



**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 (UU MK) 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 Pasal 23 ayat (2) UUPA menurut Pemohon telah menciptakan suatu ketidakpastian hukum, melahirkan penafsiran yang ambigu, tidak jelas, dan multi tafsir, serta mengekang pemenuhan hak-hak konstitusional warga negara, secara khusus hak atas keyakinan beragama Pemohon dalam melakukan transaksi di perbankan syariah, sehingga merugikan hak-hak konstitusional Pemohon;



7. Bahwa oleh karena itu melalui permohonan ini Pemohon mengajukan pengujian Pasal 23 ayat (1) dan Pasal 23 ayat (2) UUPA terhadap UUD 1945;
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 pengakuan hak setiap warga negara Indonesia untuk mengajukan permohonan pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar 1945 merupakan satu indikator perkembangan ketatanegaraan yang positif, yang merefleksikan adanya kemajuan bagi penguatan prinsip-prinsip negara hukum;
10. Bahwa Mahkamah Konstitusi, berfungsi antara lain sebagai "*guardian*" dari "*constitutional rights*" setiap warga negara Republik Indonesia. Mahkamah Konstitusi merupakan badan yudisial yang bertugas menjaga hak asasi manusia sebagai hak konstitusional dan hak hukum setiap warga negara. Dengan kesadaran inilah Pemohon kemudian memutuskan untuk mengajukan permohonan uji materiil Pasal 23 ayat (1) dan Pasal 23 ayat (2) UUPA terhadap UUD 1945;
11. Bahwa berdasarkan Pasal 51 ayat (1) UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi *jo.* Pasal 3 Peraturan Mahkamah Konstitusi No. 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara Dalam Perkara Pengujian Undang-Undang menyatakan bahwa :  
*"Pemohon adalah pihak yang menganggap hak dan/atau kewenangan konstitusionalnya dirugikan oleh berlakunya undang-undang yaitu:*
  - a. **perorangan warga negara Indonesia;**
  - b. *kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang;*
  - c. *badan hukum publik atau privat;*
  - d. *lembaga negara."*

12. Bahwa di dalam penjelasan Pasal 51 ayat (1) UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan UU No. 8 Tahun 2011 tentang Perubahan UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi dinyatakan bahwa *"Yang dimaksud dengan hak konstitusional adalah hak-hak yang diatur dalam UUD 1945"*;
13. Bahwa berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi No. 006/PUU-III/2005 dan putusan-putusan Mahkamah Konstitusi yang hadir berikutnya, Mahkamah Konstitusi telah menentukan 5 syarat mengenai kerugian konstitusional sebagaimana dimaksud dalam Pasal 51 ayat (1) UU MK, yakni sebagai berikut:
- "a. harus 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 yang dimohonkan pengujian;*
  - c. kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut bersifat spesifik dan aktual, setidaknya bersifat potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;*
  - d. ada hubungan sebab akibat (causal verband) antara kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional dengan undang-undang 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."*
14. Bahwa selain lima syarat untuk menjadi Pemohon dalam perkara pengujian undang-undang terhadap UUD 1945 di atas, ditentukan pula dalam Putusan Mahkamah Konstitusi No. 022/PUU-XII/2014 bahwa *"warga negara pembayar pajak mempunyai hak konstitusional untuk mempersoalkan setiap Undang-Undang"*. Warga masyarakat pembayar pajak (*tax payers*) dipandang memiliki kepentingan sesuai dengan Pasal 51 UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Hal ini sesuai dengan adagium *"no taxation without participation"* dan sebaliknya *"no participation without tax"*;
15. Bahwa selain itu pihak yang memiliki kepedulian/*concern* terhadap suatu permasalahan terkait undang-undang juga memiliki *legal standing* untuk mengajukan permohonan pengujian undang-undang terhadap UUD 1945. Hal ini sebagaimana dinyatakan dalam Putusan Mahkamah Konstitusi No.

27/PUU-VII/2009 : “para pekerja bantuan hukum (*advokat/lawyers*, penggiat antikorupsi) yang *concern* dan/atau berkepentingan dengan Mahkamah Agung, termasuk Undang-Undang yang mengaturnya (UU 3/2009) apakah konstitusional atau tidak, baik dalam proses pembentukannya maupun materi muatannya. Oleh karena itu, para Pemohon memiliki *legal standing* untuk mengajukan permohonan pengujian formil UU 3/2009”

16. Bahwa mengenai *legal standing* pemohon untuk mengajukan permohonan pengujian undang-undang terhadap UUD 1945 ke Mahkamah Konstitusi adalah sebagai berikut :

- a. Pemohon merupakan perorangan Warga Negara Indonesia dan sebagai pembayar pajak (*tax payer*) (**Bukti P-3 dan Bukti P-4**);
- b. Pemohon merupakan nasabah dari Bank Syariah (**Bukti P-5**);
- c. Pemohon berprofesi sebagai Advokat yang peduli/*concern* terhadap perkembangan Perbankan Syariah, sebagaimana terbukti dari tulisan Pemohon di Jurnal Ilmiah (**Bukti P-6 dan Bukti P-7**)

17. Bahwa dengan berlakunya Pasal 23 ayat (1) dan Pasal 23 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.

berpengaruh terhadap praktik di Perbankan Syariah, karena dalam melakukan transaksi melalui perbankan syariah tanah dapat menjadi objek transaksi baik karena peralihannya atau pembebanan terhadap hak atas tanah yang menjadi *underlying* transaksinya. Berdasarkan hal tersebut, maka **ketentuan-ketentuan dalam UUPA juga berlaku untuk menjalankan transaksi di perbankan syariah**;

18. Bahwa **perbankan syariah didasarkan pada prinsip syariah** yang berdasar pada hukum Islam, sehingga memiliki prinsip melarang *riba*, *gharar*, *maisir* dan transaksi terhadap objek yang diharamkan. Atas dasar prinsip tersebut, maka produk-produk perbankan syariah berbeda dengan perbankan konvensional, karena meliputi produk berbasis jual-beli (*murabahah*), sewa-menyewa (*ijarah*), dan bagi hasil (*mudharabah* dan *musyarakah*) serta akad-akad lain yang sesuai dengan syariah. Dari produk tersebut dapat

disimpulkan bahwa karakteristik transaksi dalam perbankan syariah yaitu merupakan *asset backed financing* yang mensyaratkan *underlying asset* dalam transaksinya.

