

BAB II

GUGATAN WANPRESTASI DALAM HUKUM EKONOMI SYARIAH DAN PENDEKATAN HAKIM DALAM PENYELESAIAN PERKARA

A. Sebab-Sebab Wanprestasi

Secara etimologi, wanprestasi berasal dari bahasa Belanda, yang berarti prestasi buruk. Dari segi istilah wanprestasi disebut juga dengan cedera janji atau ingkar janji, yaitu pihak yang satu atau debitur dianggap telah melakukan ingkar janji, jika tidak melaksanakan kewajiban bukan karena keadaan yang memaksa.¹ Menurut Riduan Syahrani yang dikutip dalam Majalah Varia Peradilan, wanprestasi adalah suatu keadaan di mana pihak-pihak atau salah satu pihak tidak memenuhi prestasi sebagaimana yang telah ditentukan dalam perjanjian.² Adapun menurut Subekti, bentuk wanprestasi itu ada empat macam, yaitu: 1) Tidak melakukan apa yang disanggupi akan dilakukan; 2) melaksanakan apa yang dijanjikan tetapi tidak sebagaimana dijanjikannya; 3) melakukan apa yang dijanjikannya tetapi terlambat; 4) melakukan sesuatu yang menurut perjanjian tidak boleh dilakukan.³

Menurut M. Yahya Harahap sebagaimana dikutip oleh Lukman Santoso AZ, bahwa pengertian wanprestasi adalah pelaksanaan kewajiban yang tidak tepat waktunya atau dilakukan tidak menurut selayaknya.⁴ Seorang debitur dikatakan berada dalam keadaan wanprestasi, apabila dalam melakukan pelaksanaan prestasi kontrak telah lalai, sehingga terlambat dalam jadwal waktu yang ditentukan atau melaksanakan prestasi tidak menurut selayaknya. Sedangkan menurut Sri Soedewi Masjhoeri Sofyan, sebagaimana dikutip oleh Lukman Santoso AZ, bahwa pengertian wanprestasi adalah kewajiban tidak memenuhi suatu perutusan

¹ Oyo Sunaryo Mukhlas, *Dual Banking System Dan Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah* (Bandung: Refika Aditama, 2019), 100.

² Ikatan Hakim Indonesia, 'Varia Peradilan Majalah Hukum Tahun XXX111 No.394', *September* (Jakarta, September 2018), 136.

³ R Subekti, *Hukum Perjanjian* (Jakarta: Pembimbing Masa, 1970), 50.

⁴ Lukman Santoso AZ, *Hukum Perikatan Teori Hukum Dan Teknis Pembuatan Kontrak Kerja Sama Dan Bisnis* (Malang: Setara Press, 2016), 75.

yang terdiri dari dua macam sifat yaitu : *pertama*, terdiri atas hal bahwa prestasi itu masih dilakukan tetapi tidak secara sepatutnya, *kedua*, terdapat hal-hal yang prestasinya tidak dilakukan pada waktu yang tepat.⁵

Dalam perikatan, perikatan yang bersifat timbal balik senantiasa menimbulkan sisi aktif dan sisi pasif. Sisi aktif menimbulkan hak bagi kreditur untuk menuntut pemenuhan prestasi, sedangkan sisi pasif menimbulkan beban kewajiban bagi debitur untuk melaksanakan prestasinya. Pakar hukum pidana Yahya Harahap mengartikan wanprestasi dengan pelaksanaan kewajiban yang tidak tepat pada waktunya atau dilakukan tidak menurut selayaknya. Pihak yang merasa dirugikan akibat adanya wanprestasi bisa menuntut pemenuhan perjanjian, pembatalan perjanjian, atau meminta ganti kerugian pada debitur. Ganti kerugiannya bisa meliputi biaya yang nyata-nyata telah dikeluarkan, kerugian yang timbul akibat wanprestasi tersebut, serta bunga. Pengertian bunga disini adalah hilangnya keuntungan yang sudah diperkirakan atau dibayangkan oleh kreditur seandainya tidak terjadi wanprestasi. Kewajiban debitur untuk membayar ganti rugi tidak serta merta timbul pada saat dirinya lalai. Karena itu, harus ada pernyataan lalai terlebih dahulu yang disampaikan oleh kreditur ke debitur (Pasal 1238 jo Pasal 1234 KUHPerduta). Pada situasi normal antara prestasi dan kontraprestasi akan saling bertukar, namun pada kondisi tertentu pertukaran prestasi tidak berjalan sebagaimana mestinya sehingga muncul peristiwa yang disebut wanprestasi. Pelanggaran hak-hak kontraktual tersebut menimbulkan kewajiban ganti rugi berdasarkan wanprestasi, sebagaimana diatur dalam Pasal 1236 KUHPerduta (untuk prestasi memberikan sesuatu) dan 1239 KUHPerduta (untuk prestasi berbuat sesuatu).⁶

Selanjutnya terkait wanprestasi tersebut diatur dalam Pasal 1243 KUHPerduta, yang berbunyi : “Penggantian biaya, kerugian, dan bunga karena tak dipenuhinya suatu perikatan, barulah mulai diwajibkan, apabila si berutang, setelah dinyatakan lalai memenuhi perikatannya, tetap melalaikannya, atau jika sesuatu yang harus

⁵Santoso AZ, *Hukum Perikatan Teori Hukum Dan Teknis Pembuatan Kontrak Kerja Sama Dan Bisnis*.

⁶ Evalina Yessica, ‘Karakteristik Dan Kaitan Antara Perbuatan Melawan Hukum Dan Wanprestasi’, *Jurnal Repertorium*, 1.2 (2014), 51.

diberikan atau dibuat dalam tenggang waktu yang telah dilampaukannya.” Intinya bahwa penggantian biaya rugi atas tidak dipenuhinya suatu kewajiban dikarenakan kelalaian.⁷

Wirjono Prodjodikoro mengatakan bahwa wanprestasi adalah ketiadaan suatu prestasi di dalam hukum perjanjian, artinya suatu hal yang harus dilaksanakan sebagai isi suatu perjanjian. Barangkali dalam bahasa Indonesia dapat dipakai istilah “pelaksanaan janji untuk prestasi dan ketiadaan pelaksanaannya janji untuk wanprestasi.” Wanprestasi timbul akibat kelalaian untuk kesalahan pihak debitur yang tidak dapat memenuhi prestasi seperti yang telah ditentukan dalam perjanjian. Hal tersebut senada dengan pendapat J. Satrio bahwa wanprestasi adalah suatu keadaan di mana debitur tidak memenuhi janjinya atau tidak memenuhi sebagaimana mestinya.⁸

Menurut Pasal 1234 KUH Perdata yang dimaksud dengan prestasi adalah seseorang yang menyerahkan sesuatu, dan tidak melakukan sesuatu. sebaliknya dianggap wanprestasi atau terjadinya wanprestasi atau cedera janji (*breach of contract*) dalam suatu perikatan, bila seseorang:⁹

1. Sama sekali tidak memenuhi atau melaksanakan prestasi (kewajiban)
2. Tidak melaksanakan prestasi secara menyeluruh; tidak menyelesaikan semua kewajiban yang telah disepakati
3. Terlambat memenuhi atau melaksanakan prestasi
4. Salah dalam melaksanakan prestasi.

Dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah Pasal 36, bahwa pihak dapat dianggap melakukan ingkar janji apabila karena kesalahannya:

1. Tidak melakukan apa yang dijanjikan untuk melakukannya
2. Melaksanakan apa yang dijanjikan tetapi tidak sebagaimana dijanjikannya
3. Melakukan apa yang dijanjikannya tetapi terlambat
4. Melakukan sesuatu yang menurut perjanjian tidak boleh dilakukan

⁷ Amran Suadi, *Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Penemuan Dan Kaidah Hukum* (Jakarta: Prenadamedia Group, 2018), 107.

⁸ Amran Suadi, *Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Penemuan Dan Kaidah Hukum*, 108-109.

⁹ Ikatan Hakim Indonesia, ‘Varia Peradilan Majalah Hukum Tahun XXX111 No.394’, *September* (Jakarta, September 2018), 138.

B. Unsur-Unsur Terpenuhi Wanprestasi

Adapun unsur-unsur wanprestasi, diantaranya :

1. Adanya Unsur Kesalahan

Untuk memahami lebih lanjut tentang bagaimana seseorang atau debitur dapat dikatakan telah melakukan wanprestasi, perlu kita memahami ketentuan Pasal 1235 KUH Perdata :¹⁰

“Dalam tiap-tiap perikatan untuk memberikan sesuatu adalah termaktub kewajiban si berhutang untuk menyerahkan kebendaan yang bersangkutan dan untuk merawatnya sebagai seorang bapak rumah yang baik, sampai saat penyerahan. Kewajiban yang terakhir ini adalah kurang atau lebih luas terhadap perjanjian-perjanjian tertentu yang akibat-akibatnya mengenai hal ini ditunjuk dalam bab-bab yang bersangkutan.”

Kata penyerahan sesuatu atau benda dalam Pasal di atas dalam sebuah perikatan atau perjanjian dapat berbentuk penyerahan benda secara nyata dan ada pula penyerahan secara yuridis. Menurut Pasal 1236 KUH Perdata kewajiban penyerahan benda tersebut berupa ganti biaya, rugi, dan bunga kepada si berpiutang, apabila ia telah membawa dirinya dalam keadaan tidak mampu untuk menyerahkan kebendaannya, atau telah tidak merawat sepatutnya guna menyelamatkannya. Pasal 1236 KUHPerdata di atas menjelaskan bahwa kewajiban itu dilakukan apabila adanya unsur “kesalahan” debitur yang menyebabkan ia tidak mampu lagi menyerahkan kebendaannya (prestasinya) kepada kreditur. J. Satrio menafsirkan bahwa kesalahan yang dimaksud adalah kesalahan dimana ia (debitur) dalam keadaan tidak mampu memenuhi kebendaan atau sehingga benda prestasinya tidak dapat terhindar dari kerugian. Intinya terpenuhinya unsur salah (*schuld*) dalam arti luas. Schuld yang dimaksud adalah meliputi kesalahan yang dibuat oleh debitur atau seseorang yang terjadi karena unsur kesengajaan (*opzet*) dan kelalaian (*onachtzaamheid*) atau karena keadaan memaksa (*force majeure*).¹¹

¹⁰ R Subekti, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata* (Jakarta: Pradnya Paramita, 2003), 323.

¹¹ Amran Suadi, *Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Penemuan Dan Kaidah Hukum*, 109-110.

