

PERBAIKAN PERMOHONAN	
NO. 12 /PUU- XIX /20.21	
Hari Selasa	
Tanggal 11 Mei 2021	
Jam 12.29 WIB / 12.29 PM	

(dari email)

Kepada Yth. :  
**Ketua Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia**  
Jalan Medan Merdeka Barat Nomor 6  
Jakarta Pusat 10110

Perihal : Perbaikan Permohonan Pengujian Pasal 23 ayat (1) dan Pasal 23 ayat (2) Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria Terhadap Undang – Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (**Perkara Nomor 12/PUU-XIX/2021**)

Dengan hormat,

Perkenankanlah saya yang bertandatangan di bawah ini, Rega Felix, Perorangan Warga Negara Indonesia, Usia 30 Tahun, Agama Islam, Pekerjaan Advokat, Alamat : Pamulang Permai 1 Blok A57/52, Kel. Pamulang Barat, Kec. Pamulang, Kota Tangerang Selatan, Nomor Telepon dan email bertindak untuk dan atas nama diri sendiri, untuk selanjutnya disebut sebagai Pemohon.

Pemohon dengan ini mengajukan Permohonan Pengujian Pasal 23 ayat (1) dan Pasal 23 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (Lembaran Negara Nomor 104 Tahun 1960) (UUPA) (**Bukti P-1**), terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945) (**Bukti P-2**).

**1. KEWENANGAN MAHKAMAH KONSTITUSI**

1. Bahwa dalam perubahan kedua UUD 1945, Pasal 24 Ayat (2) UUD 1945 menyatakan : ***“Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi”***;
2. Bahwa selanjutnya dalam Pasal 24C Ayat (1) UUD 1945 menyatakan : ***“Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk **menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar**, memutus sengketa kewenangan lembaga***



*negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum”;*

3. Bahwa berdasarkan ketentuan di atas, maka Mahkamah Konstitusi berwenang melakukan pengujian undang-undang terhadap UUD 1945, yang juga didasarkan pada Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang No. 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Undang-Undang No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi dan perubahan ketiga dengan Undang-Undang No. 7 Tahun 2020 tentang Perubahan Ketiga Undang-Undang No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (UU MK) *jo.* Pasal 29 ayat (1) Undang – Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang menyatakan:  
*“Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk: (a) menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945”;*
4. Bahwa Mahkamah Konstitusi dibentuk sebagai lembaga pengawal konstitusi (*the guardian of constitution*), yang artinya apabila terdapat undang-undang yang berisi atau terbentuk bertentangan dengan konstitusi (*unconstitutional*), maka Mahkamah Konstitusi dapat menganulirnya dengan membatalkan keberadaan undang-undang tersebut secara menyeluruh atau pun perpasalnya;
5. Bahwa sebagai pengawal konstitusi, **Mahkamah Konstitusi juga berwenang memberikan penafsiran terhadap sebuah ketentuan pasal-pasal undang-undang agar berkesesuaian dengan nilai-nilai konstitusi.** Tafsir Mahkamah Konstitusi terhadap konstitusionalitas pasal-pasal undang-undang tersebut merupakan tafsir satu-satunya (*the sole interpreter of constitution*) yang memiliki kekuatan hukum. Oleh karena itu, terhadap pasal-pasal yang memiliki makna ambigu, tidak jelas, dan/atau multi tafsir dapat pula dimintakan penafsirannya kepada Mahkamah Konstitusi;
6. Bahwa ketentuan Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA yang berbunyi :  
(1) *Hak milik, demikian pula setiap **peralihan**, hapusnya dan pembebanannya dengan hak-hak lain **harus didaftarkan** menurut ketentuan-ketentuan yang dimaksud dalam pasal 19.*

(2) Pendaftaran termaksud dalam ayat (1) merupakan **alat pembuktian yang kuat** mengenai hapusnya hak milik serta **sahnya peralihan dan pembebanan hak tersebut.**

menurut Pemohon telah menciptakan suatu ketidakpastian hukum dan melahirkan penafsiran yang mengekang pemenuhan hak-hak konstitusional Pemohon, secara khusus dalam melakukan transaksi di perbankan syariah yang telah dilindungi konstitusi;

7. Bahwa memilih layanan perbankan syariah yang aman, mudah, dan memiliki landasan hukum yang pasti adalah hak konstitusional Pemohon yang telah dilindungi oleh konstitusi berdasarkan :

**Pasal 29 ayat (1) UUD 1945**

*Negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa*

**Pasal 29 ayat (2) UUD 1945**

*Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk **memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu.***

**Pasal 28E ayat (1) UUD 1945**

*Setiap orang berhak **memeluk agama dan beribadat menurut agamanya**, memilih pendidikan dan pengajaran, memilih pekerjaan, memilih kewarganegaraan, memilih tempat tinggal di wilayah negara dan meninggalkannya, serta berhak kembali.*

**Pasal 28E ayat (2) UUD 1945**

*Setiap orang berhak atas **kebebasan meyakini kepercayaan, menyatakan pikiran dan sikap, sesuai dengan hati nuraninya.***

**Pasal 28D ayat (1) UUD 1945**

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

**Pasal 28H ayat (2) UUD 1945**

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

8. Bahwa berdasarkan hal-hal tersebut di atas, karena permohonan pengujian ini merupakan permohonan pengujian undang-undang terhadap UUD 1945, sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang ada, maka

Mahkamah Konstitusi berwenang untuk memeriksa dan mengadili permohonan pengujian materiil undang-undang ini;

2. KEDUDUKAN HUKUM (*LEGAL STANDING*) PEMOHON

9. Bahwa berdasarkan Pasal 51 ayat (1) UU MK jo. Pasal 4 ayat (1) Peraturan Mahkamah Konstitusi No. 02 Tahun 2021 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang dinyatakan bahwa :
- “Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang yaitu:*
- a. perorangan warga negara Indonesia;*
  - b. kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang;*
  - c. badan hukum publik atau privat;*
  - d. lembaga negara.”*
10. Bahwa berdasarkan ketentuan di atas Pemohon merupakan perorangan warga negara Indonesia (**Bukti P-3**) sebagai pembayar pajak (*tax payer*) (**Bukti P-4**) yang berprofesi sebagai Advokat yang memiliki *concern* terhadap perkembangan perbankan syariah (**Bukti P-6** dan **Bukti P-7**);
11. Bahwa selanjutnya di dalam penjelasan Pasal 51 ayat (1) UU MK dinyatakan bahwa *“Yang dimaksud dengan hak konstitusional adalah hak-hak yang diatur dalam UUD 1945”*;
12. Bahwa dalam Pasal 4 ayat (2) Peraturan Mahkamah Konstitusi No. 02 Tahun 2021 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang ditentukan 5 syarat mengenai kerugian konstitusional, yakni sebagai berikut:
- “a. ada hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang diberikan oleh UUD 1945;*
  - b. hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut dianggap telah dirugikan oleh berlakunya undang-undang atau Perppu yang dimohonkan pengujian;*
  - c. kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut bersifat spesifik (khusus) dan aktual, setidaknya-tidaknya bersifat potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;*

- d. ada hubungan sebab akibat antara kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional dengan undang-undang atau Perppu yang dimohonkan pengujian; dan
- e. ada kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan, maka kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi.”;

13. Bahwa memilih antara layanan perbankan syariah dengan perbankan konvensional merupakan perkara keyakinan agama Pemohon yang telah dilindungi oleh konstitusi berdasarkan Pasal 29 ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945 dan Pasal 28E ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945;
14. Bahwa negara telah melembagakan perbankan syariah melalui Undang – Undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah (Lembaran Negara Nomor 94 Tahun 2008) (**Bukti P-8**). Berdasarkan hal tersebut, dengan harapan bahwa perbankan syariah dapat memberikan layanan yang sesuai dengan keyakinan agama Pemohon, **Pemohon mengajukan fasilitas pembiayaan ke bank syariah berdasarkan Akad Murabahah Nomor 07/MRB/HIKP/01/II/2021 (Bukti P-5)**. Pemohon tentu sangat berharap bahwa layanan perbankan syariah telah memiliki landasan hukum yang kuat baik terhadap lembaganya maupun transaksinya, karena Pemohon memiliki hak konstitusional atas jaminan kepastian hukum dalam melakukan transaksi di perbankan syariah berdasarkan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;
15. Bahwa UU Perbankan Syariah merupakan bagian dari suatu sistem hukum, sehingga memiliki keterkaitan dengan undang-undang lain terutama dalam menjalankan transaksinya. Dengan demikian Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA yang mengatur mengenai keharusan melakukan pendaftaran dalam peralihan hak milik atas tanah berpengaruh terhadap praktik di perbankan syariah;
16. Bahwa menurut Pemohon **kewajiban pendaftaran terhadap peralihan hak milik atas tanah menghambat akses Pemohon untuk mendapatkan layanan perbankan syariah yang mudah dan aman**, karena transaksi dalam perbankan syariah memiliki karakteristik khusus yang mensyaratkan banyaknya peralihan *underlying asset* yang menjadi dasar transaksi. **Jika Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA diterapkan secara letterlijk dalam transaksi perbankan syariah akan menyebabkan proses yang panjang**



**dan lama, serta biaya yang tinggi yang tentunya akan dibebankan kepada Pemohon selaku Nasabah;**

17. Bahwa Otoritas Jasa Keuangan (OJK) memberikan pendapat dalam Buku Standart Produk *Murabahah* (**Bukti P-10**) bahwa peralihan barang kepada Bank cukup dengan *qabdh hukmi* yang menurutnya tidak diharuskan pendaftaran secara legal administrasi. Karena kedudukannya sebagai regulator, maka pendapat OJK tersebut menjadi acuan *Standart Operating Procedure* (SOP) yang berlaku di praktik perbankan syariah;
18. Bahwa di lain hal, karena transaksi di perbankan syariah dapat berkaitan dengan tanah, maka Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA berlaku dalam hal adanya peralihan hak milik atas tanah dalam perbankan syariah. Namun, sampai dengan saat ini tidak ada pembatalan atas Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA, bahkan Mahkamah Agung melalui Putusan MA No. 312K/Pdt/2017 mempertegas bahwa sah nya peralihan hak atas tanah adalah dilakukan dihadapan pejabat yang berwenang (asas terang), dan Mahkamah Konstitusi melalui Putusan MK No. 78/PUU-XVI/2018 juga mempertegas penafsiran Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA adalah sudah jelas dan mempertegas keharusan pendaftaran sebagai bentuk perlindungan atas kepastian hukum, sehingga menurut Mahkamah Konstitusi Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA adalah konstitusional;
19. Bahwa dengan demikian hal ini menyebabkan kebingungan bagi Pemohon apakah praktik yang selama ini terjadi adalah sah secara hukum padahal praktik yang terjadi saat ini telah mendapatkan “dukungan” dari OJK selaku regulator. Pendapat OJK dapat dipahami untuk mempermudah akses masyarakat terhadap layanan perbankan syariah agar masyarakat tidak terbebani dengan syarat proses balik nama yang panjang serta biaya yang tinggi, yang jika Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA diterapkan secara *letterlijk* dapat berdampak pada beralihnya masyarakat kepada perbankan konvensional. Namun, apakah OJK mempunyai kapasitas untuk mengesampingkan UUPA? Berdasarkan asas *lex superior derogate legi inferiori*, maka peraturan di bawah undang-undang tidak dapat mengesampingkan undang-undang;
20. Bahwa atas dasar hal tersebut, maka adalah dapat dipahami masyarakat saat ini masih meragukan keabsahan transaksi di perbankan syariah disebabkan adanya Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA yang mengatur

**pendaftaran peralihan hak milik atas objek tanah adalah suatu keharusan di Indonesia.** Hal ini dapat dilihat dari banyaknya kajian-kajian yang mempertanyakan keabsahan transaksi atas tanah di perbankan syariah (**Bukti P-9, Bukti P-20, Bukti P-21, Bukti P-22**);