19. Bahwa bagi Pemohon menggunakan layanan perbankan syariah merupakan wujud ketaatan/pelaksanaan dari keyakinan agama Pemohon yang telah dilindungi oleh konstitusi sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 29 ayat (1) dan (2) UUD 1945 dan Pasal 28E ayat (1) dan (2) UUD 1945 yang berbunyi :

**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.***

Yang mana hak atas kebebasan beragama merupakan ***non derogable rights***, sehingga tidak dapat dikurangi dalam kondisi apapun;

20. Bahwa Pemohon sebagai warga negara Indonesia dan *tax payer* berhak untuk memilih dan menggunakan layanan perbankan syariah sebagai wujud keyakinan agama-nya yang telah dilembagakan oleh Negara berdasarkan Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (Lembaran Negara Nomor 94 Tahun 2008) (UU Perbankan Syariah) (**Bukti P-8**). Berdasarkan hal tersebut dan dengan harapan bahwa hal tersebut telah sesuai dengan prinsip syariah dan dapat memberikan ketentraman, keamanan, dan kepastian hukum, **Pemohon mengajukan fasilitas pembiayaan ke bank syariah berdasarkan Akad *Murabahah* Nomor 07/MRB/HIKP/01/II/2021 (Bukti P-5);**

21. Bahwa selain itu, Pemohon yang berprofesi sebagai Advokat memiliki **kepedulian / concern** terhadap isu-isu yang berkembang dalam

**perkembangan perbankan syariah di Indonesia**, oleh karena itu Pemohon senantiasa melakukan penelitian dan tulisan-tulisan terkait perbankan syariah, di mana salah satu tulisan Pemohon telah dimuat dalam Jurnal Yuridika Vol. 35 No. 01 (2020) (**Bukti P-7**). Selain itu, sesuai dengan profesinya sebagai Advokat (**Bukti P-6**), **Pemohon juga sering memberikan suatu pendapat hukum atas sah-nya suatu transaksi syariah**, di mana klien sangat mengharapkan derajat kepastian hukum yang tinggi atas transaksinya, karena jika pendapat hukum tersebut tidak dapat memberikan kepastian hukum maka akan merugikan klien yang tentu berpotensi akan merugikan Pemohon juga;

22. Bahwa **terjadi fakta adanya persepsi masyarakat yang menyatakan bahwa : “bank syariah tidak syariah” atau “bank syariah menjalankan praktik riba terselubung”** (**Bukti P-9**) dan lahirnya persepsi masyarakat tersebut bukanlah tanpa sebab, dan oleh karena itu ketika Pemohon hendak berniat mengajukan kembali pembiayaan ke bank syariah untuk pembelian tanah dalam rangka pengembangan usaha Pemohon, Pemohon mengurungkan niatnya karena urusan keyakinan beragama tidak dapat dipertimbangkan. Menurut Pemohon dosa besar jika meng-klaim sesuatu hal sesuai syariah tapi faktanya justru melanggar syariah. Jika demikian benar adanya, maka “bank syariah” yang telah dilembagakan oleh Negara justru memberikan kesesatan terhadap keyakinan agama seseorang yang telah dilindungi berdasarkan Pasal 29 dan Pasal 28E UUD 1945;

23. Bahwa **hal ini disebabkan oleh adanya Pasal 23 ayat (1) dan Pasal 23 ayat (2) UUPA** yang pada intinya menyatakan “peralihan hak atas tanah **harus didaftarkan** dan pendaftaran tersebut sebagai **bukti peralihan hak yang sah.**” Dalam transaksi perbankan syariah mensyaratkan adanya peralihan hak atas aset yang dibiayai. Sebagai contoh dalam transaksi *murabahah* yang dilakukan dengan cara pihak nasabah memesan pembelian barang kepada bank, lalu bank akan membeli barang atas pesanan nasabah dari pihak *supplier* untuk kemudian bank menjualnya kembali kepada nasabah dengan *margin* keuntungan tertentu bagi bank. Dari skema di atas, maka dapat dilihat dalam suatu transaksi *murabahah* terdapat dua hubungan hukum yang terpisah, yaitu hubungan hukum antara bank dengan *supplier*/pemasok barang dan hubungan hukum antara bank dengan nasabah. Jika Pasal 23 ayat (1) dan Pasal 23 ayat (2) UUPA ditafsirkan secara *letterlijk* atau gramatikal maka transaksi antara *supplier* dengan bank dan antara bank dengan nasabah harus didaftarkan sesuai ketentuan yang

berlaku, dengan demikian akan terdapat dua kali pembuatan Akta Jual Beli (AJB) oleh PPAT dan dua kali balik nama serta dua kali pembayaran pajak/bea peralihan hak. Hal ini menyebabkan proses yang lama dan biaya yang tinggi yang pada akhirnya Pemohon atau masyarakat enggan ke bank syariah;

24. Bahwa **Otoritas Jasa Keuangan (OJK)** sebagai regulator dan pengawas Bank Syariah menyadari permasalahan tersebut dan memberikan pendapat sebagaimana dituangkan dalam Buku Standart Produk *Murabahah* (**Bukti P-10**) yang pada intinya **menyatakan bahwa peralihan barang dari pemasok kepada bank cukup dengan penguasaan konstruktif (*qabdh hukmi*) yang menurut OJK *qabdh hukmi* mempunyai arti peralihan tersebut tidak harus didaftarkan secara legal administrasi, kepemilikan oleh Bank dianggap sah hanya cukup dengan ‘bukti transaksi’ antara Bank dan Pemasok.** Karena kewenangannya sebagai regulator dan pengawas bank syariah, maka berdasarkan pendapat OJK inilah, praktik yang umum terjadi di perbankan syariah adalah tidak ada pendaftaran (balik nama) dari pihak ketiga (pemasok) kepada bank, dalam praktik, hal tersebut cukup dibuktikan dengan “kuitansi” pembelian saja, dan bukti kepemilikan melalui “kuitansi” ini juga telah lama dinyatakan dalam penjelasan Pasal 9 ayat (1) huruf d PBI Nomor 7/46/PBI/2005 yang menyatakan : “*Yang dimaksud dengan secara prinsip barang milik Bank dalam wakalah pada Akad Murabahah adalah adanya aliran dana yang ditujukan kepada pemasok barang atau dibuktikan dengan kuitansi pembelian*”;
25. Bahwa awalnya Pemohon mengira hal tersebut cukup untuk menjamin / memberikan kepastian hukum atas sahnya transaksi di perbankan syariah, namun karena Pemohon *concern* terhadap hal tersebut, Pemohon mencoba untuk memahami apakah “Buku Standart Produk OJK” cukup untuk menjadi dasar hukum sahnya suatu transaksi jual-beli hak milik atas tanah?
26. Bahwa Pemohon lalu melihat **Fatwa DSN-MUI Nomor 110/DSN-MUI/IX/2017 tentang Jual Beli Jo. Fatwa DSN-MUI Nomor 111 /DSN-MUI/IX/2017 tentang Jual Beli *Murabahah* (Bukti P-16)** dikatakan dalam Fatwa tersebut bahwa Penjual mempunyai kewenangan untuk menjual jika ia sebagai pemilik benda (*wilayah ashliyyah*), lalu dikatakan dalam Fatwa tersebut bahwa **barang yang dapat dijual yaitu hak milik atas benda secara penuh (*milk al tam*) dan dapat diserahterimakan (*qudrat al taslim*).** UUPA menyatakan bahwa “hak milik harus didaftarkan”, namun

Buku Standart Produk OJK menyatakan “kepemilikan tidak diharuskan adanya bukti legal administrasi”, dengan demikian timbul pertanyaan yang dimaksud dengan hak milik penuh (*milk al tam*) sehingga tanah dapat diserahterimakan (*qudrat al taslim*) dalam Fatwa DSN-MUI apakah sesuai dengan UUPA atau Buku Standart Produk OJK?

