

Kedudukan Hukum Perbankan Syariah dalam Sistem Perbankan Nasional

Titik Triwulan Tutik

Fakultas Syariah dan Hukum Universitas Islam Negeri Sunan Ampel Surabaya

Email: tt_titik@yahoo.com

Abstract

The development of Islamic banks as part of the Islamic economic system in Indonesia can be said late compared to that in other countries whose population is predominantly Muslim. However, the legal position of Islamic banking is juridically strong and aligned with other conventional banks. If a dispute occurs to those banks, according to the decision of Constitutional Court No. 93 / PUU-X / 2012 stating that it can be solved using two ways, namely, litigation and non-litigation. Problem solving using way of litigation becomes the absolute authority of religious courts, while problem solving using non-litigation, each party may choose the solution which is not only that explained on Article 55 paragraph (2) of Law No. 21 of 2008 concerning Islamic Banking, but it can also take other alternatives according to the deal made. Surveillance towards Islamic Banking is held not only by insider but also by independent regulatory institution namely DPS and DSN that both have duty of maintaining the Islamic banking towards an ideal situation and keep the Muslims. In addition, as a form of public participation, all Muslims have an obligation to conduct surveillance towards Islamic banking either directly or indirectly as a vehicle for commanding the good and forbidding dishonor towards the implementation of Islamic banking as the Islamic economic life.

Keywords: legal position, Islamic banking, national banking system

Abstrak

Perkembangan bank Islam sebagai bagian dari sistem ekonomi Islam di Indonesia dapat dikatakan terlambat dibandingkan negara-negara lain yang mayoritas penduduknya muslim. Namun secara yuridis formal kedudukan hukum perbankan syari'ah adalah kuat dan sejajar dengan perbankan konvensional lainnya. Jika terjadi permasalahan penyelesaian sengketa bank syariah menurut Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 dapat menggunakan 2 (dua) jalur yaitu litigasi dan non litigasi. Jalur litigasi penyelesaian sengketa bank syariah menjadi kewenangan absolut peradilan agama, sedangkan jalur

non-litigasi para pihak dapat melakukan pilihan tidak sekedar sebagaimana ditentukan dalam Penjelasan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah tetapi dapat juga menempuh alternatif lain sesuai dengan akad yang telah disepakati. Pengawasan terhadap penyelenggaraan Perbankan Syariah, selain dilakukan secara internal juga dilakukan oleh lembaga pengawas independen yaitu Dewan Pengawas Syariah (DPS) dan Dewan Syariah Nasional (DSN) yang memiliki tugas menjaga perbankan syariah untuk menuju situasi yang ideal dan menjaga kaum muslimin. Selain itu sebagai wujud partisipasi publik, semua umat Islam mempunyai kewajiban untuk melakukan pengawasan baik secara langsung maupun tidak langsung sebagai wahana amar ma'ruf nahi munkar terhadap penyelenggaraan perbankan syariah sebagai urat nadi perekonomian Islam.

Kata Kunci: kedudukan hukum, perbankan syariah, sistem perbankan nasional

Pendahuluan

Ketidakberdayaan sistem ekonomi kapitalis, sosialis dan berbagai jenis sistem lainnya telah memberikan peluang bagi perkembangan ekonomi yang bernuansa Islam. Sistem ekonomi Islam merupakan sistem ekonomi yang mandiri, bukan diadopsi dari ekonomi liberal, komunis, kapitalis dan sebagainya (Manan, 2006: 38). Sistem ekonomi Islam sebagai keijaksanaan alternatif dalam mencari jalan keluar dari kemelut ekonomi dewasa ini (Zadjuli, 1992: 31).

Perkembangan Bank Islam sebagai bagian dari sistem ekonomi Islam mulai muncul pada pertengahan abad ke-20. Yaitu diawali dengan berdirinya *Mit Ghamr Local Saving Bank* di Mesir. Akan tetapi akibat situasi politik saat itu, Bank ini diambil alih oleh Nasional Bank Of Egypt dan *Central Bank of Egypt* tahun 1967, sehingga kemudian beroperasi atas dasar riba. Pada tahun 1972, sistem bank tanpa riba diperkenalkan lagi dengan berdirinya *Nasser Social Bank* di Mesir. Tonggak sejarah lainnya bagi perkembangan bank Islam yaitu dengan didirikan *Islamic Development Bank* (IDB) pada tahun 1975 di Jeddah diprakarsai oleh Negara Anggota Organisasi Konferensi Islam (OKI). IDB ini kemudian memainkan peran penting dalam memenuhi kebutuhan dana negara-negara muslim untuk pembangunan. Akhimya berdirinya IDB memotiva. Di banyak negara lain untuk mendirikan lembaga keuangan syariah, sehingga akhir tahun 1970-an dan awal dekade 1980-an

bank-bank bermunculan di Mesir, Sudan, negara-negara Teluk, Pakistan, Iran, Malaysia, Banglades, dan Turki (Saeed, 2004: 16).

Di Indonesia, perbankan Islam dapat dikatakan terlambat dibandingkan negara-negara lain yang mayoritas penduduknya muslim. Setelah munculnya bank-bank syari'ah di negara-negara lain, pada awal tahun 1980 diskusi mengenai bank syari'ah sebagai pilar ekonomi Islam mulai dilakukan. Konkritnya pada tahun 1991 dibentuk suatu Akte Pendirian PT Bank Muamalat Indonesia sebagai hasil musyawarah nasional Majelis Ulama Indonesia pada tahun 1990 yang menginginkan adanya pendirian bank Islam di Indonesia (Antonio, 1999: 278).

Bank Syari'ah di Indonesia secara resmi *juridis* diperkenalkan pada tahun 1992 sejalan dengan diberlakukannya Undang-undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan. Lahirnya undang-undang ini menandakan adanya kesepakatan rakyat dan bangsa Indonesia untuk menerapkan dual banking sistem atau sistem perbankan ganda di Indonesia. Tahapan ini merupakan tahap perkenalan *introduction* terhadap perbankan (Perwataatmadja, 2005: 1-3).

Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan tidak secara eksplisit menyebutkan adanya apa yang disebut *bank syari'ah*. Hanya ada dua pasal yang dapat dijadikan dasar yaitu Pasal 6 huruf (m) yang berkenaan dengan lingkup perbankan umum dan Pasal 13 huruf c berkenaan dengan salah satu lingkup kegiatan Bank Perkreditan Rakyat dengan isi yang sama menyebutkan bahwa “menyediakan pembiayaan bagi nasabah berdasarkan prinsip bagi hasil sesuai ketentuan yang ditetapkan dalam Peraturan Pemerintah” (Abdurrahman, 2005: 26).

Kegiatan perbankan syariah secara tegas diatur dalam Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 Tentang Perubahan Atas Undang-undang Nomor 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan. Penyebutan mengenai perbankan syari'ah dapat terlihat dari pengertian bank yang terdapat pada Pasal 1 angka 3, Bank Umum adalah bank yang melaksanakan kegiatan usaha secara konvensional maupun berdasarkan prinsip syariah yang dalam kegiatannya memberikan jasa dalam lalu lintas pembayaran. Hal ini mengingat dalam undang-undang tersebut perbankan syari'ah diberikan peluang yang luas menjalankan kegiatan usaha, termasuk membuka kesempatan kepada bank umum konvensional untuk membuka kantor cabang yang khusus melakukan

kegiatan usaha berdasarkan prinsip syari'ah (Hasanuddin, 2004: 21). Sedangkan, yang dimaksud dengan prinsip syari'ah, disebutkan dalam Pasal 1 angka 13, yaitu aturan perjanjian berdasarkan hukum Islam antara bank dan pihak lain untuk penyimpanan dana dan atau pembiayaan kegiatan usaha, atau kegiatan lainnya yang dinyatakan sesuai dengan syariah. Di sini terlihat, bahwa di Indonesia berlaku dua sistem perbankan, yaitu sistem konvensional yang menggunakan sistem bunga dan sistem syari'ah yang berlandaskan pada ketentuan Islam.

Meski secara yuridis keberadaan perbankan syariah di Indonesia sudah memiliki legitimasi yang begitu kuat, tetapi dalam batas-batas tertentu masih menempati posisi "alternatif pilihan". Persoalan paling besar dalam pengembangan amanah ini adalah, stigma publik yang masih menganggap bahwa Bank Syari'ah hanya diperuntukkan bagi umat Islam saja dalam melakukan transaksi bisnis. *Kedua*, penyelesaian sengketa transaksi Bank Syariah yang memberikan kompetensi absolut kepada Pengadilan Agama. Padahal stigma yang berkembang Pengadilan Agama adalah "pengadilan cerai" yang tentu tidak cakap menyelesaikan sengketa perbankan syari'ah.