21. Bahwa berdasarkan hal tersebut, maka berdasarkan penalaran yang wajar **kerugian konstitusional Pemohon merupakan kerugian aktual yaitu Pemohon menjadi ragu apakah transaksi di perbankan syariah terhadap objek tanah telah sah secara hukum? Keraguan tersebut disebabkan oleh adanya Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA yang berdampak pada sulitnya Pemohon mendapatkan akses modal yang sesuai dengan keyakinan agama Pemohon.** Keraguan ini tentu berkaitan dengan keyakinan agama Pemohon yang telah dilindungi oleh konstitusi berdasarkan Pasal 29 ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945 dan Pasal 28E ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945;
22. Bahwa lain halnya dengan Surat Berharga Syariah Negara (SBSN) yang telah diatur dalam Undang- Undang Nomor 19 Tahun 2008 tentang Surat Berharga Syariah Negara (Lembaran Negara Nomor 70 Tahun 2008) (UU SBSN) (**Bukti P-19**). UU SBSN mengadopsi konsep *trust* dalam kepemilikan Barang Milik Negara. UU SBSN mengakui "Hak Manfaat" (*Equitable Title/Beneficial Ownership*) sebagai hak kepemilikan yang dapat dialihkan tanpa perlu didaftarkan. Hal ini dilakukan karena atas Barang Milik Negara menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara, Barang Milik Negara tidak dapat dialihkan/dijadikan jaminan ketika sedang dalam suatu kerja sama, maka dari itu dalam SBSN yang dialihkan bukan lah *legal title* dari Barang Milik Negara tetapi Hak Manfaat dari Barang Milik Negara. Dalam penjelasan pasal 11 UU SBSN dikatakan pemindahtanganan Barang Milik Negara tersebut bersifat khusus dan berbeda dengan Pemindahtanganan Barang Milik Negara sebagaimana dimaksud dalam UU Perbendaharaan Negara, maka dapat dikatakan bahwa UU SBSN menjadi *lex specialis* dari UU Perbendaharaan Negara;
23. Bahwa UU Perbankan Syariah dan UU SBSN diundangkan pada tahun yang sama. Masing – masing diatur dalam undang-undang secara tersendiri menunjukkan bahwa secara *sui generis* antara perbankan syariah dan SBSN adalah berbeda. Perbedaan tersebut dapat dilihat dalam UU SBSN, di mana konsepsi kepemilikan Barang Milik Negara dalam transaksi SBSN menerapkan konsep *trust* yaitu adanya *dual ownership* dalam satu



kepemilikan, namun UU Perbankan Syariah tidak mengadopsi konsep *trust* dalam konsep kepemilikan benda di transaksi perbankan syariah. Pemohon mempertanyakan kenapa dilakukan pembedaan perlakuan antara “Barang Milik Negara” dengan “Barang Milik Pribadi Warga Negara” dalam undang-undang? Hal ini menimbulkan permasalahan yang mendasar, dapat dilihat bahwa SBSN dapat tumbuh tanpa adanya hambatan regulasi yang berarti, sedangkan Perbankan Syariah menghadapi hambatan regulasi yang mendasar yang menjadi polemik/perdebatan di masyarakat. Untuk mengatasi hal tersebut, OJK sebagai regulator “mengadopsi” konsep *trust* melalui konsep *qabdh hukmi* dalam transaksi perbankan syariah, yang tentu menurut Pemohon, OJK tidak dalam kapasitasnya untuk mengesampingkan UUPA, karena regulasi/kebijakan yang dikeluarkan OJK atau lembaga negara lainnya dengan produk di bawah undang-undang tidak dapat menjadi *lex specialis* dari UUPA sebagaimana UU SBSN yang dapat menjadi *lex specialis* dari UU Perbendaharaan Negara;

24. Bahwa pembedaan ini menurut Pemohon merupakan pelanggaran hak konstitusional Pemohon yaitu hak untuk mendapatkan kepastian hukum yang sama sebagaimana diatur dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, serta hak untuk mendapatkan kemudahan, kesempatan, dan manfaat yang sama berdasarkan Pasal 28H ayat (2) UUD 1945. Dalam suatu negara hukum, negara dan warga negara mempunyai kedudukan yang sama di mata hukum, maka konsep *trust* seharusnya dapat diterapkan terhadap baik Barang Milik Negara maupun Barang Milik Pribadi Warga Negara, dan sesuai dengan asas tertutup hukum benda, hal tersebut semestinya sama – sama ditegaskan baik di dalam UU Perbankan Syariah maupun di dalam UU SBSN;
25. Bahwa ketidakmengaturan konsep *trust* dalam UU Perbankan Syariah menyebabkan tidak adanya pasal / kaidah norma yang dapat diuji ke Mahkamah Konstitusi. Namun, Pemohon meyakini bahwa undang-undang sebagai bagian dari suatu sistem hukum tidak berdiri sendiri, melainkan saling keterkaitan antara satu dengan yang lainnya, karena itu Pemohon mengajukan pengujian terhadap Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA yang memiliki keterkaitan dengan UU Perbankan Syariah yang menurut Pemohon menjadi hambatan hukum bagi Pemohon untuk mendapatkan hak konstitusional Pemohon dalam mengakses layanan perbankan syariah yang mudah, aman, dan memiliki kepastian hukum. Pemohon beranggapan bahwa Mahkamah Konstitusi sebagai *guardian* atas



*constitutional rights* Pemohon serta *the sole interpreter of constitution* memiliki kewenangan untuk memberikan penafsiran terhadap konstitusionalitas suatu pasal di undang-undang, sehingga jika Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa penafsiran Pasal 23 ayat (1) dan Pasal 23 ayat (2) UUPA harus ditafsirkan tidak secara *letterlijk* atau gramatikal terutama ketika diterapkan dalam transaksi perbankan syariah, maka akan memberikan kepastian hukum atas keabsahan transaksi Pemohon di bank syariah yang telah dan/atau akan dilakukan di kemudian hari, serta mengembalikan keyakinan agama Pemohon untuk kembali mengajukan permohonan pembiayaan ke bank syariah;

### 3. POKOK PERKARA

#### Ruang Lingkup Pasal Yang Diuji

Ketentuan	Rumusan
Pasal 23 ayat (1) UUPA	Hak milik, demikian pula setiap <i>peralihan</i> , hapusnya dan pembebanannya dengan hak-hak lain <b>harus didaftarkan</b> menurut ketentuan-ketentuan yang dimaksud dalam pasal 19.
Pasal 23 ayat (2) UUPA	Pendaftaran termaksud dalam ayat (1) merupakan <b>alat pembuktian yang kuat</b> mengenai hapusnya hak milik <b>serta sahnya peralihan</b> dan pembebanan hak tersebut.

#### Dasar Konstitusional Yang Digunakan

Ketentuan UUD 1945	Rumusan
Pasal 29 ayat (1) UUD 1945	Negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa.
Pasal 29 ayat (2) UUD 1945	Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk <b>memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu.</b>
Pasal 28E ayat (2) UUD 1945	Setiap orang berhak atas <b>kebebasan meyakini kepercayaan, menyatakan pikiran dan sikap</b> , sesuai dengan hati nuraninya
Pasal 28E ayat (1) UUD 1945	Setiap orang berhak <b>memeluk agama dan beribadat menurut agamanya</b> , memilih pendidikan dan

	pengajaran, memilih pekerjaan, memilih kewarganegaraan, memilih tempat tinggal di wilayah negara dan meninggalkannya, serta berhak kembali.
Pasal 28D ayat (1) UUD 1945	Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan <b>kepastian hukum</b> yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum.
Pasal 28H ayat (2) UUD 1945	Setiap orang berhak mendapat <b>kemudahan dan perlakuan khusus</b> untuk memperoleh <b>kesempatan dan manfaat yang sama</b> guna mencapai <b>persamaan dan keadilan</b>

### 3.1 Kepemilikan Benda Dalam Transaksi Perbankan Syariah

26. Bahwa berdasarkan Pasal 1 angka 7 UU Perbankan syariah, **bank syariah adalah Bank yang menjalankan kegiatan usahanya berdasarkan Prinsip Syariah**. Prinsip syariah menurut Pasal 1 angka 12 UU Perbankan syariah adalah **prinsip hukum Islam** dalam kegiatan perbankan **berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah**. Secara umum prinsip syariah dalam kegiatan perbankan syariah adalah larangan *riba*, *gharar*, *maisir*, dan transaksi terhadap objek yang diharamkan, di samping prinsip-prinsip lainnya;
27. Bahwa Prinsip syariah di atas diatur dalam hukum Islam yang bersumber dari **sumber utama hukum Islam yaitu Al-Quran dan Hadist**. Berdasarkan Al-Quran dan hadist para ahli *fiqih* melakukan penafsiran melalui akal pikiran (*ra'yu*) manusia (*ijtihad*). *Ijtihad* dapat dilakukan dengan berbagai jalan (metode) diantaranya adalah *ijma*, *qiyas*, *istidal*, *al-masalih al-mursalah*, *istihsan*, *istisha*, dan *'urf*;
28. Bahwa dengan adanya prinsip syariah, menurut Muhammad Taqi Usmani dalam buku *An Introduction To Islamic Finance* ciri yang berbeda dari transaksi berdasarkan *syariah* adalah sifatnya yang *asset backed financing*. *Asset backed financing* mempunyai arti pembiayaan dalam Islam selalu berdasarkan kepada aset ril, berbeda dengan bank konvensional yang dapat menjadikan uang sebagai komoditas yang diperdagangkan. Berdasarkan hal tersebut, maka **konsep kepemilikan benda menjadi sangat penting dalam menentukan suatu keabsahan transaksi perbankan syariah**.



29. Bahwa untuk mengatasi permasalahan bagaimana model penyerahan hak kebendaan, ulama-ulama kontemporer telah melakukan *ijtihad* untuk menghasilkan *ijma'* sebagaimana dituangkan dalam *majma' fiqh al-islami* yang ditetapkan di Jeddah pada 14-20 Maret 1990 yang menyatakan :

*“Just as the **possession of commodities may be physical**, by taking the commodity in one’s hand or measuring or weighing the eatables, or by transferring or delivering the commodity to the premises of the possessor, similarly the **possession may also be an implied or constructive possession** which takes place by leaving the commodity at one’s disposal and enabling him to deal with it as he wills. This will be deemed a valid possession, even though the physical possession has not taken place. **As for the mode of possession, it may vary from commodity to commodity, according to its nature and pursuant to the different customs prevalent in this behalf.**”*

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

30. Bahwa dalam *sharia standart* bab 18 No. 3/1 tentang *qabdh* yang dikeluarkan oleh lembaga *Accounting and Auditing On Islamic Finance Institution* (AAOIFI) juga menyatakan '*urf* sebagai dasar untuk menentukan metode penyerahan benda :

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

31. Bahwa dalam *sharia standart* No. 3/2 AAOIFI ditentukan lebih lanjut dalam hal benda tidak bergerak penyerahan dilakukan dengan cara :

*Actual possession is realized in immovable property through **relinquishment and enabling transaction** on it.*

Berdasarkan hal tersebut maka penyerahan benda tidak bergerak (tanah) dilakukan saat penjual harus mampu melepaskan haknya sehingga tidak ada halangan bagi pembeli untuk melakukan transaksi atas tanah yang akan dibelinya;

