permohonan Pemohon mengenai pengujian materiil Undang-Undang terhadap UUD 1945 maka Mahkamah berwenang mengadili permohonan *a quo*;

Kedudukan hukum (*legal standing*) Pemohon

[3.5] Menimbang bahwa berdasarkan Pasal 51 ayat (1) UU MK, yang dapat bertindak sebagai Pemohon dalam pengujian suatu Undang-Undang terhadap UUD 1945 adalah mereka yang menganggap hak dan/atau kewenangan

konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian, yaitu:

- a. peroranganwarga 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;

[3.6] Menimbang pula bahwa Mahkamah sejak Putusan Nomor 006/PUU-III/2005, bertanggal 31 Mei 2005 dan Putusan Nomor 11/PUU-V/2007, bertanggal 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 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 hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut harus bersifat spesifik dan aktual atau setidaknya-tidaknya potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;
- d. adanya hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian dimaksud dengan berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian;
- e. adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan, maka kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional seperti yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi;

[3.7] Menimbang bahwa dengan demikian agar seseorang atau suatu pihak dapat diterima sebagai Pemohon dalam perkara pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945, menurut ketentuan Pasal 51 ayat (1) UU MK, orang atau pihak dimaksud haruslah:

- a. menjelaskan kualifikasinya, yaitu apakah sebagai perorangan warga negara Indonesia, kesatuan masyarakat hukum adat, badan hukum, atau lembaga negara;

b. kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya, dalam kualifikasi sebagaimana dimaksud pada huruf a, sebagai akibat diberlakukannya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian;

[3.8] Menimbang bahwa Pemohon adalah perseorangan warga negara Indonesia yang merupakan nasabah Bank Muallamat Cabang Bogor yang telah melakukan akad dengan Bank Muallamat dan merasa dirugikan hak konstitusionalnya, karena berlakunya Pasal 55 ayat (2) dan ayat (3) UU Perbankan Syariah;

Bahwa Pemohon merasa dirugikan hak konstitusionalnya untuk memperoleh perlindungan dan kepastian hukum, serta perlakuan yang sama di hadapan hukum sebagaimana dijamin dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Secara konkret kerugian tersebut diakibatkan Pemohon sebagai nasabah dari Bank Muallamat Indonesia, Tbk. Cabang Bogor yang telah melakukan ikatan berupa akad sebagaimana Akta Notaris Nomor 34 bertanggal 9 Juli 2009 dan telah diperbaharui dengan akad pembiayaan *Al-Musyarakah* (tentang perpanjangan jangka waktu dan perubahan jaminan) Nomor 14 bertanggal 8 Maret 2010, yang kemudian terjadi sengketa dengan Bank Muallamat, tetapi proses penyelesaian sengketa tersebut tidak secara tegas menentukan peradilan yang ditunjuk untuk menyelesaikan sengketa tersebut.

Bahwa dengan adanya kebebasan untuk memilih, menurut Pemohon telah menimbulkan berbagai penafsiran khususnya berkaitan dengan apakah peradilan yang dipilih atau yang diperjanjikan oleh masing-masing pihak sebagaimana diatur dalam Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Perbankan Syariah telah memenuhi prinsip syariah seperti yang diisyaratkan oleh Pasal 55 ayat (3) UU Perbankan Syariah. Hal tersebut menurut Pemohon telah menimbulkan adanya ketidakpastian hukum, karena dalam Pasal 55 ayat (1) Undang-Undang *a quo* mengatur secara tegas bahwa jika terjadi perselisihan maka harus dilaksanakan di pengadilan dalam lingkungan peradilan agama;

[3.9] Menimbang bahwa berdasarkan dalil-dalil Pemohon tersebut, menurut Mahkamah, Pemohon memenuhi syarat kedudukan hukum (*legal standing*) sehingga Pemohon dapat mengajukan permohonan *a quo*;

[3.10] Menimbang bahwa oleh karena Mahkamah berwenang mengadili permohonan *a quo*, serta Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) untuk mengajukan permohonan *a quo* maka selanjutnya Mahkamah akan mempertimbangkan pokok permohonan;

Pokok Permohonan

[3.11] Menimbang bahwa Pemohon pada pokoknya memohon pengujian Pasal 55 ayat (2) dan ayat (3) UU Perbankan Syariah terhadap UUD 1945, yang masing-masing menyatakan:

Pasal 55 ayat (2) : *“Dalam hal para pihak telah memperjanjikan penyelesaian sengketa selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1), penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan isi Akad”*.

Pasal 55 ayat (3) : *“Penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak boleh bertentangan dengan Prinsip Syariah”*.

Adapun pasal-pasal dalam UUD 1945 yang dijadikan dasar pengujian adalah:

Pasal 28D ayat (1) : *“Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.”*

[3.12] Menimbang bahwa Pemohon pada pokoknya mengajukan alasan-alasan sebagai berikut:

- Bahwa menurut Pemohon Undang-Undang *a quo* tidak secara tegas menentukan peradilan mana yang harus dipakai bila terjadi sengketa perbankan syariah karena dengan adanya kebebasan untuk memilih sebagaimana tercantum dalam pasal *a quo* telah menimbulkan berbagai penafsiran terkait peradilan yang dipilih atau yang diperjanjikan oleh masing-masing pihak sehingga menimbulkan adanya ketidakpastian hukum, sedangkan Pasal 55 ayat (1) yang secara tegas mengatur jika terjadi perselisihan harus dilaksanakan di pengadilan dalam lingkungan peradilan agama;
- Bahwa Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 secara tegas mengatur adanya kepastian hukum dan keadilan, sedangkan menurut Pemohon Pasal 55 ayat (1) dengan Pasal 55 ayat (2) dan ayat (3) sangat kontradiktif karena norma yang satu secara tegas menyebutkan peradilan yang ditunjuk untuk menyelesaikan sengketa perbankan syariah sedangkan norma yang lainnya justru

membebaskan untuk memilih. Adanya kontradiksi tersebut menurut Pemohon pada akhirnya dapat menimbulkan penafsiran tersendiri sehingga menimbulkan adanya ketidakpastian hukum;

- Bahwa menurut Pemohon akibat adanya pasal *a quo* telah menyebabkan Pemohon yang merupakan nasabah Bank Muallamat mengalami kerugian konstitusional karena tidak adanya kepastian hukum dalam penyelesaian sengketa Perbankan Syariah.

[3.13] Menimbangbahwa untuk membuktikan dalil-dalilnya, Pemohon telah mengajukan alat bukti surat atau tulisan yang diberi tanda bukti P-1 sampai dengan bukti P-8, serta dua ahli yaitu **DR. Ija Suntana** dan **Prof. DR. H. Dedi Ismatullah, SH.**, serta saksi **Muhammad Ikbal** yang memberi keterangan di bawah sumpah dalam persidangan, yang selengkapnya termuat dalam bagian Duduk Perkara, pada pokoknya menerangkan sebagai berikut:

Ahli : Dr. Ija Suntana

- Bahwa pasal *a quo* dalam istilah hukum Islam akan menimbulkan yang disebut dengan *ta'arudh al-adillah*, pertentangan dua aturan ketika ayat (2) dan ayat (3) Undang-Undang *a quo* masih tetap ada. Menurut ahli, Pasal 2 dan 3 Undang-Undang *a quo* bertentangan dengan Pasal 1 ayat (3) sehingga menimbulkan adanya ketidakpastian hukum dan bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;
- Adanya pilihan forum untuk penyelesaian perkara, dan juga diberikannya kebebasan untuk memilih dan tidak ditunjuk langsung oleh Undang-Undang, hal tersebut akan menimbulkan *chaos* sebelum atau dalam praktik akad. Sebab mungkin saja ketika seseorang mau menandatangani akad di Bank Syariah, sementara pihak bank menginginkan penyelesaian sengketa di pengadilan negeri, sedangkan nasabah menginginkan diselesaikan di pengadilan agama, hal tersebut akan menimbulkan masalah dalam akad tersebut;
- Menurut ahli ketika diberikan kesempatan *choice of forum* adalah membahayakan apabila ada ungkapan bahwa orang yang masuk ke Bank Syariah bukan orang muslim saja, tetapi ada non muslim. Dalam teori hukum ketika orang non muslim masuk kepada peradilan atau perbankan syariah, dia telah melakukan *choice of law* (telah memilih hukum). Ketika dia telah memilih hukum, maka secara

langsung dia siap dan ikut diatur dengan aturan dan asas yang ada di lembaga yang dia masuki, yaitu hal-hal yang terkait dengan syariah dan ketika bank syariah menerapkan aturan-aturan syariah, maka ketika non muslim masuk ke dalam bank syariah telah menyiapkan diri dan siap juga menerima terhadap aturan yang diterapkan oleh bank syariah, sehingga dari urusan asas, aturan, dan sampai penyelesaian sengketa harus disesuaikan dengan syariah. Oleh sebab itu, dikatakan bahwa non muslim yang telah masuk ke dalam bank syariah telah melakukan *choice of law* karena ada bank konvensional yang dapat dipilih, karena di bank syariah telah dijelaskan secara nyata bahwa aturan dan asas yang telah dilaksanakan mulai akad sampai penyelesaian sengketa sesuai dengan aturan syariah;

Ahli : Prof. DR. H. Dedi Ismatullah, SH.