Stigma di atas tidaklah lahir dari ruang kosong. *Pertama*, patut disadari bahwa keberadaan Perbankan Syari'ah dalam lintasan bisnis di Indonesia relatif baru jika dibandingkan dengan Perbankan Umum. *Kedua*, keberadaan Pengadilan Agama sebagai pengadilan yang memiliki kompetensi absolut terhadap sengketa perkara bank Syari'ah senyataannya masih didominasi perkara lainnya seperti perceraian. Sementara perkara-perkara lain masih sangat terbatas, terlebih perkara perbankan syari'ah: sangat langka. Kelangkaan perkara perbankan syari'ah, tentunya tidak terlepas dari momok penjelasan Pasal 52 Ayat (2) UU Nomor 21 tahun 2008.

Tabel 1

Jenis perkara yang masuk pada Peradilan Agama

No	Jenis perkara	Jumlah	Prosentase (%)
1	Cerai gugat	236.666	58,9
2	Cerai talak	107.780	26,6
3	<i>Isbat</i> nikah	31.927	7,8
4	Ekonomi syariah	31	0,01
Total		404.857	100

Sumber: <http://badilag.net/>

Berdasarkan data tersebut, jelas bahwa betapa minimnya perkara yang terkait dengan perbankan syar'ah jika dibandingkan dengan perkara perkawinan dan perceraian. Minimnya perkara perbankan syari'ah pada Pengadilan Agama ini tentu sangat membatasi pengalaman para hakim dalam menangani perkara tersebut.

Berdasarkan kenyataan demikian, studi terhadap “Kedudukan Hukum Perbankan Syariah Dalam Sistem Perbankan Nasional” ini sangatlah penting untuk ditinjau dari perspektif yuridis. Hal ini dalam rangka terjadinya keseimbangan (*balancing*) dan sinkronisasi perbankan nasional, bukan malah sebaliknya melahirkan permasalahan baru. Adapun yang menjadi sasaran kajian dan sekaligus pertanyaan (isu hukum) yang memerlukan jawaban adalah: 1) Bagaimanakah keberadaan dari undang-undang yang mengatur tentang perbankan syari'ah? 2) Bagaimanakah mekanisme penyelesaian sengketa dalam sistem transaksi perbankan syari'ah? 3) Bagaimanakah sistem pengawasan perbankan syari'ah.

Pengaturan Sistem Perbankan Syari'ah di Indonesia

Tinjauan Umum Tentang Bank Syari'ah

Bank muamalat atau bank Islam atau Bank Syari'ah (*Islamic Bank*) adalah lembaga keuangan yang usaha pokoknya memberikan kredit dan jasa-jasa lalu lintas pembayaran serta peredaran uang yang pengoperasiannya disesuaikan dengan prinsip-prinsip syariah Islam. Kenyataan di masyarakat, mungkin terdapat kesimpangsiuran mengenai pemahaman tentang pengertian lembaga keuangan dengan bank muamalat. Lembaga keuangan dapat dikatakan sebagai badan usaha yang kekayaannya terutama dalam bentuk asset keuangan atau tagihan (*claim*) serta asset non finansial atau asset riil dan memberikan pelayanan jasa dalam bentuk skim tabungan (*depositori*), proteksi asuransi, program pensiun, dan penyediaan sistem pembayaran melalui mekanisme transfer dana (Siamat, 1999: 34).

Jika dilihat dari dua pengertian di atas, antara lembaga keuangan dengan bank muamalat memiliki persamaan yaitu sebagai badan usaha yang bergerak dalam bidang pengelolaan keuangan dan pendanaan maupun investasi. Pernyataan ini diperkuat oleh Peraturan Pemerintah Nomor 70

Tahun 1992, tentang perubahan lembaga keuangan bukan bank (LKBB) menjadi bank umum. Bank umum menurut UU No. 7 Tahun 1992, disamping melakukan kegiatan usaha secara konvensional dapat juga melakukan kegiatan usaha berdasarkan prinsip syariah. Pendiri lebih menyukai bentuk lembaga keuangan, mungkin karena lapangan maupun orientasi usahanya masih dalam lingkup yang kecil. Sedangkan pendirian sebuah bank, memerlukan *capital adequacy ratio* (CAR) 8% berdasarkan rasio kecukupan modal perbankan. Pada dasarnya lembaga keuangan, bank konvensional, maupun bank Islam (bank Muamalat) merupakan bagian dari manajemen keuangan modern.

Lembaga keuangan syariah maupun bank Muamalat, sebagai lembaga keuangan Islam dan alternatif pengganti bank-bank konvensional memiliki ciri-ciri keistimewaan sebagai berikut :

- a. Adanya kesamaan ikatan emosional yang kuat antara pemegang saham, pengelola bank dan nasabahnya.
- b. Diterapkannya sistem bagi hasil sebagai pengganti bunga, sehingga akan berdampak positif dalam menekan cost push inflation dan persaingan antar bank.
- c. Tersedianya fasilitas kredit kebaikan (*Al-Qardhul Hasan*) yang diberikan secara Cuma-Cuma
- d. Konsep (*build in concept*) dengan berorientasi pada kebersamaan: (1) Mendorong kegiatan investasi dan menghambat simpanan yang tidak produktif melalui sistem operasi profit and loss sharing; (2) Memerangi kemiskinan dengan membina golongan ekonomi lemah dan tertindas, melalui bantuan hibah yang dilakukan bank secara produktif, (3) Mengembangkan produksi, menggalakkan perdagangan dan memperluas kesempatan kerja melalui kredit pemilikan barang atau peralatan modal dengan pembayaran tangguh dan pembayaran cicilan, dan (4) Meratakan pendapatan melalui sistem bagi hasil dan kerugian, baik yang diberikan kepada bank itu sendiri maupun kepada peminjam.
- e. Penerapan sistem bagi hasil yang tidak membebani biaya diluar kemampuan nasabah dan akan terjamin adanya “keterbukaan”.
- f. Menciptakan alternatif kehidupan ekonomi yang berkeadilan dalam kehidupan modern (Nasution, 2003: 40).

Fungsi dan Usaha Bank Syari'ah

Di Indonesia, keberadaan bank syari'ah sudah ada sejak pertengahan tahun 1992, tepatnya setelah disahkannya UU No. 7 Tahun 1992 sebagai dasar hukum, yang kemudian dirubah menjadi UU No. 10 Tahun 1998. kebijakan perundangan ini diperkuat oleh Keputusan Menteri Koperasi Pengusaha Kecil dan Menengah Republik Indonesia No. 53/BH/KDK 13.32/1.2/XII/1998, pengesahan Perubahan Anggaran Dasar Koperasi No. 165/PAD/KDK 13.32/1.2/V/1999, serta izin usaha dari Menteri Keuangan untuk beroperasi dengan prinsip bagi hasil seperti bank perkreditan rakyat (BPR) Syariah. Berdasarkan beberapa dasar hukum ini, bank muamalat memiliki kesamaan fungsi dengan bank umum. Fungsi-fungsi bank umum sebagaimana yang dimaksud antara lain:

1. Menyediakan mekanisme dan alat pembayaran yang lebih efisien dalam kegiatan ekonomi. Bank wajib menyediakan mekanisme dan alat pembayaran yang lebih efisien kepada nasabahnya, seperti penyediaan fasilitas kartu kredit, ATM, serta mekanisme jasa kliring dan inkaso.
2. Menciptakan uang. Menciptakan uang yang dimaksud bukanlah seperti fungsi pada bank Indonesia. Menciptakan uang dalam hal ini adalah bagaimana bank muamalat dalam kegiatan operasionalnya seperti bank konvensional, dapat memberikan perolehan hasil secara maksimal. Perolehan hasil ini merupakan balas jasa (keuntungan) yang diterima dalam bentuk uang, yang dapat digunakan kembali untuk memperlancar kegiatan operasional bank atau disimpan sebagai cadangan modal.
3. Menghimpun dana dan menyalurkannya kepada masyarakat. Kegiatan menghimpun dana dapat dilakukan dengan cara menawarkan jasa dalam bentuk tabungan, deposito berjangka, giro maupun penerimaan dana sesuai dengan syariah Islam. Penyaluran kembali dana ke masyarakat dapat dalam bentuk pemberian kredit dan bentuk-bentuk pendanaan lainnya. Dalam penyaluran kembali dana masyarakat, bank memperoleh balas jasa dalam bentuk bagi hasil berdasarkan kesepakatan kedua belah pihak. Tujuan dari perputaran dana ini adalah sebagai perolehan hasil (profit) dan mobilisasi dana dapat terus berjalan.
4. Menawarkan jasa-jasa keuangan lainnya. Jasa-jasa keuangan lainnya yang dapat ditawarkan oleh bank muamalat, antara lain: (1) Transfer antar

bank dalam kota atau luar negeri, (2) Kliring (*clearing*), (3) *Inkaso*, (4) *Safe deposit box*, (5) *Bank card*, (6) *Bank notes*, (7) *Travelers cheque*, (8) *Letter of credit* (L/C), (9) Bank garansi, (10) Jasa-jasa dipasar modal, dan (11) Menerima setoran-setoran lain (Siamat, 199: 34).