32. Bahwa menurut Ulama Hanafi jika tanah yang hendak ditransaksikan berada dalam tempat yang tertutup/terkunci, maka penyerahan kunci dapat dikatakan sebagai bentuk penyerahan nyata (*actual possession*). Apakah pendaftaran titel hak/balik nama merupakan bentuk peralihan yang sah atau tidak belum ditemukan dalam pandangan ulama klasik. Hal ini mungkin lembaga *land cadastre* atau sistem administrasi pendaftaran tanah belum dikenal seperti sekarang. Namun, ulama kontemporer seperti Mustafa Al-Zarqa dalam *al madkhal al fiqhi al-'amm* menyatakan sistem pendaftaran titel hak dapat menjadi bentuk penyerahan berdasarkan *al-masalih al-mursalah*;
33. Bahwa secara prinsip baik *majma' fiqh al-islami* maupun AAOIFI mendasari bahwa dasar model penyerahan benda adalah *'urf*. Hal ini didasari karena Al-Quran dan Hadist tidak menjabarkan secara detail metode penyerahan kepemilikan benda. Karena secara prinsip yang mendasari adalah *'urf*, maka sah-nya peralihan hak atas tanah melalui pendaftaran juga bergantung kepada bagaimana *'urf* di suatu wilayah/negara mengaturnya;
34. Bahwa berdasarkan hal ini, maka adalah penting untuk menentukan apakah sistem hukum pendaftaran hak milik atas tanah yang diatur oleh suatu negara berdasarkan peraturan perundang-undangan yang sah dikategorikan sebagai *'urf* yang berlaku atau *'urf* yang dimaksud adalah kebiasaan sebelum dikenalnya sistem pendaftaran tanah. Hal ini menjadi penting karena menentukan apakah prinsip syariah yang diamanatkan oleh UU Perbankan Syariah dapat mengesampingkan UUPA yang mengatur tentang pendaftaran tanah di Indonesia atau tidak;

### **3.2. UU Perbankan Syariah Tidak Mengatur Terkait Konsep Kepemilikan Benda Dalam Transaksi Perbankan Syariah Melainkan Diatur Oleh Tiga Lembaga**

35. Bahwa secara umum UU Perbankan Syariah mengatur kelembagaan perbankan syariah serta prinsip – prinsip dasar dalam perbankan syariah yaitu larangan *riba*, *gharar*, *maisir*, dan transaksi terhadap objek yang diharamkan. UU Perbankan Syariah tidak mengatur bagaimana konsepsi kepemilikan benda dalam transaksi perbankan syariah. Menurut Pemohon konsepsi kepemilikan benda seharusnya menjadi prinsip dasar yang diatur dalam undang-undang karena hal tersebut menjadi ciri substansial pembedaan antara perbankan syariah dengan perbankan konvensional;

36. Bahwa dalil *fiqh muamalah* yang telah disepakati ulama adalah : “*hukum asal muamalah adalah boleh kecuali ada dalil yang melarangnya*”. Berdasarkan hal tersebut, produk – produk perbankan syariah dapat terus berkembang sesuai dengan perkembangan zaman sepanjang tidak melanggar prinsip syariah. Untuk mengakomodasi perkembangan produk perbankan syariah, Pasal 26 UU Perbankan Syariah menyatakan :

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

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

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

Berdasarkan Pasal tersebut maka kewenangan untuk menentukan prinsip syariah pada produk perbankan syariah ada pada Majelis Ulama Indonesia (MUI) dalam bentuk Fatwa yang kemudian ditetapkan dalam bentuk Peraturan Bank Indonesia atau setelah berdirinya OJK dalam bentuk Peraturan Otoritas Jasa Keuangan (POJK) yang merupakan peraturan perundang-undangan yang diakui dalam UU 12/2011;

37. Bahwa perlu dipahami amanat Pasal 26 UU Perbankan Syariah kepada MUI dan BI/OJK adalah untuk mengatur produk dan jasa perbankan syariah, namun tidak dalam artian pemberian kewenangan untuk mengesampingkan undang-undang, sehingga jika terdapat produk dan jasa perbankan syariah yang bersinggungan dengan aturan undang-undang, maka hal tersebut perlu diatur dalam undang-undang;

38. Bahwa dalam praktik yang terjadi OJK tidak banyak mengatur soal prinsip syariah melalui POJK, malah POJK merujuk kembali ke Fatwa MUI dalam hal penentuan prinsip syariah. Hal ini sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 18 ayat (2) POJK No. 24 /POJK.03/2015 :

*Pemenuhan penerapan Prinsip Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1), harus didukung dengan:*

a. *Fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia yang menjadi dasar penerbitan Produk dan/atau pelaksanaan Aktivitas;*

Disebutkan pula pengertian “sesuai dengan prinsip syariah” dalam penjelasan Pasal 14 POJK No. 24 /POJK.03/2015 :

*“Yang dimaksud dengan “sesuai dengan Prinsip Syariah” antara lain mengacu pada fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia*

*dan ketentuan yang mengatur mengenai pelaksanaan Prinsip Syariah dalam kegiatan usaha Bank Syariah dan UUS.*

39. Bahwa dengan demikian **Fatwa MUI dapat dikatakan sebagai hukum positif yang berlaku untuk menentukan prinsip syariah.** Di lain hal, OJK juga mempunyai kewenangan untuk mengatur prinsip syariah sesuai UU Perbankan Syariah, namun OJK lebih sering menggunakan instrumen Surat Edaran OJK (SEOJK) atau bahkan semacam Buku Standart Produk Perbankan Syariah dalam mengatur secara detail tentang prinsip syariah yang sering menjadi acuan bagi bank syariah untuk membuat *Standart Operating Procedure (SOP)* produk bank syariah;
40. Bahwa di samping itu ternyata Mahkamah Agung juga mengeluarkan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 02 Tahun 2008 tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) (**Bukti P-12**) yang mengatur mengenai prinsip syariah, sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 1 KHES :  
*“Hakim pengadilan dalam lingkungan peradilan agama yang memeriksa, mengadili dan menyelesaikan perkara yang berkaitan dengan ekonomi syariah, **mempergunakan sebagai pedoman prinsip syariah dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah.**”*
- KHES berisi 796 Pasal yang mengatur secara detail mengenai prinsip syariah dalam transaksi ekonomi syariah. Namun, materi muatannya seperti materi muatan undang-undang karena mengatur terkait subjek hukum dan kebendaan, perjanjian (akad), zakat dan hibah, dan akuntansi syariah;
41. Bahwa berdasarkan fakta di atas, maka **dimungkinkan objek yang sama diatur oleh tiga lembaga yang berbeda (MUI, OJK, dan MA) dengan pengaturan yang berbeda-beda.** Hal ini terbukti karena masing-masing lembaga mengatur terkait kepemilikan benda dengan pengaturan yang berbeda-beda dikarenakan UU Perbankan Syariah tidak mengatur hal tersebut;
42. Bahwa hal ini dapat dilihat bagaimana perolehan kepemilikan benda dalam transaksi jual-beli *murabahah* diatur. DSN-MUI melalui Fatwa Nomor 04/DSN-MUI/IV/2000 tentang *Murabahah* (**Bukti P-13**) menyatakan :  
*Jika bank hendak mewakili kepada nasabah untuk membeli barang dari pihak ketiga, akad jual beli murabahah harus dilakukan **setelah barang, secara prinsip, menjadi milik bank.***



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

43. Bahwa OJK melalui SEOJK 36/SEOJK.03/2015 Tentang Produk dan Aktivitas Bank Umum Syariah dan Unit Usaha Syariah (Lampiran IV) (**Bukti P-14**) juga memberikan aturan yang sama dengan Fatwa DSN-MUI Nomor 04/DSN-MUI/IV/2000 :

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

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

44. Bahwa kemudian OJK memberikan penafsiran terhadap “barang secara prinsip milik bank” sebagaimana dinyatakan dalam Buku Standart Produk Murabahah (**Bukti P-10**) :

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

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

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

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

*3.3.12. **Konsep kepemilikan Obyek Pembiayaan secara efektif yang dimaksud adalah saat kedua belah pihak memasuki dan menyetujui kontrak sah jual beli sekalipun tidak diharuskan adanya bukti legal administrasi kepemilikan oleh Bank (penguasaan fisik). Kepemilikan oleh Bank dianggap sah***

***hanya cukup dengan bukti transaksi antara Bank dan Pemasok (penguasaan konstruktif)."***

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

45. Bahwa MUI dalam Fatwa Nomor 04/DSN-MUI/IV/2000 tidak secara tegas menyatakan bentuk *qabdh hukmi* dalam transaksi *murabahah* seperti apa. DSN-MUI memberikan fatwa tentang *qabdh* dalam transaksi komoditi di bursa dengan **Fatwa No. : 82/DSN-MUI/VIII/2011 (Bukti P-15)**. DSN-MUI mengakui konsep *qabdh hukmi* sebagai bentuk penyerahan yang sah dalam transaksi komoditi di bursa. Dalam Fatwa tersebut dinyatakan **yang dimaksud dengan *qabdh hukmi* adalah penguasaan komoditi oleh pembeli secara dokumen kepemilikan** komoditi yang dibelinya baik dalam bentuk catatan elektronik maupun non-elektronik. Bahwa dari Fatwa ini, maka menurut MUI *qabdh hukmi* tersebut dibuktikan dengan adanya "dokumen kepemilikan";
46. Bahwa meskipun Fatwa Nomor 04/DSN-MUI/IV/2000 tidak menjelaskan secara detail tentang pengertian "barang secara prinsip milik bank", DSN-MUI memperjelas lagi melalui Fatwa DSN-MUI Nomor 110/DSN-MUI/IX/2017 tentang Jual Beli *jo*. Fatwa DSN-MUI Nomor 111/DSN-MUI/IX/2017 tentang Akad Jual Beli *Murabahah* (**Bukti P-16**), dalam kondisi apa bank mempunyai kewenangan untuk melakukan jual-beli dengan nasabah. Disebutkan dalam fatwa tersebut : "*penjual (al-bai)* harus memiliki kewenangan (*wilayah*) untuk melakukan akad jual beli, baik kewenangan yang bersifat ***ashliyah*** maupun kewenangan yang bersifat *niyabiyyah*" yang dimaksud dengan ***wilayah ashliyyah*** adalah kewenangan yang dimiliki oleh penjual karena yang bersangkutan ***berkedudukan sebagai pemilik***. Terkait objek jual-beli dalam fatwa tersebut dinyatakan : "*mutzman/mabi* boleh dalam bentuk barang dan/atau hak yang dimiliki penjual secara penuh (***milk al-tam***)". Dan disebutkan juga : *mutzman/mabi* harus wujud, jelas/pasti/tertentu, dan ***dapat***



***diserahterimakan (qudrat al-taslim) pada saat akad jual beli murabahah dilakukan. Dengan demikian menurut DSN-MUI yang dapat menjadi wilayah ashliyyah adalah seseorang yang memiliki hak kebendaan secara penuh (milk al-tam) sehingga benda tersebut dapat diserahterimakan secara bebas tanpa adanya halangan (qudrat al-taslim);***

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

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

Berbeda dengan pandangan OJK, **bentuk penyerahan oleh KHES yaitu berupa “izin penjual kepada pembeli di lokasi tanah”;**

48. Bahwa berdasarkan aturan-aturan diatas muncul pertanyaan dalam kondisi apa seseorang (penjual) dinyatakan memiliki hak milik penuh (*milk al-tam*)? Dengan adanya tiga lembaga yang mengatur secara berbeda, maka kemungkinan yang terjadi adalah :

1) Berdasarkan SEOJK No. 36/SEOJK.03/2015 *jo.* Buku Standart Produk Murabahah OJK

*Milk al-tam* dibuktikan dengan bukti transaksi pada saat terjadinya kesepakatan (bisa “kuitansi”);

2) Berdasarkan Fatwa DSN-MUI No. : 82/DSN-MUI/VIII/2011

*Milk al-tam* dibuktikan dengan bukti dokumen kepemilikan;

3) Berdasarkan KHES

*Milk al-tam* dibuktikan dengan bukti izin penjual kepada pembeli di lokasi tanah;

