

KEDUDUKAN UNDANG-UNDANG DAN PERJANJIAN DALAM MENENTUKAN PENYELESAIAN SENGKETA PERBANKAN SYARI'AH OLEH PERADILAN AGAMA, PERADILAN UMUM DAN LEMBAGA NON LITIGASI

Oleh : Sugiri Permana, S.Ag. MH¹

A. Latar Belakang Masalah

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 sebagainya². Sistem ekonomi Islam sebagai keijaksanaan alternatif dalam mencari jalan keluar dari kemelut ekonomi dewasa ini³.

Perkembangan bank Islam sebagai bagian dari sistem ekonomi Islam mulai muncul pada pertengahan abad ke 20. 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.⁴

Bank syari'ah di Indonesia secara resmi *yuridis* diperkenalkan pada tahun 1992 sejalan dengan diberlakukannya Undang-undang Nomor 7 Tahun 1992

¹ Hakim pada Pengadilan Agama Mempawah wilayah PTA Pontianak

² Abdul Manan, *Sistem Ekonomi Berdasarkan Syari'ah*, Suara Uldilag MARI, vol 3 No. IX, Jakarta, 2006, hal. 38.

³ Suroso Imam Zadjuli, *Prinsip-prinsip Ekonomi Islam, Artikel Dalam Berbagai Aspek Ekonomi Islam*, (Yogyakarta: Tiara Wacana, 1992) hal. 31.

⁴ Muhammad Syafi'i Antonio. *Bank syari'ah wacana Ulama dan Cendekiawan*, (Jakarta: Tazkia Institut, 1999), hal. 278.

tentang Perbankan. Lahirnya undang-undang ini menandakan adanya kesepakatan rakyat dan bangsa Indonesia untuk menerapkan dual banking system atau sistem perbankan ganda di Indonesia⁵. Tahapan ini merupakan tahap pengenalan *introduction* terhadap perbankan⁶.

Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan tidak secara eksplisit menyebutkan adanya apa yang disebut *bank syariah*. 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".⁷

Secara tegas kegiatan perbankan syariah diatur dalam Undang-Undang Nomor : 10 Tahun 1998 Tentang Perubahan Atas Undang-undang Nomor 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan. Penyebutan mengenai perbankan syariah 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 syariah 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 syariah. Sedangkan, yang dimaksud dengan prinsip syariah, 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 syariah yang

⁵ Karnaen Perwataatmadja, *Bank dan Asuransi Islam di Indonesia*, (Jakarta : Kencana, 2005), hal.1

⁶ Karnaen Perwataatmadja, *Bank dan Asuransi Islam di Indonesia*, hal. 3.

⁷ Abdurrahman, *Eksistensi Perbankan Syariah Dalam Pembinaan Ekonomi Umat, dalam Prospek Bank Syariah di Indonesia*, (Bandung: PPHIM, 2005), hal 26.

berlandaskan pada ketentuan Islam.

Penegasaan adanya prinsip syariah dalam Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 merupakan salah satu yang membedakan antara bank konvensional dengan bank syariah. Perbedaan lain yang menonjol adalah mengenai penyelesaian sengketa. Dalam perjalanan sejarah penyelesaian sengketa bank syariah, setidaknya ada 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*⁸. Penyelesaian sengketa melalui arbitrase sering sekali dilakukan dalam dunia bisnis (termasuk dunia perbankan). Pilihan ini lebih disebabkan banyaknya kelebihan arbitrase dibandingkan proses litigasi⁹. 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 syariah oleh badan arbitrase telah dirintis oleh BAMUI (Badan Arbitrase Mualamat Indonesia) yang dibentuk pada tahun 1993 untuk menyelesaikan sengketa bidang muamalat¹⁰. Dalam perkembangannya BAMUI kemudian menjadi cikal bakal BASYARNAS (Badan Arbitrase Syariah Nasional).

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 Mualamat

⁸ Ngatino, *Arbitrase*, Jakarta, STIH IBLAM, 1999, hal. 21.

⁹ M. Yahya Harahap, *Alternatif Penyelesaian Sengketa*, (Jakarta: Sinar Grafika, 1994), hal 20.

¹⁰ Gemala Dewi dkk, *Hukum Perikatan Islam di Indonesia*, (Jakarta: Kencana, 2005), hal. 183.

Indonesia tahun 1991), peradilan umum mempunyai kewenangan untuk menyelesaikan sengketa perbankan syariah¹¹, namun sejak tahun 2006 penyelesaian sengketa perbankan syariah beralih menjadi kewenangan Pengadilan Agama berdasarkan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama. 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 :

- a. Perkawinan
- b. Waris
- c. Wasiat
- d. Hibah
- e. Wakaf
- f. Zakat
- g. Infaq
- h. Shadaqah dan
- i. Ekonomi syariah

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*¹² Pengadilan Negeri sudah tidak berwenang lagi menyelesaikan sengketa ekonomi syariah. 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

¹¹Hal ini didasarkan pada Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 Tentang Peradilan Umum yang kemudian dirubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2004.

¹²Asas ini menerangkan bahwa peraturan yang lebih umum akan dikesampingkan dengan peraturan yang lebih khusus, seperti Pasal 50 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2004 jo. Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 mengenai pemberian kewenangan kepada Pengadilan Negeri untuk menyelesaikan sengketa perdata termasuk perbankan syariah dikesampingkan oleh Pasal 49 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 jo. Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989.

2006 sangat terkait dengan peradilan umum¹³. 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 :¹⁴

- (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 Syariah.

Penjelasan dari ayat (2) diatas 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

¹³ Abdul Ghofur Anshori, *Pokok-pokok Hukum Perjanjian Islam di Indonesia*, (Jogjakarta: Citra Media, 2006), hal. 145

¹⁴ Undang-Undang Perbankan Syariah telah ditetapkan oleh DPR pada tanggal 17 Juni 2008, 1 dari sepuluh fraksi di DPR tidak meyetujuinya yaitu Fraksi Damai Sejahtera. Hingga proposal ini disusun Undang-Undang Perbankan Syariah belum dimuat dalam lembaran Negara. Undang-undang ini memuat 13 bab dan 70 pasal.

konvensional, penangannya sangat tergantung kepada kontrak yang dibuat, namun dalam penanganan sengketa perbankan syariah terdapat perbedaan baik secara formil maupun materil.

Perbedaan secara formil, Pengadilan Agama mempunyai kewenangan terhadap penanganan sengketa ekonomi syariah 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 syariah 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.