Menurut Siamat (1999: 35), kegiatan usaha bank yang dapat dilakukan berdasarkan UU No. 10 Tahun 1998 tentang perbankan, antara lain:

- a. Menghimpun dana dari masyarakat. Penghimpunan atau mobilisasi dana dapat melalui sarana tabungan, deposito berjangka dan giro.
- b. Memberikan kredit. Kredit yang diberikan dapat dalam bentuk pendanaan kegiatan ekonomi masyarakat maupun barang kebutuhan konsumen.
- c. Menerbitkan surat pengakuan utang.
- d. Membeli, menjual atau menjamin atas resiko sendiri maupun untuk kepentingan dan atas perintah nasabahnya: (1) Surat-surat wesel termasuk wesel yang disekap oleh bank. (2) Surat pengakuan utang. (3) Kertas perbendaharaan negara dan surat jaminan pemerintah. (4) Sertifikat Bank Indonesia (SBI). (5) Obligasi. (6) Surat dagang berjangka waktu sampai dengan 1 (satu) tahun, dan (7) Instrumen surat berharga lain yang berjangka waktu sampai dengan 1 (satu) tahun.
- e. Memindahkan uang baik untuk kepentingan sendiri maupun untuk kepentingan nasabah.
- f. Menempatkan dana pada, meminjam dana dari, atau meminjamkan dana kepada bank lain, baik dengan menggunakan surat, sarana komunikasi maupun dengan wesel.
- g. Menerima pembayaran dari tagihan atas surat berharga dan melakukan perhitungan dengan atau antara pihak ketiga.
- h. Menyediakan tempat untuk menyimpan barang dan surat berharga.
- i. Melakukan kegiatan penitipan untuk kepentingan pihak lain berdasarkan suatu kontrak (*custodian*).
- j. Melakukan penempatan dana dalam bentuk surat berharga yang tidak tercatat di bursa efek.
- k. Membeli melalui pelelangan agunan baik semua maupun sebagian dalam hal debitur tidak memenuhi kewajibannya kepada bank, dengan ketentuan agunan yang dibeli tersebut wajib dicairkan secepatnya.

- l. Melakukan kegiatan anjak piutang (*factoring*) kartu kredit dan kegiatan wali amanat (*trustee*).
- m. menyediakan pembiayaan dengan prinsip bagi hasil.
- n. Melakukan kegiatan lain, misalnya kegiatan transaksi dalam valuta asing, melakukan penyertaan modal atau usaha lain di bidang keuangan seperti sewa guna usaha, modal ventura, perusahaan efek, dan asuransi, serta melakukan penyertaan modal sementara untuk mengatasi akibat kegagalan kredit.
- o. Kegiatan lain yang lazim dilakukan oleh bank sepanjang tidak bertentangan dengan undang-undang.

Mekanisme Penyelesaian Sengketa dalam Sistem Transaksi Perbankan Syari'ah

Sebelum kita melangkah lebih jauh mengenai kontrak antara nasabah dengan bank marilah terlebih dahulu kita meninjau apa sebenarnya yang dimaksud dengan kontrak tersebut. Banyak defenisi tentang kontrak telah diberikan, masing-masing tergantung kepada bagian-bagian mana dari kontrak tersebut yang dianggap sangat penting dan bagian tersebutlah yang ditonjolkan dalam defenisi tersebut.

Secara etimologis kontrak (yang dalam bahasa Arab) diistilahkan dengan *Mu'ahadah Ittifa* atau *Akad*, dalam konsep fiqh mu'amalah istilah kontrak lebih dikenal dengan sebutan *akad* menurut istilah Fuqaha' (Ash Shiddieqy, 1974: 10) dapat berarti:

ارتباط ايجاب بقبول على وجه مشروع يظهر اثره في محله

“Akad ialah Perikatan ijab dengan qabul cara-cara yang disyariatkan yang mempunyai dampak pada yang diakadkan itu.

Berdasarkan konteks tersebut, dalam *akad* terdapat beberapa unsur: yaitu adanya ijab-qabul, berdasarkan cara-cara yang disyariatkan dan memiliki dampak terhadap sesuatu yang dikadkan. Selain istilah tersebut menurut *Black.s Law Dictionary* kontrak didefinisikan sebagai suatu kesepakatan yang diperjanjikan (*promissory agreement*) di antara dua atau lebih pihak

yang dapat menimbulkan memodifikasi, atau menghilangkan hubungan hukum (Black, 1968: 394). Selanjutnya Steven H. Gifis memberikan pengertian kepada kontrak sebagai suatu perjanjian, atau seperangkat perjanjian dimana hukum memberikan ganti rugi terhadap wanprestasi terhadap kontrak tersebut, atau terhadap pelaksanaan kontrak tersebut oleh hukum dianggap sebagai suatu tugas (Wijayanto, 2010: 138).

Meyangkut apa yang telah diperkontrakan, masing-masing pihak haruslah menghormati terhadap apa yang telah mereka perjanjikan sebab di dalam ketentuan hukum yang terdapat dalam Al Quran antara lain dalam surat Al Maidah ayat 1:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ ٱلْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتَىٰ
عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ ﴿١﴾

Hai orang-orang yang beriman, penuhilah aqad-aqad itu. Dihalalkan bagimu binatang ternak, kecuali yang akan dibacakan kepadamu. (Yang demikian itu) dengan tidak menghalalkan berburu ketika kamu sedang mengerjakan haji. Sesungguhnya Allah menetapkan hukum-hukum menurut yang dikehendaki-Nya. (Departemen Agama RI, 1412 H: 156)

Adapun yang dimaksud dengan *akad* atau kontrak adalah janji setia kepada Allah SWT, dan juga meliputi perjanjian yang dibuat oleh manusia dengan sesama dalam pergaulan hidupnya sehari-hari (Pasaribu, 1996: 2). Dari ketentuan hukum tersebut dapat dilihat, bahwa apapun alasannya merupakan suatu perbuatan melanggar hukum dan apabila seseorang itu telah melakukan sesuatu perbuatan yang melanggar hukum, maka pelakunya dapat dijatuhkan suatu sanksi. Penjatuhan sanksi tersebut alasan mengatur suatu kontrak atau yang dalam istilah lain dinamakan dengan “wanprestasi”.

Kontrak antara nasabah dan bank, pada umumnya mengikuti aturan sebagaimana yang telah dipersyaratkan dalam hukum kontrak. Agar suatu kontrak oleh hukum dianggap sah sehingga mengikat kedua belah pihak, maka kontrak tersebut haruslah memenuhi syarat-syarat tertentu (Mukkaram, 2004: 437). Syarat sahnya kontrak tersebut dapat digolongkan sebagai berikut: *Pertama*, Syarat sah yang umum, yang terdiri dari: (1) Kesepakatan

kehendak, (2) Wewenang berbuat, (3) Perihal tertentu, dan (4) Kausa yang legal. Selain itu ada juga syarat lain yaitu: (1) Syarat itikad baik, (2) Syarat sesuai dengan kebiasaan, (3) Syarat sesuai dengan kepatutan, dan (4) Syarat sesuai dengan kepentingan umum.

Kedua, Syarat sah yang khusus, yang terdiri dari: (1) Syarat tertulis untuk kontrak-kontrak tertentu, (2) Syarat akta notaris untuk kontrak-kontrak tertentu, (3) Syarat akta pejabat tertentu (yang bukan notaris) untuk kontrak-kontrak tertentu, dan (4) Syarat izin dari yang berwenang.