49. Bahwa kondisi di atas merupakan fakta bahwa terdapat permasalahan besar dalam sistem hukum yang mengatur perbankan syariah, **bagaimana mungkin terhadap objek yang sama diatur oleh tiga lembaga yang berbeda yang masing-masing memiliki pengaturan yang berbeda, padahal materi muatan yang diatur adalah terkait hak atas kebendaan yang seharusnya diatur dalam tingkat undang-undang?** Berdasarkan hal ini lah menurut Pemohon masih terdapat ketidakpastian hukum dalam transaksi di perbankan syariah, maka berdasarkan penalaran yang wajar

Pemohon mengurungkan niat untuk mengajukan pembiayaan ke bank syariah sampai ada kepastian dari Mahkamah Konstitusi;

**3.3. Pengujian Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA Terhadap Pasal 29 ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945, Pasal 28E ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945, Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, dan Pasal 28H ayat (2) UUD 1945**

50. Bahwa Al-Quran dan Hadist tidak mengatur secara detail mengenai metode penyerahan benda dalam transaksi (jual-beli), oleh karena itu dalam *majma' fiqh al-Islami* dan AAOIFI menyatakan bahwa bagaimana metode penyerahannya juga bergantung *'urf* di wilayahnya masing-masing, dengan demikian *'urf* atau sistem hukum yang berlaku di suatu negara juga menjadi sumber hukum untuk menentukan prinsip syariah;
51. Bahwa berdasarkan hal tersebut maka Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA mempunyai pengaruh penting dalam menentukan keabsahan transaksi terhadap objek tanah di perbankan syariah; -
52. Bahwa perlu diketahui **asas umum dalam hukum benda di Indonesia adalah asas tertutup, asas memaksa (*dwingend*), dan asas publikasi.** Asas ini juga berlaku di UUPA sehingga hak atas tanah hanya sebatas apa yang dinyatakan dalam UUPA, jika ada hak-hak lain kemudian maka harus ditetapkan dalam undang-undang (Pasal 16 UUPA). Selain itu, karena sifatnya memaksa maka peraturan dalam UUPA maupun aturan pelaksanaannya tidak dapat dikesampingkan hanya dengan perjanjian, termasuk persoalan peralihan hak atas tanah sesuai dengan asas publikasi, pendaftaran diharuskan guna menjamin kepastian hukum, dan dalam peralihan hak atas tanah berlaku asas "terang" dan "tunai" dalam artian peralihan hak atas tanah (secara khusus yang telah terdaftar/bersertifikat) harus dilakukan dihadapan pejabat yang berwenang/PPAT;
53. Bahwa berdasarkan asas tersebut, maka UUPA harus diterapkan dalam transaksi apapun terkait peralihan hak atas tanah termasuk dalam transaksi perbankan syariah. Berdasarkan hal tersebut maka **penafsiran terhadap pasal-pasal dalam UUPA sangat menentukan terhadap sah-nya transaksi di perbankan syariah;**
54. Bahwa terkait dasar pendaftaran tanah dinyatakan dalam Pasal 19 ayat (1) UUPA : *"Untuk menjamin kepastian hukum oleh Pemerintah diadakan*

*pendaftaran tanah diseluruh wilayah Republik Indonesia menurut ketentuan-ketentuan yang diatur dengan Peraturan Pemerintah". Pelaksanaan pendaftaran tanah ini kemudian diatur lebih lanjut dalam Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah (Lembaran Negara Nomor 59 Tahun 1997) (PP Pendaftaran Tanah) (**Bukti P-11**). Pendaftaran dilakukan terhadap tanah yang belum terdaftar (pendaftaran untuk pertama kali) dan dilakukan pemeliharaan data pendaftaran tanah, yaitu seperti setiap ada peralihan hak atau berubahnya subjek pemegang hak atas tanah maka harus didaftarkan;*

55. **Bahwa berdasarkan Pasal 23 ayat (1) UUPA, hak milik merupakan objek tanah yang harus didaftarkan**, sebagaimana disebutkan : *"Hak milik, demikian pula setiap peralihan, hapusnya dan pembebanannya dengan hak-hak lain harus didaftarkan menurut ketentuan-ketentuan yang dimaksud dalam pasal 19"*. Berdasarkan Pasal 23 ayat (2) UUPA disebutkan : *"Pendaftaran termaksud dalam ayat (1) merupakan alat pembuktian yang kuat mengenai hapusnya hak milik serta sahnya peralihan dan pembebanan hak tersebut;*

Pelaksanaan Pasal 23 UUPA ini kemudian diatur lebih lanjut dalam PP Pendaftaran Tanah. Umumnya transaksi yang dilakukan oleh Bank syariah adalah tanah dengan hak milik yang telah terdaftar (memiliki Sertipikat Hak Milik), karena bank syariah menginginkan kepastian hukum bahwa benar pemilik tanah tersebut adalah milik nasabah. Terkait peralihan tanah dengan Sertipikat Hak Milik disebutkan dalam Pasal 37 ayat (1) PP Pendaftaran Tanah :

*"Peralihan hak atas tanah dan hak milik atas satuan rumah susun melalui jual beli, tukar menukar, hibah, pemasukan dalam perusahaan dan perbuatan hukum pemindahan hak lainnya, kecuali pemindahan hak melalui lelang, **hanya dapat didaftarkan, jika dibuktikan dengan akta yang dibuat oleh PPAT yang berwenang** menurut ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku."*

56. **Bahwa Pasal 37 ayat (2) PP Pendaftaran Tanah memang membolehkan akta peralihan hak tidak dibuat oleh PPAT, dalam hal suatu daerah tersebut belum ada PPAT.** Untuk itu melalui Peraturan Pemerintah Nomor 37 Tahun 1998 tentang Peraturan Jabatan Pejabat Pembuat Akta Tanah, camat diberi kewenangan untuk menjadi PPAT Sementara untuk membuat Akta Peralihan hak atas tanah. Atas dasar itulah maka setiap peralihan hak milik atas tanah mau tidak mau harus didaftarkan dengan datang ke PPAT;



57. Bahwa dengan berlakunya Pasal tersebut, maka seseorang yang memiliki tanah berdasarkan Sertipikat Hak Milik jika hendak mengalihkan kepada orang lain dilakukan dengan cara pihak yang memberikan dengan pihak yang menerima peralihan membuat akta peralihan di PPAT (sesuai asas terang), lalu PPAT akan mendaftarkan Akta Peralihan tersebut kepada Kantor Pertanahan (BPN) untuk didaftar, setelah itu Pihak yang menerima peralihan hak milik akan mendapatkan Sertipikat Hak Milik yang telah didaftarkan atas namanya sebagai bukti kepemilikan dan sahnya peralihan hak milik tersebut. Setelah Penerima hak milik tersebut menerima Sertipikat Hak Milik disitulah ia dapat mengalihkan kembali kepada pihak yang dikehendakinya.
58. Bahwa praktik sah-nya peralihan hak milik di atas juga telah ditetapkan oleh Mahkamah Agung berdasarkan Putusan MA No. 312K/Pdt/2017 tanggal 24 Mei 2017 antara Una Bin Naedi (Penggugat) melawan PT Indocement Tunggal Prakarasa, Tbk. di mana, dalam putusan tersebut MA menyatakan :
- “Bahwa karena tidak dipenuhinya syarat sah-nya jual beli yang harus dilakukan di hadapan pejabat (unsur terang), lagipula bukti-bukti Penggugat (vide P1) tidak menyebut letak secara rinci apakah yang dijual tersebut adalah objek sengketa yang sekarang diperkarakan dan Letter C Desa bukanlah bukti kepemilikan, demikian juga bukti kuitansi tidak membuktikan jual-beli atas objek sengketa”*
59. Bahwa metode penafsiran tersebut juga telah diperkuat dalam Putusan MK No. 78/PUU-XVI/2018 yang menyatakan :
- “Rumusan Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA menurut Mahkamah, sudah sangat jelas dan tidak bersifat multitafsir sebagaimana yang didalilkan Pemohon.*
- ...
- Jika dikaitkan dengan ketentuan pasal a quo dengan penjelasan di atas, intinya pasal a quo bertujuan untuk memberikan dasar kepastian hukum dalam pendaftaran tanah. Rumusan Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA menegaskan bahwa setiap peralihan, hapusnya, dan pembebanan hak atas tanah harus didaftarkan, dan pendaftaran dimaksud menjadi alat pembuktian hapusnya dan sahnya peralihan dan pembebanan tersebut. Sebagai benda yang kepemilikannya dapat beralih dan terhadapnya dapat dibebankan berbagai hak dan kewajiban, maka pendaftaran menjadi sangat penting untuk dapat memberikan kepastian hukum kepada semua*

*pihak yang terkait dengan kepemilikan hak atas sebidang tanah. Selain itu, pendaftaran juga penting sebagai bentuk jaminan perlindungan hukum kepada pemegang hak atas sebidang tanah atau hak-hak lain yang terdaftar agar dapat dengan mudah membuktikan pihak yang sesungguhnya sebagai pemegang hak. Pendaftaran tanah juga penting untuk memberikan informasi kepada pihak-pihak terkait dan berkepentingan atas sebidang tanah termasuk pemerintah dalam upaya tertib administrasi pertanahan. Menurut Mahkamah, norma a quo justru merupakan salah satu norma pokok yang menjadi jantung UUPA karena berkaitan dengan pasal-pasal lainnya, terutama pasal 19 UUPA mengenai prinsip pokok dalam pendaftaran tanah. Oleh karenanya jika dihilangkan justru akan muncul permasalahan mendasar terkait dengan legalitas dan peralihan hak, penghapusan hak, dan pembebanan hak atas tanah, yang pengaturan demikian menjadi sangat penting sebagai bagian dari jaminan kepastian dan perlindungan hukum atas hak hak milik pribadi sebagaimana diamanatkan Pasal 28H ayat (4) UUD 1945.'*

60. Bahwa dari dasar hukum tersebut, Pemohon menjadi bingung bagaimana Pemohon dapat mendapatkan layanan perbankan syariah yang mudah, aman, dan memiliki kepastian hukum? Apakah Pemohon dapat berpegang kepada produk hukum Fatwa MUI, PERMA, dan Kebijakan OJK yang *notabene* nya adalah produk di bawah undang-undang, sedangkan UUPA adalah undang-undang yang telah diberikan penafsiran melalui putusan MA dan Putusan MK?
61. Bahwa menurut Pemohon oleh karena penafsiran Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA berpengaruh terhadap sah-nya transaksi di perbankan syariah, maka jika ditafsirkan secara tertentu dapat menimbulkan permasalahan konstitusional yaitu menghambat akses Pemohon untuk mendapatkan layanan perbankan syariah yang mudah, aman, dan memiliki kepastian hukum;
62. Bahwa **penafsiran yang dapat merugikan hak konstitusional Pemohon adalah jika bunyi Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA ditafsirkan secara *letterlijk* atau gramatikal.** Penafsiran secara *letterlijk* atau gramatikal yaitu penafsiran secara harfiah dari arti katanya dan susunan gramatikalnya. Rumusan Pasal 23 UUPA adalah :
- ayat (1) : *Hak milik, demikian pula setiap peralihan, hapusnya dan pembebanannya dengan hak-hak lain harus didaftarkan menurut ketentuan-ketentuan yang dimaksud dalam pasal 19.*

Ayat (2) : Pendaftaran termaksud dalam ayat (1) merupakan **alat pembuktian yang kuat** mengenai hapusnya hak milik serta **sahnya peralihan** dan pembebanan hak tersebut.