Studi terhadap penyelesaian sengketa perbankan syariah ini sangatlah penting untuk ditinjau dari berbagai sudut pandang yang berbeda, hukum perbankan konvensional, perbankan syariah, perjanjian dalam kajian perdata maupun kajian syariah, serta keberadaan lembaga non litigasi baik mediasi perbankan ataupun arbitrase. Adapun yang menjadi sasaran penelitian adalah mengenai keberadaan dari undang-undang dan perjanjian antara nasabah dengan bank dalam menentukan pihak yang berwenang menyelesaikan sengketa?

B. Metode Penelitian

Secara tipologis, penelitian ini merupakan model penelitian hukum Islam dengan pendekatan kualitatif. Dilihat dari sudut model penelitian hukum Islam, penelitian ini merupakan studi hukum Islam dengan pendekatan kombinasi : normatif dan doktriner. Pendekatan normatif diterapkan karena penelitian ini

berkaitan dengan dengan peraturan perundang-undangan menyangkut perbankan syariah dan kedudukan undang-undang dengan perjanjian sebagai salah satu sumber hukum. Pendekatan doktriner diterapkan karena adanya perbedaan pandangan antara hukum Islam dan hukum lainnya dalam menempatkan perjanjian sebagai salah satu sumber hukum. Ditinjau dari sudut metodologi penelitian hukum pada umumnya, studi ini merupakan studi hukum atau penelitian hukum normatif.¹⁵

C. Pembahasan

Menurut Bagir Manan sistem hukum Indonesia dikelompokkan ke dalam tradisi hukum kontinental atau lazim disebut sistem hukum kontinental *continental legal system*, atau sistem hukum sivil *the civil legal system* atau sistem hukum kodifikasi *codified legal system*¹⁶. Continental legal system menunjukkan bahwa hukum di Indonesia merupakan bagian dari warisan hukum kolonial Belanda yang berasal dari daratan Eropa. *The civil legal system* menunjukkan bahwa yang membedakan dari sistem hukum ini berkaitan dengan hukum perdata. Adapun *codified legal system* menunjukkan bahwa hukum dalam tatanan Indonesia identik dengan undang-undang yang merupakan bagian dari ajaran teori hukum murni Hans Kelsen. Lili Rasyidi menunjuk penerapan sistem ini terhadap lahirnya ketetapan MPRS Nomor: XX/MPRS/1966 tentang Tata Urutan Peraturan Perundang-Undangan RI yang menempatkan Undang-Undang Dasar 1945, Ketetapan MPR, Undang-Undang dan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang serta peraturan pelaksanaannya sebagai tata urutan peraturan yang berlaku di Indonesia¹⁷.

Dalam beberapa referensi menyebutkan bahwa sumber hukum formil bukan hanya peraturan perundang-undangan, tetapi persetujuan juga sebagai bagian dari sumber hukum. Achmad Sanusi¹⁸ menyebutkan perjanjian ini sebagai sumber hukum

¹⁵ Lebih jauh mengenai penelitian hukum normatif, lihat Soerjono Soekanto, *Penelitian Hukum Normatif : Suatu Tinjauan Singkat*, (Jakarta: CV Rajawali Press, 1985).

¹⁶ Bagir Manan, *Dissenting Opinion Dalam Sistem Peradilan Indonesia*, Varia Peradilan No. 253, 2006, hal. 6

¹⁷ Lili Rasjidi dan Ira Rasjidi, *Dasar-dasar Filsafat dan Teori Hukum*, (Bandung: Citra Aditya, 2001), hal. 62.

¹⁸ Achmad Sanusi, *Pengantar Ilmu Hukum dan Pengantar Tata Hukum Indonesia*, (Bandung: Tarsito, 1984), hal. 70.

karena undang-undang (Pasal 1338 KUHPerdara) menyebutnya sebagai sumber hukum. Sebaliknya apabila undang-undang dan perjanjian ditinjau dari hukum perikatan, menurut Subekti sama kedudukannya sebagai sumber perikatan¹⁹. Penyebutan undang-undang sebagai sumber hukum perikatan disamping perjanjian, senada dengan karakteristik sistem kontinental yang menganggap hukum adalah undang-undang. J. Satrio dengan mengutip pendapat Pitlo mengkritik penyebutan undang-undang ini, karena lebih pantas menyebutkan “hukum” yang ruang lingkungannya lebih luas dari undang-undang²⁰.

Dalam tinjauan hukum Islam, Emeritus John Gilissen dan Emeritus Friits Gorle dalam mengemukakan sejarah hukum, menyatakan bahwa undang-undang yang merupakan tradisi hukum Barat telah pula diterapkan oleh negara-negara Islam dalam bentuk qanun²¹. Jaih Mubarak menyebutkan bahwa peraturan perundang-undangan di negara-negara Islam merupakan produk ijtihad yang bersifat mengikat yang daya ikatnya lebih luas dalam masyarakat²². Meskipun Indonesia bukanlah termasuk negara Islam, tetapi setidaknya merupakan negara yang penduduk muslim mayoritas, terlebih lagi yang menjadi salah satu obyek penelitian ini adalah undang-undang perbankan syariah yang notabene merupakan aturan pelaksanaan syariah di bidang perbankan. Oleh karenanya pendapat Jaih Mubarak dapat ditempatkan sebagai alasan ketaatan seorang pribadi muslim terhadap undang-undang.

Dalam beberapa referensi hukum Islam, tidak ditemukan adanya pernyataan secara langsung mengenai perjanjian sebagai salah satu sumber hukum. Namun demikian menurut Abdul Ghofur Anshori²³ menjelaskan bahwa perjanjian dalam Islam telah diterangkan dalam beberapa ayat Al-Quran dan hadits Nabi saw.

¹⁹Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, (Jakarta, Intermasa, 2005) hal. 123, Riduan Syahrani, *Seluk Beluk dan Asas-asas Hukum Perdata*, (Bandung: Alumni, 1985), hal. 209, Mariam Darus Badruzaman, *KUHPerdara Buku III Hukum Perikatan Dengan Penjelasan*, (Bandung: Citra Aditya Bhakti, 1996), hal. 7, Abdul Kadir Muhammad, *Hukum Perdata Indonesia*, (Bandung, Citra Aditya Bhakti, 1993), hal. 201, J. Satrio, *Hukum Perikatan, Perikatan yang Lahir dari Perjanjian*, (Bandung: Citra Aditya Bhakti, 2000), hal. 3.

²⁰J. Satrio, *Hukum Perikatan, Perikatan yang Lahir dari Perjanji*, (Bandung: Citra Aditya Bhakti, 2000), hal.4.