Yang merupakan konsekuensi dari tidak terpenuhinya salah satu atau lebih dari syarat-syarat sahnya kontrak tersebut bervariasi mengikuti syarat mana yang dilanggar. Sehingga jika terjadi sengketa konsekuensi hukumnya adalah sebagai berikut :

- 1) Batal demi hukum (*netig, null and void*), misalnya dalam hal dilanggar syarat objektif diantaranya jika melanggar perihal tertentu dan kausa yang legal.
- 2) Dapat dibatalkan (*vernietigbaar, voidable*), misalnya tidak terpenuhinya syarat subjektif diantaranya kesepakatan kehendak dan kecakapan berbuat.
- 3) Kontrak tidak dapat dilaksanakan (*unenforceable*), kontrak yang tidak dapat dilaksanakan adalah kontrak yang tidak begitu saja batal tetapi tidak dapat dilaksanakan, melainkan masih mempunyai status hukum tertentu. Bedanya dengan kontrak yang batal (demi hukum) adalah bahwa kontrak yang tidak dapat dilaksanakan masih mungkin dikonversi menjadi kontrak yang sah. Sedangkan bedanya dengan kontrak yang dapat dibatalkan (*voidable*) adalah bahwa dalam kontrak yang dapat dibatalkan, kontrak tersebut sudah sah, mengikat dan dapat dilaksanakan sampai dengan dibatalkan kontrak tersebut, sementara kontrak yang tidak dapat dilaksanakan bukan mempunyai kekuatan hukum sebelum dikonversi menjadi kontrak yang sah (Fuady, 2001: 34).
- 4) Sanksi administrasi, jika tidak terpenuhi syarat kontrak hanya mengakibatkan dikenakan sanksi administrasi saja terhadap salah satu pihak atau kedua belah pihak dalam kontrak tersebut.

Dalam kontrak antara nasabah dengan bank dalam transaksi perbankan syari'ah, terdapat 8 (delapan) asas yang mendasari akad secara

umum, yang harus dilindungi dan dijamin yaitu: (a) Rela sama rela (*ridha'iyah*); (b) Manfaat bagi bank dan nasabah; (c) Keadilan dalam arti yang luas; (d) Saling menguntungkan; (e) Kebebasan berkontrak; (f) Kepastian hukum; (g) Itikad baik dalam berbisnis; dan (h) Tradisi ekonomi masyarakat.

Selain delapan asas tersebut, dalam lembaga keuangan syari'ah juga dikenal azaz kebebasan berkontrak sebagaimana yang diatur dalam konsep-konsep hukum bisnis Islam (*fiqh mu'amalah*) yang meliputi: *Pertama*, Hukum kontrak bersifat hukum mengatur, artinya bahwa hukum tersebut baru berlaku sepanjang para pihak tidak mengaturnya lain. Jika para pihak dalam berkontrak mengaturnya secara lain dari yang diatur dalam hukum kontrak, maka yang berlaku adalah apa yang diatur sendiri oleh para pihak tersebut kecuali undang-undang menentukan lain. *Kedua*, azaz kebebasan kontrak (*freedom of contract*). Artinya para pihak bebas membuat kontrak dan mengatur sendiri isi kontrak tersebut, sepanjang memenuhi ketentuan: (1) tidak dilarang oleh peraturan syari'at atau undang-undang; (2) sesuai dengan kebiasaan yang berlaku; (3) sepanjang kontrak tersebut dilaksanakan dengan itikad baik; *Ketiga*, Azaz janji mengikat (*sunt servanda*) bahwa suatu kontrak yang dibuat secara sah mempunyai ikatan hukum yang penuh; *Keempat*, asas konsensus, bahwa suatu kontrak sudah sah dan mengikat ketika tercapai *Kelima*, asas kontrak bersifat obligator, maksudnya adalah setelah sahnya suatu kontrak, maka kontrak tersebut sudah mengikat, tetapi baru sebatas menimbulkan hak dan kewajiban di antara para pihak. Keenam, azaz jelas dan gamblang, bahwa apa yang dikontrakkan oleh para pihak harus terang sehingga tidak mengakibatkan terjadinya kesalahpahaman atau terdapat jangam sampai terjadi multitafsir di antara para pihak tentang apa yang telah mereka sepakati di kemudian hari.

Namun pada dasarnya setiap kontrak yang dibuat dalam lembaga keuangan syari'ah disyaratkan harus dibuat dalam bentuk tertulis, atau bahkan harus dibuat oleh atau di hadapan pejabat tertentu, sehingga disebut dengan kontrak formal.

Penyelesaian Sengketa dalam Perbankan Syari'ah sebelum Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012

Penegasan adanya prinsip syariah dalam Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 merupakan salah satu yang membedakan antara bank konvensional dengan bank syari'ah. Perbedaan lain yang menonjol adalah mengenai penyelesaian sengketa. Dalam perjalanan sejarah penyelesaian sengketa bank syari'ah, setidaknya ada 3 (tiga) lembaga yang mempunyai kompetensi untuk menanganinya yaitu arbitrase, peradilan umum dan peradilan agama. Dua lembaga terakhir merupakan lembaga peradilan yang seringkali disebut dengan litigasi, sedangkan satu lembaga lain adalah proses di luar pengadilan (non litigasi).

Kewenangan arbitrase menyelesaikan perbankan syari'ah dapat didasarkan atas kesepakatan ketika membuat perjanjian *pactum de compromittendo* atau dibuat ketika terjadi sengketa *akta* kompromis (Ngatino, 1999: 21). Penyelesaian sengketa melalui arbitrase sering sekali dilakukan dalam dunia bisnis (termasuk dunia perbankan). Pilihan ini lebih disebabkan banyaknya kelebihan arbitrase dibandingkan proses litigasi (Harahap, 1994: 20).

Proses hukum yang memerlukan waktu panjang, biasanya dijadikan alasan utama dalam memilih arbitrase disamping penyelesaian arbitrase yang bersifat *win win solution* dan tidak menempatkan para pihak sebagai lawan. Penanganan sengketa syari'ah oleh badan arbitrase telah dirintis oleh BAMUI (Badan Arbitrase Mualamat Indonesia) yang dibentuk pada tahun 1993 untuk menyelesaikan sengketa bidang mu'amalat (Dewi, 2005: 183; Dimiyati, 1994: 191). Dalam perkembangannya BAMUI kemudian menjadi cikal bakal BASYARNAS (Badan Arbitrase Syariah Nasional) (Jauhari, 2004: 15).

Selain arbitrase, peradilan umum berwenang menyelesaikan sengketa perbankan syari'ah berdasarkan Pasal 50 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2004 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 Tentang Peradilan Umum yang menyebutkan bahwa Pengadilan Negeri bertugas dan berwenang memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara pidana dan perkara perdata di tingkat pertama. Sejak lahirnya perbankan syari'ah (kelahiran Bank Mu'alamat Indonesia tahun 1991), peradilan umum mempunyai kewenangan untuk menyelesaikan sengketa perbankan syari'ah, namun sejak tahun 2006 penyelesaian sengketa perbankan syari'ah beralih

menjadi kewenangan Pengadilan Agama berdasarkan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama (Mahir, 2012: 355).

Berdasarkan Pasal 49 Undang-Undang tersebut Pengadilan Agama bertugas dan berwenang, memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara ditingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang: (1) Perkawinan; (2) Waris, (3) Wasiat, (4) Hibah, (5) Wakaf, (6) Zakat, (7) Infaq, (8) Shadaqah, dan (9) Ekonomi syari'ah (Latuconsina, 2008: 126; Sugiswati, 1998: 53).

Dalam Penjelasan Pasal 49 huruf i mengenai ekonomi syariah mencakup 11 termasuk di dalamnya bank syariah. Sejak lahirnya Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 jo. Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama maka berdasarkan asas hukum *lex specialis derogat lex generalis* (Mahir, 2012: 356) Pengadilan Negeri sudah tidak berwenang lagi menyelesaikan sengketa ekonomi syari'ah.