27. Bahwa jika *milk al tam* dan *qudrat al taslim* sebagaimana dimaksud dalam Fatwa DSN-MUI adalah kesesuaiannya dengan UUPA, maka peralihan hak milik atas tanah harus sesuai dengan Pasal 19 UUPA *jo.* Pasal 23 ayat (1) dan ayat (2) UUPA *jo.* Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah (Lembaran Negara Nomor 59 Tahun 1997) (PP Pendaftaran Tanah) (**Bukti P-11**). Berdasarkan aturan tersebut peralihan hak atas **tanah yang telah terdaftar (bersertipikat), sesuai dengan asas “terang” penyerahan/peralihan hak atas tanah sah jika dilakukan dihadapan pejabat yang berwenang/PPAT/PPAT Sementara (PPATS) (hal ini telah dinyatakan dalam Putusan MA No. 312K/Pdt/2017)**, yang selanjutnya disempurnakan dengan proses balik nama, sehingga pembeli mempunyai kewenangan untuk menjual kembali tanah yang telah bersertipikat tersebut;
28. Bahwa jika makna keharusan pendaftaran hak milik dalam Pasal 23 ayat (1) dan (2) UUPA ditafsirkan secara *letterlijk*, maka berapa lama proses yang harus Pemohon lakukan dan berapa biaya yang harus dibebankan kepada Pemohon atas suatu transaksi di bank syariah? Terlebih jika Pemohon telah mengajukan pembiayaan *murabahah* untuk pembelian tanah, lalu karena alasan pengembangan usaha, Pemohon memerlukan pembiayaan ulang (*refinancing*), Pemohon harus melakukan konversi akad *murabahah* yang telah dilakukan. Salah satunya adalah dengan skema *bai' wal-istikjar* (*sale and leaseback*). Pemohon harus menjual tanah yang sudah dibeli kepada bank, dan bank akan menyewakan tanah tersebut kepada Pemohon dengan janji di akhir masa sewa akan dihibahkan kepada Pemohon. Dalam skema tersebut berapa banyak peralihan hak milik yang terjadi? Bisa terjadi empat kali proses balik nama dalam satu transaksi. Hal ini tentu akan menjadi beban yang berat bagi Pemohon untuk menanggung biaya yang tinggi dan proses yang lama. Jika hal ini terjadi, mungkin pada akhirnya masyarakat memiliki persepsi “*daripada ke bank syariah ribet, mending ke bank konvensional saja*”. Berdasarkan hal tersebut maka **kebijakan OJK dalam ‘Buku Standart Produk’ dapat dimaklumi, namun apakah cukup kuat untuk menjadi**

**dasar hukum mengingat UUPA adalah undang-undang sehingga tidak dapat dikesampingkan oleh aturan di bawahnya termasuk oleh OJK;**

29. Bahwa Pasal 23 ayat (1) dan (2) UUPA sudah menjadi praktik yang umum terjadi dalam peralihan hak atas tanah. Sampai dengan saat ini tidak ada pembatalan terhadap Pasal 23 ayat (1) dan (2) UUPA, bahkan Mahkamah Agung dalam Putusan MA No. 312K/Pdt/2017 menyatakan dalam peralihan hak atas tanah, sah-nya jual-beli jika dilakukan dihadapan pejabat yang berwenang (asas terang). UU Perbankan syariah juga tidak menjelaskan sahnya transaksi jual-beli atas tanah dalam praktik perbankan syariah seperti apa, sehingga Peraturan/Kebijakan OJK maupun peraturan lainnya di bawah UU tidak dapat menjadi *lex specialis* atas UUPA. Berdasarkan hal tersebut, maka adalah wajar jika masyarakat memiliki persepsi jika transaksi di perbankan syariah belum/tidak sesuai dengan syariah;
30. Bahwa bagi Pemohon hal ini merupakan permasalahan konstitusional. Memilih antara bank syariah dan bank konvensional adalah perkara keyakinan agama yang dilindungi Pasal 29 ayat (1) dan (2) UUD 1945 dan Pasal 28E ayat (1) dan (2) UUD 1945, terlebih negara telah melembagakan bank syariah dalam UU Perbankan Syariah dan menyatakan dengan tegas bahwa bank syariah adalah bank berdasarkan prinsip syariah. Karena itu, negara wajib menjamin transaksi yang dilakukan di perbankan syariah telah memiliki landasan hukum yang kuat, karena jika tidak maka juga akan merugikan hak konstitusional Pemohon yang telah dijamin dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan :
- Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan **kepastian hukum** yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum;*
31. Bahwa Pemohon khawatir jika transaksi Pemohon yang telah dan/atau akan dilaksanakan Pemohon di perbankan syariah sebenarnya tidak sah secara hukum akibat adanya Pasal 23 ayat (1) dan Pasal 23 ayat (2) UUPA. Jika nyatanya transaksi tersebut tidak sah, padahal OJK (dalam artian ini "Negara") telah memberikan pendapat membolehkan transaksi tanpa proses balik nama ke bank, maka **negara telah "mempermainkan" keyakinan Pemohon sebagai umat beragama Islam. Berdasarkan hal tersebut, secara aktual, saat ini Pemohon merasa dirugikan karena tidak dapat mengembangkan usaha akibat kesulitan mendapatkan akses modal yang sesuai dengan keyakinan agama Pemohon;**

32. Bahwa hak konstitusional Pemohon berdasarkan Pasal 28E ayat (1) dan (2) UUD 1945, dan Pasal 29 ayat (2) UUD 1945 merupakan *non derogable rights*, sehingga dalam kondisi apapun harus dilindungi oleh negara, tidak perlu menunggu sampai ada “dosa” yang terjadi yang harus ditanggung Pemohon, dan tidak perlu menunggu sampai ada yang beralih keyakinannya, karena ini merupakan hak dasar yang sedari awal harus dilindungi oleh negara. Pemohon yakin 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;

33. Bahwa berdasarkan alasan-alasan di atas, maka telah jelas :

- 1) Pemohon merupakan perorangan warga negara Indonesia sebagai *tax payer* dan nasabah bank syariah, serta berprofesi sebagai Advokat yang memiliki *concern* terhadap perkembangan perbankan syariah;
- 2) Adanya hak/kewenangan konstitusional Pemohon berdasarkan Pasal 29 ayat (1) dan (2) UUD 1945, Pasal 28E ayat (1) dan (2) UUD 1945, serta Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 yang dirugikan akibat berlakunya Pasal 23 ayat (1) dan Pasal 23 ayat (2) UUPA;
- 3) Kerugian konstitusional tersebut secara aktual ataupun potensial dipastikan dapat terjadi berdasarkan penalaran *causal verband* yang wajar; serta
- 4) Adanya kemungkinan jika permohonan Pemohon dikabulkan, kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon tidak terjadi lagi;

Berdasarkan hal tersebut, maka adalah beralasan hukum untuk menyatakan bahwa **Pemohon memiliki *legal standing* untuk mengajukan permohonan pengujian Pasal 23 ayat (1) dan Pasal 23 ayat (2) UUPA terhadap UUD 1945;**



### 3. POKOK PERKARA

#### Ruang Lingkup Pasal Yang Diuji

Ketentuan	Rumusan
Pasal 23 ayat (1) UUPA	Hak milik, demikian pula setiap <b>peralihan</b> , 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)	Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan,

UUD 1945	perlindungan, dan <b>kepastian hukum</b> yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum.
----------	---

### 3.1 Hubungan Negara dan Agama dan Kaitannya Terhadap Pasal 29 dan Pasal 28E UUD 1945

1. Bahwa dalam pembukaan UUD 1945 disebutkan :

*Atas **berkat rahmat Allah Yang Maha Kuasa** dan dengan didorongkan oleh keinginan luhur, supaya berkehidupan kebangsaan yang bebas, maka rakyat Indonesia menyatakan dengan ini kemerdekaannya.*

Hal ini menunjukkan bahwa negara Indonesia mengakui Tuhan yang *omnipotent* atau berkuasa atas suatu hal. Pengakuan atas kuasa Tuhan dipertegas lagi pada alinea terakhir yang menyatakan