- Bahwa Pasal 1 ayat (3) UUD 1945, Negara Indonesia adalah negara hukum yang di dalamnya ada dua pengertian yaitu *supreme of law* dan *equality before the law*. Penafsiran terhadap *supreme of law* yaitu salah satunya adalah kepastian hukum, *rechtstaat* adalah kepastian hukum, maka dengan diberikannya pilihan hukum bagi orang yang masuk di peradilan, akan menimbulkan *confuse* atau kebingungan hukum. Oleh karena itulah, maka ahli melihat Pasal 55 ayat (2) dan ayat (3) tidak rasional, sebab bertentangan dengan ayat (1). Salah satunya adalah dilaksanakan peradilan di peradilan agama tetapi diberikan pilihan di peradilan yang lain. Hal tersebut juga akan bertentangan dengan Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009 tentang Kompetensi Peradilan Agama. Kompetensi peradilan agama adalah merupakan kepastian hukum bagi orang yang ingin berperkara di dalam masalah bank ekonomi Islam;
- Menurut ahli melaksanakan ekonomi syariah di peradilan agama adalah merupakan bentuk daripada implementasi Pasal 29 ayat (2) UUD 1945, maka negara mempunyai kewajiban melindungi hak-hak hukum bagi setiap warga negaranya. Selain itu, Pasal 28 ayat (1) UUD 1945, sudah jelas tentang kepastian hukum, yaitu setiap orang berhak atas pengakuan jaminan perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum. Menurut ahli, bahwa *equality before the law* adalah samanya kedudukan antara pengadilan agama dan pengadilan negeri, tetapi oleh karena pengadilan agama telah dijustifikasi oleh Undang-Undang tersendiri, sehingga ini adalah merupakan kompetensi absolut bagi peradilan agama;

Saksi : Muhammad Ikbal

- Bahwa menurut saksi, seharusnya prosedur yang sebenarnya tidak pernah ditempuh oleh Bank Muamalat, seperti penyelesaian melalui arbitrase syariah atau pun penyelesaian perkara perbankan syariah yang seharusnya dilakukan dalam lingkungan peradilan yang secara substantif membidangi hal-hal yang terkait dengan nilai-nilai syariat Islam;
- Bahwa dalam penyelesaian sengketa tersebut, musyawarah-musyawarah yang sesuai dengan prinsip-prinsip syariah tidak diterapkan oleh Bank Muamalat dan justru yang dilakukan oleh Bank Muamalat langsung mengajukan permohonan *unmanning* dan eksekusi ke Pengadilan Negeri Bogor;
- Bahwa menurut saksi, seharusnya untuk menyelesaikan permasalahan ini menggunakan Undang-Undang Perbankan Syariah yang berlaku dan berdasarkan hasil penjelasan dari penasihat hukum ada ketidakpastian hukum, yaitu pada Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008, Pasal 55 ayat (1) yang berbunyi, "*Penyelesaian sengketa perbankan syariah dilakukan oleh pengadilan dalam lingkungan peradilan agama*" dan pada Pasal 55 ayat (2) berbunyi, "*Dalam hal para pihak telah memperjanjikan penyelesaian sengketa selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1), penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan isi akad*", sedangkan ayat (3) berbunyi, "*Penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak boleh bertentangan dengan prinsip syariah*";

[3.14] Menimbang terhadap permohonan Pemohon, Pemerintah telah menyampaikan keterangan lisan dalam persidangan pada tanggal 28 November 2012, yang selengkapnya termuat dalam bagian Duduk Perkara, yang pada pokoknya menerangkan sebagai berikut:

- Kegiatan usaha perbankan syariah diwujudkan dalam akad-akad yang dibuatnya, baik itu dalam bentuk *musyarakah*, *mudarabah*, atau bentuk-bentuk lain. Tindakan membuat akad tersebut termasuk dalam klasifikasi *muamalah*. Kaidah dasar untuk *muamalah* perdata adalah segala sesuatu boleh kecuali yang jelas-jelas diharamkan. Muamalah dalam bahasa hukum konvensional dikenal dengan istilah perdata atau privat. Dalam kaidah fikih disebut, pada dasarnya semua bentuk muamalah boleh dilakukan kecuali ada dalil yang mengharamkannya. Dengan demikian, dalam bermuamalah prinsipnya adalah segala sesuatu

diperbolehkan sepanjang tidak melanggar ketentuan syariah. Jika kemudian timbul sengketa terhadap akad bank syariah tersebut karena termasuk ke dalam kaidah syariah muamalah, maka para pihak dibebaskan untuk menyelesaikannya dengan cara yang menurut para pihak sepanjang tidak melanggar ketentuan yang telah dilarang oleh syariah;

- Ketentuan mengenai penyelesaian sengketa pada perbankan syariah merupakan bagian dari asas kebebasan berkontrak. Hal tersebut juga sejalan dengan syariah Islam yang memberikan kebebasan kepada setiap orang untuk melakukan akad sesuai dengan yang diinginkan oleh para pihak sepanjang sesuai dengan prinsip syariah. Adapun yang dimaksud dengan prinsip syariah adalah prinsip hukum Islam dalam kegiatan perbankan berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah (Pasal 1 angka 12 Undang-Undang Perbankan Syariah). Sehingga walaupun para pihak bersepakat dalam menyelesaikan sengketa selain pada peradilan agama, misalnya melalui musyawarah, mediasi perbankan, lembaga arbitrase, atau melalui pengadilan di lingkungan peradilan umum tetap harus menggunakan prinsip syariah sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang ini, karena penggunaan prinsip syariah menjadi dasar kesepakatan tertulis (akad) antara bank syariah dengan pihak yang memuat adanya hak dan kewajiban bagi masing-masing pihak yang dilakukan sesuai dengan prinsip syariah;
- Dengan adanya ketentuan tersebut, terlihat bahwa Undang-Undang *a quo* justru sangat menghargai perjanjian yang telah dibuat oleh para pihak dalam hal pemilihan forum penyelesaian sengketa yang ditujukan apabila pada suatu ketika terjadi sengketa antara pihak-pihak. Asas ini adalah asas universal yang masih diakui oleh masyarakat umum. Nilai-nilai tersebut diterapkan dalam pengaturan perbankan yang didasarkan pada prinsip syariah. Selain itu, ketentuan *a quo* akan lebih mendorong masyarakat umum untuk menggunakan jasa perbankan syariah. Hal ini dikarenakan kegiatan usaha dan nasabah perbankan syariah tidak hanya ditujukan bagi masyarakat yang beragama Islam, akan tetapi juga ditujukan bagi masyarakat yang bukan beragama Islam, sehingga dibukalah penyelesaian sengketa di luar peradilan agama dengan ketentuan tetap sesuai dengan prinsip syariah. Berdasarkan penjelasan tersebut, menurut Pemerintah, ketentuan Pasal 5 ayat (2) dan ayat (3) Undang-Undang Perbankan Syariah dimaksudkan untuk memberikan pilihan-pilihan sarana penyelesaian sengketa

dalam perbankan syariah dengan tetap menerapkan rambu-rambu sepanjang tidak bertentangan dengan prinsip syariah. Sehingga hal demikian telah memberikan kepastian hukum dan tidak bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945;

[3.15] Menimbang bahwa terhadap permohonan Pemohon, Dewan Perwakilan Rakyat telah memberikan keterangan dalam persidangan pada tanggal 28 November 2012, yang selengkapnya termuat dalam bagian Duduk Perkara, yang pada pokoknya menerangkan sebagai berikut:

- Bahwa Pasal 55 Undang-Undang Perbankan Syariah telah memberikan alternatif penyelesaian sengketa di luar jalur pengadilan di lingkungan peradilan agama, baik jalur non pengadilan maupun melalui pengadilan di peradilan umum. Secara prinsip penegakan hukum penyelesaian sengketa hanya dilakukan oleh kekuasaan kehakiman yang dilembagakan secara konstitusional yang lazim disebut badan yudikatif. Dengan demikian, yang berwenang memeriksa dan mengadili sengketa hanya badan peradilan yang bernaung di bawah kekuasaan kehakiman berpuncak di Mahkamah Agung, dalam hal ini ditunjuk dalam Undang-Undang *a quo* adalah peradilan agama. Ketentuan ini telah pula disinkronisasikan dengan ketentuan dalam Pasal 49 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama yang menyebutkan adanya perluasan kewenangan peradilan agama untuk menangani, memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara di bidang ekonomi syariah, termasuk di dalamnya perbankan syariah. Peradilan agama merupakan salah satu badan peradilan, pelaku kekuasaan kehakiman untuk menyelenggarakan penegakan hukum dan keadilan bagi rakyat pencari keadilan perkara tertentu, antara lain orang-orang yang beragama Islam dibidang perkawinan, waris, wasiat, hibah, wakaf, zakat, infak, sedekah, dan ekonomi syariah;
- Bahwa selain melalui jalur pengadilan, penyelesaian sengketa diluar jalur pengadilan merupakan usaha sebelum menempuh jalur pengadilan. Pengaturan terhadap sengketa keperdataan yang dimungkinkan terjadi antar nasabah dan bank syariah, dalam Undang-Undang *a quo* memberikan alternatif penyelesaian sengketa, mengingat penyelesaian sengketa merupakan masalah keperdataan antara para pihak yang dapat diselesaikan sesuai dengan kesepakatan yang

telah diperjanjikan para pihak di dalam akad atau perjanjian. Hal ini sejalan dengan asas hukum perdata tentang kebebasan berkontrak yang disimpulkan dalam ketentuan Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdata yang menyatakan bahwa semua kontrak perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai Undang-Undang bagi mereka yang membuatnya. Dalam hukum syariah dikenal asas di bidang muamalah, yakni adanya asas *al-sufiah, al-muamalah, al-ibahah*. Bahwa dasar hukum dalam bidang muamalah atau hubungan antara orang perorangan adalah mubah atau boleh. Namun demikian, alternatif penyelesaian sengketa yang diperjanjikan dalam akad tersebut tidak boleh bertentangan dengan prinsip syariah;