Namun demikian dalam sengketa yang berkaitan dengan hak milik atau sengketa keperdataan lain antara orang-orang yang beragama Islam dan non Islam mengenai sengketa sebagaimana dimaksud dalam Pasal 49 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 sangat terkait dengan peradilan umum (Anshori, 2006: 145). Hal ini ditegaskan pada Pasal 50 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 jo. Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 ayat (1) dari Pasal 50 menegaskan tentang kewenangan Peradilan Umum manakala terjadi sengketa kepemilikan atas obyek dari pasal 49. Sedangkan ayat (2) merupakan pembahasan eksepsionalnya, di mana ketika para pihak yang bersengketa adalah orang-orang yang beragama Islam, maka sengketa kepemilikan tersebut diselesaikan bersama-sama dengan sengketa yang terdapat pada Pasal 49.

Setelah lahirnya Undang-Undang Perbankan Syariah selain Pengadilan Agama yaitu Pengadilan Negeri dan Arbitrase mempunyai peluang yang sama dalam penyelesaian sengketa syariah. Pasal 55 Undang-Undang Perbankan Syariah berbunyi:

- (1) Penyelesaian sengketa Perbankan Syariah dilakukan oleh pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama.

- (2) Dalam hal para pihak telah memperjanjikan penyelesaian sengketa selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1), penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan isi akad.
- (3) Penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak boleh bertentangan dengan Prinsip Syari'ah.

Penjelasan dari ayat (2) di atas menyebutkan bahwa pihak yang berwenang menyelesaikan sengketa sesuai dengan isi akad adalah upaya dengan musyawarah, mediasi perbankan, badan arbitrase Syariah Nasional atau lembaga arbitrase lain serta melalui pengadilan dalam lingkungan peradilan umum.

Secara materil substansial Pasal 55 Undang-Undang Perbankan Syariah telah memunculkan kembali kompetensi absolute peradilan umum terhadap sengketa ekonomi syari'ah yang sebelumnya telah dilimpahkan kepada peradilan agama.

Penyelesaian sengketa selain melalui peradilan agama (mediasi, arbitrase dan peradilan umum) sangat tergantung terhadap kontrak yang dibuat ketika nasabah dan bank melakukan transaksi perbankan. Seperti halnya dalam sengketa perbankan konvensional, penanggannya sangat tergantung kepada kontrak yang dibuat, namun dalam penanganan sengketa perbankan syari'ah terdapat perbedaan baik secara formil maupun materil.

Perbedaan secara formil, Pengadilan Agama mempunyai kewenangan terhadap penanganan sengketa ekonomi syari'ah berdasarkan Undang-Undang Peradilan Agama yaitu Undang-Undang Nomor Nomor 3 Tahun 2006 jo. Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989, sedangkan Pengadilan Negeri mempunyai kewenangan menyelesaikan sengketa syari'ah berdasarkan pada akad yang dibuat saat transaksi perbankan. Adapun kewenangan yang diberikan oleh Undang-Undang Peradilan Umum yaitu Undang-Undang Nomor Nomor 8 Tahun 2004 jo. Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 telah *dinasakh* oleh Undang-Undang Peradilan Agama. Dari sisi materil kewenangan Pengadilan Agama ditentukan langsung oleh Undang-Undang Perbankan Syariah, sesuatu yang berbeda yang tidak pernah terjadi pada Pengadilan Negeri, sebab meskipun Pengadilan Negeri berwenang menyelesaikan sengketa perbankan konvensional dan pernah berwenang menyelesaikan sengketa syari'ah hanya ditetapkan berdasarkan Undang-

Undang Peradilan Umum, bukan berdasarkan Undang-Undang Perbankan (Junaidy, 2004: 544).

Penyelesaian Sengketa dalam Perbankan Syariah Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012

Setiap bentuk perjanjian dalam hukum Islam wajib ditaati oleh para pihak yang membuatnya sepanjang tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip syariah sebagaimana yang tertuang dalam Firman Allah QS. Al – Maidah (5): 1: sebagai berikut: “*Hai orang-orang yang beriman! Penuhilah akad-akad itu...*”.

Penyelesaian sengketa bank syariah dapat menggunakan jalur peradilan umum. Namun demikian ada permasalahan hukum yang dapat muncul dalam ketentuan hukum positif yang dipakai oleh hakim dalam mengadili sengketa tersebut. Sebagai contoh dalam penyelesaian sengketa L/C. Penyelesaian sengketa perdata melalui badan peradilan Indonesia pada umumnya menggunakan ketentuan berdasarkan KUH Perdata. Sementara itu ketentuan L/C syariah mengacu selain tunduk pada ketentuan hukum nasional juga tidak boleh bertentangan dengan ketentuan Syariah Islam.

Untuk menjembatani adanya perbedaan hukum yang berlaku dalam perjanjian antara nasabah dan bank syariah apakah KUHPperdata sebagai hukum positif yang diakui di Indonesia atau hukum Islam. Sutan Remy Sjahdeini (2002: 135) dalam bukunya “Perbankan Islam dan Kedudukannya dalam Tata Hukum Perbankan Indonesia” mengemukakan:

Selain asas kebebasan berkontrak dalam Pasal 1338 KUHPperdata, terdapat asas lain yang harus diperhatikan dalam hukum perjanjian. Asas tersebut menentukan bahwa apabila di dalam perjanjian tidak diatur mengenai hal yang dipermasalahkan oleh para pihak, tetapi hal itu telah diatur oleh hukum perjanjian dalam KUHPperdata, maka ketentuan dalam KUHPperdata itu yang diberlakukan. Namun jika hal tersebut telah diatur dalam perjanjian, tetapi isinya berbeda dengan pengaturan dalam KUHPperdata, maka yang harus diberlakukan adalah ketentuan dalam perjanjian itu dengan ketentuan sepanjang pengaturan dalam hukum perjanjian tidak merupakan ketentuan yang tidak boleh disimpangi (ketentuan tersebut bersifat memaksa atau *dwingendrecht*). Jika ketentuan dari hukum perjanjian dalam KUHPperdata

tersebut merupakan ketentuan yang tidak boleh disimpangi (bersifat memaksa), maka sesuai dengan asas bahwa isi perjanjian tidak boleh bertentangan dengan undang-undang ketentuan dari hukum perjanjian itu harus diberlakukan, sedangkan ketentuan-ketentuan dari perjanjian itu batal demi hukum.

Selanjutnya Sutan Remy Sjachdeini (2002: 136) mengemukakan, bahwa sebagian besar ketentuan-ketentuan hukum perjanjian dalam KUH-Perdata bersifat tidak memaksa (*aanvullend recht*), artinya, boleh disimpangi oleh para pihak dengan membuat ketentuan-ketentuan dan syarat-syarat lain di dalam perjanjian yang dibuat oleh mereka.

Kebebasan untuk memilih termasuk “kebebasan untuk berkontrak” bagi setiap individu selain bersifat kudrati dan hak paling asasi serta merupakan bagian dari pengertian yang lebih luas dari definisi ibadah mu’amalah (Mugiyati, 2012: 274), maka dalam hubungan dengan negara, juga mendapat jaminan dalam Undang-Undang Dasar 1945 Pasal 29 yakni, “negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu”. Dengan demikian jaminan UUD 1945 ini harus dipandang sebagai adanya kebebasan bagi kaum muslimin untuk melakukan aktivitas keperdataan sesuai dengan konsep syariah Islam sebagai keyakinan yang dianutnya.

Demikian pula dalam hubungan jual beli antara importir dan eksportir, juga termasuk kontrak internasional, mengingat kedua belah pihak berada dalam wilayah negara yang berbeda.. Dalam hal ini, jika terjadi sengketa diantara mereka, penyelesaian hukum yang digunakan dapat menggunakan prinsip-prinsip penyelesaian sengketa perdata internasional.

Dalam penyelesaian sengketa perdata internasional, pada umumnya para pihak diberi kebebasan untuk menentukan sendiri forum dan hukum yang dapat mereka gunakan untuk menyelesaikan sengketa yang dapat timbul dalam pelaksanaan transaksi tersebut sepanjang tidak bertentangan dengan hukum, kesusilaan, dan ketertiban umum di masing-masing dinegara yang berlaku.