²¹Emeritus John Gilissen dan Emeritus Friits Gorle, *Historiche Inleiding tot het Recht*, disadur oleh Freddy Tengker, *Sejarah Hukum Sebuah Pengantar*, (Bandung, Refika Aditama, 2005), hal. 391

²²Jaih Mubarak, *Fiqh Siyasah* (Bandung: Pustaka Bani Quraisy, 2005), hal. 3

²³Abdul Ghofur Anshori, *Pokok-pokok Hukum Perjanjian Islam di Indonesia*, hal. 1

Penelitian dari Abdul Ghofur Anshori berusaha mendudukan perjanjian dalam kajian Islam di Indonesia. Dalam penelitiannya, Abdul Ghofur menjelaskan tentang penyelesaian sengketa perbankan syariah oleh Pengadilan Agama dan oleh Badan Arbitrase Syariah²⁴. Akan tetapi tidak menjelaskan kedudukan perjanjian sebagai sumber untuk menentukan lembaga penyelesaian sengketa termasuk Pengadilan Negeri.

Penelitian yang sama pernah dilakukan oleh Gemala Dewi dkk mengenai hukum perikatan Islam di Indonesia. Meskipun pembahasan ini berkenaan dengan perjanjian dalam konteks ekonomi keIndonesiaan, namun tidak membahas mengenai penyelesaian sengketa oleh Pengadilan Agama dan lembaga lain berdasarkan perjanjian. Gemala Dewi hanya membahas mengenai BASYARNAS yang mempunyai kewenangan menyelesaikan sengketa berdasarkan atas kesepakatan²⁵. Berkenaan dengan penelitian terhadap kedudukan undang-undang dan perjanjian dalam menentukan penyelesaian sengketa syariah oleh peradilan agama, peradilan umum dan lembaga non litigasi ini perlu dijelaskan secara teoritis mengenai perjanjian dalam hukum perdata maupun hukum Islam, arbitrase dalam hukum Islam dan hukum positif serta padangan hukum Islam maupun hukum positif dalam melihat sumber-sumber hukum.

1. Teori Perjanjian

Hukum perjanjian merupakan bagian dari hukum privat yang secara historis dan sosiologis mendasarkan pada tiga sistem hukum yang berbeda, yakni hukum Barat (KUHPperdata), hukum adat dan hukum Islam sehingga kemudian melahirkan hukum perjanjian yang diatur dalam buku III KUHPperdata, hukum perjanjian adat dan hukum perjanjian Islam²⁶. Dalam penelitian ini teori perjanjian sangat relevan untuk ditinjau dari hukum perdata dan hukum Islam.

a. Perjanjian Dalam Hukum Perdata

²⁴Abdul Ghofur Anshori, *Pokok-pokok Hukum Perjanjian Islam di Indonesia*, hal. 145.

²⁵Gemala Dewi dkk, *Hukum Perikatan Islam di Indonesia*, (Jakarta: Kencana, 2005), hal. 183

²⁶Abdul Ghofur Anshori, *Pokok-pokok Hukum Perjanjian Islam di Indonesia*, hal. 157

Perjanjian diistilahkan dalam Bahasa Inggris dengan *contract*, dalam bahasa Belanda dengan *verbinten* atau perikatan juga dengan *overeenkomst* atau perjanjian. Kata kontrak lebih sempit karena ditujukan kepada perjanjian yang tertulis dibandingkan dengan kata perjanjian²⁷. Kata perjanjian juga sering dikaitkan dengan perjanjian kerja sama yang dimaksudkan adanya hubungan timbal balik antara satu pihak dengan yang lainnya.

Perjanjian dalam hukum perdata merupakan bagian dari hukum perikatan yang terdapat pada buku III KUHPerdata²⁸. Hal ini sesuai pula dengan bunyi Pasal 1233 KUHPerdata :

Tiap-tiap perikatan dilahirkan baik karena persetujuan, baik karena undang-undang.

Pasal tersebut menentukan bahwa perjanjian merupakan salah satu sumber dari perikatan di samping undang-undang. Perikatan adalah hubungan yang terjadi diantara dua orang atau lebih yang terletak di dalam lapangan harta kekayaan di mana pihak yang satu berhak atas prestasi dan pihak lainnya wajib memenuhi prestasi itu²⁹. Sedangkan pengertian perjanjian disebutkan pada Pasal 1313 KUHPerdata yaitu :

Suatu persetujuan adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih.³⁰

Sistem yang dianut oleh buku III juga lazim dinamakan sistem terbuka yang merupakan kebalikan dari sistem buku II bersifat tertutup³¹. Fenomena dalam teori perjanjian dianggap sebagai keranjang sampah *catch all*. Salah satu asas yang menunjukkan fenomena tersebut adalah adanya asas kebebasan

²⁷Supraba Sekarwati, *Perancangan Kontrak* (Bandung: Iblam, 2001), hal. 23.

²⁸Para ahli hukum saat ini cenderung lebih menyebutkan buku III KUHPerdata dengan perikatan meskipun awalnya terdapat perbedaan pendapat untuk menterjemahkan buku III ini ke dalam bahasa Indonesia, R. Soetojo Prawirohamidjojo menyebutnya hukum perikatan sedangkan Sri Soedewi menyebutnya hukum perutusan namun Subekti dan R. Tjiptosudibio, Mariam Darus Badruzaman serta J. Satrio menyebutnya dengan hukum perikatan.

²⁹Mariam Darus Badruzaman, *KUHPerdata Buku III Hukum Perikatan Dengan Penjelasan*, (Bandung: Alumni, 1996), hal 1.

³⁰*Kitab Undang-Undang Hukum Perdata* Burgerlijk Wetboek, diterjemahkan oleh R. Subekti dan R. Tjiptosudibio, cet. 8 (Jakarta: Pradnya Paramita, 1996), hal.338

³¹R. Subekti, *Pokok-pokok Hukum Perdata*, (Jakarta: Intermedia, 2003), hal. 128

berkontrak *freedom of contract*.³² Artinya para pihak bebas membuat kontrak dan mengatur sendiri isi kontrak tersebut, sepanjang memenuhi ketentuan sebagai berikut :

- a) memenuhi syarat sebagai suatu kontrak
- b) tidak dilarang oleh undang-undang
- c) sesuai dengan kebiasaan yang berlaku
- d) sepanjang kontrak tersebut dilaksanakan dengan itikad baik.