2. Kesalahan karena disengaja

Dalam Pasal 1453 KUH Perdata digunakan istilah “apabila ada kesalahan untuk itu”, Pitlo berpendapat bahwa hal tersebut diartikan kalau ada unsur kesengajaan dari pihak lawan janjinya yang intinya membuat kerugian terhadap kreditur. Unsur kesengajaan disini adalah jika kerugian yang ditimbulkan diniatkan dan memang dikehendaki oleh debitur, sedangkan unsur kelalaian adalah peristiwa dimana seseorang atau debitur seharusnya dalam kondisi objektif tahu atau patut menduga bahwa dengan perbuatan atau sikap yang diambil olehnya akan timbul kerugian. Memang disini debitur belum tahu apakah kerugian akan muncul atau tidak, tetapi sebagai orang yang normal seharusnya ia tahu atau bisa menduga akan kemungkinan munculnya kerugian tersebut. Menurut J. Satrio, dalam menentukan seseorang atau debitur sengaja atau tidak dalam melakukan kesalahan, tidaklah disandarkan atau disyaratkan bahwa ia (debitur) bertujuan untuk merugikan kreditur, bisa saja saat membuat kesalahan tersebut debitur tidak bermaksud merugikan kreditur. Jadi, sekalipun ia tidak bermaksud atau bertujuan merugikan kreditur tetapi kenyataannya menimbulkan kerugian dan ia menghendaki tindakan timbulnya kerugian, maka disana tetap ada unsur kesengajaan.¹²

3. Kesalahan karena Kelalaian¹³

Dalam perjanjian yang berupa tidak berbuat sesuatu, akan mudah ditentukan sejak kapan debitur melakukan wanprestasi, yaitu sejak pada saat debitur berbuat sesuatu yang tidak diperbolehkan dalam perjanjian. Sedangkan bentuk prestasi debitur yang berupa berbuat sesuatu, apabila telah lewat batas waktu yang ditentukan dalam perjanjian, maka menurut Pasal 1238 KUH Perdata debitur dianggap melakukan wanprestasi. Apabila tidak ditentukan mengenai batas waktunya, maka untuk menyatakan seseorang debitur melakukan wanprestasi diperlukan surat peringatan tertulis dari kreditur yang diberikan kepada debitur. Surat peringatan tersebut disebut dengan somasi. Ada beberapa sebab yang

¹² Amran Suadi, *Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Penemuan Dan Kaidah Hukum* (Jakarta: Prenadamedia Group, 2018), 110.

¹³ Amran Suadi, *Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Penemuan Dan Kaidah Hukum*, 110-111.

mengakibatkan seorang debitur tidak memenuhi prestasinya. Secara garis besar menurut J. Satrio sebab tersebut dapat dikelompokkan menjadi dua, yaitu :

- a. Dikarenakan kesengajaan
- b. Dikarenakan kelalaian dari debitur

Kedua sebab tersebut mengandung unsur “salah” dalam arti luas atau karena debitur menghadapi keadaan memaksa. Kelalaian (*ingebreke*) merupakan faktor yang dapat membawa implikasi hukum yang penting, yaitu mengatakan debitur telah wanprestasi dan berakibat hukum yang fatal, di antaranya ganti rugi dan sebagainya. Pasal 1238 KUH Perdata menyatakan bahwa debitur tidak dapat dikatakan lalai jika hanya bersandarkan kepada belum adanya penyerahan prestasi meskipun sudah lewatnya waktu perikatan kecuali kalau perikatan atau perjanjian yang dibuat antara debitur dan kreditur menentukan lain di mana debitur harus dianggap lalai jika sudah melewati batas waktu yang ditentukan. Menurut J. Satrio, Pasal 1270 KUH Perdata mempunyai arti bahwa kreditur tidak boleh menuntut prestasi kepada debitur sebelum waktu yang telah ditentukan sehingga dengan lewatnya waktu saja belum berarti seorang debitur sudah dalam keadaan lalai. Artinya, dalam perjanjian yang memuat batas waktu di mana seseorang dapat dikatakan lalai, maka dengan lewatnya waktu tersebut saja sudah menjadikan debitur wanprestasi sehingga dalam kasus seperti ini tidak diperlukan lagi somasi untuk atau agar seseorang dapat dinyatakan lalai.

4. Pernyataan Lalai dan Somasi¹⁴

Dalam perjanjian yang tidak ditentukan kapan seorang dikatakan dapat dinyatakan lalai, maka sesuai dengan ketentuan Pasal 1238 KUH Perdata, bahwa seorang debitur lalai apabila ia dengan surat perintah atau dengan sebuah akta sejenis yang menyatakan ia (debitur) lalai. Di mana dengan surat atau akta tersebut debitur diperingatkan atau diminta agar melakukan kewajibannya. Teguran atau peringatan dari kreditur kepada debitur untuk melaksanakan kewajibannya dalam waktu tertentu. Peringatan tertulis dapat dilakukan secara resmi dan tidak resmi. Peringatan tertulis secara resmi dilakukan melalui pihak

¹⁴ Amran Suadi, *Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Penemuan Dan Kaidah Hukum*, 112-113.

perbankan/kreditur yang berwenang yang disebut somasi (*sommatie*). Peringatan tertulis tidak resmi misalnya melalui surat tercatat, surat peringatan ini disebut *ingebreke stelling*. Adapun substansi teguran atau peringatan yang diberikan kreditur kepada debitur harus memenuhi hal-hal sebagai berikut :

- a. Teguran kreditur supaya debitur segera melaksanakan prestasi
- b. Dasar teguran
- c. Adanya tanggal batas waktu paling lambat untuk memenuhi prestasi

Dengan adanya penetapan waktu tersebut dapat menjadi tolak ukur kapan debitur dalam keadaan lalai untuk selanjutnya dapat ditetapkan telah melakukan wanprestasi. Teguran adalah adanya ketetapan waktu (batas waktu) dalam tegurannya kepada debitur. Jika ternyata dalam somasi tidak ditentukan waktu kapan batas akhir bagi debitur melakukan kewajibannya, maka tidak dapat dikatakan debitur lalai sekalipun di somasi ribuan kali. Saat ini baik para sarjana maupun yurisprudensi menerima pendapat bahwa pernyataan lalai bersifat konstitutif sehingga ketika debitur tidak menjalankan kewajibannya sampai batasan waktu yang ditentukan maka secara hukum debitur tersebut telah dalam keadaan lalai dan wanprestasi. Oleh karenanya, seorang debitur yang tidak ditentukan dalam perjanjiannya batas waktu kapan ia dikatakan lalai maka sekalipun debitur tidak menjalankan prestasinya meskipun telah jatuh tempo, ia tidak dapat dikatakan telah lalai dan wanprestasi. Oleh karena itu, perlu diingat oleh hakim yang menyelesaikan sengketa ekonomi syariah bahwa sesuai ketentuan Pasal 1238 KUH Perdata debitur dianggap lalai dengan lewatnya tenggang waktu yang harus terlebih dahulu diberi peringatan tertulis yang isinya menyatakan bahwa debitur wajib memenuhi prestasi dalam batas tertentu. Somasi minimal dilakukan sebanyak 2 (dua) kali oleh kreditur atau juru sita. Namun pada praktiknya dalam perbankan, ditemukan kebiasaan somasi dilakukan sebanyak 3 kali. Apabila somasi tidak diindahkan, maka kreditur berhak membawa persoalan itu ke pengadilan dan selanjutnya pengadilan yang akan memutuskan apakah debitur wanprestasi atau tidak.

Berkaitan dengan gugatan wanprestasi di bidang ekonomi syariah di pengadilan agama, hakim tidak boleh membatalkan akad syariah yang sudah

dibuat oleh para pihak, yang apabila menurut penilaian hakim tidak sesuai dengan prinsip syariah, apabila dalam hal tersebut tidak ada gugatan pembatalan akad dari para pihak. Jika terjadi wanprestasi meskipun belum jatuh tempo pelunasan pembayaran, maka terhadap hak tanggungan atas akad tersebut dapat dieksekusi yang tentunya setelah debitur diberi peringatan (somasi) sesuai dengan ketentuan hukum yang berlaku. Sebaiknya Pengadilan Agama tidak melakukan somasi kepada debitur, cukuplah hal tersebut dilakukan oleh pihak krediturnya saja.

Adapun untuk menetapkan apakah seorang debitur itu telah melakukan wanprestasi dapat diketahui melalui tiga keadaan sebagai berikut:¹⁵

1) Debitur tidak memenuhi prestasi sama sekali

Artinya debitur tidak memenuhi kewajiban yang telah disanggupinya untuk dipenuhi dalam suatu perjanjian atau tidak memenuhi kewajiban yang ditetapkan undang-undang dalam perikatan yang timbul karena undang-undang. Debitur yang tidak memenuhi prestasi sama sekali bisa disebabkan karena debitur memang tidak mau berprestasi atau bisa juga disebabkan karena memang kreditur secara objektif tidak mungkin berprestasi lagi atau secara subjektif tidak ada gunanya lagi untuk berprestasi, misalnya debitur yang masih mampu berprestasi tapi karena sudah lewat waktunya, bagi kreditur sudah tidak ada gunanya lagi.

2) Debitur memenuhi prestasi, tetapi tidak baik atau keliru

Artinya debitur melaksanakan atau memenuhi apa yang diperjanjikan atau apa yang ditentukan oleh Undang-Undang, tetapi tidak sebagaimana mestinya menurut kualitas yang ditentukan dalam perjanjian atau menurut kualitas yang ditetapkan oleh Undang-Undang. Dalam hal ini, debitur menurutnya telah melaksanakan prestasinya akan tetapi menurut kreditur prestasi yang dilaksanakan oleh debitur tidak sama dengan yang diperjanjikan. Meskipun demikian, dalam keadaan ini tetap saja dianggap debitur wanprestasi karena melakukan sesuatu kewajibannya tidak sesuai dengan apa yang telah diperjanjikan. Contoh wanprestasi itu biasa terjadi dalam hal perjanjian jual beli, misalnya objek yang

¹⁵ Abdul Kadir Muhammad, *Hukum Perdata Indonesia* (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2010), 20.

diperjualbelikan tidak sesuai dengan spek yang diperjanjikan atau objek yang dijual memiliki cacat sehingga merugikan pembeli.

3) Debitur memenuhi prestasi, tetapi tidak tepat pada waktunya (terlambat)

Artinya, debitur memenuhi prestasi tetapi terlambat, waktu yang ditetapkan dalam perjanjian tidak dipenuhi. Artinya prestasi dilaksanakan dan objek yang diperjanjikan benar, tetapi pelaksanaannya tidak sesuai dengan waktu yang diperjanjikan. Dengan demikian, debitur yang seperti ini dapat dikatakan telah lalai dan wanprestasi.

Menurut Purwosusilo, syarat terjadinya keadaan wanprestasi terdiri dari; *Pertama*, syarat materil yaitu adanya unsur kesalahan debitur (sengaja/lalai). *Kedua*, syarat formil yaitu adanya peringatan/teguran terhadap debitur.¹⁶

C. Akibat Wanprestasi

Adanya beberapa akibat hukum ataupun sanksi yang dapat diterima oleh debitur yang telah wanprestasi, dalam KHES diatur dalam Pasal 38, diantaranya:¹⁷

1. Membayar ganti rugi yang diderita oleh kreditur
2. Pembatalan perjanjian
3. Peralihan resiko
4. Membayar biaya perkara atas tuntutan yang dilayangkan oleh kreditur.

Selain akibat hukum terhadap debitur di atas, kreditur dapat melakukan beberapa hal terhadap debitur yang telah wanprestasi, diantaranya:¹⁸

- a. Tuntutan pembatalan perjanjian
- b. Tuntutan pemenuhan perjanjian
- c. Tuntutan ganti kerugian
- d. Tuntutan pembatalan disertai tuntutan ganti kerugian
- e. Tuntutan agar debitur melaksanakan perjanjian disertai ganti rugi

¹⁶ Purwosusilo, *Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah*, dalam Acara Bimbingan Teknis Hakim Peradilan Agama Se Wilayah Pengadilan Tinggi Agama Jambi yang diselenggarakan oleh Otoritas Jasa Keuangan dan PTA Jambi pada 3 Desember 2015.

¹⁷ Yuni Harlina, 'Kajian Hukum Islam Tentang Wanprestasi (Ingkar Janji) Pada Konsumen Yang Tidak Menerima Sertifikat Kepemilikan Pembelian Rumah', *Jurnal Hukum Islam*, XVII.1 (2017).

¹⁸ Amran Suadi, *Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Penemuan Dan Kaidah Hukum*, 114.