*Kemudian daripada itu untuk membentuk suatu Pemerintah Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial, maka disusunlah Kemerdekaan Kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang-Undang Dasar Negara Indonesia, yang terbentuk dalam suatu **susunan Negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat dengan berdasar kepada Ketuhanan Yang Maha Esa, ....***

Prinsip Ketuhanan Yang Maha Esa dan berkuasa ini dinyatakan dalam batang tubuh yaitu **Pasal 29 ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan : “Negara berdasar atas Ketuhanan yang maha esa”**. Dengan dicantumkannya dalam batang tubuh UUD 1945 maka prinsip Ketuhanan menjadi norma yang mengikat;

2. Bahwa pengakuan terhadap kuasa Tuhan yang maha esa dalam konstitusi berimplikasi pada pengakuan atas kehendak Tuhan atau manifestasi Ketuhanan dalam kehidupan manusia termasuk bernegara;
3. Bahwa konsep negara berketuhanan Indonesia berbeda dengan konsep teokrasi yang diterapkan pada abad pertengahan di Eropa, di mana negara dianggap sebagai representasi kehendak Tuhan yang absolut, sehingga kehendak negara adalah kehendak Tuhan. Negara berketuhanan Indonesia



menempatkan negara bukan sebagai representasi absolut kehendak Tuhan, namun mengakui manifestasi kehendak Tuhan melalui hukumnya yang diturunkan melalui agama. Negara bukan *sole interpreter* atas hukum Tuhan, karena itu negara Indonesia tetap menganut sistem demokrasi tetapi tetap terbuka atas hukum tuhan atau agama untuk dpositifkan sebagai hukum yang berlaku. Konsep ini berbeda pula dengan negara sekuler yang memisahkan antara negara dan agama, sehingga negara secara *a priori* menganggap agama tidak mungkin masuk ke ranah negara;

4. Bahwa hubungan antara negara dengan agama telah ditetapkan secara tegas oleh Mahkamah Konstitusi melalui Putusan Nomor 19/PUU-VI/2008 mengenai pengujian UU Pengadilan Agama yang menyatakan :  
*“Indonesia bukan negara agama yang hanya didasarkan pada satu agama tertentu, namun Indonesia juga bukan negara sekuler yang sama sekali tidak memperhatikan agama dan menyerahkan urusan agama sepenuhnya kepada individu dan masyarakat. Indonesia adalah negara yang ber-Ketuhanan Yang Maha Esa yang melindungi setiap pemeluk agama untuk melaksanakan ajaran agamanya masing – masing.”*
5. Bahwa **salah satu wujud pelaksanaan Pasal 29 ayat (1) UUD 1945 adalah lahirnya Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah** (UU Perbankan syariah) yang nilai-nilainya didasarkan kepada hukum agama Islam (syariah), namun tetap melalui proses demokratis dalam pembentukannya sehingga UU Perbankan Syariah saat ini telah diterima oleh seluruh masyarakat Indonesia;
6. Bahwa karena negara Indonesia bukan negara berdasarkan sistem teokrasi, sehingga tidak ada supremasi satu agama dalam negara. Oleh karena itu, negara tetap menghormati dan mengakui hak atas kebebasan beragama. Hal ini sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 28E ayat (1), Pasal 28E ayat (2), dan Pasal 29 ayat (2) UUD 1945;
7. Bahwa dari rumusan Pasal 28E ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan : *“Setiap orang berhak **memeluk agama dan beribadat menurut agamanya**”* serta Pasal 28E ayat (2) UUD 1945 yang menyatakan : *“Setiap orang berhak atas **kebebasan meyakini kepercayaan, menyatakan pikiran dan sikap, sesuai dengan hati nuraninya**”* terdapat dua dimensi yang dilindungi negara dalam kebebasan beragama. *pertama*, dimensi individual yang tercermin dalam perlindungan terhadap keberadaan spiritual seseorang (*forum*

*internum*) termasuk di dalam dimensi ini adalah memilih, mengganti, mengadopsi, dan memeluk agama dan keyakinan. *Kedua*, dimensi kolektif tercermin dalam perlindungan terhadap keberadaan seseorang untuk mengeluarkan keberadaan spiritualnya dan mempertahankannya di depan publik (*forum externum*);

8. Bahwa berdasarkan Pasal 29 ayat (1) UUD 1945 dalam beberapa hal negara dapat mengurus urusan agama, sepanjang campur tangan negara tersebut tidak mengganggu aspek *forum internum* ataupun *forum externum* seseorang, sebagai contoh adalah peran negara dalam melahirkan lembaga perbankan syariah merupakan bentuk campur tangan negara dalam urusan agama, namun hal tersebut tidak menyebabkan terganggunya kebebasan umat beragama lainnya di Indonesia;
9. Bahwa lahirnya perbankan syariah di Indonesia merupakan manifestasi keyakinan kolektif beragama yang dipoitifkan oleh negara, sehingga pelaksanaan terhadap implementasi perbankan syariah berkaitan erat dengan keyakinan individual warga negaranya;
10. 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;
11. Bahwa jika dalam pelaksanaannya muncul permasalahan-permasalahan terkait kesyariahan bank syariah, maka negara wajib bertanggung jawab untuk menyelesaikan permasalahan tersebut secara cukup dan memadai (*adequate*), karena jika negara berdiam diri, dan membiarkan polemik terus berkembang, maka akan terjadi degradasi keyakinan seseorang terhadap hukum agamanya (syariah). Hal ini tentu menyebabkan terhalangnya manifestasi keyakinan/agama seseorang dalam menentukan sikap hidupnya (memilih antara “halal” dan “haram”), atau bahkan mempengaruhi aspek forum *internum* keyakinan seseorang atas agama-nya. Perbuatan ini dapat dikategorikan sebagai negara telah melakukan *indirect coercion* atau pemaksaan terselubung agar umat Islam tersesat dalam keyakinannya melalui pelembagaan bank syariah;



12. Bahwa hal ini terbukti dan dirasakan oleh Pemohon secara langsung ketika Pemohon kesulitan untuk menentukan keyakinan apakah jika Pemohon mengajukan pembiayaan ke bank syariah telah benar sesuai dengan syariah dan sah secara hukum? Jika persepsi bahwa “bank syariah tidak ada bedanya dengan bank konvensional” terus berkembang, maka hal tersebut mungkin akan menggiring dan/atau memaksa secara tidak langsung masyarakat luas untuk melanggar keyakinan agamanya dengan beralih kepada bank konvensional yang menurut keyakinan umat Islam adalah haram;

### 3.2 Kepemilikan Benda Dalam Transaksi Perbankan Syariah

13. Bahwa berdasarkan Pasal 1 angka 7 UU Perbankan syariah, **bank syariah adalah Bank yang menjalankan kegiatan usahanya berdasarkan Prinsip Syariah** dan menurut jenisnya terdiri atas Bank Umum Syariah dan Bank Pembiayaan Rakyat 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;

14. 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*;

15. Bahwa prinsip larangan *riba* telah secara jelas diharamkan dalam Al Quran, sebagaimana dinyatakan :

Surat Al Baqarah ayat 275 :

.... وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا....