Menurut pasal 1320 Kitab Undang-undang Hukum Perdata, untuk sahnya suatu perjanjian diperlukan 4 (empat) syarat :

- a) Adanya kata sepakat bagi mereka yang mengikatkan dirinya
- b) Cakap untuk membuat suatu perjanjian
- c) Adanya suatu hal tertentu
- d) Suatu sebab yang halal³³

Syarat yang ke 1 dan 2 dinamakan syarat-syarat subyektif karena mengenai subyek yang mengadakan perjanjian, sedangkan syarat ke 2 dan ke 3 dinamakan syarat-syarat obyektif karena mengenai perjanjiannya sendiri. Kalau syarat-syarat subyektif tidak dipenuhi maka perjanjiannya dapat dibatalkan oleh hakim atas permintaan pihak yang tidak cakap atau yang memberikan kesepakatan secara tidak bebas. Selama tidak dibatalkan perjanjian tersebut akan terus mengikat. Sedangkan apabila syarat-syarat obyektif yang tidak dipenuhi maka perjanjiannya batal demi hukum. Artinya dari semula tidak pernah dilahirkan suatu perjanjian dan tidak pernah ada perikatan. Oleh karenanya tidak ada dasar untuk saling menuntut di muka hakim³⁴.

Suatu kontrak yang telah dibuat secara sah mempunyai ikatan penuh seperti undang-undang bagi para pihak yang membuatnya. Asas perjanjian ini dikenal dengan *pacta sunt servanda* yang termuat dalam Pasal 1338

³²Munir Fuady, *Hukum Kontrak Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001), hal. 30.

³³*Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Burgerlijk Wetboek*, hal. 339

³⁴R. Soebekti, *Aspek-Aspek Hukum Perjanjian*, (Bandung: Alumni, 1979), hal. 113.

KUHPerdara yang menentukan bahwa segala perjanjian yang dibuat secara sah, berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Berlakunya sebuah perjanjian mengikat kepada para pihak sesaat setelah tercapainya kata sepakat. Asas ini dikenal dengan asas konsensual³⁵. Oleh karenanya perjanjian tersebut telah mengikat kepada semua pihak, maka perubahan ataupun penambahan hanya mungkin apabila disepakati oleh masing-masing pihak.

Dalam transaksi perbankan, perjanjian sangat menentukan terhadap isi, bentuk dari fasilitas perbankan yang diperjanjikan. Termasuk pula adalah mengenai klausula penyelesaian sengketa. Pihak-pihak yang melakukan transaksi yaitu bank dan nasabah pada dasarnya mempunyai kebebasan untuk menentukannya. Setelahnya ditentukan, maka masing-masing pihak harus mentaatinya seperti halnya mentaati sebuah undang-undang.

Perjanjian secara formil materil mempunyai kedudukan sama dengan undang-undang. Pertama dinilai secara materil karena perjanjian dan undang-undang sama-sama sebagai sumber perikatan. Yang kedua isi dari sebuah perjanjian nilainya sama dengan undang-undang. Dengan demikian maka kekuatan perjanjian yang dibuat antara bank dan nasabah cukup mengikat kepada kedua belah pihak, yang kekuatannya sama seperti apabila diatur oleh undang-undang.

b. Perjanjian Dalam Hukum Islam

Secara etimologis perjanjian dalam Bahasa Arab diistilahkan dengan mu'âhadah ittifa atau akad. Dalam Al Quran sendiri setidaknya ada 2 (dua) istilah yang berkaitan dengan perjanjian³⁶, yaitu kata akad (al'aqdu) dan kata 'ahd (al-'ahdu) Al Quran memakai kata pertama dalam perikatan atau perjanjian, sedangkan kata yang kedua dalam berarti masa, pesan penyempurnaan dan janji atau perjanjian. Oleh karenanya kata akad disamakan dengan istilah perikatan atau verbintenis sedangkan kata al-'ahdu dapat

³⁵I. G. Ray Widjaya, *Merancang Suatu Kontrak Teori dan Praktek*, (Bekasi: Kesaint Blanc, 2004), hal. 35.

³⁶Mariam Darus Badruzaman, *Kompilasi Hukum Perikatan*, (Bandung: Citra Aditya Bhakti, 2001), hal 247.

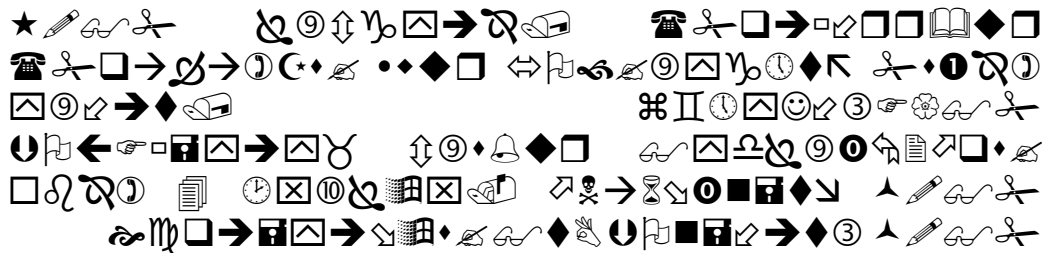
dikatakan dengan istilah perjanjian atau overenkomst yang diartikan ssebagai suatu pernyataan dari seseorang untuk mengerjakan atau mengerjakan sessuatu.³⁷

Legalitas perjanjian dalam Islam ditunjukkan dalam Al-Quran surat Al Maidah yang berbunyi :



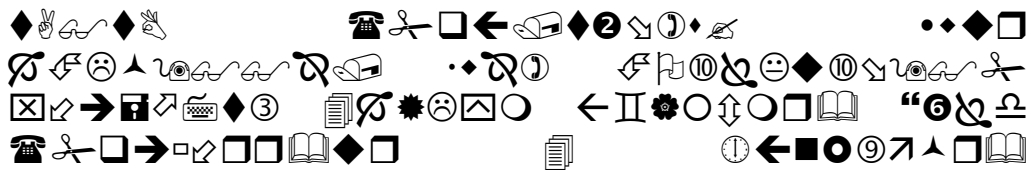
Hai orang-orang yang beriman, penuhilah aqad-aqad itu

Ayat Al Quran ini juga selain sebagai legalitas tentang adanya perintah Allah untuk menunaikan kewajiban juga menunjukkan bahwa kata perjanjian dalam Al Quran menggunakan kata aqad. Adapun kata ‘ahdu dapat ditemukan dalam Al Quran surat An Nahal ayat 91



Dan tepatilah Perjanjian dengan Allah apabila kamu berjanji dan janganlah kamu membatalkan sumpah-sumpah(mu) itu, sesudah meneguhkannya, sedang kamu telah menjadikan Allah sebagai saksimu (terhadap sumpah-sumpahmu itu). Sesungguhnya Allah mengetahui apa yang kamu perbuat.

Kata al-‘ahdu juga dapat ditemukan dalam surat Al-Isra ayat 34 yang berbunyi :



³⁷ Abdul Ghofur Anshori, *Pokok-pokok Hukum Perjanjian Islam di Indonesia*, hal. 19.