Dalam hal tuntutan ganti rugi, kreditur dapat meminta ganti kerugian yang dideritanya kepada debitur akibat kelalaiannya sebagaimana yang diatur dalam Pasal 1243-1244 KUH Perdata. Kreditur berhak menuntut meminta ganti kerugian berupa biaya, rugi, dan bunga (*konsten, schaden en interessen*). Dan kerugian terdiri dari dua unsur, yaitu :¹⁹

- a. Kerugian yang nyata diderita (*damnum emergens*), meliputi biaya dan rugi
- b. Keuntungan yang tidak diperoleh (*lucrum cessans*), meliputi bunga

Tuntutan ganti rugi oleh kreditur kepada debitur, bisa saja disebabkan karena debitur tidak melaksanakan pestasinya, terlambat dan/ atau melaksanakan tetapi tidak sebagaimana mestinya.

Konsep wanprestasi dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) secara umum tidak berbeda dengan KUHPerdata. Namun menurut Prof. Abdul Manan, dalam makalahnya berjudul “ Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah : Sebuah Kewenangan Baru PA “, bahwa beberapa ketentuan KUHPerdata tidak bisa diberlakukan seluruhnya, untuk menyelesaikan wanprestasi dalam ekonomi syariah. Berdasarkan Pasal 1244, 1245, dan 1246 KUHPerdata, apabila salah satu pihak melakukan wanprestasi, maka pihak yang dirugikan dapat menuntut ganti rugi berupa pemulihan prestasi, ganti rugi, biaya dan bunga. Dalam hukum Islam, setiap akad harus terbebas dari bunga atau riba. Begitupun tuntutan ganti rugi tidak boleh diikuti tuntutan pembayaran bunga.²⁰

Sehubungan dengan hal tersebut, bagi pihak yang wanprestasi dapat dikenakan ganti rugi atau denda dalam ukuran yang wajar dan seimbang dengan kerugian yang ditimbulkannya serta tidak mengandung unsur ribawi sesuai dengan syariat Islam. Jika debitur yang wanprestasi karena : *Pertama*, ketidakmampuan yang bersifat relatif, maka kreditur harus memberikan alternatif berupa perpanjangan waktu pembayaran (*rescheduling*), memberi pengurangan (*discount*) keuntungan, diberikan kemudahan berupa seconditioning kontrak atau dilakukan likuidasi (*penjualan barang-barang jaminan*). Jika debitur masih juga tidak mampu membayar prestasinya, maka kreditur (*bank*) dapat memberikan kebijakan hapus

¹⁹ R Subekti, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata* (Jakarta: Pradnya Paramita, 2003), 324.

²⁰ Majalah Peradilan Agama, ‘Babak Baru Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah’, *Edisi 3* (Jakarta Pusat, February 2014), 21.

buku (*write of*). *Kedua*, karena ketidakmampuannya yang bersifat mutlak, kreditur (*bank*) harus membebaskan debitur dari kewajiban membayar prestasi atau memberikan kebijakan hapus tagih (*hair cut*). *Ketiga*, jika debitur wanprestasinya karena iktikad tidak baik, maka dapat diumumkan kepada masyarakat luas sebagai debitur nakal dan dikenakan sanksi paksa badan atau hukuman lainnya.²¹

Dalam Fatwa DSN MUI Nomor 85/DSN-MUI/XII/2012 Tentang Janji (Wa'd) dalam transaksi Keuangan dan Bisnis Syariah. Janji atau wa'd adalah pernyataan kehendak dari seseorang atau satu pihak untuk melakukan sesuatu yang baik (atau tidak melakukan sesuatu yang buruk) kepada pihak lain (mau'ud) di masa yang akan datang. Wa'id adalah pihak yang menyatakan janji. Mau'ud adalah pihak yang diberi janji oleh wa'id, dan Mau'ud bih adalah sesuatu yang dijanjikan oleh wa'id (isi wa'd). Mulzim adalah mengikat, dalam arti bahwa wa'id wajib menunaikan janjinya (melaksanakan mau'ud bih), serta boleh dipaksa oleh mau'ud dan/pihak otoritas untuk menunaikan janjinya. dalam fatwa ini disebutkan bahwa ketentuan khusus terkait pelaksanaan Wa'd, yaitu:

1. Wa'd harus dinyatakan secara tertulis dalam akta /kontrak perjanjian
2. Wa'd harus dikaitkan dengan sesuatu (syarat) yang harus dipenuhi atau dilaksanakan mau'ud (wa'd bersyarat)
3. Wa'd bih tidak bertentangan dengan syariah
4. Syarat sebagaimana dimaksud tidak bertentangan dengan syariah
5. Mau'ud sudah memenuhi dan melaksanakan syarat.

D. Pendekatan Hakim dalam Penyelesaian Sengketa

Untuk menjaga dan mengawal kewenangan penuh Pengadilan Agama dalam menyelesaikan sengketa perbankan syariah, perlu diupayakan strategi jitu dan konkrit yang dapat menjanjikan. Strategi ini sekaligus diharapkan dapat mengubah tantangan menjadi peluang demi meneguhkan eksistensi Pengadilan Agama dalam konstelasi hukum nasional. Perluasan kewenangan Pengadilan Agama itu, tentunya menjadi tantangan tersendiri bagi aparat Peradilan Agama, terutama hakim. Para hakim ini dituntut untuk memahami segala perkara yang

²¹ Abdul Manan, *Hukum Ekonomi Syariah Dalam Perspektif Kewenangan Peradilan Agama* (Jakarta: Prenadamedia Group, 2016), 485.

menjadi kompetensinya. Hal ini sesuai *adagium ius curia novit* hakim dianggap tahu akan hukumnya, sebagaimana dalam Pasal 10 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman, disebutkan:

“Pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya.”

Di sini hakim sebagai figur “Yang Mulia”, maka keharusan bagi hakim untuk selalu memperkaya pengetahuan hukum dan dituntut untuk mendalami dan menguasai substansi soal perekonomian syariah.²²

Tugas utama bagi hakim yaitu menerapkan hukum pada kasus konkret dalam wujud putusan. Dalam menerapkan hukum itu selalu diawali dengan penemuan hukum. Penemuan hukum diperlukan dalam rangka memecahkan atau menyelesaikan suatu persoalan hukum berdasarkan hukum atau secara hukum. Hukum yang diterapkan adalah hukum yang berlaku positif, maka tugas hakim adalah mempertemukan peristiwa hukum yang konkret dengan aturan hukum yang ada. Akan tetapi apabila aturan hukum yang ada tidak jelas, atau tidak sesuai rasa keadilan masyarakat, maka penemuan hukum dilakukan dengan interpretasi yaitu menemukan pengertian-pengertian aturan hukum yang ada, atau menggali berbagai bahan hukum yang bersumber dari kesadaran hukum masyarakat atau teori-teori hukum yang tersedia sehingga suatu peristiwa hukum konkret dapat dipecahkan secara tepat dan benar.²³

Putusan merupakan akhir suatu proses pemeriksaan perkara yang dilakukan majelis hakim, dengan terlebih dahulu dilakukan musyawarah berdasarkan ketentuan Pasal 14 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman. Putusan juga merupakan suatu pernyataan hakim sebagai pelaku kekuasaan kehakiman yang diberi wewenang, diucapkan dalam sidang terbuka untuk umum. Putusan yang terkait dengan pemeriksaan adalah putusan tingkat pertama yaitu putusan *judex factie*, bukan tingkat banding atau kasasi. Walaupun

²² Oyo Sunaryo Mukhlas, *Dual Banking System Dan Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah* (Bandung: PT. Refika Aditama, 2019), 138-139.

²³ Syarif Mappiasse, *Logika Hukum Pertimbangan Putusan Hakim* (Jakarta: Prenadamedia Group, 2017), 2.

putusan tingkat banding termasuk *judex factie*, tetapi pemeriksaan di tingkat banding hanyalah bersifat koreksi terhadap jalannya pemeriksaan perkara di tingkat pertama, yaitu apakah hukum acara dijalankan secara tepat dan benar dalam proses persidangan, dan apakah sudah menerapkan hukum secara benar. Adapun putusan kasasi hanyalah bersifat koreksi terhadap penerapan hukum sudah tepat dan benar, apakah tidak lalai memenuhi syarat yang digariskan undang-undang dan/atau apakah tidak melampaui batas wewenang yang ditentukan undang-undang.²⁴

Dalam praktek peradilan hukum acara perdata isi putusan hakim berdasarkan beberapa pasal-pasal dari peraturan perundang-undangan.²⁵ Sebagaimana asas-asas yang harus ada dalam putusan menurut Syarif Mappiasse, diantaranya: harus memuat alasan-alasan dan dasar-dasar putusan secara jelas dan perinci, memuat pasal-pasal dan/ atau sumber hukum tidak tertulis yang dijadikan dasar mengadili;²⁶ asas wajib mengadili seluruh bagian gugatan; asas tidak boleh mengabaikan melebihi tuntutan; dan prinsip sidang terbuka untuk umum. Isi putusan hakim umumnya memuat hal-hal yang bersifat formalitas dan substansial, yaitu : *Pertama*, kepala putusan memuat kata “PUTUSAN”, di bawahnya ditulis nomor putusan dan selanjutnya ditulis kalimat “DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA”. Khusus untuk Pengadilan Agama ditulis kalimat “BISMILLAHIRRAHMANIRRAHIM” diletakkan di antara nomor putusan dan kalimat Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. *Secara* formal putusan harus memuat tanggal putusan, dibacakan dalam sidang yang dinyatakan terbuka untuk umum dan ditandatangani oleh Hakim Ketua, Hakim Anggota, dan Panitera. *Kedua*, Identitas para pihak terdiri dari para penggugat, para tergugat, pekerjaan, dan tempat tinggal, serta nama kuasa hukum apabila diwakili oleh kuasa hukum. *Ketiga*, memuat pertimbangan tentang duduk perkaranya terdiri dari gugatan, jawaban, reflik, duplik, dan alat bukti masing-masing pihak. *Keempat*,

²⁴ Syarif Mappiasse, *Logika Hukum Pertimbangan Putusan Hakim*, 40-41.

²⁵ Sarwono, *Hukum Acara Perdata Teori Dan Praktik* (Jakarta: Sinar Grafika, 2011), 228.

²⁶ Pasal 50 dan 53 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009.

pertimbangan hukumnya atau *considerans*. *Kelima*, Amar putusan atau dictum. *Keenam*, biaya perkara.²⁷

1. Tata Cara Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah di Pengadilan Agama

Peraturan Mahkamah Agung Nomor 14 Tahun 2016 Tentang Tata Cara Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah, memberikan dua kemungkinan penanganan perkara ekonomi syariah dengan gugatan sederhana dan Acara biasa. Penanganan perkara ekonomi syariah dengan gugatan sederhana diatur secara khusus dalam Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2015 Tentang Tata Cara Gugatan Sederhana atau biasa dikenal dengan istilah *small claims court*. Sementara itu, penanganan perkara ekonomi syariah dengan acara biasa tetap mengacu pada peraturan perundang-undangan yang berlaku.²⁸

Adapun ketentuan-ketentuan penanganan perkara ekonomi syariah acara sederhana, diantaranya : Nilai gugatan materil paling banyak Rp. 200 juta; para pihak berdomisili di wilayah hukum yang sama; penggugat dan tergugat tidak boleh lebih dari satu; alamat tergugat harus diketahui; pendaftaran perkara menggunakan blanko gugatan; pengajuan bukti-bukti harus bersamaan dengan pendaftaran perkara; penunjukan hakim dan panitera sidang paling lama 2 hari; hakim tunggal; adanya pemeriksaan pendahuluan; tidak ada mediasi; penggugat dan tergugat wajib hadir tanpa didampingi kuasa hukum; gugatan dinyatakan gugur apabila penggugat pada sidang pertama tidak hadir tanpa alasan yang sah; dalam proses pemeriksaan hanya ada gugatan dan jawaban; waktu penyelesaian perkara 25 hari sejak sidang pertama; penyampaian putusan paling lambat 2 hari setelah putusan diucapkan; tidak ada upaya banding maupun kasasi, yang ada upaya hukum pegajuan keberatan yang diajukan 7 hari setelah putusan diucapkan atau setelah pemberitahuan putusan.²⁹

Dalam konteks penyelesaian dengan gugatan sederhana, maka sesuai dengan ketentuan Pasal 6 Perma Nomor 2 Tahun 2015, pendaftaran gugatan sederhana

²⁷ Syarif Mappiasse, *Logika Hukum Pertimbangan Putusan Hakim*, 43.