- Bahwa meskipun dibuka kemungkinan alternatif penyelesaian sengketa selain melalui lembaga pengadilan di lingkungan peradilan agama, namun penggunaan penyelesaian sengketa yang diperjanjikan dalam akad antara para pihak, dalam hal ini ketentuan ayat (2) Pasal 55 Undang-Undang Perbankan Syariah, baik melalui musyawarah, mediasi, arbitrase, maupun lewat pengadilan di lingkungan peradilan umum, wajib berdasarkan pada prinsip-prinsip syariah. Hal ini dinyatakan dengan jelas dalam Pasal 55 ayat (3) Undang-Undang *a quo* yang menyatakan, "*Penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak boleh bertentangan dengan prinsip syariah*", sehingga kepastian hukum tetap dapat terjamin bagi para pihak;
- Bahwa dibukanya kemungkinan para pihak untuk memilih pengadilan di bawah peradilan umum. Penjelasan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang *a quo* antara lain mengingat nasabah bank syariah pada hakikatnya tidaklah selalu orang perorangan yang beragama Islam. Berdasarkan Pasal 1 angka 16, "Nasabah adalah pihak yang menggunakan jasa bank syariah dan/atau unit usaha syariah." Tidak ada pembatasan terkait agama. Kepercayaan, bagi nasabah bank syariah untuk menggunakan jasa bank syariah sepanjang yang bersangkutan bersedia tunduk pada ketentuan-ketentuan dan prinsip syariah dalam pelaksanaan akad antara nasabah dan bank syariah termasuk dalam hal terjadinya sengketa. Maka, proses penyelesaian sengketa (meskipun bukan lewat jalur peradilan umum) harus tetap sesuai dan tidak boleh bertentangan dengan prinsip-prinsip syariah;
- Bahwa berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, penyelesaian sengketa perdata di samping dapat diajukan ke peradilan umum, juga terbuka kemungkinan diajukan melalui jalur non peradilan seperti arbitrase dan alternatif

penyelesaian sengketa. Hal ini sejalan dengan ketentuan dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa;

- Bahwa berdasarkan ketentuan dalam Pasal 49 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Pengadilan agama, pengadilan agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara di tingkat pertama, antara orang-orang yang beragama Islam. Di antaranya di bidang ekonomi syariah, termasuk perbankan syariah. Pada praktiknya, dalam proses berperkara di pengadilan agama pun tidak dinafikkan adanya pilihan dalam hal perkara sengketa keperdataan, terkait dengan proses perkara di lingkungan peradilan umum, bahkan pengadilan agama menghormati keputusan pengadilan tersebut. Hal ini tergambar dalam ketentuan Pasal 50 ayat (1) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 yang berbunyi, ayat (1), "Dalam hal terjadi sengketa hak milik atau sengketa lain dalam perkara sebagaimana dimaksud dalam Pasal 49, khusus mengenai objek sengketa tersebut harus diputus lebih dahulu oleh pengadilan dalam lingkungan peradilan umum." Dalam penjelasan pasal ini dinyatakan pula bahwa apabila subjek yang mengajukan sengketa hak milik atau keperdataan lain tersebut bukan menjadi subjek bersengketa di pengadilan agama, sengketa di pengadilan agama ditunda untuk menunggu putusan gugatan yang diajukan ke pengadilan di lingkungan peradilan umum. Penangguhan dimaksud hanya dilakukan jika pihak yang berkeberatan telah mengajukan bukti ke pengadilan agama bahwa telah didaftarkan gugatan di pengadilan negeri terhadap objek sengketa yang sama dengan sengketa di pengadilan agama. Hal ini menunjukkan bahwa adanya pilihan hukum dalam proses penyelesaian sengketa adalah dimungkinkan dan tidak mengurangi kepastian hukum bagi para pihak;

[3.16] Menimbang bahwa terhadap permohonan Pemohon, Mahkamah telah memanggil ahli **DR. Muhammad Syafii Antonio, M.Ec.**, yang telah memberikan keterangan dalam persidangan tanggal 29 Januari 2013, (keterangan selengkapnya termuat dalam bagian Duduk Perkara) yang pada pokoknya menerangkan sebagai berikut:

- Bahwa terkait dengan *dispute settlement option*, sebelum Tahun 2006, *dispute settlement option* yang terjadi antara perbankan syariah dengan nasabah memang hampir seluruhnya hanya satu, yaitu Badan Arbitrase Syariah Nasional, disebut dengan Basyarnas. Biasanya dalam perjanjian antara bank

dengan nasabahnya dicantumkanlah *arbitration clause*. Bank sebagai pihak pertama, nasabah sebagai pihak kedua, keduanya sepakat untuk menunjuk Badan Arbitrase Syariah Nasional sebagai pemutus konflik atau *dispute* di antara kedua belah pihak. Biasanya apapun putusan dari Basyarnas ini bersifat *final and binding*, bersifat mengikat dan tidak boleh ada upaya hukum lanjutan. Setelah 2006, kemudian ada Undang-Undang Perbankan Syariah memberikan opsi kepada keuangan dan perbankan syariah untuk memilih apakah akan ke Basyarnas saja atau akan ke pengadilan agama? Di sana diberikan dua opsi, ahli melihat dalam kasus ini memang ada satu masalah utama dan yang kedua ada masalah turunannya. Masalah utamanya seperti yang tadi disampaikan oleh Pemohon, selaku kontraktor Benua *Engineering Construction* ada permasalahan dari Bohir yang memberikan pekerjaan kepada nasabah, yang kemudian terjadi pembayaran yang tidak sesuai dari harapan, sehingga mungkin hal ini dilihat oleh bank sebagai suatu nasabah yang tidak memenuhi cicilannya;

- Bahwa catatan ahli yang mendasar, adalah memang ada suatu penafsiran dari pihak lembaga keuangan terhadap Pasal 55 di Undang-Undang Perbankan Syariah Nomor 21 Tahun 2008 di Pasal 55 ayat (1) : “ *Penyelesaian sengketa perbankan syariah dilakukan oleh pengadilan dalam lingkungan peradilan agama*”. Ayat (2) “*Dalam hal para pihak telah memperjanjikan penyelesaian sengketa selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1), penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan isi akad*”. Bahwa dalam penjelasan Pasal 55 sebagai berikut, ayat (1) cukup jelas dan ayat (2) yang dimaksud dengan penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan isi akad adalah upaya sebagai berikut : a. Musyawarah, b. Mediasi perbankan, c. Melalui Badan Arbitrase Syariah Nasional (Basyarnas), d. Atau lembaga arbitrase lain dan/atau melalui pengadilan dalam lingkungan peradilan umum;
- Bahwa menurut ahli, boleh jadi lembaga keuangan dimaksud mengambil opsi yang (d) ini, sehingga nasabah di awal menganggap ini ada Basyarnas, sementara lembaga keuangan yang bersangkutan mengambil opsi (d) ini. Jadi, di sinilah mungkin yang dibawa ke Mahkamah Konstitusi ini, apakah ini tidak menjadikan satu *conflict of dispute settlement* karena mungkin ada 2 atau bahkan 3 pemutus konflik di sini, satu Basyarnas, kedua peradilan agama, yang ketiga peradilan umum;

- Bahwa dalam pengamatan ahli, ini bukan kasus yang pertama, tetapi ini sudah belasan kali, jikalau tidak puluhan kali terjadi. Selain itu menurut ahli, untuk menghilangkan *dispute* ada dua langkah, *pertama*, ketika terjadi perjanjian antara nasabah dengan lembaga keuangan syariah harus dijelaskan betul bahwa apa opsi *dispute settlement* dan ketika opsi *dispute settlement* sudah ditetapkan, misalnya, Badan Arbitrase Syariah Nasional, maka pihak pertama dan pihak kedua sepakat menjadikan Basyarnas sebagai *one and the only dispute settlement body* dan apa pun putusannya bersifat *final and binding* dan tidak boleh ada upaya hukum lainnya. Apabila ada upaya hukum lainnya setelah itu, maka batal demi hukum. *Kedua*, seandainya yang akan dipilih adalah pengadilan agama, maka keduanya juga menyepakatinya sesuai dengan aturan yang berlaku dan supaya tidak terjadi *dispute*, menurut ahli, jikalau masih dibuka peluang untuk pergi ke pengadilan umum, akan membuat konflik antara peradilan agama dan peradilan umum. Sehingga, menurut ahli akan lebih baik mencabut poin (d) karena menurut ahli menghilangkan pintu ketiga untuk pergi ke peradilan umum, tetapi hanya Basyarnas saja dan/atau hanya peradilan di lingkungan Peradilan Agama saja sehingga dengan demikian sudah menjadi *clear* dan tidak terulang masalah ini di kemudian hari.