Dan janganlah kamu mendekati harta anak yatim, kecuali dengan cara yang lebih baik (bermanfaat) sampai ia dewasa dan penuhilah janji; Sesungguhnya janji itu pasti diminta pertanggungan jawabnya.

Meskipun perjanjian mempunyai dua padanan kata yaitu ‘aqdu dan ‘ahdu, namun pemakaian aqdu lebih banyak dipergunakan dalam hukum muamalah. Rumusan ‘aqdu yang telah ditransliterasi menjadi akad merupakan perjanjian kedua belah pihak yang bertujuan saling mengikatkan diri tentang perbuatan yang akan dilakukan dalam suatu hal yang khusus setelah akad secara efektif mulai diberlakukan. Dengan demikian aqad ditunjukkan dalam ijab dan qabul yang menunjukkan adanya kerelaan kedua belah pihak³⁸. Definisi lain dari akad juga dikemukakan oleh Ahmad Azhar Basyir yaitu suatu perikatan antara ijab dan kabul dengan cara yang dibenarkan syara yang menetapkan adanya akibat-akibat hukum pada obyeknya.³⁹

Pentingnya suatu perjanjian juga disebutkan dalam hadits Rasulullah yang diriwayatkan al-Tirmidzi dari Amr bin ‘Auf yang berbunyi :

المسلمون على شروطهم الا شرطا احل حراما او حرم محلالا

Kaum muslimin terikat dengan syarat-syarat mereka kecuali syarat yang mengharamkan yang halal atau menghalalkan yang haram.⁴⁰

Dalam hadits di atas Rasulullah memerintahkan untuk mentaati terhadap perjanjian yang dibuat oleh masing-masing pihak. Ketentuan yang diambil dari hadits ini adalah mengenai isi perjanjian tidak boleh bertentangan dengan hukum Islam.

Pengertian akad juga dapat ditemukan dalam Peraturan Bank Indonesia Nomor 7/46/PBI/2005 tentang Akad Penghimpunan dan Penyaluran Dana Bagi

³⁸ Abdul Ghofur Anshori, *Pokok-pokok Hukum Perjanjian Islam di Indonesia*, hal. 20.

³⁹ Ahmad Azhar Basyir, *Asas-Asas Hukum Muamalat (Hukum Perdata Islam)*, (Yogyakarta: UII Press, 2000), hal 65.

⁴⁰ Konsideran beberapa fatwa Dewan Syari’ah Nasional, salah satunya Nomor 02/DSN-MUI/2000 tentang Tabungan.

Bank Yang Melaksanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syariah Pasal 1 ayat 3 menyebutkan bahwa akad adalah perjanjian tertulis yang memuat ijab (penawaran) dan qabul (penerimaan) antara Bank dengan pihak lain yang berisi hak dan kewajiban masing-masing pihak sesuai dengan prinsip syariah. Sedangkan dalam Undang-Undang Perbankan Syariah Pasal 1 ayat 13 menyebutkan akad adalah kesepakatan tertulis antara Bank Syariah dan Unit Usaha Syariah dan pihak lain yang memuat adanya hak dan kewajiban bagi masing-masing pihak sesuai dengan prinsip syariah.

Ada kemajuan secara substansial antara pengertian perjanjian dikemukakan oleh ahli hukum Islam dengan perjanjian yang tertuang dalam peraturan perundang-undangan. Peraturan Bank Indonesia dan Undang-Undang Perbankan Syariah keduanya memandang unsur kesepakatan tertulis sebagai sebuah keharusan dalam sebuah perjanjian.

Seperti halnya dalam hukum perdata, hukum Islam juga memberikan ketentuan terhadap keabsahan suatu perjanjian. Tinjauan terhadap ijab kabul, sighat akad serta ketentuan subyek dan obyek akad merupakan kajian dalam hukum Islam menentukan terhadap keabsahan suatu perjanjian. Yang perlu diketengahkan di sini adalah mengenai kebebasan dalam membuat sebuah perjanjian. Syariat Islam memberikan kebebasan kepada setiap orang yang melakukan akad sesuai dengan yang diinginkan, tetapi yang menentukan akibat hukumnya adalah ajaran agama⁴¹. Hal ini sesuai pula dengan kaidah hukum dari Ibnu Taimiyah yang dikutip oleh A. Djazuli berbunyi :

الأصل في العقود رضا المتعاقدين

Dasar dari akad adalah keridhoan kedua belah pihak.⁴²

2. Teori Arbitrase

⁴¹Faturrahman Djamil, *Hukum Perjanjian Syariah*, dalam Kompilasi Hukum Perikatan oleh Mariam Darus Badruzaman (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001), hal. 249.

⁴²A. Djazuli, *Kaidah-kaidah Fiqh, Kaidah-kaidah Hukum Islam dalam Menyelesaikan Masalah-masalah yang Praktis*, (Jakarta: Prenada Media Group, 2006), hal 131

a. Arbitrase Dalam Perspektif Islam

Dalam perspektif Islam, arbitrase dapat dipadankan dengan istilah “tahkim”. Tahkim sendiri berasal dari kata “hakkama”. Secara etimologi, tahkim berarti menjadikan seseorang sebagai pencegah suatu sengketa. Secara umum, tahkim memiliki pengertian yang sama dengan arbitrase yang dikenal dewasa ini yakni pengangkatan seseorang atau lebih sebagai wasit oleh dua orang yang berselisih atau lebih, guna menyelesaikan perselisihan mereka secara damai, orang yang menyelesaikan disebut dengan “Hakam”.⁴³ Pengertian tahkim dikemukakan juga oleh kelompok ahli hukum Islam mazhab Hanafiyah adalah memisahkan persengketaan atau menetapkan hukum diantara manusia dengan ucapan yang mengikat kedua belah pihak yang bersumber dari pihak yang mempunyai kekuasaan secara umum. Sedangkan pengertian “tahkim” menurut ahli hukum dari kelompok Syafi'iyah yaitu memisahkan pertikaian antara pihak yang bertikai atau lebih dengan hukum Allah atau menyatakan dan menetapkan hukum syara' terhadap suatu peristiwa yang wajib dilaksanakannya.⁴⁴

Ruang lingkup arbitrase hanya terkait dengan persoalan yang menyangkut *huqûqul 'Ibâd* (hak-hak perorangan) secara penuh, yaitu aturan-aturan hukum yang mengatur hak-hak perorangan yang berkaitan dengan harta bendanya. Oleh karena tujuan dari arbitrase itu hanya menyelesaikan sengketa dengan jalan damai, maka sengketa yang bisa diselesaikan dengan jalan damai itu hanya yang menurut sifatnya menerima untuk didamaikan yaitu sengketa yang menyangkut dengan harta benda dan yang sama sifatnya dengan itu.⁴⁵

b. Arbitrase Dalam Hukum Positif

⁴³Abdul Manan, *Penyelesaian Sengketa Syariah Sebuah Kewenangan Peradilan Agama*, Jakarta, 2006, hal 16.