²⁸ Suryati Dzuluqy, *Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah secara Litigasi*, Artikel website. www.badilag.net, terbit 11 Januari 2019.

²⁹ Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia nomor 2 Tahun 2015 Tentang Tata Cara Penyelesaian Gugatan Sederhana.

dilakukan dengan prosedur sebagai berikut; penggugat mendaftarkan gugatannya di Pengadilan Agama baik secara lisan, tertulis, maupun melalui pendaftaran elektronik (e-Court³⁰) (Pasal 3 Ayat (1) Perma Nomor 14 Tahun 2016; penggugat bisa mengisi blangko yang telah disediakan di Kepaniteraan (Pasal 4 Perma Nomor 14 Tahun 2016; penggugat wajib melampirkan bukti surat yang sudah dilegalisasi pada saat mendaftarkan gugatan sederhana.³¹

Tata cara penyelesaian sengketa ekonomi syariah dengan acara biasa itu tidak jauh berbeda dengan pemeriksaan perkara perdata umum pada Pengadilan Negeri yang tunduk pada HIR dan KUHPperdata. Mulai tahapan pemanggilan para pihak, formasi hakim Pemeriksa perkara, upaya damai, pembuktian, putusan dan pelaksanaan putusan, seluruhnya mengacu pada ketentuan beracara perkara perdata umum di Pengadilan Negeri. Acara biasa ini ditandai dengan beberapa indikator yaitu : nilai gugatan lebih dari Rp. 200.000.000,-; penggugat dan tergugat tidak harus berdomisili di wilayah hukum yang sama; penggugat dan tergugat masing-masing boleh lebih dari satu; alamat tergugat tidak harus diketahui; membuat surat gugatan; pengajuan bukti-bukti dilakukan pada sidang beragenda pembuktian. Selain itu hakim yang mengadili dalam bentuk Majelis Hakim, tidak ada pemeriksaan pendahuluan, keharusan adanya mediasi, penggugat dan tergugat tidak wajib menghadiri setiap persidangan secara langsung dan dalam pemeriksaan perkara dimungkinkan adanya tuntutan provisi, eksepsi, rekonvensi, reflik, duplik, dan kesimpulan.³²

2. Urgensi Penemuan Hukum dalam Putusan Ekonomi Syariah

Urgensi penemuan-penemuan hukum oleh hakim dalam penyelesaian sengketa ekonomi syariah. Di samping sudah menjadi bagian dari tugas hakim dalam menemukan hukum dalam setiap masalah yang dihadapinya, penemuan hukum

³⁰ Definisi *e-Court* adalah sebuah instrumen Pengadilan sebagai bentuk pelayanan terhadap masyarakat dalam hal pendaftaran perkara secara online, pembayaran secara online, mengirim dokumen persidangan (Replik, duplik, kesimpulan, jawaban) dan pemanggilan secara online. Aplikasi ini diharapkan mampu meningkatkan pelayanan dalam fungsinya menerima pendaftaran perkara secara online dimana masyarakat akan menghemat waktu dan biaya saat melakukan pendaftaran perkara.

³¹ Oyo Sunaryo Mukhlas, *Dual Banking System Dan Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah*, 246.

³² Oyo Sunaryo Mukhlas, *Dual Banking System Dan Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah*

dalam ekonomi syariah menjadi suatu hal yang konstruktif bagi perkembangan hukum ekonomi syariah pada umumnya. Penguasaan hakim terhadap metode penemuan hukum terhadap perkara yang dihadapinya, khususnya perkara ekonomi syariah merupakan hal yang sangat penting. Ada beberapa alasan terhadap urgensi metode penemuan hukum oleh hakim dalam menyelesaikan sengketa ekonomi syariah, antara lain:³³

a. Kewenangan Perkara Ekonomi Syariah Relatif Baru

Dapat dikatakan bahwa kewenangan penyelesaian sengketa ekonomi syariah di Pengadilan Agama masih relatif baru, pasca lahirnya Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 Amandemen terhadap Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama, perkara ekonomi syariah masih bisa dihitung jari meskipun mengalami lonjakan yang sangat tinggi dari tahun ke tahun. Lonjakan tersebut dipicu oleh beberapa faktor, antara lain:

- 1) Meningkatkan kepercayaan masyarakat, baik pihak perbankan dan masyarakat terhadap Peradilan Agama.
- 2) Faktor yuridis dengan lahirnya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PPU-X/2012 Tentang Pengujian terhadap Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah yang menghapus dualisme lembaga peradilan dalam menyelesaikan sengketa ekonomi syariah.
- 3) Tingginya angka kredit macet di perbankan syariah ditengarai menyebabkan tingginya angka sengketa yang masuk ke pengadilan agama dari tahun ke tahun

Data dari yang ada, perkara ekonomi syariah yang masuk ke Pengadilan Agama pada Tahun 2010 saja meningkat 10 kali lipat dibandingkan Tahun-Tahun terdahulu. Dari awal Januari hingga saat ini, berdasarkan data di SIPP Mahkamah Agung, senin 4 Maret 2019, sudah ada 683 perkara ekonomi syariah yang ditangani Mahkamah Syar'iyah/ Pengadilan Agama seluruh Indonesia. Itu belum termasuk sisa perkara ekonomi syariah Tahun sebelumnya yang diputus Tahun ini

³³ Amran Suadi, *Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Penemuan Dan Kaidah Hukum* (Jakarta: Prenadamedia Group, 2018), 51.

dan perkara ekonomi syariah yang masih dalam upaya hukum, baik Banding, Kasasi maupun Peninjauan Kembali.³⁴

b. Tingkat Kesulitan dan Variasi Sengketa Ekonomi Syariah Cukup Tinggi

Hakim Peradilan Agama sudah dibekali dengan berbagai ilmu pengetahuan dan banyak yang sudah mengantongi sertifikat hakim ekonomi syariah untuk menyelesaikan perkara ekonomi syariah yang masuk ke Pengadilan Agama, selain itu berbagai pelatihan pun sudah dilaksanakan oleh hakim melalui kerja sama Mahkamah Agung dengan Otoritas Jasa Keuangan dan Negara-Negara di Timur Tengah, seperti mengutus sejumlah hakim mengadakan diklat ekonomi syariah di Arab Saudi, Sudan, maupun Qatar. Hal tersebut dilakukan agar Para Hakim mampu menyelesaikan perkara ekonomi syariah yang mempunyai tingkat kesulitan yang cukup tinggi.

Sesulit apapun perkara yang sedang ditanganinya, tugas menemukan hukum terhadap suatu perkara yang sedang diperiksa oleh Hakim harus tetap dilakukan, dan tugas menemukan hukum merupakan hal yang paling sulit dilaksanakan. Meskipun para hakim dianggap tahu hukum (*ius curia novit*), sebenarnya hakim tidak mengetahui semua hukum, sebab hukum itu berbagai macam ragamnya, ada yang tertulis dan ada pula yang tidak tertulis. Tetapi Hakim harus mengadili dengan benar terhadap perkara yang diajukan kepadanya, ia tidak boleh menolak dengan alasan hukum tidak ada atau belum jelas, melainkan ia wajib mengadili. Sebagai penegak hukum ia wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana Pasal 27 Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 Tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman.³⁵

3. Aliran Penemuan Hukum

Penemuan hukum atau *rechstvinding* adalah proses pembentukan hukum oleh hakim atau aparat lainnya dalam menerapkan peraturan umum terhadap peristiwa hukum yang konkret dan hasil penemuan hukum menjadi dasar untuk mengambil keputusan. Dengan kata lain penemuan hukum adalah proses konkretisasi atau

³⁴ Sistem Informasi Penelusuran Perkara (SIPP) Mahkamah Agung RI, diakses pada Tanggal 4 Maret 2019 Pukul : 15.21.

³⁵ Pasal 27 Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 Tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman.

individualisasi peraturan perundang-undangan yang bersifat umum atau *das sollen* dengan mengaitkannya kepada peristiwa konkret atau *das sein*. Penemuan hukum dalam arti ini oleh Van Eikema Hommes disebut sebagai pandangan peradilan yang *typis logicistic*, di mana aspek logis analitis dibuat absolut atau oleh Wiarda disebut penemuan hukum heteronom.³⁶

Ada dua aliran yang dikenal dalam penemuan hukum, yaitu aliran progresif dan aliran konservatif. Aliran progresif berpendapat bahwa hukum dan peradilan merupakan alat untuk perubahan-perubahan sosial, sedangkan aliran konservatif berpendapat bahwa hukum dan peradilan itu hanyalah untuk mencegah kemerosotan moral dan nilai-nilai lain.³⁷

Ada beberapa aliran penemuan hukum yang populer dari Sudikno Mertokusumo, diantaranya :³⁸

a. Aliran Legisme

Aliran ini lahir sebagai reaksi terhadap ketidakpastian dan ketidakseragaman hukum kebiasaan, maka timbullah pada abad XIX di Eropa usaha untuk penyeragaman hukum dengan jalan kodifikasi dengan menuangkan hukum secara lengkap dan sistematis dalam kitab undang-undang. Aliran ini mempunyai pandangan bahwa satu-satunya sumber hukum adalah Undang-Undang, sebab Undang-Undang yang dianggap cukup jelas dan lengkap yang berisi semua jawaban terhadap semua persoalan hukum, sehingga hakim hanyalah sebagai *subsumtie automaat* yaitu kedudukan hakim ada di bawah Undang-Undang atau hanya sebagai pelaksana Undang-Undang. Hakim hanya berwenang menerapkan peraturan hukum pada peristiwa konkretnya dengan bantuan metode penafsiran terutama penafsiran gramatikal. Pemecahannya dengan sendirinya akan ditemukan melalui *subsumptie*.

Untuk melaksanakan *subsumptie* ini persyaratannya, yaitu:

- 1) Undang-Undang harus bersifat umum (berlaku bagi setiap orang);

³⁶ Amran Suadi, *Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Penemuan Dan Kaidah Hukum* (Jakarta: Prenadamedia Group, 2018), 53.

³⁷ Teguh Satya Bhakti, 'Politik Hukum Dalam Putusan Hakim', *Jurnal Hukum Dan Peradilan*, Volume 5.Nomor 1 (2016), 53-72.

³⁸ Sudikno Mertokusumo, *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum* (Yogyakarta: PT. Citra Aditya Bakti, 1993), 10-11.

- 2) Ketentuan-ketentuan yang ada didalamnya harus dirumuskan secara abstrak (berlaku umum);
- 3) Sistem peraturannya harus lengkap sehingga tidak ada kekosongan-kekosongan hukum.