Poin penting dari pasal 23 ayat (1) UUPA adalah frase “harus didaftarkan”, untuk itu perlu dicari apa arti “harus” yang dimaksud dalam Pasal ini. Jika dilihat pada Penjelasan UUPA dinyatakan “Sesuai dengan tujuannya yaitu akan memberikan kepastian hukum maka pendaftaran itu **diwajibkan bagi para pemegang hak yang bersangkutan.**” Bahwa dengan demikian arti kata “harus” sama dengan “wajib” dilakukan oleh Pemegang Hak. Kata “wajib” bagi pemegang hak ini juga dinyatakan dalam aturan pelaksanaannya dalam hal terjadinya peralihan hak atas tanah yaitu Pasal 36 ayat (2) PP Pendaftaran tanah yang menyatakan : “**Pemegang hak yang bersangkutan wajib mendaftarkan perubahan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) kepada Kepala Kantor Pertanahan.**”

63. Bahwa kata “wajib” menurut KBBI mempunyai arti “*harus dilakukan, tidak boleh tidak dilaksanakan*”, dengan demikian jika diartikan secara *letterlijk* terkait peralihan hak milik menurut Pasal 23 ayat (1) UUPA adalah : “*Tiap peralihan hak milik dalam kondisi apapun harus didaftarkan tidak bisa tidak*”;
64. Bahwa Pasal 23 ayat (2) UUPA mempunyai kaitan dengan Pasal 23 ayat (1) UUPA karena berada dalam satu Pasal. Karena berada dalam satu pasal, maka ayat (1) menjadi sebab adanya ayat (2), tidak ada ayat (2) tanpa adanya ayat (1). Berdasarkan hal tersebut maka dalam menggali arti dari Pasal 23 ayat (2) UUPA harus menggunakan pengertian dari ayat (1) nya sebagai metode penarikan kesimpulan;
65. Bahwa untuk dapat menarik kesimpulan terhadap arti Pasal 23 ayat (2) UUPA atas peralihan hak milik, perlu menggunakan kaidah umum yang menjadi dasar. Pasal 584 KUHPerdara dapat menjadi kaidah umum yang diterapkan karena mengatur cara memperoleh hak milik terhadap benda secara umum, demikian pula dapat berlaku pada tanah. Pasal 584 KUHPerdara menyatakan :
- “Hak milik atas suatu kebendaan tak dapat diperoleh dengan cara lain, melainkan dengan **pemilikan, karena pelekatan, karena daluarsa, karena pewarisan, baik menurut undang-undang, maupun menurut surat wasiat, dan karena penunjukan atau penyerahan** berdasar atas suatu peristiwa perdata untuk memindahkan hak milik, dilakukan oleh seseorang yang berhak berbuat bebas terhadap kebendaan itu.”*

Secara singkat dapat diartikan bahwa : “hak milik hanya dapat diperoleh berdasarkan pemilikan, pelekatan, daluarsa, pewarisan, penunjukan/penyerahan atau sebutan lain peralihan”;

66. Bahwa berdasarkan kaidah diatas, maka penafsiran yang dapat ditarik adalah sebagai berikut :

- Premis 1** : *hak milik hanya dapat diperoleh berdasarkan pemilikan, pelekatan, daluarsa, pewarisan, peralihan*
- Premis 2** : *Tiap peralihan hak milik dalam kondisi apapun harus didaftarkan tidak bisa tidak*
- Kesimpulan 1** : ***Untuk memperoleh hak milik melalui peralihan harus didaftarkan tidak bisa tidak*** (Premis 3)
- Premis 4** : *Pendaftaran merupakan alat bukti yang kuat mengenai sahnya peralihan*
- Kesimpulan 2** : ***Pendaftaran harus dilakukan tidak bisa tidak untuk membuktikan sah-nya peralihan hak milik.***

67. Bahwa dari penafsiran di atas, seseorang yang telah memiliki hak milik atas tanah (bersertipikat) jika hendak melakukan peralihan hak milik atas tanahnya atau pihak yang hendak menerima peralihan hak milik atas tanah tersebut wajib mengikuti ketentuan pendaftaran sebagaimana diatur dalam Pasal 19 UUPA jo. Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA jo. PP Pendaftaran Tanah. Penafsiran demikian juga telah dilakukan oleh Mahkamah Agung berdasarkan Putusan MA No. 312K/Pdt/2017 tanggal 24 Mei 2017 kemudian diperkuat oleh Putusan MK No. 78/PUU-XVI/2018;

68. Bahwa jika Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA ditafsirkan secara demikian, maka ***milk al-tam*** yang dimaksud Fatwa DSN-MUI adalah “**kepemilikan penuh yang menjadikan pihak pembeli mempunyai kebebasan untuk mengalihkan kembali tanah yang dibeli (*qudrat al-taslim*) yang dibuktikan dengan sertipikat kepemilikan, sehingga pembeli mempunyai kedudukan sebagai *wilayah ashliyyah*.” Berdasarkan hal tersebut, maka bagaimana kedudukan SEOJK No. 36/SEOJK.03/2015 jo. Buku Standart Produk *Murabahah* OJK yang menyatakan bahwa “bukti kepemilikan cukup dengan bukti transaksi tanpa diharuskan adanya bukti legal administrasi”, serta PERMA KHES yang menyatakan “izin penjual kepada pembeli untuk**

menyerahkan di lokasi” cukup sebagai bukti penyerahan? Apakah produk OJK dan KHES tersebut bertentangan dengan UUPA jo PP Pendaftaran Tanah yang berada di atasnya? **SEOJK No. 36/SEOJK.03/2015 jo. Buku Standart Produk Murabahah OJK dan KHES tidak dapat menjadi *lex specialis* dari UUPA dan PP Pendaftaran tanah karena kedudukannya berada di bawah UUPA dan PP Pendaftaran tanah.** Hal ini sebagaimana dikatakan Bagir Manan dalam bukunya yang berjudul *Hukum Positif Indonesia*, menyatakan ketentuan-ketentuan *lex specialis* harus sederajat dengan ketentuan-ketentuan *lex generalis*;

69. Bahwa padahal yang terjadi dalam praktik, karena OJK adalah regulator dan pengawas perbankan syariah, maka pendapatnya menjadi rujukan standart praktik perbankan syariah di Indonesia, sehingga bukti kuitansi pembelian bank dianggap sebagai bukti sah kepemilikan bank. Jika demikian maka praktik yang terjadi selama ini adalah salah, atau bahkan dapat dikatakan bertentangan dengan prinsip syariah. Hal ini tentu merupakan masalah besar dan sangat mencederai hak konstitusional Pemohon terkait hak atas kebebasan beragama dan berkeyakinan;
70. Bahwa lahirnya bank syariah di Indonesia merupakan manifestasi keyakinan kolektif beragama yang dipositifkan oleh negara, sehingga pelaksanaan terhadap implementasi perbankan syariah berkaitan erat dengan keyakinan individual warga negaranya, terlebih melalui UU Perbankan Syariah ditegaskan bahwa **Bank Syariah merupakan bank berdasarkan Prinsip Syariah**;
71. Bahwa negara telah melembagakan perbankan syariah berdasarkan UU Perbankan syariah, karena itu negara bertanggung jawab untuk menjamin pelaksanaannya telah sesuai dengan ketentuan yang berlaku baik prinsip syariah maupun peraturan perundang-undangan, karena secara prinsip, dengan lahirnya UU Perbankan syariah, masyarakat telah memberikan kepercayaan kepada negara atas keyakinan agama-nya. Berdasarkan hal tersebut tentu kebijakan yang dibuat negara berpengaruh terhadap keyakinan agama seseorang;
72. Bahwa terlebih dalam Pasal 29 ayat (1) UUD 1945 ditegaskan : “*Negara berdasar atas Ketuhanan yang maha esa.*”, dengan demikian jelas bahwa negara bertanggung jawab jika kebijakan yang dibuatnya menyimpang dari



prinsip ketuhanan yang maha esa yang menyebabkan menghilangnya atau berkurangnya keyakinan seseorang terhadap agamanya;

73. Bahwa bagi umat Islam, secara khusus Pemohon, memilih layanan perbankan syariah dibandingkan perbankan konvensional merupakan manifestasi keyakinan agamanya. Ini menjadi sangat prinsip karena ini merupakan pilihan “halal” dan “haram” yang dipertanggungjawabkan baik secara dunia maupun akhirat. Dan hal ini telah dijamin oleh konstitusi dalam :

*Pasal 28E ayat (1) UUD 1945*

*Setiap orang **berhak memeluk agama dan beribadat menurut agamanya**, memilih pendidikan dan pengajaran, memilih pekerjaan, memilih kewarganegaraan, memilih tempat tinggal di wilayah negara dan meninggalkannya, serta berhak kembali.*

*Pasal 28E ayat (2) UUD 1945*

*Setiap orang berhak atas kebebasan meyakini kepercayaan, menyatakan pikiran dan sikap, sesuai dengan hati nuraninya.*

*Pasal 29 ayat (2) UUD 1945*

*Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu.*

74. Bahwa makna “**beribadat**” dalam Pasal 28E ayat (1) UUD 1945 dan Pasal 29 ayat (2) UUD 1945, dalam agama Islam bukan berarti “ibadat” ritual hubungan individu manusia dengan penciptanya semata, melainkan “ibadat” dalam artian luas mencakup hubungan manusia dengan sesama manusia (*hablumminannas*). Dalam hukum Islam aturan hubungan antar sesama manusia ini diatur dalam suatu hukum *muamalah*. Bank syariah merupakan wujud prinsip *muamalah* bagi umat Islam, karena itu **hak terhadap akses untuk memilih antara bank syariah dengan bank konvensional merupakan wujud perlindungan kebebasan beribadat di Indonesia;**

75. Bahwa jika negara menegaskan bahwa “*bank syariah adalah bank berdasarkan prinsip syariah*”, namun negara memberikan kebijakan atau tidak membuat kebijakan yang memadai (*adequate*) untuk menjamin kesyariahan bank syariah, hingga masyarakat berkurang keyakinannya terhadap bank syariah, yang menyebabkan akses masyarakat terhadap bank syariah menjadi terhalangi, maka negara telah melanggar hak atas kebebasan beribadat menurut agama yang diyakini oleh warga negaranya;

76. Bahwa jika negara terus-menerus berdiam diri dengan tidak membuat kebijakan yang memadai (*adequate*) hingga masyarakat terdegradasi keyakinannya dengan menyatakan “*bank syariah sama saja dengan bank konvensional*”, sehingga masyarakat karena kebutuhannya terpaksa memilih bank konvensional yang secara prinsip berdasarkan keyakinannya adalah haram, maka negara dapat dikategorikan telah melakukan pemaksaan terselubung (*indirect coercion*) agar umat Islam tersesat dalam keyakinannya melalui pelebagaan bank syariah;
77. Bahwa dalam menjamin hak atas kebebasan beragama, tidak boleh ada paksaan yang menyebabkan terganggu kebebasannya untuk menganut atau menetapkan agama atau kepercayaannya sesuai dengan pilihannya. Hal ini dijamin dalam *International Covenant on Civil and Political Rights* yang telah diratifikasi melalui Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2005 (ICCPR) (**Bukti P-17**), sebagaimana disebutkan dalam Pasal 18 (2) ICCPR :
- “*No one shall be subject to **coercion** which would impair his freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice.*”
- Arti : “*Tidak seorang pun dapat **dipaksa** sehingga terganggu kebebasannya untuk menganut atau menetapkan agama atau kepercayaannya sesuai dengan pilihannya.*”
78. Bahwa paksaan terhadap kebebasan beragama dapat berupa pemaksaan secara langsung (*direct coercion*) dan pemaksaan terselubung/tidak langsung (*indirect coercion*). *Direct coercion* dapat dilihat secara langsung seperti dengan ancaman fisik secara langsung agar seseorang beralih agamanya. *Indirect coercion* tidak dapat dilihat secara langsung, karena bersifat terselubung, namun memiliki dampak bahwa seseorang menjadi terpaksa untuk beralih/merubah keyakinannya;
79. Bahwa *Human Rights Committee* telah memberikan komentar umum terhadap Pasal 18 (2) ICCPR (**Bukti P-18**) yang menyatakan :
- “*Article 18 (2) **bars coercions** that would impair the right to have or adopt a religion or belief, including the use of threat of physical force or penal sanctions to compel believers or non-believers to adhere to their religious beliefs and congregations, to recant their religion or belief or to convert. **Policies or practices having the same intention or effect, such as for example those restricting access to education, medical care, employment or the rights guaranteed** by article 25 and other provisions of the Covenant are similarly inconsistent with article 18 (2). The same protection is enjoyed by holders of all beliefs of a non-religious nature.*”

(Terjemahan Komnas HAM : agama atau kepercayaan, termasuk penggunaan ancaman kekerasan fisik atau sanksi hukum guna memaksa orang-orang yang percaya atau tidak percaya untuk menaati kepercayaan dan penganut agama mereka, untuk menolak agama atau kepercayaan mereka, atau untuk mengganti agama atau kepercayaan mereka. **Kebijakan-kebijakan atau praktik-praktik yang memiliki tujuan atau dampak yang sama, seperti misalnya, kebijakan atau praktik yang membatasi akses terhadap pendidikan, pelayanan kesehatan, pekerjaan, atau hak-hak yang dijamin** oleh pasal 25 dan ketentuan-ketentuan lain dalam Kovenan, juga tidak sesuai dengan pasal 18.2. Perlindungan yang sama diberikan pada penganut semua kepercayaan yang bersifat nonagama.)