Jika dalam kontrak perdata internasional tidak dicantumkan pilihan forum maupun pilihan hukumnya, Hukum Perdata Internasional memberikan

beberapa teori mengenai cara-cara penyelesaian sengketa sebagai berikut: *Pertama, Teori Lex Loci Contractus*; yaitu hukum suatu kontrak ditentukan oleh hukum dimana kontrak itu dibuat. Namun dalam perkembangan praktek dagang internasional hal ini ada kesulitan untuk menentukan tempat jika para pihak yang melangsungkan suatu kontrak tidak bertemu muka secara langsung (Gautama, 1998: 12-13). Sebagai contoh dalam aplikasi penerbitan L/C, hal ini dapat terjadi jika para pihak membuat kesepakatan tidak bertemu secara langsung, tetapi menggunakan melalui media elektronik, misalnya dengan menggunakan media internet. *Kedua, Teori Lex Loci Solutionis*; yaitu hukum yang berlaku atas suatu kontrak didasarkan pada tempat dimana perjanjian itu dilaksanakan. Pada umumnya memang lazim dalam kontrak-kontrak dagang internasional, sesuai dengan praktek perdagangan yang menjadi kebiasaan, bahwa ditentukan tempat penyerahan barang-barang bersangkutan atau dimana jasa-jasa yang harus diberikan akan diterima. Namun teori ini juga dapat menimbulkan kesulitan jika ada beberapa tempat pelaksanaan kontrak tersebut (Gautama, 1998: 16-17). Dalam hubungannya dengan praktek penerbitan L/C, tampaknya juga ada kesulitan mengingat penerbitan L/C melibatkan tempat wilayah yang berbeda antara Negara importir dan eksportir. *Ketiga, The Proper Law of the Contract*; yaitu hukum yang berlaku atas suatu kontrak berdasarkan “*intention of the parties*” yakni maksud para pihak dengan melihat fakta-fakta yang secara tidak langsung menunjukkan keinginan para pihak untuk memberlakukan suatu hukum tertentu. *Keempat, The Most Characteristic Connection*; yaitu hukum yang berlaku atas suatu kontrak adalah tergantung prestasi siapa yang paling karakteristik atau paling dominan (Lita, 2011). Sebagai contoh dalam transaksi jual beli, kepentingan penjual dianggap sebagai prestasi paling dominan dalam menentukan hukum yang berlaku dalam kontrak. Dalam aplikasi L/C dianggap hukum dari pihak *beneficiary*/eksportir dianggap paling dominan.

Dilihat dari beberapa teori di atas, penggunaan dalam penyelesaian sengketa dagang internasional dapat dilihat tergantung kasus yang terjadi. Meskipun dalam praktek teori *The Proper Law of the Contract* dan *The Most Characteristic Connection* untuk masa sekarang lebih tepat untuk digunakan.

Banyaknya pilihan forum (*choice of forum*) yang dibuka oleh ketentuan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 dan penjelasannya dalam realita menimbulkan *conflict of dispute settlement* (pertentangan mengenai lembaga penyelesaian sengketa) ini sudah belasan atau malah puluhan kali terjadi baik antara Basyarnas dengan Pengadilan Negeri atau antara Basyarnas dengan Pengadilan Agama atau antara Pengadilan Agama dengan Pengadilan Negeri, yang mungkin muncul karena tidak terpenuhinya kepentingan (keinginan) para pihak atau hasil dari penafsiran masing-masing pihak terhadap ketentuan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 dan penjelasannya.

Mensikapi permasalahan tersebut Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 93/PUU-X/2012, memberikan amar putusan:

1. Penjelasan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 94, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4867) bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
2. Penjelasan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 94, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4867) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;

Amar putusan Mahkamah tersebut hakekatnya melahirkan norma baru dan jaminan kepastian hukum dalam hal penyelesaian sengketa perbankan syari'ah, yaitu: *Pertama*, pilihan forum penyelesaian sengketa yang dibuka oleh penjelasan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah dalam beberapa kasus konkret telah nyata menimbulkan ketidakpastian hukum yang dapat merugikan bukan hanya nasabah tetapi juga pihak bank yang pada akhirnya akan menyebabkan adanya tumpang tindih kewenangan untuk mengadili karena ada dua peradilan yang diberikan kewenangan untuk menyelesaikan sengketa perbankan syariah. *Kedua*, pada prinsipnya dalam sengketa perbankan syariah pihak-pihak yang bersengketa diberi kebebasan untuk menentukan mekanisme penyelesaian sengketa yang dikehendaki sesuai prinsip syariah atau hukum Islam yang termuat dalam kesepakatan tertulis antara Bank

Syariah dengan pihak lain (nasabah) yang memuat adanya hak dan kewajiban bagi masing-masing pihak yang selanjutnya kesepakatan tertulis ini dituangkan dalam bentuk akad. *Ketiga*, secara sistematis pilihan forum hukum sesuai dengan akad adalah pilihan kedua jika para pihak tidak sepakat menyelesaikan sengketa melalui Pengadilan Agama. Dengan demikian pilihan forum hukum untuk menyelesaikan sengketa perbankan syariah harus secara jelas tercantum di dalam akad (perjanjian).

Berdasarkan amar putusan Mahkamah Konstitusi kesimpulan yang bisa ditarik yang menimbulkan implikasi hukum dalam penyelesaian sengketa perbankan syari'ah, antara lain:

1. Penyelesaian sengketa perbankan syari'ah secara litigasi merupakan kewenangan absolut (mutlak) pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama;
2. Penyelesaian sengketa perbankan syari'ah secara non-litigasi tergantung para pihak yang melakukan akad dalam aktifitas perbankan syari'ah dapat membuat pilihan forum hukum (*choice of forum*) jika para pihak tidak bersepakat untuk menyelesaikan sengketa melalui Peradilan Agama selama tidak boleh bertentangan dengan prinsip syari'ah;
3. Walaupun para pihak dalam membuat akad (perjanjian) mempunyai asas kebebasan berkontrak (*freedom of making contract*) dan menjadi Undang-Undang bagi mereka yang membuatnya (asas *pacta sunt servanda*), namun suatu akad tidak boleh bertentangan dengan Undang-Undang yang telah menetapkan adanya kekuasaan (kewenangan) mutlak (absolut) bagi suatu badan peradilan untuk menyelesaikan sengketa,
4. Penyelesaian sengketa Perbankan Syariah secara litigasi menjadi kewenangan absolut Pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama, karena para pihak tidak boleh memperjanjikan lain akibat terikat dengan Undang-Undang yang telah menetapkan adanya kekuasaan (kewenangan) mutlak (absolut) bagi suatu badan peradilan untuk menyelesaikan sengketa namun secara non litigasi para pihak dibebaskan untuk membuat pilihan forum penyelesaian sengketa (*settlement dispute option*), termasuk menyelesaikan sengketanya melalui Badan Arbitrase Syariah Nasional yang putusannya bersifat final dan binding.

5. Para pihak dalam menyelesaikan sengketa perbankan syari'ah secara non-litigasi tidak hanya tergantung pada penyelesaian secara musyawarah, mediasi perbankan, arbitrase melalui Badan Arbitrase Syari'ah Nasional atau lembaga arbitrase lainnya, tetapi dapat juga menempuh proses non-litigasi lainnya seperti konsultasi, negosiasi (perundingan), konsultasi, mediasi dan non mediasi perbankan, pendapat atau penilaian ahli.

Berdasarkan ketentuan Mahkamah Konstitusi tersebut memberikan kepastian hukum bahwa setiap sengketa yang berkaitan dengan perbankan syari'ah penyelesaian secara litigasi menjadi wewenang mutlak Peradilan Agama. Sedangkan penyelesaian secara non litigasi diserahkan sepenuhnya kepada para pihak sesuai dengan pilihan yang dituangkan dalam akad yang telah disepakati saat melakukan transaksi syariah.

Mekanisme Pengawasan Perbankan Syari'ah

Menurut Harahap (2001: 14), fungsi pengawasan dapat dilakukan melalui 2 (dua) cara, yaitu: Pertama, melalui pendekatan struktur atau lembaga (*institutional approach*), yang mana pengawasan diserahkan pada lembaga tersendiri yang bertanggungjawab untuk melakukan pengawasan guna mengusahakan tujuan organisasi. Kedua, pendekatan sistem (*system approach*), yang mana sistem menjadi elemen terpenting dalam melakukan pengawasan. Sistem sendiri merupakan keseluruhan urutan prosedural yang dianut dalam menyelesaikan kegiatan rutin institusi. Sedangkan menurut Lotulung (1993: xvi-xvii), membedakan pengawasan atas 3 (tiga) hal: Pertama, ditinjau dari kedudukan badan yang melaksanakan kontrol dibedakan atas: (1) kontrol internal, yaitu pengawasan yang dilakukan oleh organisasi struktural yang masih dalam lingkup institusi, dan (2) kontrol eksternal, yaitu pengawasan yang dilakukan oleh organ atau lembaga yang secara struktural berada di luar institusi. *Kedua*, ditinjau dari segi waktu pelaksanaan, meliputi: (1) kontrol *a priori*, yaitu pengawasan yang dilakukan sebelum dikeluarkan keputusan/ketetapan peraturan lainnya, dan (2) kontrol *a posteriori*, yaitu pengawasan yang baru dilakukan setelah dikeluarkan keputusan/ketetapan peraturan lainnya. Ketiga, ditinjau dari obyek yang diawasi, meliputi: (1) kontrol segi hukum, yaitu pengawasan yang menilai segi pertimbangan yang bersifat hukum, dan (2) kontrol segi pemanfaatan.