Aliran ini berpendapat bahwa semua hukum itu berasal dari kehendak penguasa tertinggi, dalam hal ini kehendak pembentuk Undang-Undang. Jadi, semua hukum terdapat dalam Undang-Undang. Berdasarkan pandangan ini, maka hanya undang-Undanglah yang dapat menjadi sumber hukum, karena pengakuan kebiasaan sebagai sumber hukum berarti mengakui kekuasaan tertinggi lain di samping kekuasaan negara tertinggi (pembentuk Undang-Undang).

Dalam ajaran *trias politica* tidak ada tempat untuk hukum kebiasaan sebagai sumber hukum yang berdiri sendiri. Penciptaan dan pembentukan hukum adalah monopoli pembentuk undang-undang. Pandangan Montesquieu bahwa hakim dalam pemisahan kekuasaan yang ketat hanyalah sebagai “*bouche de la loi*” mempunyai pengaruh besar pada awal abad XIX. Pandangan ini disebut legisme. Demikian pula dalam ajaran kedaulatan rakyat dari Rousseau tidak ada tempat untuk hukum kebiasaan sebagai sumber hukum.

b. Mazhab Historis

Mazhab historis berlawanan dengan mazhab legisme karena mazhab historis yang dipelopori oleh *von Savigny* (1779-1861) berpandangan bahwa hukum adalah hukum itu ditentukan secara historis. Hukum tumbuh dari kesadaran hukum bangsa di suatu tempat dan pada suatu waktu tertentu (*Das Recht Wird nicht gemacht, es ist und wird mit dem Volke*). Kesadaran hukum (*volksgeist*), yang paling murni terdapat dalam kebiasaan.³⁹

Permulaan abad XX disadari bahwa Undang-Undang tidaklah lengkap. Nilai-nilai yang dituangkan dalam Undang-Undang tidak lagi sesuai dengan perkembangan kehidupan bersama. Ternyata terdapat kekosongan-kekosongan dan ketidakjelasan dalam Undang-Undang. Perkembangan ini di Netherland dimulai pada akhir abad XIX, *judge made law* dan hukum kebiasaan dapat

³⁹ Cahyono, ‘Majalah Varia Peradilan’, *Judicial Activism Hakim Peradilan Administrasi : Perspektif Teori-Teori Penemuan Hukum*, No. 392 Juli, 2018, p. 66.

melengkapi Undang-Undang. Sejak itu pula hukum kebiasaan dan yurisprudensi dianggap sebagai unsur-unsur dalam sistem hukum.

Von Savigny berpendapat bahwa hukum adalah hukum kebiasaan yang tidak cocok untuk kehidupan modern. Sebelum mengkodifikasikan hukum harus mengadakan penelitian yang mendalam terlebih dahulu. Setelah itu barulah dapat mengadakan kodifikasi. Jasa Von Savigny ialah memberi tempat yang mandiri pada hukum kebiasaan sebagai sumber hukum.

c. Aliran *Begriffsjurisprudenz*

Aliran yang dipelopori oleh Rudolf von Jhering (1818-1890) lahir dalam pertengahan abad XIX yang menekankan pada sistematik hukum. Setiap putusan baru dari hakim harus sesuai dengan sistem hukum. Berdasarkan kesatuan yang dibentuk oleh sistem hukum, maka setiap ketentuan Undang-Undang harus dijelaskan dalam hubungannya dengan ketentuan Undang-Undang yang lain, sehingga ketentuan Undang-Undang itu merupakan satu kesatuan yang utuh. Menurut aliran ini idealnya ialah apabila sistem yang ada itu berbentuk suatu piramida yang pada puncaknya suatu asas utama. Dari situ dapat dibuat pengertian-pengertian baru (*begrif*).

Alasan ketidakmampuan pembentuk Undang-Undang untuk meremajakan Undang-Undang pada waktu yang tepat merupakan alasan untuk memberikan peran aktif kepada hakim. Dari hakim diharapkan seberapa mungkin dapat menyesuaikan Undang-Undang pada keadaan baru. Yurisprudensi mulai memperoleh peranan sebagai sumber hukum. Demikian pula hukum kebiasaan memperoleh kembali peranannya sebagai sumber hukum. Sebaliknya para yuris mulai bersikap kritis terhadap Undang-Undang.⁴⁰

Dikembangkanlah sistem asas-asas dan pengertian-pengertian umum yang digunakan untuk mngkaji Undang-Undang. Oleh karena itu, teori ini disebut *Begriffsjurisprudenz*, suatu nama yang diberikan oleh Rudolf von Jhering pada aliran ini. Kekhasan bagi aliran ini, bahwa hukum dilihat sebagai satu sistem tertutup yang mencakup segala-galanya yang mengatur semua perbuatan sosial.

⁴⁰ Cahyono, 'Majalah Varia Peradilan', *Judicial Activism Hakim Peradilan Administrasi : Perspektif Teori-Teori Penemuan Hukum*, No. 392 Juli, 2018, p. 67.

Pendekatan hukum secara ilmiah dengan sarana pengertian-pengertian yang diperhalus ini merupakan dorongan timbulnya positivisme hukum, namun juga memberi argumentasi-argumentasi yang berasal dari ilmu hukum, dan dengan demikian objektif, sebagai dasar putusan-putusan hukum. Pasal-pasal yang tidak sesuai dengan sistem hukum dikembangkan secara ilmiah dan diterapkan interpretasi restriktif.

Begriffsjurisprudenz lebih memberikan kebebasan hakim daripada legisme. Hakim tidak perlu terikat pada bunyi Undang-Undang, tetapi dapat mengambil argumentasinya dari peraturan-peraturan hukum yang tersirat dalam Undang-Undang. Dengan demikian, peradilan lebih bersandar pada ilmu hukum. Maka kegiatan hakim terdiri dari sistematisasi, penghalusan hukum, dan pengolahan hukum dalam sistem itu melalui penjabaran logis peraturan perundang-undangan menjadi berbagai asas hukum. Para hakim makin berkiblat pada ilmu dogmatik. Kalau Undang-Undang ternyata tidak memberi jawaban, maka hakim mencari objektivitas yang disyaratkan oleh ilmu hukum. Dorongan terhadap penghormatan ilmu hukum sebagai sarana untuk menemukan hukum ini berasal dari Mazhab Historis.

d. Aliran *Interessenjurisprudenz* atau *Freirechtsschule*⁴¹

Interessenjurisprudenz lahir di Jerman pada abad XIX sebagai reaksi terhadap *begriffjurisprudenz*, *interessenjurisprudenz* suatu aliran yang menitikberatkan pada kepentingan-kepentingan (*interessen*) yang difiksikan. Hukum merupakan *resultant* pertentangan-pertentangan kepentingan yang berlawanan dan berbenturan satu sama lain. Pandangan ini diberi dasar ilmiah dalam buku *der Zweck in Recht* (1877). Aliran ini berpendapat bahwa peraturan hukum tidak boleh dilihat oleh hakim sebagai formal logis belaka, tetapi harus dinilai menurut tujuannya. Menyadari bahwa sistematisasi hukum tidak boleh dibesar-besarkan. Aliran ini berpendapat bahwa tujuan hukum pada dasarnya adalah untuk melindungi, memuaskan, atau memenuhi kepentingan atau kebutuhan hidup yang nyata. Dalam putusannya hakim harus bertanya kepentingan manakah yang diatur atau dimaksudkan oleh pembentuk Undang-Undang.

⁴¹ Suadi, *Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Penemuan Dan Kaidah Hukum*, 56.

Philip Heck, yang termasuk salah seorang penganut aliran ini, berpendapat bahwa tanpa pengetahuan tentang kepentingan sosial, moral, ekonomi kultural, dan kepentingan lainnya, dalam peristiwa tertentu yang berhubungan dengan peraturan tertentu, adalah pelaksanaan atau penerapan hukum, tidak mungkin dapat tepat dan berarti. Pembentuk Undang-Undang pada waktu merumuskan peraturan telah mempertimbangkan berbagai kepentingan dan akhirnya mengambil pilihan. Dalam ketentuan Undang-Undang telah ditetapkan kepentingan-kepentingan mana yang menurut pandangan pembentuk Undang-Undang itu mempunyai nilai-nilai yang cukup di tengah masyarakat. Apabila kemudian diminta putusan dari hakim (dalam konflik kepentingan), maka hakim harus menyesuaikan dengan ukuran nilai yang dimuat dalam Undang-Undang. Hakim tidak boleh atas kemauannya sendiri menilai kepentingan konkret pihak-pihak yang bersangkutan, akan tetapi mengeluarkan unsur-unsur itu yang telah dinilai oleh pembentuk Undang-Undang dan berkaitan dengan itu mengambil putusan, karena nilai-nilai yang dimaksud oleh pembentuk Undang-Undang adalah faktor penentu utama. Hakim dalam putusannya harus bertanya kepentingan manakah yang diatur atau dimaksudkan oleh pembentuk Undang-Undang.

e. Aliran Soziologische Rechtsschule

Aliran ini berpandangan bahwa untuk menemukan hukumnya, hakim harus mencarinya pada kebiasaan-kebiasaan dalam masyarakat. Aliran ini dipelopori oleh Hamaker dan Hymans. Hamaker berpandangan bahwa hakim seyogianya mendasarkan putusannya sesuai dengan kesadaran hukum dan perasaan hukum yang hidup dalam masyarakat ketika putusan tersebut dijatuhkan. Adapun Hymans mengemukakan bahwa hanya putusan hakim yang sesuai dengan kesadaran hukum dan kebutuhan hukum warga masyarakat yang merupakan hukum dalam makna yang sebenarnya.⁴²

Aliran ini menyerukan supaya pengetahuan kemasyarakatan, ekonomi, sosiologi, dan sebagainya bagi para pemangku hukum ditingkatkan agar

⁴² Amran Suadi, *Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Penemuan Dan Kaidah Hukum*, 57-58.

kebebasan hakim ditetapkan batas-batasnya (misalnya tentang hukuman maksimal minimal, keadaan belum dewasa, jangka kedaluarsa dan sebagainya), dan supaya putusan-putusan hakim dapat diuji oleh *Public Opinion* (pemeriksaan putusan terbuka, tingkatan *appel*/kasasi dan sebagainya). Penganut aliran ini menekankan agar para hakim memiliki wawasan yang luas, bukan sekedar ilmu hukum dogmatic, namun juga ilmu hukum yang lain. Dengan demikian, dapat disimpulkan bahwa akhirnya yang primer bagi hukum itu adalah penyesuaiannya dengan kesadaran kemasyarakatan, dalam hal ini menghadapi demokratisasi atau sosialisasi dari hukum.

f. Aliran *Freirechtbewegung*⁴³

Pengikut-pengikut aliran ini menentang pendapat bahwa kodifikasi itu lengkap, karena tidak seluruh hukum terdapat dalam Undang-Undang. Juga memandang bahwa hakim itu mempunyai sumbangan kreatif dalam penemuan hukum, sebab di samping Undang-Undang masih terdapat sumber-sumber hukum lain yang dapat digunakan oleh hakim untuk menemukan hukumnya. Mereka menganggap titik tolak Montesquieu bahwa hakim tidak lebih dari corong Undang-Undang secara tegas merupakan fiksi. Tiap pemikiran yang melihat hakim sebagai *subsumptie automaat* dianggap sebagai sesuatu yang tidak nyata (fiksi). Menurut aliran ini hakim tidak hanya mengabdikan pada fungsi kepastian hukum, tetapi mempunyai tugas sendiri dalam merealisasikan keadilan. Putusan hakim tidak selalu berasal dari penjabaran Undang-Undang, karena setiap peristiwa itu sifatnya khusus dan tidak benar kalau hakim selalu dapat menerapkan peraturan perundang-undangan yang bersifat umum terhadap situasi konkret. Hakim dalam putusannya tidak hanya wajib menerapkan atau melaksanakan Undang-Undang, namun juga menghubungkan semua sifat-sifat yang khusus dari permasalahan yang disengketakan, yang diajukan kepadanya.