Dari komentar tersebut dapat dikatakan bahwa kebijakan atau praktik tertentu yang menghalangi warga negara untuk mengakses hak yang dijamin dapat dikategorikan sebagai pemaksaan ("*indirect coercion*"). Bahwa berdasarkan komentar umum di atas, maka terdapat unsur-unsur *indirect coercion* yang dapat ditarik, yaitu :

- 1) Adanya kebijakan atau praktik tertentu,
- 2) Adanya tujuan atau dampak yang sama,
- 3) Kebijakan tersebut membatasi akses terhadap hak yang dijamin.

80. Bahwa bagaimana **Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA dapat menjadikan negara melakukan *indirect coercion* tergantung dari penafsiran Pasal tersebut. Penafsiran secara *letterlijk* atau gramatikal yang dapat menjadikan negara melakukan *indirect coercion* terhadap warga negara atas keyakinan agama Islam.** Hal ini karena penafsiran *letterlijk* atau gramatikal Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA dapat menyebabkan 2 (dua) kondisi yaitu :

- 1) Penafsiran *letterlijk* atau gramatikal Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA dapat men-*delegitimasi* praktik perbankan syariah yang selama ini terjadi;
- 2) Penafsiran *letterlijk* atau gramatikal Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA menghambat akses masyarakat terhadap layanan perbankan syariah;

### 3.3.1 Penafsiran *Letterlijk* Atau Gramatikal Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA Dapat Men-*Delegitimasi* Praktik Perbankan Syariah Yang Selama Ini Terjadi

81. Bahwa OJK merupakan regulator sekaligus pengawas perbankan syariah. Di samping itu sesuai Pasal 26 UU Perbankan Syariah, bank syariah wajib tunduk kepada prinsip syariah yang difatwakan oleh MUI. Berdasarkan hal

tersebut maka OJK dan MUI menjadi referensi bagi praktik pelaksanaan perbankan syariah yang terjadi selama ini. Menurut Fatwa DSN-MUI bank untuk mempunyai kewenangan menjual benda (*wilayah ashliyyah*) wajib memiliki hak kepemilikan benda tersebut secara penuh (*milk al-tam*). OJK menafsirkan dengan *qabdh hukmi* kepemilikan benda oleh bank cukup dibuktikan dengan adanya bukti saat terjadinya “keepakatan”. Dalam praktik umum yang selama ini terjadi di perbankan syariah “kuitansi” pembelian dianggap menjadi dasar kepemilikan bank yang sah;

82. Bahwa MA melalui KHES memberikan pandangan penyerahan hak atas tanah cukup dibuktikan dengan “izin penjual kepada pembeli untuk menyerahkan tanah di lokasi tanah berada”. Namun, di lain kasus, MA telah menyatakan melalui Putusannya jual-beli hak atas tanah yang sah hanya dapat dilakukan dihadapan pejabat (asas terang) dan “kuitansi” tidak dapat menjadi bukti kepemilikan atas tanah;
83. Bahwa jika Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA ditafsirkan secara *letterlijk* atau gramatikal yang dikuatkan oleh Putusan MA dan Putusan MK, maka sesuai asas *lex superior derogat legi inferior* penafsiran OJK dan KHES dapat dikesampingkan karena bertentangan dengan peraturan yang di atasnya. Jika demikian maka *milk al tam* yang dimaksud MUI dapat dikatakan adalah hak kepemilikan yang sempurna berdasarkan peralihan yang sah menurut UUPA. Dengan demikian praktik yang selama ini terjadi adalah salah atau bahkan bertentangan dengan prinsip syariah. Hal ini tentu akan men-*delegitimasi* praktik perbankan syariah yang selama ini terjadi;
84. Bahwa perlu dipertimbangkan oleh Mahkamah Konstitusi, dalam hal penafsiran *letterlijk* atau gramatikal ini dapat diterapkan terhadap transaksi perbankan syariah, maka berapa banyak transaksi yang batal demi hukum yang telah menjadi praktik selama ini? Jika banyak nasabah yang mengajukan pembatalan akad karena ini berapa banyak kerugian bagi perbankan syariah? Selain itu hal ini tentu akan meningkatkan stigma bahwa “bank syariah tidak sesuai prinsip syariah”, “bank syariah sama saja seperti bank konvensional”, dan tentu akan menciptakan *rush* banyak nasabah menarik uangnya dari bank syariah yang tentunya akan sangat berdampak sistemik terhadap sistem keuangan di Indonesia, maka dari itu Mahkamah Konstitusi perlu pertimbangan yang bijak dalam memutuskan;



### 3.3.2 Penafsiran *Letterlijk* Atau Gramatikal Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA Dapat Menghambat Akses Masyarakat Terhadap Layanan Perbankan Syariah

85. Bahwa transaksi di perbankan syariah mensyaratkan adanya *underlying asset* dalam setiap transaksinya. Dalam transaksi *murabahah* terdapat dua kali jual-beli yaitu antara pemasok dengan bank dan antara bank dengan nasabah. Jika Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA ditafsirkan secara *letterlijk*, maka akan terdapat dua kali pembuatan Akta Jual Beli (AJB) oleh PPAT dan dua kali balik nama. Hal ini menyebabkan proses yang lama dan biaya yang tinggi yang pada akhirnya masyarakat enggan ke bank syariah;
86. Bahwa contoh yang lebih kompleks adalah dalam hal di tengah pembiayaan *murabahah*, nasabah hendak melakukan *refinancing* berdasarkan akad *bai' wal-istikjar*. Hal ini telah diperbolehkan dalam Fatwa DSN-MUI No. : 89/DSN-MUI/XII/2013 tentang Pembiayaan Ulang (*Refinancing*) Syariah yang menyatakan :
- “1. Calon Nasabah yang memiliki barang (*'urudh*) mengajukan pembiayaan kepada Lembaga Keuangan Syariah dalam rangka pembiayaan ulang (*refinancing*);
  2. Lembaga Keuangan Syariah membeli barang (*'urudh*) milik nasabah dengan akad *bai'*;
  3. Nasabah menyelesaikan kewajiban dan/atau utang atas pembiayaan sebelumnya jika ada;
  4. Lembaga Keuangan Syariah dan Nasabah melakukan akad *Ijarah Muntahiiyyah bit tamlik*; dan
  5. Pengalihan kepemilikan obyek sewa (*ma 'jur*) kepada nasabah hanya boleh dilakukan dengan akad *hibah*, pada waktu akad *ijarah* berakhir;”
87. Bahwa jika skema *refinancing* ini dilakukan terhadap aset yang dibiayai berdasarkan akad *murabahah*, maka pihak bank akan membeli aset yang dibiayai sebelumnya sehingga nasabah memiliki dana dan kepemilikan aset beralih kepada bank. Dari dana tersebut nasabah menyelesaikan kewajiban terhadap pembiayaan sebelumnya. Karena aset saat ini sudah menjadi milik bank, maka bank dapat menyewakan kembali aset tersebut kepada nasabah berdasarkan akad *ijarah*/sewa dengan janji pada akhir masa sewa aset tersebut akan dihibahkan kepada nasabah. Skema ini sering dikenal dengan istilah *sale and leaseback*. Berdasarkan skema tersebut akan tercipta hubungan hukum sebagai berikut :

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

88. Bahwa jika Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA ditafsirkan secara *letterlijk*, maka dalam skema tersebut peralihan hak milik atas tanah akan terjadi :

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

Berapa biaya yang diperlukan untuk proses seluruhnya? Akan terdapat empat kali biaya pembuatan akta oleh PPAT, empat kali pajak/bea peralihan hak, serta biaya-biaya lainnya. Dan berapa lama proses yang diperlukan? Dengan kondisi tersebut tentu masyarakat akan enggan untuk menggunakan layanan perbankan syariah karena proses yang lama dan mahal;

89. Bahwa jika hal tersebut terjadi, maka negara telah “menciptakan” suatu keadaan di mana “*perbankan syariah tidak lebih baik (mudah dan aman) daripada perbankan konvensional*”, hingga dapat menimbulkan persepsi “*daripada ke bank syariah ribet mending ke bank konvensional*”. Berdasarkan hal tersebut maka dapat dikatakan penafsiran *letterlijk* Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA dapat menghambat akses masyarakat terhadap layanan perbankan syariah;

90. Bahwa dilihat dari dampaknya akibat penafsiran *letterlijk* atau gramatikal Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA, maka berdasarkan pada unsur-unsur *indirect coercion* dalam *general comment human rights committee*, dapat dikatakan bahwa negara telah melakukan *indirect coercion* agar keyakinan umat Islam beralih kepada bank konvensional. Hal ini dapat dilihat dari :

**1) Adanya kebijakan.**

Kebijakan untuk tidak mengeluarkan kebijakan adalah kebijakan, sehingga negara berdiam diri tidak mengeluarkan kebijakan yang memadai (*adequate*) untuk memberikan akses layanan perbankan syariah

yang mudah, aman, dan memiliki landasan hukum yang kuat dan sesuai syariah dapat kategorikan sebagai kebijakan.

**2) Adanya dampak yang sama.**

Adanya tujuan/dampak yang sama terlihat dari adanya praktik yang seragam di bank syariah yang didasari pada SEOJK No. 36/SEOJK.03/2015 *jo.* Buku Standart Produk Murabahah OJK yang berbeda dengan UUPA *jo.* PP Pendaftaran Tanah berbeda, sehingga berdampak pada kebingungan masyarakat tentang kesyariahan bank syariah (**Bukti P-9, Bukti P-20, Bukti P-21, Bukti P-22**).

**3) Kebijakan tersebut membatasi akses terhadap hak yang dijamin.**

Kondisi di atas membatasi akses terhadap hak warga negara untuk mendapatkan layanan perbankan syariah yang mudah dan aman serta sesuai dengan keyakinan agamanya (prinsip syariah), yang jika didiamkan akan berpotensi beralihnya umat Islam dari bank syariah ke bank konvensional.