Pendapat Mahkamah

[3.17] Menimbang bahwa isu konstitusional dalam permohonan *a quo* adalah apakah Pasal 55 ayat (2) dan ayat (3) UU Perbankan Syariah mengandung ketidakpastian hukum yang menciderai hak-hak konstitusional Pemohon untuk mendapatkan kepastian hukum yang adil sebagaimana tercantum dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 dan apakah adanya pilihan forum hukum untuk menyelesaikan sengketa sebagaimana diatur dalam Penjelasan Pasal 55 ayat (2) UU Perbankan Syariah, yaitu: a. musyawarah; b. mediasi perbankan; c. melalui Badan Arbitrase Syariah Nasional (Basyarnas) atau lembaga arbitrase lain; dan/atau d. melalui pengadilan dalam lingkungan peradilan umum, juga menimbulkan adanya ketidakpastian hukum yang menciderai hak-hak konstitusional Pemohon untuk mendapatkan kepastian hukum yang adil sebagaimana tercantum dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945?

[3.18] Menimbang bahwa terhadap isu konstitusional tersebut Mahkamah terlebih dahulu perlu mengutip Penjelasan Umum dalam Undang-Undang *a quo* yang menyatakan tentang adanya pilihan forum untuk menyelesaikan sengketa yang berkaitan dengan Perbankan Syariah, yaitu: “...*penyelesaian sengketa yang mungkin timbul pada perbankan syariah, akan dilakukan melalui pengadilan di lingkungan Peradilan Agama. Di samping itu, dibuka pula kemungkinan penyelesaian sengketa melalui musyawarah, mediasi perbankan, lembaga arbitrase, atau melalui pengadilan di lingkungan Peradilan Umum sepanjang disepakati di dalam Akad oleh para pihak.*”

[3.19] Menimbang bahwa timbulnya sengketa dalam perbankan syariah yang terjadi antara nasabah dan Unit Usaha Syariah, disebabkan adanya salah satu pihak yang merasa tidak puas atau merasa dirugikan. Pada prinsipnya pihak-pihak yang bersengketa diberi kebebasan untuk menentukan mekanisme pilihan penyelesaian sengketa yang dikehendaki sesuai dengan prinsip syariah yaitu prinsip hukum Islam dalam kegiatan perbankan berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah;

Unit Usaha Syariah dalam perbankan syariah sebelum menyalurkan pembiayaan dari Bank Syariah ke nasabah diwajibkan untuk membuat kesepakatan tertulis antara Bank Syariah atau Unit Usaha Syariah dan pihak lain yang memuat adanya hak dan kewajiban bagi masing-masing pihak sesuai dengan Prinsip Syariah yang selanjutnya disebut akad;

Proses penyelesaian sengketa dalam perbankan syariah sebagaimana diatur dalam Pasal 55 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU Perbankan Syariah telah memberikan tugas dan kewenangan kepada pengadilan di lingkungan peradilan agama. Hal tersebut juga diatur lebih lanjut dalam Pasal 49 huruf (i) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama dimana penyelesaian sengketa tidak hanya dibatasi di bidang perbankan syariah, melainkan juga di bidang ekonomi syariah lainnya;

[3.20] Menimbang bahwa secara sistematis, pilihan forum hukum untuk penyelesaian sengketa sesuai dengan akad adalah pilihan kedua bilamana para

pihak tidak bersepakat untuk menyelesaikan sengketa melalui pengadilan agama. Dengan demikian pilihan forum hukum untuk menyelesaikan sengketa perbankan syariah harus tertera secara jelas dalam akad (perjanjian). Para pihak harus bersepakat untuk memilih salah satu forum hukum dalam penyelesaian sengketa bilamana para pihak tidak ingin menyelesaikannya melalui pengadilan agama. Persoalannya muncul bilamana dalam akad tidak tertera secara jelas forum hukum yang dipilih;

Persoalan tidak jelasnya pilihan forum hukum tidak hanya dialami oleh Pemohon, tetapi terdapat beberapa kasus serupa yang terjadi, hingga akhirnya timbul konflik hukum dan terdapat beberapa putusan pada tingkat arbitrase atau pengadilan yang mengadili perkara yang sama. Akad (perjanjian) merupakan Undang-Undang bagi mereka yang membuatnya sebagaimana ketentuan Pasal 1338 KUH Perdata, namun suatu akad tidak boleh bertentangan dengan Undang-Undang, terlebih lagi Undang-Undang yang telah menetapkan adanya kekuasaan mutlak bagi suatu badan peradilan yang mengikat para pihak yang melakukan perjanjian. Oleh sebab itu, kejelasan dalam penyusunan perjanjian merupakan suatu keharusan. Para pihak seharusnya secara jelas menyebutkan salah satu forum hukum yang dipilih bilamana terjadi sengketa. Pada dasarnya, Undang-Undang telah mengatur secara normatif dengan memberikan contoh forum hukum yang dapat dipilih oleh para pihak yang membuat perjanjian;

[3.21] Menimbang bahwa pilihan forum hukum sebagaimana diatur dalam Penjelasan Pasal 55 ayat (2) UU Perbankan Syariah dalam beberapa kasus konkret telah membuka ruang adanya pilihan forum penyelesaian yang juga telah menimbulkan adanya persoalan konstitusionalitas yang pada akhirnya dapat memunculkan adanya ketidakpastian hukum yang dapat menyebabkan kerugian bukan hanya bagi nasabah tetapi juga pihak Unit Usaha Syariah. Adanya pilihan penyelesaian sengketa (*choice of forum*) untuk menyelesaikan sengketa dalam perbankan syariah sebagaimana tersebut dalam Penjelasan Pasal 55 ayat (2) UU *a quo* pada akhirnya akan menyebabkan adanya tumpang tindih kewenangan untuk mengadili oleh karena ada dua peradilan yang diberikan kewenangan untuk menyelesaikan sengketa perbankan syariah sedangkan dalam Undang-Undang yang lain (UU Peradilan Agama) secara tegas dinyatakan bahwa peradilan agama

diberikan kewenangan untuk menyelesaikan sengketa perbankan syariah termasuk juga sengketa ekonomi syariah;

[3.22] Menimbang bahwa dengan merujuk sengketa yang dialami oleh Pemohon dan praktik dalam penyelesaian sengketa ekonomi syariah sebagaimana diuraikan di atas, menurut Mahkamah, hukum sudah seharusnya memberikan kepastian bagi nasabah dan juga unit usaha syariah dalam penyelesaian sengketa perbankan syariah. Apabila kepastian dalam penyelesaian sengketa perbankan syariah tidak dapat diwujudkan oleh lembaga yang benar-benar kompeten menangani sengketa perbankan syariah, maka pada akhirnya kepastian hukum sebagaimana dijamin dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 juga tidak akan pernah terwujud;

Menurut Mahkamah, adalah hak nasabah dan juga unit usaha syariah untuk mendapatkan kepastian hukum sebagaimana ditentukan dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Mahkamah menilai ketentuan Penjelasan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang *a quo* tidak memberi kepastian hukum. Berdasarkan kenyataan yang demikian, walaupun Mahkamah tidak mengadili perkara konkrit, telah cukup bukti bahwa ketentuan Penjelasan pasal *a quo* telah menimbulkan ketidakpastian hukum yang adil dan hilangnya hak konstitusional nasabah untuk mendapatkan kepastian hukum yang adil dalam penyelesaian sengketa perbankan syariah [vide Pasal 28D ayat (1) UUD 1945] yang bertentangan dengan prinsip-prinsip konstitusi;

[3.23] Menimbang bahwa berdasarkan seluruh pertimbangan hukum tersebut di atas, Mahkamah berpendapat dalil permohonan Pemohon beralasan menurut hukum untuk sebagian;

4. KONKLUSI

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

[4.1] Mahkamah berwenang untuk mengadili permohonan *a quo*;

[4.2] Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) untuk mengajukan permohonan *a quo*;

[4.3] Dalil permohonan Pemohon beralasan menurut hukum untuk sebagian;

Berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, 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 (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 70, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5226), 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,

Menyatakan:

1. Mengabulkan permohonan Pemohon untuk sebagian;
 - 1.1 Penjelasan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 94, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4867) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
 - 1.2 Penjelasan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 94, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4867) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;
2. Memerintahkan pemuatan putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya;
3. Menolak permohonan Pemohon untuk selain dan selebihnya.

Demikian diputuskan dalam Rapat Permusyawaratan Hakim oleh sembilan Hakim Konstitusi yaitu Moh. Mahfud, MD., selaku Ketua merangkap Anggota, Achmad Sodiki, Muhammad Alim, Harjono, Ahmad Fadlil Sumadi, Hamdan Zoelva, M. Akil Mochtar, Maria Farida Indrati, dan Anwar Usman, masing-masing sebagai Anggota, pada hari **Kamis**, tanggal **dua puluh delapan**, bulan

Maret, tahun **dua ribu tiga belas**, dan diucapkan dalam Sidang Pleno Mahkamah Konstitusi terbuka untuk umum pada hari **Kamis**, tanggal **dua puluh sembilan**, bulan **Agustus**, tahun **dua ribu tiga belas**, selesai diucapkan **pukul 09.41 WIB**, oleh delapan Hakim Konstitusi yaitu M. Akil Mochtar, selaku Ketua merangkap Anggota, Hamdan Zoelva, Muhammad Alim, Ahmad Fadlil Sumadi, Anwar Usman, Maria Farida Indrati, Arief Hidayat, dan Patrialis Akbar, masing-masing sebagai Anggota, dengan didampingi oleh Hani Adhani sebagai Panitera Pengganti, dihadiri oleh Pemohon atau kuasanya dan Pemerintah atau yang mewakili, tanpa dihadiri Dewan Perwakilan Rakyat atau yang mewakili. Terhadap putusan Mahkamah ini, Hakim Konstitusi Hamdan Zoelva, Hakim Konstitusi Ahmad Fadlil Sumadi memiliki alasan berbeda (*concurring opinion*) dan Hakim Konstitusi Muhammad Alim memiliki pendapat berbeda (*dissenting opinion*);

KETUA,

ttd.