Freirechtbewegung mencoba mengarahkan perhatiannya kepada sifat-sifat yang khusus pada peristiwa konkret dan kepentingan yang berkaitan. Rasa hukum hakim harus dipusatkan pada hal-hal ini dan juga pada tujuan yang tersirat dalam peraturan. Kalau penyelesaian berdasarkan rasa hukum itu tidak sesuai dengan

⁴³ Cahyono, 'Majalah Varia Peradilan', No. 392 Juli, 2018, p. 68.

penyelesaian menurut Undang-Undang, maka hakim berwenang dan wajib untuk menyimpang dari penyelesaian menurut Undang-Undang. Tidak mengakuinya Undang-Undang sebagai satu-satunya sumber hukum mengarah pada subjektivasi putusan hakim. Dengan demikian, disadari bahwa putusan hakim mengandung karya yang bersifat menciptakan. Pelaksanaan hukum bergeser ke arah penemuan hukum atau pembentukan hukum.⁴⁴

Freirechtbewegung berpendapat bahwa hakim terikat pada batas-batas yang dapat dijabarkan dari sistem, dalam hal ini menuju pada pemecahan masalah yang mendasarkan pada sistem (*gesystematiseerd probleemdenken* atau berpikir *problem orientid*). Timbul keberatan terhadap penemuan hukum bebas ini. Keberatan yang terpenting ialah tidak adanya pendekatan yang metodis. Kritik terhadap *freirechtbewegung* dapat dipahami karena kurangnya perhatian pada metode yang harus digunakan dalam merealisasikan pendiriannya.

g. Aliran Hukum Kritis⁴⁵

Aliran ini mengkritisi secara konseptual teori hukum tradisional yang berlaku pada waktu ini. Aliran hukum kritis lahir di Amerika Serikat, yang menjadi objek kritiknya adalah hukum di Amerika Serikat tersebut. Gerakan aliran hukum ini sebagai akibat dari perkembangan dan ketidakpuasan terhadap teori dan praktik hukum dalam bidang-bidang, misalnya : a) pendidikan hukum; b) pengaruh politik yang sangat kuat terhadap dunia hukum; c) kegagalan peran hukum dalam menjawab permasalahan yang ada. Beberapa karakteristik umum aliran hukum kritis:

- 1) Berkomitmen besar terhadap kebebasan individual dengan batas-batas tertentu, karakter demikian ini berkaitan dengan emansipasi kemanusiaan;
- 2) Kurang mempercayai bentuk-bentuk kebenaran yang abstrak, menghendaki pengetahuan yang benar-benar objektif;
- 3) Menolak perbedaan antara teori dan praktik serta menolak perbedaan antara fakta dan nilai yang merupakan karakteristik dari paham liberal.

⁴⁴ Amran Suadi, *Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Penemuan Dan Kaidah Hukum* (Jakarta: Prenadamedia Group, 2018), 59.

⁴⁵ Cahyono, 'Majalah Varia Peradilan', No. 392 Juli, 2018, p. 71.

Pada prinsipnya, aliran ini menolak anggapan ahli hukum tradisional yang mengatakan bahwa hukum itu objektif (kenyataan adalah tempat berpijaknya hukum), hukum itu sudah tertentu (hukum menyediakan jawaban yang pasti dan tidak dimengerti), hukum itu netral (tidak memihak pada pihak tertentu). Di samping menolak ketiga anggapan tersebut di atas, penganut aliran hukum ini berpandangan sebagai berikut:

1) Hukum mencari legitimasi yang sah.

Hukum mencari legitimasi dengan jalan mistifikasi dengan menggunakan prosedur hukum yang berbelit dan bahasa yang susah dimengerti sehingga pihak yang ditekan oleh orang berkuasa menjadi cepat percaya bahwa hukum itu netral.

2) Tidak ada prinsip-prinsip dasar dalam hukum.

Menurut aliran hukum kritis, pemikiran rasional itu merupakan ciptaan masyarakat juga yang merupakan pengakuan terhadap kekuasaan

3) Hukum tidak netral.

Aliran hukum kritis berpendapat hukum tidak netral dan hakim hanya berpura-pura atau percaya secara naif bahwa dia mengambil putusan secara netral dan tidak memihak dengan mendasari putusannya pada Undang-Undang, Yurisprudensi, atau prinsip keadilan. Padahal mereka selalu dapat dipengaruhi oleh ideologi yang dianutnya untuk memperkuat kelas yang dominan.

4. Sumber Hukum dalam Menyelesaikan Sengketa Ekonomi Syariah

Dalam proses penemuan hukum, hakim tidak bisa lepas dari sumber-sumber hukum yang ada, artinya proses penemuan hukum tidak bisa berdiri sendiri.⁴⁶ Sumber hukum adalah segala atau apa yang menimbulkan aturan-aturan yang mempunyai kekuatan yang bersifat memaksa, yakni aturan-aturan yang kalau dilanggar mengakibatkan sanksi yang tegas dan nyata.⁴⁷ di antara sumber-sumber hukum tersebut antara lain:

⁴⁶ Amran Suadi, *Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Penemuan Dan Kaidah Hukum*, 61.

⁴⁷ C.S.T Kansil, *Pengantar Ilmu Hukum Indonesia* (Jakarta: Rineka Cipta, 2011), 57.

a. Sumber Hukum Formil

Pada prinsipnya penegakan hukum hanya dilakukan oleh Kekuasaan Kehakiman (*Judicial Power*) yang secara konstitusional lazim disebut badan yudikatif (Pasal 24 UUD 1945). Dengan demikian, maka yang berwenang memeriksa dan mengadili sengketa hanya badan peradilan yang bernaung di bawah kekuasaan kehakiman yang berpuncak di Mahkamah Agung. Yang dibentuk berdasarkan Undang-Undang. Hukum acara yang berlaku di Pengadilan Agama untuk mengadili sengketa ekonomi syariah adalah hukum acara yang berlaku dan dipergunakan pada lingkungan Peradilan Umum. Ketentuan ini sesuai dengan ketentuan Pasal 54 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 jo. Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006.⁴⁸

Sementara hukum yang berlaku di lingkungan Peradilan Umum adalah *Herziene Inlandsch Reglement (HIR)* untuk Jawa dan Madura, *Rechtreglement voor de Buittengewesten (RBg)* untuk Jawa dan Madura. Kedua aturan hukum acara ini diberlakukan di Lingkungan Peradilan Agama, kecuali hal-hal yang telah diatur secara khusus dalam Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 jo Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 Tentang Peradilan Agama. Selain itu diberlakukan juga *Burgerlijke Wetboek Voor Indonesia (BW)* atau yang disebut dengan Undang-Undang Hukum Perdata, khususnya Buku IV Tentang Pembuktian yang termuat dalam Pasal 1865 sampai dengan Pasal 1993. Diberlakukan juga *Wetboek Van Koophandel (WvK)* yang diberlakukan berdasarkan Staablat (Stbl) 1847 Nomor 23, khususnya dalam Pasal 7, 8,9, 22, 23, 32, 225, 258, 272, 273, 274, dan 275. Dalam kaitan dengan peraturan ini terdapat pula hukum acara yang diatur dalam *Failissements Verordering* (Aturan Kepailitan) sebagaimana yang diatur dalam Stbl. 1906 Nomor 348, dan juga terdapat dalam berbagai peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia dan dijadikan pedoman dalam praktik peradilan Indonesia.⁴⁹

⁴⁸ Ahmad Khotibul Umam, 'Hukum Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Di Indonesia', *Jurnal Risalah*, 1.1 (2016), 4.

⁴⁹ Abdul Manan, 'Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Sebuah Kewenangan Baru Peradilan Agama', *Jurnal Mimbar Hukum Dan Peradilan*, Edisi.73 (2011), 45-46.

b. Sumber Hukum Materil

1) Nash Al-Qur'an

Dalam Al-Qur'an terdapat berbagai ayat yang membahas tentang ekonomi berdasarkan prinsip syariah yang dapat dipergunakan dalam menyelesaikan berbagai masalah ekonomi dan keuangan. Syauqi al Fanjani menyebutkan secara eksplisit ada 21 ayat, yaitu : Al-Baqarah ayat 188, 275, dan 279; An-Nisa ayat 5 dan 32; Hud ayat 61 dan 116; Al-Isra ayat 27; An-Nur ayat 33; Al-Jatsiah ayat 13; Adz Dzariyaat ayat 19; An-Najm ayat 31; Al-Hadid ayat 7; Al-Hasyr ayat 7; Al-Jumu'ah ayat 10; Al-Ma'arif ayat 24 dan 25; AlMa'un ayat 1,2, dan 3.⁵⁰

Di samping ayat-ayat tersebut di atas, sebenarnya masih banyak lagi ayat-ayat Al-Qur'an yang membahas tentang masalah ekonomi dan keuangan baik secara mikro maupun makro, terutama tentang prinsip-prinsip dasar keadilan dan pemerataan, serta berupaya selalu siap untuk memenuhi transaksi ekonomi yang dilakukannya selama tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip syariah.

2) Nash Al-Hadist

Banyak sekali hadist Rasulullah SAW yang berkaitan langsung dengan kegiatan ekonomi dan keuangan Islam. Oleh karena itu, mempergunakan *al-Hadist* sebagai sumber hukum dalam penyelesaian sengketa ekonomi syariah sangat dianjurkan kepada pihak-pihak yang berwenang. Hadist Rasulullah SAW yang dapat dijadikan rujukan dapat diambil dalam beberapa kitab hadist sebagai berikut:⁵¹

- a) Sahih Buchari, *al Buyu'* ada 82 hadist, *Ijarah* ada 24 hadist, *As Salam* ada 10 hadist, *Al Hawalah* ada 9 hadist, *Al Wakalah* 17 hadist, *Al Muzara'ah* 28 hadist, dan *Al MUSAQAT* 29 hadist.
- b) Sahih Muslim ada 115 hadist dalam *al Buyu'*
- c) Sahih Ibn Hibban, tentang *al Buyu'* ada 141 *al Hadist*, tentang *al Ijarah* ada 38 *al-Hadist*.

⁵⁰ Manan, 'Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Sebuah Kewenangan Baru Peradilan Agama'.

⁵¹ Manan, 'Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Sebuah Kewenangan Baru Peradilan Agama'.

- d) Sahih Ibn Khuzaimah ada 300 *al hadist* tentang berbagai hal yang menyangkut ekonomi dan transaksi keuangan.
- e) Sunan Abu Daud ada 290 *al hadist* dalam kitab *al Buyu'*
- f) Sunan Al Tarmizi ada 117 *al hadist* di dalam kitab *al Buyu'*
- g) Sunan al Nasai ada 254 *al hadist* di dalam kitab *al Buyu'*
- h) Sunan Ibn Majah ada 170 *al hadist* di dalam kitab *al Tijarah*
- i) Sunan al Darimi terdapat 94 *al hadist* dalam *al Buyu'*
- j) Sunan al Kubra Li al Baihaqi terdapat 1085 *al hadist* tentang *al Buyu'* dan 60 *al hadist* tentang *al Ijarah*
- k) Musannaf Ibn Syaiban terdapat 1000 *al hadist*
- l) Musanaf Abdul al Razzaq terdapat 13054 *al hadist* tentang *al Buyu'*
- m) Mustadrah al Hakim terdapat 245 *al hadist* tentang *al Buyu'*

Angka-angka yang terdapat dalam kitab-kitab tersebut bukanlah hal yang berdiri sendiri, sebab banyak sekali *nash al hadist* yang terdapat dalam kitab-kitab tersebut bunyi dan *sanad*-nya sama. Hal ini akan sangat membantu dalam menjadikan *al hadist* sebagai sumber hukum ekonomi syariah yang dapat dijadikan pedoman dalam menyelesaikan perkara di Peradilan Agama.