Pengawasan terhadap penyelenggaraan lembaga adalah mutlak adanya dan merupakan harga mati yang tidak dapat ditawar lagi. Menafikan pengawasan terhadap penyelenggaraan lembaga merupakan langkah mundur dalam membangun sebuah institusi dengan prinsip *clean government* dan *good governance* (Tutik, 2011:) Begitupun dengan pengawasan terhadap keberadaan Perbankan Syari'ah.

Menurut Antonio (2007: 209), meskipun Perbankan Syari'ah berdasarkan pada ajaran Islam, kontrol harus dilakukan. Hal ini dengan pertimbangan bahwa kegiatan bank memiliki resiko tinggi karena berurusan dengan uang dalam jumlah yang sangat besar, sehingga dapat menimbulkan nita orang-orang yang terlibat didalamnya untuk melakukan kecurangan yang dapat menimbulkan kerugian bank. Untuk itulah perlu diciptakan suatu sistem kontrol yang berlapis (*multilyer audit system*).

Berdasarkan gagasan tersebut, maka dalam Perbankan Sayari'ah dikenal beberapa audit; *Pertama, Self Control* (Pengendalian Diri), yaitu pengendalian atas diri sendiri dari semua unsur yang ada dalam Perbankan Syari'ah mulai dari tingkat pimpinan sampai dengan karyawan. Dengan demikian peran bagian sumber daya insani dalam memilih karyawan yang tepat merupakan syarat mutlak. *Kedua, built in control*, bahwa setiap karyawan dalam melakukan tugas sehari-hari tidak lepas dari prosedur dan aturan yang telah ditetapkan yang meliputi *dual control, maker checker approval, limitation, segregation of duties, verification*, dan sejenisnya (Antonio, 2001: 210). *Ketiga, internal auditor*, yaitu sistem pengawasan yang dilakukan oleh: (1) *verificator* (bagian pengawasan data) yang melakukan pemeriksaan seluruh transaksi yang terjadi dimana salah satu produknya adalah adalah program *zero defect*; dan (2) auditor wilayah dan/atau inspektur pengawasan yang berfungsi melakukan operasional audit di samping audit keuangan. *Keempat, external auditor*, yaitu sistem pengawasan yang dilakukan oleh lembaga independen di luar organisasi perbankan syari'ah, seperti BI, dan akuntan public. Dan khusus untuk Perbankan Syari'ah terdapat external auditor yang dilakukan oleh Dewan Pengawas Syari'ah (DPS).

Lembaga Pengawasan Perbankan Syari'ah

Fungsi dasar Bank Syari'ah secara umum tidaklah berbeda dengan bank konvensional, sehingga prinsip pokok pengaturan dan pengawasan yang dikembangkan bagi sistem perbankan sebagaimana besar berlaku juga pada bank syari'ah. Namun adanya sejumlah perbedaan yang cukup mendasar dalam filosofi dan prinsip operasional bank syari'ah mengakibatkan adanya perbedaan pengaturan dan sistem pengawasan bank syari'ah.

Karakteristik khusus bank syari'ah yang mengakibatkan adanya perbedaan pengaturan dan pengawasan bank syari'ah terutama adalah: *Pertama*, perlunya jaminan pemenuhan ketentuan dan ketaatan pada prinsip syari'ah dalam seluruh aktivitas bank syari'ah. *Kedua*, perbedaan karakteristik operasional khususnya akibat dari pelarangan bunga yang digantikan dengan skema PLS dengan instrumen nsibah bagi hasil (Abidin, 2011: 82).

Berdasarkan dengan hal tersebut, terdaot beberapa langkah yang harus diciptakan dalam pemenuhan prinsip syar'ah; *Pertama*, menciptakan regulasi dan sistem pengawasan yang sesuai dengan karakteristik bank syari'ah. *Kedua*, menetapkan aturan tentang mekanisme pengeluaran setiap produk bank syari'ah yang memerlukan pengesahan dari DSN-MUI. *Ketiga*, menetapkan sistem pengawasan baik untuk penilaian aspek kehati-hatian dan kesesuaian operasional bank dengan ketentuan syari'ah dengan melibatkan DPS dan unsur pengawasan syari'ah lainnya (Antonio, 2001: 30-33).

Dewan Syari'ah Nasional (DSN) adalah dewan yang dibentuk MUI yang memiliki tugas dan kewenangan untuk memastikan kesesuaian antara produk, jasa, dan kegiatan usaha bank dengan prinsip syari'ah.

DSN pertama kali dibentuk berdasarkan SK MUI Kep-98/MUI/2001 tentang Susunan Pengurus Dewan Syari'ah Nasional Majelis Ulama Indonesia (DSN-MUI, masa bhakti 2000-2005 tanggal 30 Maret 2001).

DSN memiliki tugas antara lain: (1) menumbuhkembangkan penerapan nilai-nilai syari'ah dalam aktivitas keuangan dan ekonomi; (2) mengeluarkan fatwa atas jenis-jenis kegiatan keuangan; (3) mengeluarkan fatwa atas produk dan jasa keuangan syari'ah; dan (4) mengawasi penerapan fatwa yang telah dikeluarkan. Adapun wewenang dari DSN meliputi: (1) mengeluarkan fatwa yang mengikat DPS di masing-masing Lembaga Keuangan

Syari'ah (LKS) dan menjadi dasar tindakan hukum pihak terkait; (2) mengeluarkan fatwa yang menjadi landasan bagi ketentuan/peraturan yang dikelarkan oleh instansi yang berwenang, misalnya Bank Indonesia (BI); (3) memberikan rekomendasi dan/atau mencabut rekomendasi nama-nama yang akan duduk sebagai DPS pada LKS; (4) mengundang para ahli untuk menjelaskan masalah yang diperlukan dalam pembahasan ekonomi syari'ah; (5) memberikan peringatan kepala LKS atas penyimpangan dari fatwa DSN; dan (6) mengusulkan kepada instansi berwenang untuk mengambil tindakan apabila peringatan tidak diindahkan.

Dewan Pengawasan Syari'ah (DPS)

Dewan Pengawasan Syari'ah (DPS) adalah dewan yang bersifat independen yang dibentuk oleh DSN dan ditempatkan pada Bank yang melakukan kegiatan usaha berdasarkan prinsip syari'ah dengan fungsi yang diatur oleh DSN. Sedangkan keanggotaan DPS diusulkan oleh Bank, disetujui oleh BI dan ditetapkan oleh DSN dan diangkat oleh RUPS.

DPS memiliki tugas, wewenang dan tanggungjawab antara lain: (1) memastikan kesesuaian kegiatan operasional BPRS terhadap fatwa DSN; (2) menyampaikan laporan minimal setiap 6 bulan ke Direksi, Dewan Komisaris, DSN dan BI; (3) menilai aspek syari'ah terhadap pedoman dan produk yang dikeluarkan BPRS; (4) memberikan opini syari'ah; (5) mengkaji produk dan jasa baru untuk dimintakan fatwa; dan (6) meminta penjelasan langsung pada bank dan ikut pembahasan intern. Dengan adanya pengawasan bank syari'ah yang bersifat sistemik tersebut diharapkan menghasilkan sistem perbankan syari'ah prestise dan menjanjikan di masa mendatang.

Penutup

Berdasarkan hasil dan analisis hasil pembahasan, maka dapat disimpulkan: *Pertama*, di Indonesia, perkembangan bank Islam sebagai bagian dari sistem ekonomi Islam dapat dikatakan terlambat dibandingkan negara-negara lain yang mayoritas penduduknya muslim. Namun secara yuridis formal kedudukan hukum perbankan syari'ah adalah kuat dan sejajar dengan perbankan konvensional lainnya.