M. Akil Mochtar

ANGGOTA-ANGGOTA,

ttd.

Hamdan Zoelva

ttd.

Ahmad Fadlil Sumadi

ttd.

Maria Farida Indrati

ttd.

Muhammad Alim

ttd.

Anwar Usman

ttd.

Arief Hidayat

ttd.

Patrialis Akbar

Terhadap putusan Mahkamah ini, Hakim Konstitusi Hamdan Zoelva, Hakim Konstitusi Ahmad Fadlil Sumadi memiliki alasan berbeda (*concurring opinion*) dan Hakim Konstitusi Muhammad Alim memiliki pendapat berbeda (*dissenting opinion*), sebagai berikut:

6. ALASAN BERBEDA (*CONCURRING OPINION*)

[6.1] Hakim Konstitusi Hamdan Zoelva

Persoalan konstitusional utama yang dipermasalahkan oleh Pemohon adalah adanya ketidakpastian hukum mengenai forum penyelesaian sengketa perbankan syariah berdasarkan ketentuan Pasal 55 ayat (2) dan ayat (3) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah. Di satu sisi Undang-Undang Perbankan Syariah menetapkan pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama sebagai forum penyelesaian sengketa perbankan syariah. Tetapi di sisi lain, Undang-Undang Perbankan Syariah memungkinkan penyelesaian sengketa di luar lingkungan Peradilan Agama sesuai dengan isi akad yang diperjanjikan para pihak, yaitu antara lain penyelesaian melalui pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum.

Terdapat dua aspek yang harus dipertimbangkan oleh Mahkamah terkait persoalan tersebut. *Pertama*, kewenangan absolut pengadilan agama. *Kedua*, penyelesaian sengketa perbankan syariah diluar pengadilan agama sesuai dengan isi akad yang diperjanjikan para pihak.

Pertama, penyelenggaraan kekuasaan kehakiman oleh lingkungan peradilan di bawah Mahkamah Agung sesuai dengan Pasal 24 ayat (2) UUD 1945 dibagi dan dipisahkan berdasarkan kompetensi atau yurisdiksi (*separation court system based on jurisdiction*) masing-masing badan peradilan, yaitu lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, dan lingkungan peradilan tata usaha negara. Pembagian empat lingkungan peradilan tersebut menunjukkan adanya pemisahan yurisdiksi antar lingkungan peradilan yang

menimbulkan pembagian kewenangan (kekuasaan) absolut atau atribusi kekuasaan (*attributive competentie* atau *attributive jurisdiction*) yang berbeda-beda dan tertentu pada tiap-tiap lingkungan peradilan. Sehingga jenis perkara tertentu yang merupakan kewenangan satu lingkungan peradilan secara mutlak tidak dapat diperiksa oleh pengadilan lain.

Pembagian kewenangan absolut masing-masing peradilan kemudian ditegaskan dalam Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang menegaskan sebagai berikut:

1. Peradilan umum berwenang memeriksa, mengadili, dan memutus perkara pidana dan perdata sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan [Pasal 25 ayat (2)];
2. Peradilan agama berwenang memeriksa, mengadili, memutus, dan menyelesaikan perkara antara orang-orang yang beragama Islam sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan [Pasal 25 ayat (3)];
3. Peradilan militer berwenang memeriksa, mengadili, dan memutus perkara tindak pidana militer sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan [Pasal 25 ayat (4)];
4. Peradilan tata usaha negara berwenang memeriksa, mengadili, memutus, dan menyelesaikan sengketa tata usaha negara sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan [Pasal 25 ayat (5)].

Pengaturan mengenai kewenangan absolut masing-masing lingkungan peradilan juga diatur dalam Undang-Undang yang mengatur masing-masing badan peradilan. Dalam Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 tentang Peradilan Umum, Peradilan Umum bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara pidana dan perkara perdata [vide Pasal 50 dan Pasal 51 ayat (1)]. Sementara Pengadilan Tata Usaha Negara berdasarkan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan sengketa Tata Usaha Negara (vide Pasal 47). Adapun Peradilan Militer sesuai dengan Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1997 tentang Peradilan Militer hanya berwenang mengadili perkara pidana yang dilakukan oleh Prajurit TNI, sengketa Tata Usaha Angkatan Bersenjata, dan perkara gugatan ganti rugi dalam perkara pidana yang bersangkutan [vide Pasal 9 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3)].

Peradilan Agama berdasarkan Pasal 49 ayat (1) Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara-perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang: a) perkawinan, b) kewarisan, wasiat dan hibah yang dilakukan berdasarkan hukum Islam, c) wakaf serta shadaqah. Kewenangan Peradilan Agama tersebut diperluas berdasarkan Pasal 49 huruf i Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama dengan kewenangan memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara ekonomi syariah. Lebih lanjut, pengaturan tentang kewenangan absolut pengadilan agama untuk menangani perkara ekonomi syariah khususnya bidang perbankan syariah dinyatakan secara tegas dalam Pasal 55 ayat (1) Undang-Undang Perbankan Syariah.

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

Kedua, pada dasarnya upaya penyelesaian setiap sengketa perdata di bidang perdagangan dan mengenai sengketa hak keperdataan dimungkinkan untuk diselesaikan di luar pengadilan negara, baik melalui arbitrase maupun melalui alternatif penyelesaian sengketa [vide Pasal 58 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman dan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa]. Hal itu dapat dilakukan melalui perjanjian atau kesepakatan/akad tertulis yang disepakati para pihak, baik sebelum terjadinya sengketa (*pactum de compromittendo*) maupun setelah terjadinya sengketa dimaksud (*akta kompromi*) sesuai dengan prinsip *pacta sunt servanda*. Akad atau perjanjian tersebut merupakan hukum yang mengikat bagi para pihak yang melakukan akad atau perjanjian tersebut (vide Pasal 1338 KUHPerdata).

Namun demikian, perjanjian atau akad tersebut harus memenuhi syarat-syarat yang ditentukan oleh Undang-Undang (vide Pasal 1320 KUHPerdata). Dalam Pasal 1320 KUHPerdata tersebut ditentukan bahwa untuk sahnya suatu perjanjian diperlukan empat syarat, yaitu: 1. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya; 2. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan; 3. Suatu hal tertentu; 4. Suatu sebab yang halal.

Dalam ilmu hukum, syarat pertama dan kedua digolongkan sebagai syarat subjektif yang melekat pada diri *persoon* yang membuat perjanjian, yang bila tidak terpenuhi menyebabkan perjanjian dapat dibatalkan (*vernietigbaar, voidable*), sementara syarat ketiga dan keempat dikategorikan sebagai syarat objektif yang berhubungan dengan objek perjanjian, yang bila tidak terpenuhi menyebabkan perjanjian batal demi hukum (*nietig, null and void*). Lebih lanjut, agar suatu perjanjian atau akad memenuhi syarat keempat, yaitu “*suatu sebab yang halal*”, maka sebab dibuatnya akad atau perjanjian tersebut harus sesuai dengan ketentuan Pasal 1337 KUHPerdara yang menyatakan bahwa “*Suatu sebab adalah terlarang, apabila dilarang oleh undang-undang, atau apabila berlawanan dengan kesusilaan baik atau ketertiban umum*”. Perjanjian atau akad yang tidak memenuhi syarat tersebut menjadi batal demi hukum. Demikian halnya perjanjian atau akad mengenai penyelesaian sengketa perbankan syariah harus pula memenuhi ketentuan Pasal 1320 KUHPerdara dengan ancaman batal demi hukum berdasarkan Pasal 1337 KUHPerdara.

Oleh karena itu menurut saya, perjanjian atau akad yang mencantumkan penyelesaian sengketa perbankan syariah melalui pengadilan dalam lingkungan peradilan umum sebagaimana diatur dalam Penjelasan Pasal 55 ayat (2) huruf d Undang-Undang Perbankan Syariah bertentangan dengan konstitusi, karena bertentangan dengan prinsip pemisahan kewenangan absolut yang ditentukan oleh konstitusi (Pasal 24 ayat (2) UUD 1945) yang ditegaskan lebih lanjut dalam Pasal 25 ayat (1), ayat (2), ayat (3), ayat (4), dan ayat (5) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman juga dalam Pasal 49 huruf i Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama. Suatu akad atau perjanjian meskipun telah disepakati para pihak tidak dapat mengenyampingkan kewenangan absolut pengadilan yang telah ditentukan dalam Undang-Undang. Pilihan penyelesaian sengketa perbankan syariah sesuai isi perjanjian atau akad oleh para pihak di luar Pengadilan Agama hanya dapat dilakukan melalui penyelesaian arbitrase atau alternatif penyelesaian sengketa. Begitu pun bagi pihak yang tidak beragama Islam yang melakukan transaksi perbankan/keuangan syariah jika tidak menundukan diri pada kewenangan Pengadilan Agama dapat memilih penyelesaian sengketa melalui arbitrase atau alternatif penyelesaian sengketa.