⁴⁴Said Agil Husein al Munawar, *Pelaksanaan Arbitrase di Dunia Islam, Dalam Arbitrase Islam di Indonesia, BAMUI & BMI*, Jakarta, 1994, hal.48-49

⁴⁵Abdul Manan, *Penyelesaian Sengketa Syariah Sebuah Kewenangan Peradilan Agama*, Jakarta, 2006, hal 7.

Arbitrase di Indonesia mempunyai sejarah yang panjang. Hal ini disebabkan arbitrase sudah dikenal dalam peraturan perundang-undangan sejak berlakunya hukum acara perdata Belanda yaitu dengan Reglement op de Burgerlijke Rechtsvordering⁴⁶. Saat ini yang menjadi dasar hukum pemberlakuan arbitrase adalah Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa yang mulai diberlakukan pada tanggal 12 Agustus 1999. Pasal 1 Undang-Undang tersebut memberikan definisi arbitrase adalah cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa.

Biasanya dalam kontrak bisnis sudah disepakati dalam kontrak yang dibuatnya untuk menyelesaikan sengketa yang terjadi dikemudian hari di antara mereka. Usaha penyelesaian sengketa dapat diserahkan kepada forum-forum tertentu sesuai dengan kesepakatan. Ada yang langsung ke lembaga Pengadilan atau ada juga melalui lembaga di luar Pengadilan yaitu arbitrase (*choice of forum/choice of jurisdiction*). Di samping itu, dalam klausul yang dibuat oleh para pihak ditentukan pula hukum mana yang disepakati untuk dipergunakan apabila dikemudian hari terjadi sengketa di antara mereka (*choice of law*)⁴⁷.

Di Indonesia terdapat beberapa lembaga arbitrase untuk menyelesaikan berbagai sengketa bisnis yang terjadi dalam lalu lintas perdagangan, antara lain BAMUI (Badan Arbitrase Muamalat Indonesia) yang khusus menangani masalah persengketaan dalam bisnis Islam, BASYARNAS (Badan Arbitrase Syari'ah Nasional) yang menangani masalah-masalah yang terjadi dalam pelaksanaan Bank Syari'ah, dan BANI (Badan Arbitrase Nasional Indonesia) yang khusus menyelesaikan sengketa bisnis non Islam.

⁴⁶Munir Fuady, *Arbitrase Nasional : Alternatif Penyelesaian Sengketa Bisnis*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2000), hal. 27.

⁴⁷Abdul Manan, *Penyelesaian Sengketa Syariah Sebuah Kewenangan Peradilan Agama*, hal 16.

Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS) saat didirikan bernama Badan Arbitrase Muamalat Indonesia (BAMUI). BAMUI didirikan pada tanggal 21 Oktober 1993, berbadan hukum Yayasan. Perubahan nama dari BAMUI menjadi BASYARNAS diputuskan dalam Rakernas MUI tahun 2002. Perubahan nama, perubahan bentuk dan pengurus BAMUI dituangkan dalam SK MUI No.Kep-09/MUI/XII/2003 tanggal 24 Desember 2003. Keberadaan BAMUI yang saat ini menjadi BASYARNAS didukung oleh fatwa-fatwa Dewan Syariah Nasional (DSN) sebagai bagian perangkat MUI yang menghendaki adanya klausula penyelesaian sengketa oleh Badan Arbitrase Syariah setelah tidak tercapai kesepakatan melalui musyawarah⁴⁸. Fatwa-fatwa DSN ini kemudian mengalami perkembangan sejalan dengan lahirnya Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama, maka sejak Fatwa DSN Nomor 54/DSN-MUI/IX/2006 Tentang Syari'ah Card dalam klausula penyelesaian sengketa menyebutkan penyelesaian dapat dilakukan melalui Badan Arbitrase Syari'ah atau melalui Pengadilan Agama setelah tidak tercapai kesepakatan melalui musyawarah.

3. Teori Ilmu Hukum

Pembahasan mengenai teori hukum ini untuk mengetahui kedudukan perjanjian sebagai sumber hukum. Akan dipaparkan mengenai sumber dalam tinjauan hukum Islam dan sumber hukum dalam tinjauan ilmu hukum.

a. Teori Hukum Islam

Dalam pembahasan teori hukum Islam biasanya tidak terlepas dari adanya pembedangan antara *aqidah* dan *syari'ah*. A. Djazuli⁴⁹ dengan mengutip pendapat A. Hanafi dan Mahmud Syaltut menjelaskan tentang

⁴⁸Majelis Ulama Indonesia, *Kumpulan Fatwa Dewan Syari'ah Nasional 2000 s/d 2006*, hal. 223

⁴⁹A. Djazuli, *Ilmu Fiqh Penggalan, Perkembangan dan Penerapan Hukum Islam*, (Jakarta: Prenada Media Group, 2004), hal 2.

perbedaan antara keduanya tidak berarti memisahkannya. Aqidah berisi tentang cara-cara beritikad yang benar, sedangkan syari'ah lebih ditunjukkan kepada hukum-hukum cara bertingkah laku yang benar. Hukum syariah sering diartikan sebagai hukum fiqh mengenai masalah yang dikerjakan oleh mukallaf⁵⁰.

Menurut A. Djazuli para ulama sepakat mengenai sumber hukum Islam al-Qur'an dan as-Sunnah Nabi. Namun selain kedua sumber itu ada yang menggunakannya dan ada yang tidak⁵¹. Sumber hukum selain al-Qur'an dan as-Sunnah adalah *ijtihad*, *ijma'*, *qiyas*, *istihsan*, *masalah mursalah*, *wrf*, *istishab*, hukum bagi umat sebelum kita, *madzhab shâhabi*. *Ijtihad* merupakan sarana untuk menggali hukum Islam dengan metode *ijma'*, *qiyas* dan seterusnya. Penggunaan metode *ijtihad* dalam akar sejarah hukum Islam menunjukkan sangat tergantung kepada madzhab fiqhnya. Sebagai contoh Imam Syafi'i lebih mengedepankan *ijma'* dan *qiyas*. Ia tidak menjadikan pendapat sahabat sebagai dasar bagi madzhabnya karena pendapat sahabat termasuk *ijtihad* yang memungkinkan terjadi kesalahan. Ia juga tidak menggunakan *istihsan* sebagai sumber hukum seperti yang dilakukan oleh Imam Hanafi dan Maliki⁵².