“arti : ...Allah SWT telah menghalalkan jual beli dan mengharamkan *riba*...” (QS Al-Baqarah [2] : 275)

Surat Ali Imran Ayat 130 :

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً ۖ  
وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ

“arti : Hai orang - orang yang beriman, janganlah kamu memakan riba dengan berlipat ganda dan bertakwalah kamu kepada Allah SWT supaya kamu mendapatkan keberuntungan” (QS Ali-Imran [3] : 130)

Riba terdapat dua jenis yaitu *riba nasi'ah* dan *riba fadhl*. *Riba nasi'ah* sering disebut juga *riba qardh* yaitu riba dalam pinjaman. *Riba qardh* mempunyai arti riba yang terjadi pada transaksi utang-piutang yang tidak memenuhi kriteria untung muncul bersama risiko (*al-ghunmu bil ghurmi*) dan hasil usaha muncul bersama biaya (*al-kharraj bidh dhaman*). Transaksi ini mengandung pertukaran kewajiban menanggung beban hanya karena berjalannya waktu. *Riba fadhl* biasa disebut juga dengan *riba buyu'* yaitu jual - beli atau pertukaran yang mengandung ketidakadilan bagi kedua belah pihak akan nilai masing - masing barang yang dipertukarkan. Contoh dari *riba fadhl* adalah menukar emas dengan perak dengan nilai yang berbeda. Bahwa dari dua jenis riba di atas dapat dikatakan bahwa bunga yang ada pada bank konvensional merupakan bentuk dari *riba nasi'ah* atau *riba qardh* karena adanya tambahan nilai yang didasarkan pada berjalannya waktu tanpa mempertimbangkan risiko yang ada. Kedua konsep riba tersebut juga telah diakomodasi dalam pengertian riba menurut Penjelasan Pasal 2 UU Perbankan Syariah yang memberikan pengertian riba yaitu *penambahan pendapatan secara tidak sah (batil) antara lain dalam transaksi pertukaran barang sejenis yang tidak sama kualitas, kuantitas, dan waktu penyerahan (fadhl), atau dalam transaksi pinjam-meminjam yang mempersyaratkan nasabah penerima fasilitas mengembalikan dana yang diterima melebihi pokok pinjaman karena berjalannya waktu (nasi'ah).*

16. Bahwa prinsip larangan *gharar* dinyatakan dalam Hadits Muslim :

“Rasulullah SAW melarang jual - beli yang mengandung *gharar*.”  
(HR. Muslim)

*Gharar* menurut penjelasan Pasal 2 UU Perbankan Syariah yaitu *transaksi yang objeknya tidak jelas, tidak dimiliki, tidak diketahui keberadaannya, atau tidak dapat diserahkan pada saat transaksi dilakukan kecuali diatur lain dalam syariah*

17. Bahwa prinsip larangan *maisir* dinyatakan dalam Al Quran sebagaimana dinyatakan :

إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رَجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ

“arti : Hai orang-orang yang beriman, sesungguhnya (meminum) *khamar*, berjudi, (berkorban untuk) berhala, mengundi nasib dengan panah, adalah termasuk perbuatan syaitan. Maka jauhilah perbuatan-perbuatan itu agar kamu mendapat keberuntungan” (QS. Al Maidah: 90)

*Maisir* menurut penjelasan Pasal 2 UU Perbankan Syariah yaitu *transaksi yang digantungkan kepada suatu keadaan yang tidak pasti dan bersifat untung-untungan*. Transaksi yang memenuhi unsur *maisir* ini seperti perjudian sebagaimana disebutkan dalam Al-Maidah ayat 90.

18. Bahwa prinsip larangan transaksi terhadap objek yang diharamkan tersebar dalam beberapa ayat Al-Quran yang pada intinya adalah dilarang melakukan transaksi terhadap apa yang diharamkan dalam Al-Quran dan Hadist seperti jual-beli *khamr*, babi, dan lain sebagainya;
19. Bahwa selain prinsip-prinsip di atas, masih terdapat prinsip syariah lain yang mengatur perbankan syariah. Dan dari prinsip-prinsip tersebut maka produk bank syariah memiliki karakteristik yang berbeda dari bank konvensional. Produk-produk perbankan syariah yang telah dikenal saat ini antara lain adalah **pembiayaan berdasarkan pada bagi hasil** yaitu *musyarakah* dan *mudharabah*. Menurut penjelasan pasal 19 huruf c UU Perbankan Syariah akad *musyarakah* adalah akad kerja sama di antara dua pihak atau lebih untuk suatu usaha tertentu yang masing-masing pihak memberikan porsi dana dengan ketentuan bahwa keuntungan akan dibagi sesuai dengan kesepakatan, sedangkan kerugian ditanggung sesuai dengan porsi dana masing-masing. Menurut penjelasan pasal 19 huruf c UU Perbankan Syariah akad *mudharabah* adalah akad kerja sama suatu usaha antara pihak pertama (*malik, shahibul mal*, atau Bank Syariah) yang menyediakan seluruh modal dan pihak kedua (*‘amil, mudharib*, atau nasabah) yang bertindak selaku pengelola dana dengan membagi keuntungan usaha sesuai dengan kesepakatan yang dituangkan dalam akad, sedangkan kerugian ditanggung

sepenuhnya oleh bank syariah kecuali jika pihak kedua melakukan kesalahan yang disengaja, lalai atau menyalahi perjanjian. Produk perbankan syariah lainnya yaitu **pembiayaan berdasarkan pada jual - beli** yaitu *murabahah*, *salam*, dan *istishna'*. Pengertian *murabahah* menurut penjelasan pasal 19 huruf d UU Perbankan Syariah adalah akad pembiayaan suatu barang dengan menegaskan harga belinya kepada pembeli dan pembeli membayarnya dengan harga yang lebih sebagai keuntungan yang disepakati. Pembiayaan *salam* maupun *istishna'* juga merupakan pembiayaan berdasarkan jual beli, namun yang membedakan adalah barang atau objek jual beli belum ada pada saat dilakukan akad atau pembelian dilakukan berdasarkan pada pesanan. Perbedaan *salam* dengan *istishna'* adalah pada pembiayaan *istishna'* diperlukan keahlian untuk membuat barang yang dipesan, pembiayaan *istishna'* pada umumnya digunakan untuk industri manufaktur yang membutuhkan keahlian untuk membuat barang tertentu, sedangkan pembiayaan *salam* tidak memerlukan keahlian khusus untuk membuat barang yang dipesan. Pembiayaan *salam* pada umumnya digunakan untuk pembiayaan di bidang pertanian, di mana barang yang dipesan berupa hasil pertanian yang pada saat akad dilakukan belum dapat dipanen. Produk pembiayaan perbankan syariah selanjutnya yaitu **pembiayaan berdasarkan pada sewa - menyewa** atau *ijarah*. Menurut penjelasan pasal 19 huruf f UU Perbankan Syariah akad *ijarah* adalah akad penyediaan dana dalam rangka memindahkan hak guna atau manfaat dari suatu barang atau jasa berdasarkan transaksi sewa, tanpa diikuti dengan pemindahan kepemilikan barang itu sendiri. Turunan dari akad *ijarah* adalah akad *ijarah muntahiya bittamlik* yaitu suatu akad *ijarah* di mana pada akhir masa *ijarah* terdapat opsi pemindahan kepemilikan objek *ijarah*, hal ini sebagaimana pengertian yang diberikan dalam penjelasan pasal 19 huruf f UU Perbankan Syariah yaitu akad *ijarah muntahiya bittamlik* adalah akad penyediaan dana dalam rangka memindahkan hak guna atau manfaat dari suatu barang atau jasa berdasarkan transaksi sewa dengan opsi pemindahan kepemilikan barang;

20. Bahwa dari perbedaan tersebut, menurut Muhammad Taqi Usmani dalam buku *An Introduction To Islamic Finance* ciri yang berbeda dari transaksi berdasarkan syariah adalah sifatnya yang *asset backed financing*. *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.**