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

[6.2] Hakim Konstitusi Ahmad Fadlil Sumadi

Sebelum mempertimbangkan pokok permohonan, saya perlu mengemukakan hal-hal sebagai berikut:

Pilihan pelayanan sistem perbankan dan konsekuensinya

1. Bahwa seiring dengan demokratisasi di bidang politik di Indonesia pada akhir dekade 1990-an dan awal dekade 2000-an berkembang pula demokratisasi di bidang ekonomi yang kemudian diperkokoh dengan Perubahan UUD 1945 yang memberikan landasan konstitusional dalam rangka demokratisasi di bidang tersebut. Pasal 33 ayat (4) menyatakan, "*Perekonomian nasional diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional*". Sesuai dengan perkembangan tersebut maka dibentuklah perbankan syariah yang diikuti dengan pembentukan UU Perbankan Syariah yang menjadi payung hukumnya dalam rangka mengembangkan sistem ekonomi yang berlandaskan pada nilai keadilan, kebersamaan, pemerataan, dan kemanfaatan yang sesuai dengan prinsip syariah guna menampung kebutuhan masyarakat Indonesia akan jasa-jasa perbankan syariah yang semakin meningkat [*vide* konsiderans (menimbang) huruf a dan huruf b UU Perbankan Syariah];
2. Bahwa perbankan syariah merupakan praktik perbankan yang memiliki kekhususan dibandingkan dengan perbankan konvensional [*vide* konsiderans (menimbang) huruf c UU Perbankan Syariah]. Mengenai apa kekhususan perbankan syariah yang membedakannya dari perbankan konvensional, UU Perbankan Syariah merumuskan, "*Perbankan Syariah adalah segala sesuatu yang menyangkut tentang Bank Syariah dan Unit Usaha Syariah, mencakup kelembagaan, kegiatan usaha, serta cara dan proses dalam melaksanakan kegiatan usahanya*" [*vide* Pasal 1 angka 1 UU Perbankan Syariah], dan secara khusus mengenai bank syariah sendiri dirumuskan, "*Bank Syariah adalah Bank*

- yang menjalankan kegiatan usahanya berdasarkan Prinsip Syariah dan menurut jenisnya terdiri atas Bank Umum Syariah dan Bank Pembiayaan Rakyat Syariah*” [vide Pasal 1 angka 7 UU Perbankan Syariah]. Adapun mengenai prinsip syariah dirumuskan, “*Prinsip Syariah adalah prinsip hukum Islam dalam kegiatan perbankan berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah*” [vide Pasal 1 angka 12 UU Perbankan Syariah]. Selain kekhususan yang terkait dengan hukum berdasarkan prinsip syariah, terdapat pula kekhususan yang lain, yaitu mengenai lembaga yang menjadi forum penyelesaian manakala terjadi sengketa [vide Pasal 55 UU Perbankan Syariah]. Adapun mengenai subjek yang menjadi sasaran pelayanan dalam perbankan syariah adalah badan hukum, orang Islam atau non-Islam yang menentukan pilihannya secara sukarela terhadap perbankan syariah [vide Penjelasan Pasal 49 UU Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama, sebagaimana telah diubah dua kali masing-masing UU Nomor 3 Tahun 2006 dan UU Nomor 50 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas UU Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama].
3. Bahwa dengan dibentuknya sistem perbankan syariah, di Indonesia terdapat pilihan bagi masyarakat secara demokratis untuk menggunakan jasa pelayanan perbankan, yaitu pilihan antara perbankan konvensional dan perbankan syariah. Dalam menentukan pilihan tersebut sudah barang tentu yang menjadi dasar utamanya adalah kualitas pelayanan dan nilai ekonomisnya, namun tidak dapat dipungkiri pula bahwa selain itu terdapat dasar-dasar pilihan lain, yaitu nilai keadilan, kebersamaan, pemerataan, dan kemanfaatan yang secara khusus bagi orang Islam adalah sesuai dengan prinsip syariah. Suatu prinsip hukum berdasarkan nilai-nilai Islam sebagai agama yang dipeluknya;
 4. Bahwa ketika seseorang telah menentukan suatu pilihan, terutama yang terkait dengan pilihan sistem seperti perbankan, maka pilihan tersebut mengandung pula suatu pilihan terhadap subsistem yang terdapat di dalamnya. Dalam perspektif hukum, suatu sistem mengandung 3 (tiga) subsistem, yaitu substansi hukum, struktur hukum, dan budaya hukum. Oleh karena itu, pilihan terhadap pelayanan jasa perbankan sebagai suatu sistem tersebut mengandung konsekuensi pada pilihan substansi hukum yang mengaturnya dan pilihan terhadap struktur hukum yang menegakkannya, dalam hal ini pilihan forum adjudikasi dalam rangka penyelesaian sengketa hukumnya secara litigasi, serta

pilihan terhadap budaya hukum yang melingkupinya, termasuk di dalamnya forum adjudikasi non-litigasi yang berkembang di dalamnya secara kultural. Manakala telah dipilih penggunaan jasa perbankan syariah maka konsekuensi pilihan substansi hukum yang mengaturnya adalah hukum berdasarkan prinsip syariah dan forum untuk menyelesaikannya secara litigasi adalah pengadilan dalam lingkungan peradilan agama dan untuk menyelesaikannya secara non-litigasi adalah forum penyelesaian sengketa alternatif (*alternative dispute resolution* atau *ADR*) berdasarkan hukum syariah yang juga terkait dengan pengadilan dalam lingkungan peradilan agama, seperti melalui musyawarah yang dipimpin oleh hakim di lingkungan peradilan agama. Sebaliknya, manakala telah dijatuhkan pilihan itu pada pelayanan jasa perbankan konvensional maka konsekuensi pilihan substansi hukumnya adalah hukum yang berlaku pada bank konvensional dan forum penyelesaian sengketanya secara litigasi adalah pengadilan dalam lingkungan peradilan umum dan untuk menyelesaikannya secara non-litigasi adalah forum *ADR* berdasarkan hukum yang berlaku dan terkait dengan pengadilan dalam lingkungan peradilan umum.

Pengadilan dalam lingkungan peradilan agama dan kekuasaannya

1. Bahwa pengadilan dalam lingkungan peradilan agama merupakan salah satu pengadilan sebagai pelaku kekuasaan kehakiman yang berada di bawah Mahkamah Agung sama dengan pengadilan dalam lingkungan peradilan umum sebagaimana ketentuan konstitusional dalam Pasal 24 ayat (2) UUD 1945 yang 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, dan lingkungan peradilan tata usaha negara dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi*". Ketentuan konstitusional tersebut dielaborasi dalam UU Peradilan Agama, "*Peradilan Agama merupakan salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman bagi rakyat pencari keadilan yang beragama Islam mengenai perkara perdata tertentu yang diatur dalam Undang-undang ini*" [vide Pasal 2 UU Peradilan Agama]. Adapun yang dimaksud dengan "*perkara perdata tertentu yang diatur dalam Undang-undang ini*" adalah perkara perdata tertentu yang diatur dengan hukum berdasarkan prinsip-prinsip syariah, yang untuk sebagian telah diatur dalam berbagai peraturan perundang-undangan.

2. Bahwa pengadilan dalam lingkungan peradilan agama sebagai pelaku kekuasaan kehakiman memiliki kedudukan dan tugas pokok yang sama dengan pengadilan dalam lingkungan peradilan lainnya, bahkan sama dengan MA dan MK, yaitu menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan, sebagaimana ketentuan konstitusional Pasal 24 ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan, *“Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan”*. Pengadilan dalam empat lingkungan peradilan di bawah Mahkamah Agung tersebut kekuasaan atau kewenangannya dibedakan menurut substansi hukum yang berlaku dan subjek hukum yang dilayaninya. Namun demikian, kekuasaan atau kewenangan dimaksud tetap ditentukan oleh Undang-Undang. Kekuasaan pengadilan dalam lingkungan peradilan agama adalah memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara antara orang-orang yang beragama Islam di bidang: a. perkawinan; b. waris; c. wasiat; d. hibah; e. wakaf; f. zakat; g. infaq; h. shadaqah; dan i. ekonomi syari’ah [*vide* Pasal 49 UU Peradilan Agama]. Selanjutnya, Penjelasan Pasal 49 menyatakan, *“Penyelesaian sengketa tidak hanya dibatasi di bidang perbankan syari’ah, melainkan juga di bidang ekonomi syari’ah lainnya. Yang dimaksud dengan “antara orang-orang yang beragama Islam” adalah termasuk orang atau badan hukum yang dengan sendirinya menundukkan diri dengan sukarela kepada hukum Islam mengenai hal-hal yang menjadi kewenangan Peradilan Agama sesuai dengan ketentuan Pasal ini”*, dan pada pasal tersebut huruf i menyatakan, *“Yang dimaksud dengan “ekonomi syari’ah” adalah perbuatan atau kegiatan usaha yang dilaksanakan menurut prinsip syari’ah, antara lain meliputi: a. bank syari’ah; ...”*.
3. Bahwa pengadilan dalam lingkungan peradilan agama dalam menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan, sebagaimana juga pengadilan dalam lingkungan peradilan umum, memiliki fungsi, antara lain, mengadili perkara yang diajukan kepadanya dan melaksanakan secara paksa terhadap putusan atas permohonan suatu pihak yang menang (eksekusi), ketika pihak yang kalah tidak dengan sukarela melaksanakan putusannya. Untuk melaksanakan fungsi tersebut di atas pengadilan dalam lingkungan peradilan agama, sebagaimana juga pengadilan dalam lingkungan peradilan umum, dalam susunannya (struktur organisasi) terdapat satuan kepaniteraan, yang di dalamnya terdapat kejurusitaan, dipimpin

oleh seorang Panitera Pengadilan [vide Pasal 26 UU Peradilan Agama] yang tugas pokok dan fungsinya, antara lain, melakukan penyitaan dan eksekusi sebagaimana diuraikan.