3) *Peraturan Perundang-Undangan*

Sebagai sumber hukum tertulis, peraturan perundang-undangan merupakan sumber utama. Peraturan perundang-undangan dibuat oleh badan legislatif atau lembaga lainnya yang diberikan kewenangan yang secara substansi tidak dapat diragukan lagi keabsahannya demi hukum (*ipso jure*). Dalam ajaran penemuan hukum peraturan perundang-undangan diprioritaskan dari sumber-sumber hukum lainnya. Jika hendak mencari hukum suatu masalah, maka yang terlebih dahulu dijadikan rujukan adalah undang-undang karena undang-undang bersifat autentik dan lebih menjamin kepastian hukum.⁵²

Undang-undang adalah suatu peraturan negara yang mempunyai kekuatan hukum yang mengikat diadakan dan dipelihara oleh penguasa negara. Menurut Buys, undang-undang mempunyai dua arti; *pertama*, undang-undang dalam arti *formal*, yaitu setiap keputusan pemerintah yang merupakan undang-undang

⁵² Suadi, 61.

karena cara pembuatannya. *Kedua*, undang-undang dalam arti *material*, yaitu setiap keputusan pemerintah yang menurut isinya mengikat langsung setiap penduduk.⁵³

Satjipto Rahardjo mengatakan kepastian hukum yang dimaksud karena dijamin adanya pembuatan hukum yang dilakukan secara sistematis oleh badan-badan yang khusus untuk itu dan teknik-teknik perumusannya yang terpelihara dan dikembangkan secara baik.

Banyak aturan hukum yang terdapat dalam berbagai peraturan perundang-undangan yang mempunyai titik singgung dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006. Oleh karena itu, hakim Peradilan Agama harus mempelajari dan memahaminya untuk dijadikan pedoman dalam memutuskan perkara ekonomi syariah. Diantara peraturan perundang-undangan yang harus dipahami oleh hakim Peradilan Agama yang berhubungan dengan Bank Indonesia antara lain:⁵⁴

- a) Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan
- b) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 Tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan
- c) Peraturan BI Nomor 6/24/PBI/2004 Tentang Bank Umum yang Melaksanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syariah.
- d) Peraturan BI Nomor 6/9/PBI/DPM Tahun 2004 Tentang Penyisihan Penghapusan Aktiva Produktif bagi Bank Perkreditan Rakyat Syariah.
- e) Peraturan BI Nomor 3/9/PBI/2003 Tentang Penyisihan Penghapusan Aktiva Produktif bagi Bank Syariah.
- f) Surat Edaran BI Nomor 6/9/DPM Tahun Tentang Tata Cara Pemberian Fasilitas Pembiayaan Jangka Pendek bagi Bank Syariah.
- g) Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia Nomor 32/34/Kep/Dir Tentang Bank Umum Berdasarkan Prinsip Syariah.
- h) Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia Nomor 32/36/Kep/Dir Tentang Bank perkreditan Rakyat Berdasarkan Prinsip Syariah.

⁵³ C.S.T Kansil, *Pengantar Ilmu Hukum Indonesia* (Jakarta: Rineka Cipta, 2011), 58.

⁵⁴ Abdul Manan, *Hukum Ekonomi Syariah Dalam Perspektif Kewenangan Peradilan Agama* (Jakarta: Prenadamedia Group, 2016), 476.

- i) Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia Nomor 21/53/Kep/Dir/1988 Tanggal 27 Oktober 1988 Tentang Surat Berharga Pasar Uang (SBPU).
- j) Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia Nomor 21/48/Kep/Dir./1988 dan Surat Edaran Bank Indonesia Nomor 21/27/UPG Tanggal 27 Oktober 1988 Tentang Sertifikat Deposito
- k) Surat Edaran Bank Indonesia Nomor 28/32/UPG Tanggal 4 Juli 1995 jo. Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia Nomor 28/32/Kep.Dir./tetanggal 4 Juli 1995 Tentang Bilyet Giro.
- l) Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia Nomor 31/67/Kep/Dir. Tetanggal 23 Juli 1998 Tentang Sertifikat Bank Indonesia.
- m) Surat Edaran Bank Indonesia Nomor 28/49/UPG tertanggal 11 Agustus 1995 tentang Persyaratan Penerbitan dan Perdagangan Surat Berharga Komersial (*Commercial Paper*).
- n) Surat Edaran Bank Indonesia Nomor 23/5/UKU tanggal 28 Februari 1991 Tentang Pemberian Garansi Bank.

Adapun peraturan-peraturan yang lain yang mempunyai persentuhan dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 Tentang Peradilan Agama, antara lain:

- a) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Agraria.
- b) Undang-Undang Nomor 6 Tahun 1969 Tentang BUMN.
- c) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1982 Tentang Wajib Daftar Perusahaan
- d) Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1992 Tentang Usaha Perasuransian.
- e) Undang-Undang Nomor 25 Tahun 1992 Tentang Perkoperasian
- f) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1987 Tentang Dokumen Perusahaan
- g) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1995 Tentang Perusahaan Terbatas
- h) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1998 Tentang Kepailitan
- i) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan atas Tanah Beserta Benda-benda yang berkaitan dengan Tanah.
- j) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1995 Tentang Pasar Modal
- k) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda yang berkaitan dengan Tanah.

- l) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Antimonopoli dan Persaingan Tidak Sehat.
- m) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen.
- n) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa
- o) Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 Tentang Wakaf.
- p) Undang-Undang Nomor 38 Tahun 1999 Tentang Zakat
- q) Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 Tentang Fidusia
- r) Undang-Undang Nomor 31 Tahun 2000 Tentang Desain Industri.
- s) Undang-Undang Nomor 14 Tahun 2001 Tentang Paten.
- t) Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2001 Tentang Merek.
- u) Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2001 Tentang Yayasan
- v) Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2002 Hak Cipta.
- w) Peraturan Pemerintah Nomor 28 Tahun 1977 Tentang Wakaf Tanah Milik.
- x) Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 Tentang Pendaftaran Tanah.
- y) Peraturan Pemerintah Nomor 12 Tahun 1998 Tentang Perusahaan Terbatas.
- z) Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2008 Tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah.

4) *Fatwa-Fatwa Dewan Syariah Nasional (DSN)*

Dewan Syariah Nasional (DSN) berada di bawah MUI, dibentuk pada Tahun 1999. Lembaga ini mempunyai kewenangan untuk menetapkan fatwa tentang produk dan jasa dalam kegiatan usaha bank yang melaksanakan kegiatan usaha berdasarkan prinsip syariah. Sampai saat ini telah mengeluarkan 125 fatwa tentang kegiatan ekonomi syariah. Sebagai berikut:⁵⁵

- a) Fatwa Dewan Syariah Nomor 01/DSN-MUI/IV/ 2000 Tentang Giro.
- b) Fatwa Dewan Syariah Nomor 02/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Tabungan
- c) Fatwa Dewan Syariah Nomor 03/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Deposito.
- d) Fatwa Dewan Syariah Nomor 04/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Murabahah
- e) Fatwa Dewan Syariah Nomor 05/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Jual Beli Salam

⁵⁵ Di akses pada tanggal 20 Juni 2019 dari website <https://dsnemui.or.id/kategori/fatwa/>

- f) Fatwa Dewan Syariah Nomor 06/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Jual Beli Istishna
- g) Fatwa Dewan Syariah Nomor 07/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Pembiayaan Mudharabah (Qhirad)
- h) Fatwa Dewan Syariah Nomor 08/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Pembiayaan Musyarakah.
- i) Fatwa Dewan Syariah Nomor 09/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Pembiayaan Ijarah
- j) Fatwa Dewan Syariah Nomor 10/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Wakalah.
- k) Fatwa Dewan Syariah Nomor 11/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Kafalah
- l) Fatwa Dewan Syariah Nomor 12/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Hawalah
- m) Fatwa Dewan Syariah Nomor 13/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Uang Muka dalam Murabahah
- n) Fatwa Dewan Syariah Nomor 14/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Sistem Distribusi Hasil Usaha dalam Lembaga Keuangan Syariah
- o) Fatwa Dewan Syariah Nomor 15/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Prinsip Distribusi Hasil Usaha dalam Lembaga Keuangan Syariah
- p) Fatwa Dewan Syariah Nomor 16/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Diskon dalam Murabahah
- q) Fatwa Dewan Syariah Nomor 17/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Sanksi atas Nasabah Mampu yang Menunda-nunda Pembayaran
- r) Fatwa Dewan Syariah Nomor 18/DSN-MUI/IV/2000 Tentang Pencadangan Penghapusan Aktiva Produktif dalam Lembaga Keuangan Syariah
- s) Dan beberapa fatwa lainnya.

5) *Traktat atau Akad Perjanjian (Kontrak)*

Traktat adalah perjanjian yang diadakan oleh dua negara atau lebih bilateral atau multilateral mengenai suatu hal. Traktat mengikat negara-negara yang mengadakannya yang disebut *pacta sun servanda* artinya setiap perjanjian harus ditaati atau ditepati. Traktat juga mengakui primat hukum internasional, artinya mengakui hukum internasional lebih tinggi derajatnya daripada derajat hukum

nasional.⁵⁶ Di Indonesia, traktat dibuat presiden dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat sehingga kekuatan hukum traktat sama dengan undang-undang. Namun traktat di dalam UUD 1945 Pasal 11 tidak ditetapkan dengan tegas adanya keharusan DPR RI membuatnya dengan bentuk undang-undang.

Mayoritas Ulama berpendapat bahwa asal dari semua transaksi adalah halal. Asal ari perjanjian adalah keridhaan kedua belah pihak, konsekuensinya apa yang telah disepakati bersama harus dilaksanakan. Menurut Taufiq, dalam mengadili perkara sengketa ekonomi syariah, sumber hukum utama adalah perjanjian, sedangkan yang lain adalah pelengkap saja. Oleh karena itu, hakim harus memahami apakah suatu akad perjanjian itu sudah memenuhi syarat dan rukun sahnya suatu perjanjian. Apakah suatu akad perjanjian itu sudah memenuhi asas kebebasan berkontrak, persamaan, dan kesetaraan, keadilan, kejujuran, dan kebenaran serta asas tertulis. Hakim juga harus meneliti apakah akad perjanjian itu mengandung hal-hal yang dilarang oleh syariat Islam, seperti mengandung unsur riba dengan segala bentuknya, ada unsur gharar atau tipu daya, unsur maysir atau spekulatif, dan unsur dhulm atau ketidakadilan.⁵⁷

6) Fikih dan Ushul Fikih⁵⁸

Fikih merupakan sumber hukum yang dapat digunakan dalam menyelesaikan sengketa ekonomi syariah. Sebagian besar kitab-kitab fikih yang muktabar berisi berbagai masalah muamalah yang dapat dijadikan acuan dalam menyelesaikan masalah ekonomi syariah. Di samping kitab-kitab fikih yang dianjurkan oleh Menteri Agama RI melalui Biro Peradilan Agama berdasarkan Surat Edaran Nomor B/1/735 Tanggal 18 Februari 1958 agar memedomani 13 kitab fikih dalam memutus perkara di lingkungan peradilan agama, perlu juga dipelajari berbagai kitab fikih lain sebagai bahan perbandingan dan pedoman seperti *Bidayatul Mujtahid* yang ditulis oleh Ibn Rusy, *Al-Mulakhkhash al-Fiqh* yang ditulis oleh Syaikh Dr. Shalih bin Fauzan bin Abdullah al-Fauzan, *Al-Fiqh al-islami wa*

⁵⁶ C.S.T Kansil, *Pengantar Ilmu Hukum Indonesia* (Jakarta: Rineka Cipta, 2011), 62.