Dalam pembahasan teori hukum Islam, pembentukan hukum lebih mengedepankan metode untuk memperoleh hukum yang kemudian menjadi landasan hukum bagi perilaku seorang *mukallaf*. Oleh karena pembahasannya diawali dari adanya kesepakatan mengenai sumber hukum Islam (al-Qur'an dan as-Sunnah), maka pembahasan berikutnya sejauh mana dapat memperoleh hukum yang dianggap benar atau senada dengan kehendak Al Quran dan As Sunnah, meskipun tidak ada dalil dari keduanya.

⁵⁰M. Hasbi Ash Shiddieqy, *Pengantar Ilmu Fiqh*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1989), hal. 17

⁵¹A. Djazuli, *Ilmi Fiqh Penggalan, Perkembangan dan Penerapan Hukum Islam*, hal 61.

⁵²Agus Effendi, *Kajian Berbagai Mazhab*, (Bandung: Remaja Rosdakarya, 1997), hal. 39

Apabila teori hukum Islam dikaitkan dengan perjanjian dalam transaksi perbankan syari'ah khususnya menyangkut klausula penyelesaian sengketa, tampaknya teori hukum Islam tidak membahas hukum perjanjian ini secara tersendiri seperti halnya dalam hukum perdata. Sehingga pemberlakuan perjanjian sebagai sumber hukum bagi yang membuatnya (*mukallaf* dalam kajian Islam) akan dinilai sejauh mana materi perjanjian tersebut sesuai dengan hukum. Metode *ijtihad istihsan* yang dikembangkan oleh Hanafi dan Maliki adalah yang paling memungkinkan untuk menjadikan perjanjian sebagai salah satu sumber hukum Islam. Istihsan mempunyai relevansi untuk melakukan pembaharuan hukum Islam demi memelihara kemasalahatan manusia⁵³. Metode *istihsan* sebagai pilihan hukum kepada putusan yang lebih mencerminkan rasa keadilan dan kemasalahatan masyarakat⁵⁴.

Sebenarnya beberapa ayat al-Qur'an telah memerintahkan untuk melaksanakan perjanjian, demikian juga beberapa hadits menunjukkan bahwa orang-orang muslim harus tunduk pada perjanjian yang dibuatnya. Kuat dugaan faktor sosio ekonomi pada zaman dahulu yang belum banyak transaksi yang didasarkan pada perjanjian, sehingga para ulama salaf tidak menghendaki perjanjian sebagai sumber dari hukum Islam.

b. Teori Hukum Positif

Dalam ilmu hukum dikenal adanya dua sumber hukum yang berbeda yaitu sumber hukum materiil dan sumber hukum formal. Sumber hukum material merupakan faktor yang menentukan isi (materi) hukum. Utrecht menjelaskan sumber hukum materiil yaitu perasaan hukum (keyakinan hukum) individu dan pendapat umum yang dapat menentukan isi dari hukum.

⁵³Iskandar Usman, *Istihsan dan Pembaharuan Hukum Islam*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1994), hal. 200.

⁵⁴Jaih Mubarak, *Metodologi Ijtihad Hukum Islam*, (Yogyakarta: UII Press, 2002), hal. 124

Sedangkan sumber hukum formil yang menjadi determinan formil membentuk hukum menentukan berlakunya dari hukum.⁵⁵

Sumber hukum materiil dapat dilihat dalam arti sejarah, sosiologis dan filsafat⁵⁶. Sumber hukum materiil tidak menjadi pembahasan dalam penelitian ini, akan tetapi yang akan ditonjolkan adalah perjanjian sebagai salah satu sumber hukum formil. Adapun sumber hukum formal adalah undang-undang, kebiasaan *convention*, perjanjian baik antar negara ataupun perorangan, keputusan hakim *yurisprudensi* dan pendapat ahli hukum *doktrin*. Menurut Achmad Sanusi⁵⁷, undang-undang, perjanjian antar negara dan kebiasaan adalah sumber hukum yang langsung, sedangkan persetujuan, doktrin dan yurisprudensi adalah tidak langsung. Artinya ia menjadi sumber hukum karena pengakuan undang-undang atau melalui kebiasaan.

Perjanjian dalam teori ilmu hukum ditegaskan sebagai salah satu sumber hukum. Achmad Sanusi membedakan perjanjian antara negara yang berakibat langsung dengan perjanjian perorangan. Perjanjian perorangan dianggap sumber hukum tidak langsung karena dipandang sebagai sumber hukum oleh undang-undang yakni Pasal 1338 seperti yang telah diuraikan sebelumnya. Daya ikat perjanjian sama halnya dengan undang-undang, namun ada perbedaan antara keduanya yaitu :

1. Hukum persetujuan pada umumnya hanya mengikat pihak-pihak yang bersangkutan saja, sedang hukum undang-undang mengikat secara umum.
2. Hukum persetujuan mengatur hal-hal yang sudah konkrit, yang sudah dapat diketahui tatkala dibuatnya sedangkan hukum undang-undang memberi kelonggaran untuk hal-hal yang akan datang.

⁵⁵E. Utrecht dan Moh. Saleh Djindang, *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, (Jakarta: Ikhtiar Baru, 1990), hal 84.

⁵⁶M. L.J. Van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: Pradnya Paramita 1984), hal 87.

⁵⁷Achmad Sanusi, *Pengantar Ilmu Hukum dan Pengantar Tata Hukum Indonesia*, hal 70.

3. Hukum persetujuan ditaati karena kehendak yang suka rela dari pihak-pihak, sedangkan undang-undang mengikat dengan tiada didasarkan pada kehendak perseorangan.⁵⁸

D. Kesimpulan

Dari uraian pembahasan di atas, sampailah pada beberapa kesimpulan sebagai berikut :

1. Terdapat kesamaan kedudukan antara undang-undang dan perjanjian dalam menentukan pihak yang berhak menyelesaikan sengketa perbankan syari'ah. Kedudukan undang-undang didasarkan atas sistem hukum yang berlaku *civil law*, sementara kedudukan perjanjian ditentukan berdasarkan undang-undang (Pasal 1338 BW jo Pasal 55 UU Perbankan Syariah).
2. Dalam sistem hukum Islam, para ulama tidak secara tegas menyatakan perjanjian sebagai salah satu sumber hukum meskipun terdapat beberapa nash mengharuskan untuk melaksanakan perjanjian. Istishan, dianggap sebagai sumber hukum yang lebih dekat untuk menyatakan perjanjian sebagai sumber hukum Islam. Sementara itu dalam ilmu hukum, perjanjian secara tegas disebutkan sebagai sumber perjanjian. Dalam tinjauan ilmu hukum, perjanjian dianggap sebagai sumber hukum karena undang-undang menyatakan demikian. Sementara apabila ditinjau dari hukum perikatan, perjanjian dan undang-undang mempunyai kedudukan yang sama sebagai sumber perikatan.
3. Pasal 55 UU Perbankan Syariah sebagai *undang-undang* menentukan Pengadilan Agama sebagai lembaga yang berwenang untuk menyelesaikan sengketa perbankan syari'ah, namun demikian UU perbankan syari'ah secara eksepsional memberikan kewenangan lain melalui perjanjian, dimana sengketa perbankan syariah dapat ditangani dengan musyawarah, mediasi perbankan, badan arbitrase Syariah Nasional atau lembaga arbitrase lain serta melalui pengadilan dalam lingkungan peradilan umum.