POKOK PERMOHONAN

Bahwa meskipun permohonan Pemohon tersebut hanya mengenai Pasal 55 ayat (2) dan ayat (3) UU Perbankan Syariah, Mahkamah dalam mempertimbangkannya, untuk memperoleh pengertian yang komprehensif, memandang perlu mengkonstruksikannya berdasarkan seluruh ayat dalam pasal tersebut berikut Penjelasan Umum dan Penjelasan Pasal 55 ayat (2) UU Perbankan Syariah. Untuk itu Mahkamah akan menguraikan terlebih dahulu mengenai Pasal 55 UU Perbankan Syariah. Pada pokoknya Pasal 55 UU Perbankan Syariah mengatur tentang penyelesaian sengketa dalam perbankan syariah, baik dilakukan berdasarkan litigasi maupun non-litigasi.

Untuk menyelesaikan berdasarkan litigasi dalam sengketa perbankan syariah Pasal 55 ayat (1) menentukan menjadi kewenangan pengadilan dalam lingkungan peradilan agama. Hal demikian sesuai dengan kekuasaan pengadilan dalam lingkungan peradilan agama yang diatur dalam Pasal 49 dan Penjelasan dari UU Peradilan Agama sebagaimana diuraikan dalam pertimbangan di atas. Untuk penyelesaian berdasarkan non-litigasi Pasal 55 ayat (2) menentukan dilakukan berdasarkan akad. Apa yang dimaksud dengan akad Pasal 1 UU Perbankan Syariah merumuskan sebagai suatu kesepakatan tertulis antara Bank Syariah (BS) atau Unit Usaha Syariah (UUS) dan pihak lain yang memuat adanya hak dan kewajiban bagi masing-masing pihak sesuai dengan prinsip syariah. Selain itu, apa yang disepakati dalam akad tersebut khusus mengenai penyelesaian non-litigasi dimaksud dalam Penjelasan Umum UU Perbankan Syariah ditentukan, *“Sementara itu, penyelesaian sengketa yang mungkin timbul pada perbankan syariah, akan dilakukan melalui pengadilan di lingkungan Peradilan Agama. Di samping itu, dibuka pula kemungkinan penyelesaian sengketa melalui musyawarah, mediasi perbankan, lembaga arbitrase, atau melalui pengadilan di lingkungan Peradilan Umum sepanjang disepakati di dalam Akad oleh para pihak”* yang kemudian dijelaskan lagi dalam Penjelasan Pasal 55 ayat (2) yang menyatakan, *“Yang dimaksud dengan penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan isi Akad adalah upaya sebagai berikut: a. musyawarah; b. mediasi perbankan; c. melalui Badan Arbitrase Syariah Nasional (Basyarnas)*

atau lembaga arbitrase lain; dan/atau d. melalui pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum”.

Terdapat dua permasalahan yang perlu dipertimbangkan oleh Mahkamah dalam Penjelasan Umum dan Penjelasan Pasal 55 ayat (2) tersebut terkait dengan akad mengenai penyelesaian sengketa perbankan syariah. **Pertama**, permasalahan bentuk penyelesaian non-litigasi. **Kedua**, permasalahan memperjanjikan pengalihan kekuasaan suatu peradilan yang telah ditentukan oleh undang-undang.

Permasalahan bentuk penyelesaian non-litigasi

Mengenai permasalahan bentuk penyelesaian non-litigasi, saya berpendapat, bahwa penjelasan, baik Penjelasan Umum maupun Penjelasan Pasal 55 ayat (2) sebagaimana dipertimbangkan di atas, telah menentukan norma yang membatasi bentuk-bentuk penyelesaian non-litigasi dalam sengketa perbankan syariah dengan menentukan bentuk-bentuknya secara limitatif. Penentuan yang demikian, yaitu dengan menyebutkan rincian bentuk penyelesaian ke dalam huruf a, huruf b, dan huruf c yang diikuti dengan kata “*dan/atau*” sebelum huruf d dapat ditafsirkan bahwa penyelesaian non-litigasi tersebut secara limitatif hanya ada 4 (empat) bentuk penyelesaian saja yang dapat dipilih oleh para pihak yang bersengketa, baik dengan memilih bentuk dimaksud secara tunggal atau kumulasi. Padahal bentuk penyelesaian non-litigasi tidak hanya meliputi empat bentuk tersebut.

Bentuk penyelesaian non-litigasi lebih dari empat bentuk tersebut. Pertanyaannya adalah, apakah dengan demikian para pihak tidak dapat memilih bentuk penyelesaian non-litigasi lain selain yang ditentukan. Jawabnya, manakala ketentuan tersebut limitatif berarti tidak dapat. Sebaliknya, manakala keempat bentuk penyelesaian non-litigasi tersebut hanya sebagai bagian saja dari bentuk penyelesaian non-litigasi, *quod non*, maka seharusnya Penjelasan Pasal 55 ayat (2) UU Perbankan Syariah tidak demikian merumuskannya. Implikasi penafsiran yang demikian menimbulkan ketidakpastian dan ketidakadilan bagi para pihak karena telah membatasi bentuk penyelesaian non-litigasi. Padahal, dalam penyelesaian sengketa hukum perdata yang paling berhak adalah mereka yang terlibat di dalam sengketa tersebut. Oleh karena itu, dalam pemeriksaan sengketa tersebut di pengadilan, hakim wajib berusaha mendamaikan terlebih dahulu. Baru kalau para pihak tidak dapat berdamai hakim memulai pemeriksaan. Terkait

dengan hak dari para pihak untuk menyelesaikan secara non-litigasi tersebut maka membatasi bentuk penyelesaian sebagaimana terdapat dalam Penjelasan Umum maupun Penjelasan Pasal 55 ayat (2) UU Perbankan Syariah tersebut, bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945;

Permasalahan memperjanjikan pengalihan kekuasaan suatu peradilan yang telah ditentukan oleh undang-undang

Pasal 55 ayat (2) UU Perbankan Syariah menyatakan, *“Dalam hal para pihak telah memperjanjikan penyelesaian sengketa selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1), penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan isi akad”*. Pasal 55 ayat (1) UU Perbankan Syariah menyatakan, *“Penyelesaian sengketa Perbankan Syariah dilakukan oleh pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama*. Pasal 55 ayat (1) dan ayat (2) UU Perbankan Syariah mengandung norma bahwa pengadilan dalam lingkungan peradilan agama berkuasa atau berwenang memeriksa dan mengadili sengketa perbankan syariah. Hal ini sejalan dengan ketentuan mengenai kekuasaan peradilan agama dalam UU Peradilan Agama. Akan tetapi, oleh karena dalam sengketa hukum perdata yang paling berhak menyelesaikan adalah para pihak maka dalam mengimplementasikan hak tersebut para pihak ditentukan berhak pula menempuh penyelesaian secara non-litigasi.

Oleh karena itu diatur supaya penyelesaian secara non-litigasi dimaksud dimasukkan dalam akad. Sampai sejauh ini ketentuan yang terdapat pada ayat (2) tersebut tidak menjadi permasalahan konstitusional. Permasalahan konstitusional terjadi ketika Penjelasan Umum dan Penjelasan Pasal 55 ayat (2), yang selain membatasi bentuk-bentuk penyelesaian non-litigasi yang dapat dipilih sebagaimana dipertimbangkan di atas, juga telah membentuk norma baru yang bertentangan dengan pasal dan ayat yang dijelaskan, yaitu bahwa para pihak diberikan hak melalui akad yang dibuatnya mengalihkan kekuasaan pengadilan dalam lingkungan peradilan agama menjadi kekuasaan pengadilan dalam lingkungan peradilan umum. Pemberian hak untuk membuat akad dengan isi yang bukan saja bertentangan dengan Pasal 55 ayat (1) UU Perbankan Syariah, tetapi juga bertentangan dengan Pasal 49 UU Peradilan Agama. Dengan demikian, permohonan pengujian konstitusionalitas Pasal 55 ayat (2) UU Perbankan Syariah tidak beralasan menurut hukum, sedangkan Penjelasan Umum dan Penjelasan Pasal 55 ayat (2) UU Perbankan Syariah menimbulkan permasalahan konstitusional yaitu bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 28J ayat

(2) UUD 1945 sebagaimana dipertimbangkan dalam paragraf sebelumnya. Berdasarkan pertimbangan tersebut, meskipun penjelasan dimaksud tidak dimohonkan dalam petitum permohonan, melainkan Penjelasan Pasal 55 ayat (2) UU Perbankan Syariah dijadikan dasar posita permohonannya, namun karena substansi Penjelasan Umum dan Penjelasan Pasal 55 ayat (2) UU Perbankan Syariah merupakan sumber permasalahan konstitusional terhadap Pasal 55 UU Perbankan Syariah maka menurut saya Mahkamah harus memberikan putusan terhadap penjelasan dimaksud dalam rangka memberikan solusi konstitusional dalam penyelesaian sengketa hukum perbankan syariah;

Menimbang bahwa Pasal 55 ayat (3) UU Perbankan Syariah yang menyatakan, "*Penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak boleh bertentangan dengan prinsip syariah*", menentukan bahwa meskipun para pihak memilih dalam akadnya dengan penyelesaian non-litigasi, namun penyelesaian tersebut tidak boleh bertentangan dengan prinsip syariah. Hal demikian menurut saya telah bersesuaian dengan apa yang dipertimbangkan pada paragraf sebelumnya, sehingga permohonan pengujian konstitusionalitas pasal *a quo* tidak beralasan menurut hukum. Demikianlah *concurring opinion* saya terhadap putusan Mahkamah ini.