21. Bahwa terdapat beberapa hadist Nabi yang mengatur bagaimana kepemilikan benda harus dilakukan dalam suatu transaksi, salah satunya yaitu :

Hadist Riwayat Tarmizi :

*“Diriwayatkan dari Hakim bin Hizam, ia berkata: Saya menemui Rasulullah s.a.w., lalu berkata: Seorang laki-laki datang kepadaku meminta agar saya menjual suatu barang yang tidak ada pada saya, saya akan membelikan untuknya di pasar, kemudian saya menjualnya kepada orang tersebut. Rasulullah saw. menjawab: **“Janganlah kamu menjual sesuatu yang tidak ada padamu”** (HR Tarmizi)*

Hadist Riwayat Ahmad :

*“Diriwayatkan bahwa hakim bin Hizam berkata : Aku berkata : Wahai Rasulullah saw : Aku membeli beberapa barang; apa yang halal dan yang haram saya lakukan? Rasulullah saw bersabda : **Jika engkau membeli sesuatu, jangan engkau menjualnya kecuali setelah engkau terima/kuasai** (taqabudh).”(HR. Ahmad)*

22. Bahwa sebab dilarangnya “menjual sebelum memiliki” menurut ulama Hanafi, Syafii, dan Hambali adalah karena pada transaksi tersebut menciptakan ketidakpastian (*gharar*) karena ada ketidakpastian apakah penjual dapat menyerahkan barang atau tidak. Ulama Maliki menyatakan bahwa menjual barang yang belum dimiliki dapat mengarah kepada *riba*;
23. Bahwa keempat ulama mahzab tidak berselisih pendapat bahwa menjual sesuatu yang tidak dimiliki adalah dilarang. Metode cara penyerahannya saja yang berbeda-beda. Namun, secara umum metode penyerahan dapat dilakukan secara dua cara :
- 1) Penyerahan nyata/*handing over/munawalah*  
Hal ini dapat dilakukan pada benda-benda bergerak seperti buah-buahan dan komoditas lainnya;
  - 2) Penyerahan dengan pelepasan hak/*unconditional release and removal of the encumbrance/takhliyah wa-raf' al-ah'il*  
Hal ini dilakukan seperti penyerahan sebidang tanah/bangunan dilakukan dengan pelepasan hak secara simbolis seperti penyerahan kunci agar pembeli dapat memasuki dan menikmati tanah/bangunan tersebut tanpa halangan.

24. 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;

25. 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”*

26. 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;

27. 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*;
28. Bahwa pendaftaran tanah merupakan lembaga modern dalam mengadministrasikan kepemilikan tanah, dan dalam perkembangannya menjadi suatu bentuk model penyerahan hak milik atas tanah. AAOIFI mengakomodir pendaftaran sebagai bentuk penyerahan sebagaimana dinyatakan dalam *sharia standart 3/4* AAOIFI :
- constructive possession includes the registration of a mortgage of immovable and (hypothecation) of mobile movables like cars, trains, steamers and airplanes through registration that is valid under the law.*  
**Registration stands in place of actual possession with respect to its rules and legal effects;**
29. 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. Pendaftaran menurut AAOIFI dikategorikan sebagai bentuk *qabdh hukmi* yang diakui sebagai bentuk *actual possession*. 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;
30. 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;

### 3.2.1 Kepemilikan Benda Dalam Transaksi Perbankan Syariah di Indonesia Diatur Oleh Tiga Lembaga Menyebabkan Ketidakpastian Hukum

31. Bahwa 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 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;

32. Bahwa fakta 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.*

33. 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;

34. 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;

35. 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;

36. 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* menyatakan :

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

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

37. 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”.

38. 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 menyepakati kontrak sah jual beli sekalipun tidak diharuskan adanya bukti legal administrasi kepemilikan oleh Bank (penguasaan fisik). Kepemilikan oleh Bank dianggap sah hanya cukup dengan bukti transaksi antara Bank dan Pemasok (penguasaan konstruktif).”***

Berdasarkan buku standart tersebut OJK mengakui bentuk penguasaan konstruktif (*qabdh hukmi*) sebagai bentuk kepemilikan yang terjadi pada saat terjadinya kesepakatan kontrak sah jual beli tanpa perlu bukti legal administrasi. **Dari pandangan OJK tersebut maka *qabdh hukmi* dibuktikan dengan adanya bukti saat terjadinya “kesepakatan”.** Dalam

**praktik di perbankan syariah “kuitansi” pembelian dianggap menjadi dasar kepemilikan bank yang sah**, dan praktik ini juga didasari pada penjelasan Pasal 9 ayat (1) huruf d PBI Nomor 7/46/PBI/2005 yang menyatakan “kuitansi pembelian” merupakan bukti kepemilikan;

39. 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”;
40. 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 : “*mutsmān/mabī’ boleh dalam bentuk barang dan/atau hak yang dimiliki penjual secara penuh (**milk al-tam**)*”. Dan disebutkan juga : *mutsmān/mabī’ 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***);*



41. 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”**;

42. 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 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;

43. 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 atau bahkan telah diatur dalam 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;

### 3.2.2 Sah-nya Transaksi Di Perbankan Syariah Tergantung Penafsiran Pasal 23 ayat (1) dan (2) UUPA



44. 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;
45. Bahwa berdasarkan hal tersebut **prinsip syariah mengakui sistem hukum suatu negara sebagai sumber hukum untuk menentukan metode penyerahan benda yang sah.** Untuk memahami bagaimana berlakunya sistem hukum suatu negara, maka dapat dilihat pada pandangan Hans Kelsen yang menyatakan validitas suatu norma terdapat beberapa kriteria, yaitu :
- 1) Suatu norma eksis dengan kekuatan mengikat;
  - 2) Norma partikuler tersebut dapat diidentifikasi sebagai **bagian dari suatu tata hukum (legal order) yang berlaku (efficacious);**
  - 3) Suatu **norma dikondisikan oleh norma lain yang lebih tinggi dalam hirarki norma;**
  - 4) Suatu norma dijustifikasi kesesuaiannya dengan norma dasar.
46. Bahwa dari pandangan Hans Kelsen tersebut, terkait dengan tatanan norma hukum berdasarkan tata hukum yang berlaku di Indonesia, maka harus dilihat kepada UU 12/2011 yang memberikan hirarki peraturan perundang-undangan, dalam Pasal 7 ditetapkan sebagai berikut :
- a. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
  - b. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;
  - c. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
  - d. Peraturan Pemerintah;
  - e. Peraturan Presiden;
  - f. Peraturan Daerah Provinsi; dan
  - g. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota
- Selain itu, Pasal 8 UU 12/2011 juga mengakui peraturan yang ditetapkan oleh lembaga negara yang kewenangannya diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, dengan demikian karena OJK mendapatkan kewenangan berdasarkan UU OJK maka POJK dan begitupula Mahkamah Agung yang telah dinyatakan dalam Pasal 8 UU 12/2011, maka produk Peraturan Mahkamah Agung (PERMA) dan POJK dapat dikategorikan sebagai peraturan perundang-undangan;