⁵⁸ Sudarsono, *Pengantar Ilmu Hukum*, hal. 93

E. Daftar Pustaka

1. Buku

- Abdurrahman, 2005. *Eksistensi Perbankan Syariah Dalam Pembinaan Ekonomi Umat, dalam Prospek Bank Syariah di Indonesia*, Bandung: PPHIM.
- Anshori, Abdul Ghofur, 2006. *Pokok-pokok Hukum Perjanjian Islam di Indonesia*, Jogjakarta: Citra Media.
- Antonio, Muhammad Syafi'I, 1999. *Bank syariah wacana Ulama dan Cendekiawan*, Jakarta: Tazkia Institut.
- Apeldoorn, M. L.J. Van, 1984. *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: Pradnya Paramita.
- Badruzaman, Mariam Darus, 1996. *KUHPerdata Buku III Hukum Perikatan Dengan Penjelasan*, Bandung: Alumnus.
- _____, 2001. *Kompilasi Hukum Perikatan*, Bandung: Citra Aditya Bhakti.
- Basyir, Ahmad Azhar, 2000. *Asas-Asas Hukum Muamalat (Hukum Perdata Islam)*, Yogyakarta: UII Press.
- Dewi, Gemala dkk, 2005. *Hukum Perikatan Islam di Indonesia*, Jakarta: Kencana.
- _____, 2001. *Hukum Perjanjian Syariah*, dalam Kompilasi Hukum Perikatan oleh Mariam Darus Badruzaman Bandung: Citra Aditya Bakti.
- Djazuli, A., 2004. *Ilmu Fiqh Penggalan, Perkembangan dan Penerapan Hukum Islam*, Jakarta: Prenada Media Group.
- _____, 2006. *Kaidah-kaidah Fiqh, Kaidah-kaidah Hukum Islam dalam Menyelesaikan Masalah-masalah yang Praktis*, 2006. Jakarta: Prenada Media Group.
- Effendi, Agus, 1997. *Kajian Berbagai Mazhab*, Bandung: Remaja Rosdakarya.
- Fuady, Munir, 2000. *Arbitrase Nasional : Alternatif Penyelesaian Sengketa Bisnis*, Bandung: Citra Aditya Bakti.
- _____, 2001. *Hukum Kontrak Dari Sudut Pandang Hukum Bisnis*, Bandung: Citra Aditya Bakti.

- Gilissen, Emeritus John dan Emeritus Friits Gorle, 2005. *Historiche Inleiding tot het Recht, disadur oleh Freddy Tengker, Sejarah Hukum Sebuah Pengantar*, Bandung, Refika Aditama.
- Harahap, M. Yahya, 1994. *Alternatif Penyelesaian Sengketa*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Burgerlijk Wetboek*, 1996. Diterjemahkan oleh R. Subekti dan R. Tjitrosudibio, cet. 8, Jakarta: Pradnya Paramita.
- Majelis Ulama Indonesia, *Kumpulan Fatwa Dewan Syari'ah Nasional 2000 s/d 2006*.
- Mubarok, Jaih, 2002. *Metodologi Ijtihad Hukum Islam*, Yogyakarta: UII Press.
- _____, 2005. *Fiqh Siyasah Bandung*: Pustaka Bani Quraisy.
- Munawar, Said Agil Husein, al, 1994. *Pelaksanaan Arbitrase di Dunia Islam, Dalam Arbitrase Islam i Indonesia*, BAMUI & BMI, Jakarta.
- Ngatino, *Arbitrase*, 1999. Jakarta, STIH IBLAM.
- Perwataatmadja, Karnaen, 2005. *Bank dan Asuransi Islam di Indonesia*, Jakarta : Kencana.
- Rasjidi, Lili dan Ira Rasjidi, 2001. *Dasar-dasar Filsafat dan Teori Hukum*, Bandung: Citra Aditya.
- Sanusi, Achmad, 1984. *Pengantar Ilmu Hukum dan Pengantar Tata Hukum Indonesia*, Bandung: Tarsito.
- Satrio, J., 2000. *Hukum Perikatan, Perikatan yang Lahir dari Perjanjian*, Bandung: Citra Aditya Bhakti.
- Sekarwati, Supraba, 2001, *Perancangan Kontrak*, Bandung: Iblam,.
- Shiddieqy, M. Hasbi , Ash , 1989. *Pengantar Ilmu Fiqh*, Jakarta: Bulan Bintang.
- Soebekti, R., 1979. *Aspek-Aspek Hukum Perjanjian*, Bandung: Alumni.
- Soekanto Soerjono, 1985. *Penelitian Hukum Normatif : Suatu Tinjauan Singkat*, Jakarta: CV Rajawali Press.

- Usman, Iskandar, 1994. *Istihsan dan Pembaharuan Hukum Islam*, Jakarta: Raja Grafindo Persada.
- Utrecht, E. dan Moh. Saleh Djindang, 1990. *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, Jakarta: Ikhtiar Baru.
- Widjaya, I. G. Ray, 2004. *Merancang Suatu Kontrak Teori dan Praktek*, Bekasi: Kesaint Blanc.
- Zadjuli, Suroso Imam, 1992. *Prinsip-prinsip Ekonomi Islam, Artikel Dalam Berbagai Aspek Ekonomi Islam*, Yogyakarta: Tiara Wacana.

2. Makalah

- Manan, Abdul, 2006. *Sistem Ekonomi Berdasarkan Syari'ah*, Suara Uldilag MARI, vol 3 No. IX, Jakarta,.
- Manan, Abdul, 2006. *Penyelesaian Sengketa Syariah Sebuah Kewenangan Peradilan Agama*, Jakarta.
- Manan, Bagir, 2006. *Dissenting Opinion Dalam Sistem Peradilan Indonesia*, Varia Peradilan No. 253.