7. PENDAPAT BERBEDA (*DISSENTING OPINION*)

Hakim Konstitusi Muhammad Alim

Ketika penjajah Belanda menginjakkan kaki impersialismenya di bumi nusantara, sesungguhnya penduduk nusantara sebagian besar sudah menganut agama Islam. Sejarah telah menjadi saksi bahwa kerajaan- kerajaan Islam telah bertebaran hampir di seantero nusantara, terutama di darah-daerah pantai telah banyak bandar-bandar yang ramai. Masyarakat nusantara yang sebagian besar beragama Islam itu menurut penelitian, antara lain, oleh Salomon Keyzer (1823-1868) bahwa di kalangan masyarakat nusantara yang menganut agama Islam, berlaku hukum Islam. Penelitian ini sejalan dengan pendapat Lodewijk Willem Christian van den Berg (1845-1927) yang mengemukakan bahwa orang Islam nusantara telah melakukan resepsi hukum Islam dalam keseluruhannya dan sebagai suatu kesatuan. Berarti, menurut van den Berg, yang diterima oleh orang beragama Islam di Indonesia waktu itu bukan hanya bagian-bagian dari hukum

Islam melainkan keseluruhan hukum Islam. Itulah sebabnya teori yang dikemukakannya disebut teori *receptio in complexu*.

Berbeda dengan van den Berg, Christian Snouck Hurgronje (1857-1936) dalam penelitiannya terhadap masyarakat Aceh dan Gayo berkesimpulan bahwa yang berlaku bagi orang Islam di kedua daerah itu bukanlah hukum Islam, melainkan hukum adat. Memang, menurut dia, hukum adat telah dipengaruhi oleh hukum Islam, tetapi pengaruh itu baru mempunyai kekuatan hukum apabila benar-benar telah diterima oleh hukum adat. Jadi hukum adatlah yang berlaku, bukan hukum Islam.

Pendapat ini kemudian dikenal sebagai teori resepsi yang lebih dikembangkan secara ilmiah oleh dua orang muridnya, sesama warga Belanda, yakni Cornelis van Vollenhoven dan Bertrand Ter Haar.

Teori resepsi ini mendapat tantangan dari para pemikir Islam Indonesia, yang menurut mereka, teori resepsi itu dimaksudkan oleh pemerintah kolonial Belanda untuk menghapuskan hukum Islam di Indonesia, karena menurut Belanda, perlawanan bangsa Indonesia terhadap kolonial Belanda banyak dipengaruhi oleh hukum Islam.

Salah seorang murid Ter Haar, yang tidak sependapat dengan gurunya, yaitu Hazairin, menganggap teori resepsi adalah teori iblis, sebab dengan teori tersebut mengajak kepada umat Islam Indonesia untuk tidak taat kepada Allah SWT dan RasulNya.

Dengan politik hukum pemerintah kolonial Belanda yang berkeinginan 'mematikan' hukum Islam di Indonesia, sambil tetap 'menjinakkan' umat Islam Indonesia demi melestarikan penjajahannya karena dari pemimpin atau raja-raja beragama Islam di Indonesia, Belanda banyak mendapat perlawanan yang patriotik, maka pemerintah kolonial Belanda menerbitkan *Staatsblad* 1882 Nomor 152 yang dikenal dengan sebutan *Priesterraad* (Pengadilan Agama) yang mengadili perkara-perkara perdata tertentu bagi umat Islam di Jawa dan Madura dengan tidak ditentukan kewenangannya. Oleh karena tidak jelasnya kewenangan peradilan agama ini, maka menurut Notosusanto, pengadilan agama menentukan sendiri perkara-perkara yang menurut pandangannya masuk kompetensinya, yaitu perkara-perkara yang berhubungan dengan sebagian kegiatan perdata umat Islam Indonesia, seperti pernikahan, perceraian, mahar, nafkah, sah tidaknya seorang anak, perwalian, kewarisan, hibah, sadakah, baitulmal, dan wakaf.

Selain tidak ditentukan kewenangannya, peradilan agama juga pembentukannya tidak seragam. Kalau untuk Jawa dan Madura dibentuk pengadilan agama, seperti tersebut di atas, untuk Kalimantan Selatan dan Kalimantan Timur dibentuk Kerapatan Kadi dan Kerapatan Kadi Besar. Untuk selain Jawa dan Madura, Kalimantan Selatan dan Kalimantan Timur, di luar daerah-daerah tersebut, oleh pemerintah Republik Indonesia dibentuk dengan Peraturan Pemerintah Nomor 45 Tahun 1957 yang lazim dikenal dengan sebutan Mahkamah Syariah.

Pengadilan Agama oleh pemerintah kolonial Belanda, di samping tidak ditetapkan kewenangannya secara mutlak, sebagai '**pengadilan kelas dua**', putusan-putusannya juga tidak dapat dieksekusi sebelum mendapat persetujuan dari Ketua Landraad (Ketua Pengadilan Negeri) setempat yang dikenal dengan sebutan *executoire verklaring* atau biasa juga dinamakan *fiat executie*. Bahkan setelah kemerdekaan, yakni ketika diundangkannya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yang dilaksanakan dengan Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, putusan perceraian yang dijatuhkan oleh pengadilan agama harus pula, "Dikukuhkan" oleh pengadilan negeri setempat.

Perlakuan diskriminatif terhadap pengadilan agama dilanjutkan, ketika pada bulan April 1977 tunjangan fungsional para hakim golongan III pada peradilan umum ditetapkan sebanyak Rp. 60.000,-/ bulan, sedangkan bagi hakim peradilan agama dengan pangkat yang sama hanya Rp. 45.000,-/ bulan.

Meskipun pada akhirnya tunjangan fungsional hakim peradilan agama disamakan dengan tunjangan fungsional hakim peradilan umum dan hakim peradilan tata usaha negara dan dengan diundangkannya Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama, putusan pengadilan agama tidak lagi di-*fiat executie*, atau dikukuhkan oleh pengadilan negeri, akan tetapi sarana dan prasarana pengadilan agama masih jauh ketinggalan bila dibandingkan dengan sarana dan prasarana peradilan umum dan peradilan tata usaha negara.

Selain itu, pola mutasi, khususnya para hakim peradilan umum dan hakim peradilan tata usaha negara juga berbeda dengan hakim peradilan agama. Jikalau para hakim peradilan umum dan hakim peradilan tata usaha negara pada umumnya dimutasikan dari satu tempat tugas ke tempat tugas lainnya setelah

bertugas di satu tempat selama tiga hingga lima tahun, para hakim pengadilan agama kebanyakan bertugas di suatu pengadilan selama sepuluh tahun lebih.

Keadaan baru berubah setelah, sebelumnya personalia, keuangan dan material, peradilan umum dan peradilan tata usaha negara dikelola oleh Departemen Kehakiman kini Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia, dan untuk peradilan agama dilaksanakan oleh Departemen Agama (sekarang Kementerian Agama), beralih seluruhnya ke Mahkamah Agung.

Tanpa bermaksud memuji secara pribadi, dalam era kepemimpinan Bagir Manan sebagai Ketua Mahkamah Agung barulah personalia, sarana, dan prasarana peradilan agama, seiring dengan peralihan pengelolaan personalia, keuangan dan materil kepada Mahkamah Agung dibenahi, sehingga *alhamdulillah* personalia, sarana dan prasarana peradilan agama relatif sama dengan peradilan umum dan peradilan tata usaha negara.

Walaupun era penjajahan yang seperti tersebut di atas berusaha untuk merintangi perkembangan hukum Islam di Indonesia telah berlalu, personalia, sarana dan prasarana peradilan agama telah memadai, paling tidak sudah seimbang dengan peradilan umum, kewenangan peradilan agama sudah tegas diatur dalam ketentuan perundang-undangan, namun masih saja ada orang tertentu, paling tidak pembentuk Undang-Undang yang bermaksud mengebiri kewenangan peradilan agama, seperti Penjelasan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah yang pada huruf d menentukan, "Yang dimaksud dengan" penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan Akad adalah sebagai berikut : d.melalui pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum".

Sepanjang pengetahuan saya, belum pernah terjadi suatu kewenangan mutlak peradilan agama diserahkan kepada peradilan umum untuk mengadilinya. Yang justru terjadi, kewenangan mengadili perkara pidana yang merupakan kompetensi peradilan umum, untuk daerah Provinsi Aceh bagi penduduk beragama Islam diadili oleh Mahkamah Syari'ah yang diemban oleh peradilan agama.

Berhubung dengan itu, Penjelasan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah yang dalam huruf d-nya menentukan, "*Melalui pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum*" harus dinyatakan bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik

Indonesia Tahun 1945, yakni Pasal 28D ayat (1) yang menyatakan , “*Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum*” dan karena itu tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

Adapun Penjelasan Pasal 55 ayat (2) huruf a, huruf b dan huruf c Undang-Undang *a quo*, yang menentukan bahwa yang dimaksud dengan penyelesaian sengketa sesuai dengan akad adalah upaya musyawarah, mediasi perbankan, melalui Badan Arbitrase Syariah Nasional, menurut saya hal-hal tersebut merupakan upaya penyelesaian sengketa di luar pengadilan yang dapat dibenarkan berdasarkan asas musyawarah, dengan syarat tidak melanggar ketentuan Undang-Undang dan sejalan dengan ketentuan syariah.

PANITERA PENGANTI,

ttd.

Hani Adhani