91. Bahwa tidak ada kebijakan yang memadai adalah walaupun negara telah mengeluarkan kebijakan, namun kebijakan tersebut belum dapat menyelesaikan permasalahan yang terjadi. Dalam konteks ini bukan berarti negara benar-benar berdiam diri dengan tidak membuat kebijakan. Negara telah berusaha membuat kebijakan untuk mengatasi masalah ini melalui MUI, OJK, dan MA, namun nyatanya tiga lembaga yang membuat kebijakan tersebut malah membuat ketidakpastian hukum sendiri. Selain itu, kebijakan tersebut belum cukup memadai untuk mengatasi permasalahan, karena hak-hak kebendaan beserta peralihannya hanya dapat diatur pada tingkat undang-undang sesuai dengan asas tertutup hukum benda;
92. Bahwa kebijakan yang memadai adalah jika pembentuk UU melakukan perubahan terhadap UU Perbankan Syariah yang mengatur lebih lanjut tentang hak kebendaan dalam transaksi perbankan syariah. Dengan demikian perubahan UU Perbankan Syariah tersebut dapat menjadi *lex specialis* dari UUPA. Namun, jika harus menunggu *political will* dari Pembentuk UU, sampai kapan Pemohon harus menunggu kepastian hukum atas keabsahan transaksi di perbankan syariah?
93. Bahwa tidak adanya kehendak Pemerintah sampai dengan saat ini untuk merevisi UU Perbankan Syariah menyebabkan Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA dapat bertentangan dengan Pasal 29 ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945 dan Pasal 28 ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945 yaitu menjadikan negara

melakukan *indirect coercion* yang menyebabkan umat Islam tersesat/ragu dalam keyakinannya atas perbankan syariah;

94. Bahwa selain kerugian konstitusional terhadap Pasal 29 ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945 dan Pasal 28E ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945 yang telah dijelaskan di atas, penafsiran Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA secara *letterlijk* atau gramatikal juga dapat merugikan hak konstitusional Pemohon atas kepastian hukum yang sama berdasarkan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, serta hak Pemohon untuk memperoleh kemudahan, kesempatan, dan manfaat yang sama berdasarkan Pasal 28H ayat (2) UUD 1945;
95. Bahwa hal tersebut dikarenakan adanya perbedaan perlakuan terhadap konsep kepemilikan benda atas Barang Milik Negara sebagaimana dalam UU SBSN dengan konsep kepemilikan benda atas Barang Milik Pribadi Warga Negara. UU SBSN menerapkan konsep *trust* terlihat pada Pasal 1 angka 16 dan Pasal 11 ayat (1) UU SBSN yang menyatakan :
- Pasal 1 angka 16 :
- Hak Manfaat adalah hak untuk memiliki dan mendapatkan hak penuh atas pemanfaatan suatu aset **tanpa perlu dilakukan pendaftaran** atas kepemilikan dan hak tersebut.*
- Pasal 11 ayat (1) :
- Penggunaan Barang Milik Negara sebagai Aset SBSN sebagaimana dimaksud dalam Pasal 10 ayat (2) dilakukan Menteri dengan cara **menjual atau menyewakan Hak Manfaat atas Barang Milik Negara** atau cara lain yang sesuai dengan Akad yang digunakan dalam rangka penerbitan SBSN.*
96. Bahwa konsepsi kepemilikan dalam UU SBSN adalah mengadopsi sistem *common law* yang didasarkan pada prinsip *equity*. Prinsip *equity* adalah akumulasi prinsip – prinsip keadilan yang diputuskan hakim *Court Of Chancery* di Inggris yang membuka kekakuan dari sistem *common law*. Dari prinsip *equity* lahir lembaga *trust* yaitu suatu konsep *dual ownership* di mana dalam suatu hak milik dimungkinkan terdapat dua kepemilikan yaitu *legal title/legal ownership* dan *equitable title/beneficial ownership*. UU SBSN mengadopsi konsep kepemilikan tersebut, sehingga dalam konsep kepemilikan Barang Milik Negara terdapat unsur *legal title* dan Hak Manfaat (*Beneficial ownership/equitable title*). Konsep tersebut mendobrak kekakuan dari konsep *civil law* yang hanya mengakui kepemilikan yang sah satu-satunya adalah kepemilikan yang terdaftar (*legal title*). Berdasarkan hal



tersebut, maka UU SBSN sangat akomodatif terhadap produk-produk syariah yang mempunyai karakteristik khusus, sehingga dapat dikatakan *sukuk* negara (SBSN) saat ini telah memiliki kepastian hukum yang jelas. Hal ini juga telah diperkuat dengan adanya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 143/PUU-VII/2009 yang menyatakan bahwa Pasal 11 UU SBSN adalah konstitusional;

97. Bahwa jika dilihat pada Pasal 11 UU SBSN beserta penjelasannya yang menyatakan :

*Pemindahtanganan Barang Milik Negara bersifat khusus dan berbeda dengan pemindahtanganan Barang Milik Negara sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara. Sifat pemindahtanganan dimaksud, antara lain: (i) penjualan dan/atau penyewaan dilakukan hanya atas Hak Manfaat Barang Milik Negara; (ii) tidak terjadi pemindahan hak kepemilikan (legal title) Barang Milik Negara; dan (iii) tidak dilakukan pengalihan fisik Barang Milik Negara sehingga tidak mengganggu penyelenggaraan tugas Pemerintahan.*

*Penjualan dan penyewaan Hak Manfaat Barang Milik Negara dilakukan dalam struktur SBSN Ijarah. Cara lain yang sesuai dengan Akad yang digunakan dalam rangka penerbitan SBSN antara lain, penggunaan Barang Milik Negara sebagai bagian penyertaan dalam rangka kerja sama usaha dalam struktur SBSN Musyarakah (partnership).*

Berdasarkan penjelasan Pasal 11 UU SBSN tersebut, maka dapat dikatakan bahwa UU SBSN adalah *lex specialis* dari UU Perbendaharaan Negara, karena dalam UU Perbendaharaan Negara, Barang Milik Negara dilarang dialihkan/dijadikan jaminan dalam hal objek barang tersebut sedang dikerjasamakan. Namun, kenapa UU SBSN mengakomodir *beneficial ownership* dalam Barang Milik Negara tetapi UU Perbankan Syariah tidak mengakomodir *beneficial ownership* dalam Barang Milik Pribadi warga negara (Hak Milik)? UU Perbankan Syariah dan UU SBSN diundangkan pada tahun yang sama, seharusnya politik hukum yang digunakan sama, namun seolah-olah terdapat perbedaan perlakuan atas Barang Milik Negara dengan Barang Milik Pribadi Warga Negara. OJK memahami hal tersebut, sehingga mengeluarkan kebijakan yang serupa dengan mengakomodir konsep *qabdh hukmi* dilakukan tanpa perlu proses pendaftaran. Namun, OJK tidak dalam kapasitasnya untuk mengesampingkan UUPA, sehingga kebijakan tersebut belum memadai (*adequate*) untuk memberikan kepastian hukum terhadap peralihan hak milik atas tanah (individu) dalam transaksi di perbankan syariah. Terlebih adanya Putusan MK No.78/PUU-XVI/2018 yang memperkuat

penafsiran bahwa Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA adalah konstitusional dan memiliki penafsiran yang sangat jelas yaitu pendaftaran adalah keharusan dalam rangka memberikan kepastian hukum dan praktiknya diperkuat oleh Putusan MA No. 312K/Pdt/2017, sehingga apa yang dapat menjadi dasar hukum bagi Pemohon untuk mendapatkan perlakuan yang sama atas transaksi di perbankan syariah seperti yang dilakukan oleh negara (dalam SBSN)?

98. Bahwa UU Perbankan Syariah dan UU SBSN diatur dalam undang-undang secara sendiri-sendiri, dengan demikian bahwa antara keduanya berbeda secara *sui generis*. Hal ini menyebabkan lingkup keberlakuan penafsirannya adalah terbatas secara *sui generis* dalam ruang lingkup pengaturannya masing-masing. Jika Hak Manfaat hendak diterapkan juga dalam UU Perbankan Syariah, maka diperlukan penafsiran dengan metode konstruksi hukum secara analogis. Metode konstruksi hukum secara analogis dilakukan dengan cara memperluas ekstensi dari SBSN itu sendiri yang memiliki kesamaan ciri dengan perbankan syariah. Baik SBSN dan perbankan syariah memiliki kesamaan ciri yaitu sama-sama didasarkan kepada prinsip syariah, sehingga memiliki *genus* yang sama yaitu ekonomi syariah. Dari *genus* yang sama, maka secara analogis Hak Manfaat dapat diterapkan juga di perbankan syariah. Metode penafsiran konstruksi hukum secara analogis secara sederhana tersebut memang terlihat dapat dilakukan, namun sesungguhnya konsep "Hak Manfaat" sebagai turunan dari *trust* memiliki kompleksitas sendiri yang tidak serta-merta dapat diterapkan begitu saja;
99. Bahwa lahirnya konsep *trust* di Inggris memiliki perbedaan karakteristik dengan lahirnya konsep *trust* di Indonesia yang memiliki kecenderungan tradisi hukum Eropa Kontinental/*Civil law*. Sistem *civil law* adalah sistem hukum yang mengutamakan pendekatan undang-undang (*legisme*). Berdasarkan hal tersebut asas yang utama dalam hukum benda *civil law* adalah asas tertutup yaitu hak kebendaan hanya dapat ditetapkan dalam undang-undang. Asas tertutup hukum benda memiliki kesamaan dengan asas *legisme* dalam hukum pidana. Hal ini dikarenakan hak milik merupakan hak dasar yang substansial bagi kehidupan manusia, karena itu segala sesuatu yang berkaitan dengan hak milik harus ditetapkan dalam undang-undang, karena tanpa hal tersebut akan menimbulkan kekacauan hukum. Berbeda dengan tradisi di Inggris, *equitable title* justru lahir dari perjanjian (*trust agreement*) yang kemudian tradisi tersebut ditetapkan berdasarkan yurisprudensi (putusan hakim);

100. Bahwa karena ada perbedaan sistem hukum yang mendasar, maka dapat dipahami Putusan MK No. 78/PUU-XVI/2018 yang menyatakan Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA adalah jantung dari UUPA yang justru untuk memberikan kepastian hukum dalam rangka melindungi hak milik berdasarkan Pasal 28H ayat (4) UUD 1945 adalah suatu yang perlu dipertimbangkan. Dengan adanya asas tertutup dalam UUPA serta adanya Putusan MK No.78/PUU-XVI/2018 tersebut, maka konsep *trust* seharusnya tidak dapat diterapkan dengan metode konstruksi hukum secara analogis. Karena jika metode konstruksi hukum secara analogis diperbolehkan, maka dapat dimungkinkan di kemudian hari Hak Manfaat kembali ditetapkan dalam undang-undang lain, kemudian karena dapat ditafsirkan secara analogis, maka berpotensi digunakan secara luas, dan akan sulit mengukur ruang lingkup ekstensi penafsirannya. Hal ini dapat menjadi celah untuk melakukan "penyelundupan hukum", karena dalam praktik, *equitable title/beneficial ownership* berdasarkan perjanjian *trust* sering digunakan untuk melakukan penyelundupan hukum. Jika ini terjadi, tujuan dari kepastian hukum yang menjadi jantung UUPA menjadi luntur;
101. Bahwa selain itu, penjelasan Pasal 11 UU SBSN juga menegaskan secara limitatif bahwa UU SBSN adalah *lex specialis* dari UU Perbendaharaan Negara, sehingga jika Mahkamah Konstitusi memberikan dasar bahwa metode konstruksi hukum secara analogis bisa diterapkan untuk memperluas penerapan *trust* dalam UU Perbankan Syariah, sehingga UU SBSN dapat menjadi *lex specialis* dari UUPA untuk diterapkan dalam transaksi perbankan syariah justru menghilangkan batasan norma dalam UU SBSN itu sendiri. Berdasarkan hal tersebut, maka seharusnya adalah UU Perbankan Syariah sebagai undang-undang *sui generis* juga menetapkan Hak Manfaat sebagai hak yang diakui dalam transaksi di perbankan syariah, sehingga penerapannya bersifat limitatif dalam ruang lingkup pengaturan undang-undang tersebut;
102. Bahwa dikarenakan tidak diaturnya konsep *trust* dalam UU Perbankan Syariah, maka UU Perbankan Syariah tidak dapat menjadi *lex specialis* untuk mengesampingkan UUPA, dengan demikian penafsiran Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA akan berpengaruh terhadap keabsahan transaksi di perbankan syariah, dan penafsiran secara *letterlijk* atau gramatikal-lah yang akan menyebabkan Pasal tersebut bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 serta Pasal 28H ayat (2) UUD 1945 yang merugikan hak konstitusional