47. Bahwa selain itu dalam praktik, “lembaga negara” seringkali mengeluarkan produk kebijakan di luar peraturan perundang-undangan namun memiliki substansi yang mirip dengan peraturan perundang-undangan. Bentuk kebijakan tersebut bermacam-macam dapat berupa surat edaran, pemberitahuan, dan lain sebagainya. Kebijakan tersebut bukan merupakan peraturan perundang-undangan (*regeling*) karena tidak disebutkan secara eksplisit dalam UU 12/2011, bukan pula keputusan tata usaha negara (*beschikking*) karena substansinya bersifat mengatur bukan keputusan yang bersifat individual dan konkrit. Kebijakan tersebut dapat dikatakan sebagai aturan kebijakan (*beleidsregel*) atau sering disebut dengan legislasi semu (*pseudowetgeving*). aturan kebijakan (legislasi semu) mempunyai ciri-ciri sebagai berikut:

- 1) aturan kebijakan bukan merupakan peraturan perundang-undangan;
- 2) asas-asas pembatasan dan pengujian terhadap peraturan perundang-undangan tidak dapat diberlakukan pada aturan kebijakan;
- 3) aturan kebijakan tidak dapat diuji secara *wetmatigheid*, karena memang tidak ada dasar peraturan perundang-undangan untuk membuat keputusan aturan kebijakan tersebut;
- 4) aturan kebijakan dibuat berdasarkan *freies ermessen* dan ketiadaan wewenang administrasi bersangkutan membuat peraturan perundang-undangan;
- 5) pengujian terhadap suatu aturan kebijakan lebih diserahkan kepada *doelmatigheid* sehingga batu ujinya adalah asas-asas umum pemerintahan yang layak;
- 6) dalam praktik diberi format dalam berbagai bentuk dan jenis aturan, yakni keputusan, instruksi, surat edaran, pengumuman, dan lain-lain, bahkan dapat dijumpai dalam bentuk peraturan.

48. Bahwa Dasar penerbitan aturan kebijakan adalah kewenangan diskresioner (*discretionary power*) atau *freies ermessen*, namun tidaklah berarti kewenangan tersebut dapat digunakan secara sewenang-wenang. Aturan kebijakan tetap harus memenuhi syarat yaitu dibentuk dalam keadaan mendesak, dapat dipertanggungjawabkan secara etika, dan yang utama **substansi dari aturan kebijakan tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan.**

49. Bahwa OJK sebagai regulator perbankan syariah memiliki kewenangan untuk mengatur dan mengawasi perbankan syariah. Dalam menjalankan



kewenangannya, OJK seringkali mengeluarkan *beleidsregel* seperti Surat Edaran OJK (SEOJK). Selain itu, OJK juga mengeluarkan Buku Standart Produk Perbankan Syariah, walaupun sifatnya hanya sebagai “buku”, namun karena substansi-nya terdapat hal-hal yang mengatur dan memberikan interpretasi atas peraturan yang ada, maka Buku Standart Produk Perbankan Syariah sering menjadi rujukan/acuan standart praktik perbankan syariah. Berdasarkan hal tersebut maka **“Buku Standart Produk Perbankan Syariah” dapat dikategorikan sebagai bentuk *beleids* dari OJK untuk mengisi kekosongan hukum yang ada;**

50. Bahwa berdasarkan teori perundang-undangan, peraturan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi, oleh karena itu baik **POJK atau SEOJK atau bentuk “*beleids*” lainnya yang dikeluarkan OJK maupun PERMA tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi;**
51. Bahwa karena transaksi perbankan syariah dapat berkaitan dengan objek tanah, maka UUPA sebagai dasar yang mengatur tentang tanah berlaku juga dalam setiap peralihan hak atas tanah yang terjadi dalam transaksi perbankan syariah;
52. Bahwa **asas umum dalam hukum benda 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 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 PP Pendaftaran Tanah. 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, 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 dikehendaknya. Hal ini didasarkan pada Pasal 39 ayat (1) PP Pendaftaran Tanah yang menyatakan :

*“PPAT menolak untuk membuat akta, jika :*

- a. mengenai bidang tanah yang sudah terdaftar atau hak milik atas satuan rumah susun, **kepadanya tidak di-sampaikan sertipikat asli hak yang bersangkutan** atau sertipikat yang diserahkan tidak sesuai dengan daftar-daftar yang ada di Kantor Pertanahan”;*

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 berdasarkan teori perundang-undangan (UU 12/2011) serta telah diputuskan oleh MA, maka **apakah kebijakan OJK yang menyatakan : “Kepemilikan oleh Bank dianggap sah hanya cukup dengan bukti transaksi antara Bank dan Pemasok”, yang dalam praktik secara luas cukup dengan “kuitansi”, sah secara hukum?** Berdasarkan asas *lex superior derogat legi inferior*, seharusnya UUPA dan PP Pendaftaran tanahlah yang berlaku. UUPA dan PP Pendaftaran tanah dapat dikatakan telah



menjadi *'urf* (hukum yang berlaku) yang menentukan sah atau tidaknya jual beli hak milik atas tanah;

60. Berdasarkan hal tersebut, maka penafsiran terhadap Pasal 23 ayat (1) dan (2) UUPA menjadi sangat penting untuk menentukan sah atau tidaknya praktik transaksi perbankan syariah selama ini;

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

61. Bahwa penafsiran Pasal 23 ayat (1) dan (2) UUPA berpengaruh terhadap sah-nya transaksi di perbankan syariah, karena itu jika ditafsirkan secara tertentu dapat menimbulkan permasalahan konstitusional;

62. Bahwa **penafsiran yang dapat merugikan hak konstitusional Pemohon adalah jika bunyi Pasal 23 ayat (1) dan (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) 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 (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;
68. Bahwa jika Pasal 23 ayat (1) dan (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 pelembagaan 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*”)



80. Bahwa pemohon mencoba memahami *indirect coercion* dengan menganalogikan sebagai berikut :

*"Daging babi hukumnya haram untuk dimakan oleh umat Islam. Diasumsikan ada suatu ketika makanan yang hanya tersedia adalah daging sapi dan daging babi tanpa ada substitusi barang lain. Pemerintah saat itu kekurangan stok makanan bagi warganya sehingga harus import dengan pilihan daging sapi atau daging babi. Masyarakat negara tersebut pada saat itu banyak yang beragama Islam. Namun, Pemerintah saat itu mengambil kebijakan menaikkan tarif import daging sapi, namun di lain hal menurunkan tarif impor daging babi, sehingga import daging babi melebihi import daging sapi. Stok daging sapi di dalam negeri terbatas, sedangkan stok daging babi melimpah menyebabkan melonjaknya harga daging sapi dan turunnya harga daging babi. Dengan harga daging sapi semakin yang tinggi maka masyarakat sulit untuk menjangkaunya, sehingga terpaksa masyarakat mengkonsumsi daging babi walaupun melanggar keyakinannya."*

Apakah kebijakan pemerintah menaikkan tarif impor daging sapi dan menurunkan tarif impor daging babi merupakan tindakan *indirect coercion*?