Kedua, dalam hal terjadi permasalahan penyelesaian sengketa bank syariah menurut Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 dapat menggunakan 2 (dua) jalur yaitu litigasi dan non litigasi. Jalur litigasi penyelesaian sengketa bank syariah menjadi kewenangan absolut peradilan agama, sedangkan jalur non-litigasi para pihak dapat melakukan pilihan tidak sekedar sebagaimana ditentukan dalam Penjelasan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syari'ah tetapi dapat juga menempuh alternatif lain sesuai dengan akad yang telah disepakati.

Ketiga, Pengawasan terhadap penyelenggaraan Perbankan Syari'ah, selain dilakukan secara internal juga dilakukan oleh lembaga pengawas independen yaitu Dewan Pengawas Syari'ah (DPS) dan Dewan Syari'ah Nasional (DSN) yang memiliki tugas menjaga perbankan syari'ah untuk menuju situasi yang ideal dan menjaga kaum muslimin. Selain itu sebagai wujud partisipasi publik, semua umat Islam mempunyai kewajiban untuk melakukan pengawasan baik secara langsung maupun tidak langsung sebagai wahana amar ma'ruf nahi munkar terhadap penyelenggaraan perbankan syari'ah sebagai urat nadi perekonomian Islam.

Daftar Pustaka

- Abdurrahman. 2005. *Eksistensi Perbankan Syari'ah dalam Pembinaan Ekonomi Umat dalam Prospek Bank Syariah di Indonesia*. Bandung: PPHIM.
- Abidin, Zainal. "Pengawasan Perbankan Syari'ah, Studi Pemikiran Muhammad Safi'i Antonio". *Artikel dalam Jurnal Hukum Bisnis Islam Maliyah FS IAIN Sunan Ampel Surabaya*, Vol. 01, No. 01 (Juni 2011), hal. 72-87.
- Anshori, Abdul Ghofur. 2006. *Pokok -pokok Hukum Perjanjian Islam di Indonesia*. Jogjakarta: Citra Media.
- Antonio, Muhammad Safi'i. 2001. *Bank Islam: dari Teori ke Praktek*. Jakarta: Gema Insani.
- Antonio, Muhammad Safi'i. 2007. *Muhammad SAW: The Super Leader Super Manager*. Jakarta: ProLM Centre.
- Antonio. Muhammad Syafi'i. 1999. *Bank Syari'ah Wacana Ulama dan Cendikiawan*. Jakarta: Tazkia Institut.
- Ash Shiddieqy, T.M. Hasbi. 1974. *Pengantar Fiqh Mu'amalah*. Jakarta: Bulan Bintang.

- Black, Henry Campbel. 1968. *Black's Law Dictionary*. St. Paul Minnosota USA: West Publishing Co.
- Departemen Agama RI, *Al Quran dan Terjemahannya (Al Qur'an wa Tarjamah Ma'nih ila Al Lughah al Indonesiyyah)*, Makkah: Khadim Al Haramain Asy Syarifain Al Malik Fadh bin Abdul Aziz As-Su'udi Ath Thaba'ah al Mushah Asy Syarif, 1412 H
- Dewi, Gemala., dkk. 2005. *Hukum Perikatan Islam di Indonesia*. Jakarta: Kencana.
- Dimiyati, Achmad. 1994. "Sejarah Lahirnya BAMUI", dalam Tim Editor *Arbitrase Islam di Indonesia*, Jakarta: BMI.
- Fuady, Munir. 2001. *Hukum Kontrak: Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakt).
- Gautama, Sudargo. 1998. *Hukum Perdata Internasional Indonesia* Bandung: Penerbit Alumni.
- Harahap, M. Yahya. 1994. *Alternatif Penyelesaian Sengketa*. Jakarta: Sinar Grafika.
- Hasanuddin, "Penyelesaian Sengketa dalam Perbankan Syar'ah", dalam *Makalah* disampaikan pada Seminar Perbankan Syariah Sebagai Sarana Pemberdayaan Ekonomi Kerakyatan diselenggarakan oleh BPHN Departemen Kehakiman dan HAM bekerjasama dengan FH Universitas Andalas Padang dan Kanwil Departemen Kehakiman dan HAM Provinsi Sumaatra Barat tanggal 29-30 Juni 2004.
- Jauhari, Achmad. 2004. *Badan Arbitrase Syari'ah dan Peranannya dalam Mendukung Pengembangan Lembaga Keuangan Syari'ah*. Jakarta: BASYARNAS.
- Junaidy, Abdul Basith. "Bank Syari'ah dalam Hukum Perbankan Indonesia", dalam *Jurnal Pemikiran dan Pembaharuan Hukum Islam al-Qanun* Vol. 8, No. 2, (Desember 2004): hal. 538-548
- Latuconsina, Abd. Khalik. "Hukum Islam dan Eksistensi Peradilan Agama di Indonesia; Studi Pendekatan Sosiohistoris", dalam *Jurnal Reformasi Hukum* Vol. XI No. 2, (Desember 2008): hal. 120-129
- Lita, Helza Nova. 2011. "Penyelesaian Sengketa Dalam Transaksi Perbankan Syariah", www.helzablogspot.com/Penyelesaian_Sengketa_Dalam_Transaksi_Perbankan_Syariah.html. Diakses, 1 Pebruari 2011.
- Mahir. "Kewenangan Pengadilan Agama dalam Sengketa Perbankan Syari'ah", dalam *Jurnal Hukum Bisnis Islam* Vol. 02, No. 01, (Juni 2012): hal. 347-368.

- Manan, Abdul. “*Sistem Ekonomi Berdasarkan Syari’ah*”, dalam Suara Uldilag MARI, Vol 3 No. IX, (Jakarta, 2006), hal. 35-45.
- Mugiyati. “Aplikasi Kafalah pada Asuransi Takaful Perspektif Akad Bisnis Islam”, dalam Jurnal Hukum Bisnis Islam Vol. 02, No. 01, (Juni 2012): hal. 347-368.
- Mukkaram, Akh. “Prinsip-prinsip Syar’i tentang Perikatan dalam KUH Perdata Indonesia dan Undang-Undang Perdata Maroko”, dalam Jurnal Pemikiran dan Pembaharuan Hukum Islam al-Qanun Vol. 8, No. 2 (Desember 2004): hal. 435-446
- Nasution, Chairuddin Syah. “Manajemen Kredit Syariah Bank Muamalat”, dalam Kajian Ekonomi dan Keuangan, Vol. 7, No. 3 (September 2003), hal. 32-45
- Ngatino. *Arbitrase*. Jakarta: STIH IBLAM), 1999.
- Pasaribu, Chairuman dan Suhrawardi K. Lubis. 1996. *Hukum Perjanjian Dalam Islam*. Jakarta: Sinar Grafika.
- Perwataatmadja, Karnaen. 2005. *Bank dan Asuransi Islam di Indonesia*. Jakarta: Kencana.
- Saeed, Abdullah. 2004. *Menyoal Bank Syari’ah*. Jakarta: Paramadina.
- Setiawan, Wijayanto. “Aspek Hukum Kontrak Dagang via Internet (Cyberspace transaction) dalam Perspektif Sistem Hukum Islam”. *Artikel* dalam Jurnal Wacana Hukum Islam dan Kemanusiaan Ijtihad, Vol. 10, No. 2, Desember 2010: 123-155
- Siamat, Dahlan. 1999. *Manajemen Lembaga Keuangan*. Jakarta: Djambatan.
- Sjachdeini, Sutan Remy. 2002. *Perbankan Islam dan Kedudukannya dalam Tata Hukum Perbankan Indonesia*. Jakarta: RajaGrafindo Persada
- Sugiswati, Besse. “Kewenangan Pengadilan Agama setelah Berlakunya Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1998”, dalam Kajian Masalah Hukum dan Pembangunan Perspektif, Vol. 3, No. 1, (Januari-Maret 1998): hal. 51-54
- Tutik, Titik Triwulan. “Pengawasan Hakim Konstitusi Dalam Sistem Pengawasan Hakim Menurut Undang-Undang Dasar Negara RI 1945”. *Artikel* dalam Jurnal Dinamika Hukum FH Universitas Jenderal Soedirman Purwajerto Vol. , No. , (Agustus 2011): hal.
- Zadjuli, Suroso Imam. 1992. *Prinsip-Prinsip Ekonomi Islam, Artikel Dalam Berbagai Aspek Ekonomi Islam*. Yogyakarta: Tiara Wacana.