Pemohon untuk mendapatkan layanan perbankan syariah yang mudah, aman, dan memiliki kepastian hukum yang sama;

103. Bahwa untuk itu, maka Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA harus ditafsirkan secara tertentu agar tidak bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 dan Pasal 28H ayat (2) UUD 1945. Namun, jika konsep *trust* hendak digunakan untuk memperluas penafsiran terhadap Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA perlu dilakukan secara hati – hati dengan pendekatan kontekstual limitatif;
104. Bahwa pentingnya pendaftaran hak atas tanah tidak dapat dikesampingkan, karena jika Pasal 23 ayat (1) dan (2) UUPA dibatalkan, maka akan menimbulkan kekacauan hukum dan hilangnya kepastian hukum yang diharapkan dari UUPA. Untuk itu Mahkamah Konstitusi perlu memperluas cakrawala penafsiran secara menyeluruh dari bunyi teks, konteks pembuatan teks, dan kontekstualisasi teks;
105. Bahwa penafsiran hermeneutik dapat dilakukan terhadap Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA dalam lingkup teks-konteks-kontekstualisasi sebagai berikut :
- Teks : *Setiap peralihan hak milik harus didaftarkan. Pendaftaran adalah alat bukti yang kuat atas sah-nya peralihan hak milik.*
- Konteks : *Sesuai dengan tujuannya yaitu akan memberikan kepastian hukum maka pendaftaran itu diwajibkan bagi para pemegang hak yang bersangkutan. Kepastian hukum ini diperlukan akibat sebelumnya terdapat dualisme antara hukum adat dengan hukum kolonial.*
- Kontekstualisasi : *Kepastian hukum dari pendaftaran hak milik yang diharapkan ternyata dalam perkembangannya menimbulkan ketidakpastian hukum, sehingga dapat dikecualikan penerapannya dalam konteks transaksi di perbankan syariah.*
106. Bahwa pada penafsiran hermeneutik bunyi teks harus dilihat dari konteks zaman pada saat pembuatan teks. Hal ini dapat dilihat pada penjelasan UUPA yang menggambarkan situasi zaman pada saat lahirnya UUPA terdapat dualisme hukum tanah yaitu hukum adat dengan hukum kolonial yang menyebabkan ketidakpastian hukum, karena itulah diperlukan

unifikasi hukum untuk memberikan kepastian. Pendaftaran adalah langkah untuk memberikan kepastian hukum. Hal ini diperkuat melalui Putusan MK No. 78/PUU-XVII/2018. Teks UUPA menghadapi dinamika zaman, lalu lintas transaksi ekonomi terus berubah hingga lahirnya UU Perbankan Syariah. UUPA yang diharapkan memberikan kepastian hukum, ketika dihadapkan dengan perkembangan zaman (UU Perbankan Syariah) menimbulkan ketidakpastian hukum sendiri. Berdasarkan hal tersebut maka kontekstualisasi teks berguna untuk menghindari kontradiksi antara konteks pembuatan teks terhadap perkembangan zaman. Untuk mengatasi permasalahan tersebut diperlukan adanya peleburan horizon (*horizontverschmelzung*) untuk memahami teks UUPA secara utuh. Dalam penafsiran hermeneutik konteks pembuatan teks tidak dapat dihilangkan, karena itu semangat atas kepastian hukum harus tetap dipertahankan. Berdasarkan hal tersebut maka pembatalan atas teks Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA bukanlah langkah yang tepat. Kontekstualisasi Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA agar tetap memberikan kepastian hukum adalah dengan memberikan batasan bahwa kata “peralihan” dalam Pasal 23 ayat (1) UUPA tidak berlaku secara terbatas ketika diterapkan dalam transaksi perbankan syariah, serta frase “serta sahnya peralihan” dalam Pasal 23 ayat (2) UUPA tidak berlaku secara terbatas ketika diterapkan dalam transaksi perbankan syariah;

107. Bahwa berdasarkan alasan-alasan di atas, maka adalah beralasan hukum untuk menyatakan :

- 1) Kata “peralihan” dalam Pasal 23 ayat (1) UUPA bertentangan dengan UUD 1945 secara bersyarat dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang dimaknai berlaku terhadap transaksi di perbankan syariah; dan
- 2) Frase “serta sahnya peralihan” dalam Pasal 23 ayat (2) UUPA bertentangan dengan UUD 1945 secara bersyarat dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang dimaknai berlaku terhadap transaksi di perbankan syariah;

Bunyi rumusan Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA ketika diterapkan dalam transaksi di perbankan syariah menjadi :

- (1) *Hak milik, demikian pula setiap, hapusnya dan pembebanannya dengan hak-hak lain harus didaftarkan menurut ketentuan-ketentuan yang dimaksud dalam pasal 19.*



(2) Pendaftaran termaksud dalam ayat (1) merupakan alat pembuktian yang kuat mengenai hapusnya hak milik dan pembebanan hak tersebut.

108. Bahwa seandainya Mahkamah Konstitusi memutuskan bahwa pendaftaran hak milik atas tanah tidak berlaku untuk transaksi di perbankan syariah, permasalahan hukum tidak berhenti sampai disitu, akan muncul akibat hukum lainnya yang harus diselesaikan, seperti :
- 1) Apakah Putusan Mahkamah Konstitusi dapat menetapkan hak kebendaan baru dalam sistem hukum di Indonesia?
  - 2) Dalam konteks kepailitan (UU No. 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan PKPU), apakah Hak Manfaat diakui sebagai pemilik sejati atas aset tersebut, sehingga aset *trust* tidak dapat dimasukkan sebagai *boedelpailit* jika *trustee* pailit?
109. Bahwa untuk menjawab hal tersebut Mahkamah Konstitusi dapat melakukan *judicial activism* untuk memprediksi konsekuensi-konsekuensi lain yang akan muncul dari putusannya, namun di sisi lain Mahkamah Konstitusi juga perlu membatasi diri (*judicial restraint*) agar putusannya tidak menciptakan norma-norma baru di luar kewenangannya. Sifat dari Putusan Mahkamah Konstitusi adalah membatalkan suatu pasal, atau kata, atau frase, atau seluruh undang-undang, atau memberikan penafsiran atas konstitusionalitas suatu pasal, atau kata, atau frase dalam undang-undang;
110. Bahwa dalam konteks permohonan Pemohon, jika Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa kata “peralihan” dalam Pasal 23 ayat (1) UUPA dan frase “serta sahnya peralihan” dalam Pasal 23 ayat (2) UUPA tidak berlaku ketika diterapkan dalam transaksi perbankan syariah, maka berimplikasi pada akan adanya suatu hak kebendaan baru dalam transaksi perbankan syariah. Bahwa Mahkamah Konstitusi dalam hal ini tidak dalam kewenangannya untuk menetapkan hak kebendaan, karena sesuai dengan asas tertutup hukum benda di Indonesia hak kebendaan ditetapkan melalui undang-undang bukan oleh putusan pengadilan.
111. Bahwa Selain itu, Putusan MK akan memiliki konsekuensi bersinggungan dengan undang-undang lainnya seperti dalam UU Kepailitan dan PKPU. UU Kepailitan dan PKPU tidak mengenal *dual ownership* dalam konsep *trust*. Jika bank sebagai pemilik Hak Manfaat menyewakan aset tersebut kepada Nasabah di mana titel aset tersebut tetap pada Nasabah

sebagai *trustee*, di tengah pembiayaan terdapat Pihak Ketiga yang mengajukan permohonan pailit kepada Nasabah, maka sesuai UU Kepailitan dan PKPU saat ini aset tersebut dapat menjadi *boedelpailit*. Bank sebagai *beneficiary* sesungguhnya adalah pemilik dari aset tersebut, karena posisinya Bank menyewakan aset tersebut kepada Nasabah, sehingga sebagai pemilik seharusnya aset tersebut tidak dapat menjadi *boedelpailit* atas kewajiban Nasabah (*trustee*);

112. Bahwa dalam praktik di Inggris, terhadap aset *trust* dapat diterapkan prinsip *bankruptcy remote*. Sebagai konsekuensi dari penerapan *trust* sesuai karakteristik transaksi perbankan syariah, seharusnya prinsip *bankruptcy remote* juga dapat diterapkan. Dan karena hal ini adalah suatu yang prinsip, maka sudah seharusnya prinsip tersebut diatur dalam tingkat undang-undang;
113. Bahwa konsekuensi ini sudah seharusnya diprediksi oleh Mahkamah Konstitusi. Namun, Mahkamah Konstitusi juga tidak dapat menciptakan norma baru untuk menjawab hal tersebut. Untuk menjawab permasalahan tersebut hanya bisa dilakukan dengan perubahan kebijakan setingkat undang-undang (*legislative review*);
114. Bahwa mengingat konsekuensi lain dari Putusan Mahkamah Konstitusi serta mengingat batasan kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam putusannya, agar dapat menciptakan kepastian hukum selanjutnya bagi transaksi Pemohon di perbankan syariah, maka urgensi perubahan UU Perbankan Syariah tidak dapat ditunda, karena dapat menciptakan ketidakpastian hukum baru ketika berhadapan dengan UU lainnya. Untuk hal ini, menimbang Mahkamah Konstitusi dalam putusan MK No. 22/PUU-XV/2017 telah memberikan putusan yang memerintahkan Pembentuk undang-undang (*adressat*) untuk melakukan perubahan terhadap undang-undang, dan menimbang Pasal 73 ayat (3) Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 2 Tahun 2021 yang menyatakan : "*Dalam hal dipandang perlu, Mahkamah dapat menambahkan amar selain yang ditentukan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2)*", maka dari itu adalah beralasan hukum jika Mahkamah Konstitusi memberikan *judicial order* (perintah pengadilan) kepada pembentuk undang-undang untuk melakukan perubahan terhadap UU Perbankan syariah khususnya berkenaan dengan hak kebendaan dalam transaksi perbankan syariah;



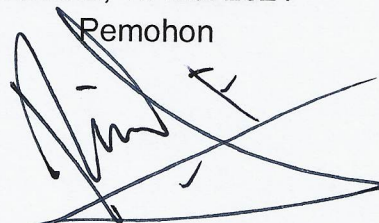
### 3) PETITUM

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

1. Menyatakan mengabulkan permohonan Pemohon untuk seluruhnya;
2. Menyatakan kata “peralihan” dalam Pasal 23 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (Lembaran Negara Nomor 104 Tahun 1960) bertentangan dengan Undang – Undang Dasar 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat secara bersyarat sepanjang dimaknai berlaku terhadap transaksi di perbankan syariah;
3. Menyatakan frase “serta sahnya peralihan” dalam Pasal 23 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (Lembaran Negara Nomor 104 Tahun 1960) bertentangan dengan Undang – Undang Dasar 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat secara bersyarat sepanjang dimaknai berlaku terhadap transaksi di perbankan syariah;
4. Memerintahkan Pembentuk Undang-Undang (UU) melakukan perubahan terhadap Undang – Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (Lembaran Negara Nomor 94 Tahun 2008) khususnya berkenaan dengan hak kebendaan dalam transaksi perbankan syariah;
5. Memerintahkan pemuatan Putusan dalam Berita Negara Republik Indonesia;

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

Jakarta, 10 Mei 2021

Remohon  
  
Rega Felix