81. Bahwa untuk menjawab hal tersebut, dapat dilihat pada unsur-unsur *indirect coercion* dalam *general comment human rights committee*, yaitu :

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

Adanya kebijakan dapat dilihat pada adanya kebijakan tarif import. tujuan atau dampak yang sama tidak perlu pemerintah menyatakan tujuannya secara jelas atas kebijakan tersebut, namun dapat dilihat terhadap dampak yang terjadi yaitu masyarakat Islam menjadi memakan daging babi. Membatasi akses terhadap yang dijamin yaitu membatasi akses masyarakat Islam untuk memakan daging yang halal. Dalam kondisi tersebut negara telah "menciptakan" keadaan sehingga umat Islam tidak dapat memilih sesuai keyakinannya, maka dapat dikatakan secara terselubung telah melakukan "pemaksaan" agar umat Islam memakan daging babi atau melanggar keyakinannya;

82. Bahwa bagaimana **Pasal 23 ayat (1) dan (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 (2) UUPA dapat menyebabkan 2 (dua) kondisi yaitu :

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

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

83. 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;
84. 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;
85. Bahwa jika Pasal 23 ayat (1) dan (2) UUPA ditafsirkan secara *letterlijk* atau gramatikal yang dikuatkan oleh Putusan MA, 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;

86. Bahwa **kondisi ini menyebabkan ketidakpastian hukum atas transaksi yang telah dan/atau akan dilakukan oleh Pemohon di perbankan syariah, yang mana hak atas kepastian hukum telah dilindungi oleh Pasal 28D ayat (1) UUD 1945;**

87. 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 (2) UUPA Dapat Menghambat Akses Masyarakat Terhadap Layanan Perbankan Syariah**

88. 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 (2) UUPA ditafsirkan secara *letterlijk*, maka akan terdapat dua kali pembuatan Akta Jual Beli (AJB) oleh PPAT dan dua kali balik nama serta dua kali pembayaran pajak/bea peralihan hak. Hal ini menyebabkan proses yang lama dan biaya yang tinggi yang pada akhirnya masyarakat enggan ke bank syariah;

89. 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;”

90. 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.

91. Bahwa jika Pasal 23 ayat (1) dan (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;

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

93. Bahwa dilihat dari dampaknya akibat penafsiran *letterlijk* atau gramatikal Pasal 23 ayat (1) dan (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 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.

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

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

94. 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 juga 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;

95. 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?
96. Bahwa berdasarkan hal tersebut Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga pengawal konstitusi (*the guardian of constitution*) berwenang untuk memberikan penafsiran terhadap konstitusionalitas pasal-pasal Undang-Undang, dan penafsiran tersebut merupakan tafsir satu-satunya (*the sole interpreter of constitution*), sehingga makna Pasal 23 ayat (1) dan (2) UUPA wajib ditafsirkan secara tertentu agar tidak bertentangan dengan konstitusi;
97. Bahwa di lain hal, 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. Mahkamah Konstitusi harus memberikan penafsiran yang holistik dari bunyi teks, konteks pembuatan teks, dan kontekstualisasi teks pada masa saat ini;
98. Bahwa penafsiran hermeneutik dapat dilakukan terhadap Pasal 23 ayat (1) dan (2) UUPA dalam lingkup teks-konteks-kontekstualisasi sebagai berikut :
- Teks : *Setiap peralihan hak milik harus didaftarkan. Pendaftaran adalah alat bukti yang kuat atas sahnya 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.*

99. 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. 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. 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 (2) UUPA bukanlah langkah yang tepat. Kontekstualisasi Pasal 23 ayat (1) dan (2) UUPA agar tetap memberikan kepastian hukum adalah dengan memberikan batasan bahwa frase “peralihan” dalam Pasal 23 ayat (1) UUPA tidak berlaku ketika diterapkan dalam transaksi perbankan syariah, serta frase “serta sahnya peralihan” dalam Pasal 23 ayat (2) UUPA tidak berlaku ketika diterapkan dalam transaksi perbankan syariah;

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

- 1) Frase “peralihan” dalam Pasal 23 ayat (1) UUPA bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, Pasal 28E ayat (1) dan (2) UUD 1945, Pasal 29 ayat (1) dan (2) 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 Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, Pasal 28E ayat (1) dan (2) UUD 1945, Pasal 29 ayat (1) dan (2) 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 (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.*

101. 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) Dalam konteks *refinancing* berdasarkan akad *bai' wal istikjar*. Hak kebendaan apa yang beralih kepada Bank? Apakah sistem hukum tanah kita mengakomodir Nasabah sebagai Pemilik atas tanah (pemegang Sertipikat Hak Milik) menyewa tanah yang dimilikinya sendiri?
- 2) Bagaimana bentuk tanggung jawab Bank terhadap aset tanah tersebut, dimana secara prinsip syariah dalam akad *ijarah* pemilik benda bertanggung jawab atas keberadaan benda tersebut agar penyewa tetap dapat memanfaatkan tanah/bangunan?
- 3) Dalam konteks kepailitan (UU No. 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan PKPU), siapa sesungguhnya pemilik atas tanah tersebut?;

102. Bahwa Mahkamah Konstitusi tidak dapat menciptakan norma baru untuk menjawab hal tersebut. Untuk menjawab permasalahan tersebut hanya bisa dilakukan dengan perubahan kebijakan setingkat undang-undang (*legislative review*). karena dampaknya sistemik berkaitan dengan undang-undang lainnya, sehingga diperlukan norma-norma baru untuk menyesuaikan dengan sistem hukum yang ada;

103. Bahwa urgensi perubahan UU Perbankan Syariah tidak dapat ditunda, karena dapat menciptakan ketidakpastian hukum baru ketika berhadapan dengan UU lainnya. Untuk hal ini Mahkamah Konstitusi dalam putusan MK

No. 22/PUU-XV/2017 telah memberikan putusan yang memerintahkan Pembentuk UU (*adressat*) untuk melakukan perubahan terhadap UU sebagaimana dinyatakan dalam Putusan tersebut :

*"Memerintahkan pembentuk undang-undang (UU) dalam jangka waktu paling lama 3 tahun melakukan perubahan terhadap UU Perkawinan, khususnya berkenaan dengan batas minimal usia perkawinan bagi perempuan,"*

Berdasarkan hal tersebut maka dari itu mengingat dampak dari Putusan MK perlu ditindaklanjuti dengan adanya upaya legislasi agar tidak menimbulkan permasalahan hukum baru yang sistemik terhadap undang-undang lainnya, maka adalah beralasan hukum jika MK memberikan *judicial order* kepada pembentuk UU sebagai *adressat* untuk melakukan perubahan terhadap UU Perbankan syariah khususnya berkenaan dengan hak kebendaan dalam transaksi perbankan syariah;

#### 4) PETITUM

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

1. Menyatakan mengabulkan permohonan Pemohon untuk seluruhnya;
2. Menyatakan frase "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 Pasal 28D ayat (1) Undang - Undang Dasar 1945, Pasal 28E ayat (1) dan (2) Undang - Undang Dasar 1945, Pasal 29 ayat (1) dan (2) Undang - Undang Dasar 1945 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 Pasal 28D ayat (1) Undang - Undang Dasar 1945, Pasal 28E ayat (1) dan (2) Undang - Undang Dasar 1945, Pasal 29 ayat (1) dan (2) Undang - Undang Dasar 1945 secara bersyarat sepanjang dimaknai berlaku terhadap transaksi di perbankan syariah;

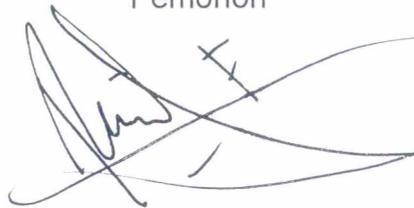


4. Menyatakan frase “peralihan” dalam Pasal 23 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (Lembaran Negara Nomor 104 Tahun 1960) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang dimaknai berlaku terhadap transaksi di perbankan syariah;
5. Menyatakan frase “serta 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) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang dimaknai berlaku terhadap transaksi di perbankan syariah;
6. 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;

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

Jakarta, 25 Maret 2021

Pemohon

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Rega Felix', is written over a horizontal line. The signature is stylized and somewhat cursive.

**Rega Felix**