⁵⁷ Abdul Manan, *Hukum Ekonomi Syariah Dalam Perspektif Kewenangan Peradilan Agama* (Jakarta: Prenadamedia Group, 2016), 483-484.

⁵⁸ Abdul Manan, *Hukum Ekonomi Syariah Dalam Perspektif Kewenangan Peradilan Agama* (Jakarta: Prenadamedia Group, 2016), 486-487.

Adillatuhu yang ditulis oleh Wahbah al- Zuhaili, *Fiqhus Sunnah* yang ditulis oleh Sayyid Sabiq, dan sebagainya.

Selain dari itu, perlu juga dipahami, berbagai kaidah fikih, sebab kaidah-kaidah ini sangat berguna dalam menyelesaikan perkara. Kaidah fikih terkandung kaidah prinsip-prinsip fikih yang bersifat umum dalam bentuk teks pendek yang mengandung hukum umum yang sesuai dengan bagian-bagiannya. Kaidah fikih ini berisi kaidah-kaidah hukum yang bersifat *kulliyah* yang diambil daripada dalil-dalil *kulli*, yaitu dari dalil-dalil Al-Qur'an dan Al-Sunnah, seperti *al-Dararu Yuzalu* (Hal-hal yang darurat mesti harus dilenyapkan).

Dengan hal tersebut dapat diketahui bahwa *qawaid fiqiyah* adalah kaidah atau dasar fikih yang bersifat umum yang mencakup hukum-hukum syara' menyeluruh dari berbagai bab dalam masalah-masalah yang masuk di bawah cakupannya. Dewan Syariah Nasional MUI dalam menetapkan berbagai fatwa tentang ekonomi syariah sebagaimana yang terdapat dalam buku Himpunan Fatwa DSN, hampir semua fatwanya selain berhujah pada Al-Qur'an dan Al-Sunnah serta *aqwal* ulama juga berhujah kepada *qawaidul fihiyyah*.

7) **Hukum Kebiasaan**

Sumber lain dalam penemuan hukum adalah hukum kebiasaan. Apabila dalam penemuan hukum tidak ditemukan dalam peraturan perundang-undangan maka hakim selanjutnya merujuk kepada hukum kebiasaan. Hukum kebiasaan adalah hukum yang tidak tertulis dan sumber hukum yang paling tertua. Kebiasaan merupakan tindakan menurut pola perilaku yang tetap, ajeg, lazim normal atau adat dalam masyarakat atau pergaulan hidup tertentu. Hukum kebiasaan dapat dijadikan hukum apabila kebiasaan tersebut harus diulang dalam waktu yang cukup lama, berulang-ulang, dan harus menimbulkan keyakinan umum bahwa perilaku yang diulang itu memang patut secara objektif dilakukan.⁵⁹

Kebiasaan adalah perbuatan manusia yang tetap dilakukan berulang-ulang dalam hal yang sama. Apabila suatu kebiasaan tertentu diterima oleh masyarakat, dan kebiasaan itu selalu berulang-ulang dilakukan sedemikian rupa, sehingga tindakan yang berlawanan dengan kebiasaan itu dirasakan sebagai pelanggaran

⁵⁹ Amran Suadi, *Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Penemuan Dan Kaidah Hukum*, 62.

perasaan hukum, maka dengan demikian timbullah suatu kebiasaan hukum, yang oleh pergaulan hidup dipandang sebagai hukum.

Hukum kebiasaan pada umumnya melengkapi undang-undang dan tidak dapat mengesampingkan undang-undang, akan tetapi kebiasaan dapat mengalahkan undang-undang yang bersikap pelengkap saja. Untuk menemukan hukum kebiasaan dapat dilakukan dengan cara menanyakan kepada tokoh masyarakat atau warganya yang dianggap mengetahui tentang kebiasaan masyarakat setempat.

Islam sengaja tidak menjelaskan semua persoalan hukum, terutama dalam bidang muamalah di dalam Al-Qur'an dan Al-Sunnah. Islam meletakkan prinsip-prinsip umum yang dapat dijadikan pedoman oleh para Mujtahid untuk berijtihad menentukan hukum terhadap masalah-masalah baru yang sesuai dengan tuntutan zaman. Inilah diantaranya yang menjamin eksistensi dan fleksibilitas hukum Islam, sehingga hukum Islam akan tetap *shalihun likulli zaman wal makan*. Jika masalah-masalah baru yang timbul saat ini tidak ada dalilnya dalam Al-Qur'an dan Al-Sunnah, serta tidak ada prinsip-prinsip umum yang dapat disimpulkan dari peristiwa itu, maka dibenarkan untuk mengambil dari nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat, sepanjang nilai-nilai itu tidak bertentangan dengan syariat Islam. Hal-hal yang baik menjadi kebiasaan, berlaku dan diterima secara umum serta tidak berlawanan dengan prinsip-prinsip syariah itulah *'urf*. Para ahli hukum Islam sepakat bahwa *'urf* semacam ini dapat dijadikan pertimbangan dalam menetapkan hukum. Di sinilah muncul kaidah "*Al'Adah Muhakkamah*".⁶⁰

8) *Yurisprudensi*

Sumber hukum dalam penemuan hukum adalah yurisprudensi digunakan apabila ternyata dalam hukum kebiasaan tidak ditemukan hukum dan ketentuannya dalam menyelesaikan suatu masalah, maka hakim barulah mencari ketentuan dalam yurisprudensi.⁶¹ Indonesia sebagai negara yang menganut *civil law*, memposisikan seorang hakim dalam menemukan hukum tidak terikat dengan yurisprudensi yang sudah ada. Bagir Manan berpendapat hakim tidak perlu mengikuti putusan-putusan yang terdahulu mengenai perkara sejenis. Meskipun

⁶⁰ Abdul Manan, *Hukum Ekonomi Syariah Dalam Perspektif Kewenangan Peradilan Agama* (Jakarta: Prenadamedia Group, 2016), 287-288.

⁶¹ Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata* (Jakarta: Sinar Grafika, 2004), 830.

faktanya banyak hakim yang merujuk dan berpegang kepada beberapa yurisprudensi dalam menyelesaikan masalah hukum yang ditanganinya.⁶²

Yurisprudensi diartikan sebagai putusan-putusan hakim terdahulu yang telah berkekuatan hukum tetap dan diikuti oleh para hakim atau badan peradilan lain dalam memutus perkara atau kasus yang sama. Dari aspek teoritis dan praktik peradilan, pada hakikatnya yurisprudensi dapat dibagi menjadi dua klasifikasi, yaitu: *Pertama*, Yurisprudensi (biasa) di mana seluruh putusan pengadilan yang telah bersifat “*inkracht van gewijsde*”, yaitu telah berkekuatan hukum tetap seperti misalnya putusan perdamaian, seluruh putusan *judex facti*. *Kedua*, Yurisprudensi tetap (*Vaste Jurisprudentie*) yaitu putusan hakim yang selalu diikuti oleh hakim lain dalam perkara yang sejenis berlangsung secara terus menerus. Pada dasarnya yurisprudensi adalah hukum dan mempunyai kekuatan mengikat terhadap para pihak sebagaimana tersurat pada Pasal 1917 KUHPerdata serta mengikat berlandaskan asas *Res Judicata Pro Veritate Habetur*, bahwa putusan hakim harus dianggap benar sampai memperoleh kekuatan hukum tetap atau diputus lain oleh pengadilan yang lebih tinggi.⁶³

9) Doktrin

Doktrin merupakan sumber penemuan hukum apabila di dalam undang-undang tidak ditemukan hukumnya, begitu pula dalam yurisprudensi tidak ditemukan, maka hakim dapat menemukan hukumnya dengan mencari pendapat para yuris. Misalnya mengenai definisi perjanjian yang terdapat pada KUH Perdata yang terlalu umum dan tidak jelas sehingga untuk memperjelas maksud dan batasan perjanjian tersebut, maka doktrin sangat membantu memberi batasan.⁶⁴ Doktrin ini merupakan pendapat para sarjana hukum yang ternama, juga mempunyai kekuasaan dan berpengaruh dalam pengambilan keputusan oleh hakim. Dalam

⁶² Suadi, 62.

⁶³ Muhammad Saleh, ‘Beberapa Yurisprudensi Mahkamah Agung Mengenai Hukum Perikatan Perkembangan Doktrin Hukum Perikatan Di Lingkungan Peradilan’, *Varia Peradilan No. 395* (Jakarta).

⁶⁴ Suadi, Amran Suadi, *Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Penemuan Dan Kaidah Hukum*, 63.

yurisprudensi terlihat bahwa hakim sering berpegang pada pendapat seorang atau beberapa orang sarjana hukum yang terkenal dalam ilmu pengetahuan hukum.⁶⁵

Doktrin merupakan pendapat para ahli hukum yang mempunyai pengaruh dalam perkembangan praktik hukum yang dijadikan acuan atau rujukan bagi praktisi hukum dan para pemangku kepentingan tak terkecuali para hakim dalam mengambil keputusannya. Sifat doktrin tidak lain untuk membantu memperjelas sesuatu yang masih abstrak dalam sebuah teks peraturan perundang-undangan, baik memperjelas batas, maksud, dan tujuannya.

10) Sumber Hukum Lainnya

Selain sumber-sumber hukum di atas, hakim pengadilan agama dalam menyelesaikan perkara sengketa ekonomi syariah juga merujuk ke sumber-sumber hukum lainnya, baik yang tertulis maupun tidak tertulis, antara lain :⁶⁶

- 1) Peraturan Bank Indonesia (PBI);
- 2) Peraturan Otoritas Jasa Keuangan (OJK);
- 3) Peraturan Menteri Keuangan (Permenkeu);
- 4) Peraturan Mahkamah Agung (PERMA);
- 5) Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA);
- 6) Fatwa Dewan Syariah Nasional (DSN MUI)
- 7) Kitab-Kitab Fiqih yang *mu'tabarah* (populer) di kalangan umat Islam Indonesia.

Pengguliran program ekonomi syariah di Indonesia memiliki rujukan sumber hukum yang sangat kuat, baik yang berasal dari Al-Qur'an, Al-Hadist, maupun ijtihad fuqaha yang sudah dikonversi dan diejawantahkan ke dalam fatwa ulama. Adapun yang dimaksud dengan sumber hukum yang telah mendapat legalitas yang harus dipedomani dan dipatuhi oleh pelaku industri keuangan syariah adalah:⁶⁷

⁶⁵ C.S.T Kansil, *Pengantar Ilmu Hukum Indonesia* (Jakarta: Rineka Cipta, 2011), 63.

⁶⁶ Amran Suadi, *Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Penemuan Dan Kaidah Hukum* (Jakarta: Prenadamedia Group, 2018), 63-64.

⁶⁷ Oyo Sunaryo Mukhlas, *Dual Banking System Dan Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah* (Bandung: Refika Aditama, 2019), 5.

- 1) Fatwa DSN-MUI Nomor 01 Tahun 2000 Tentang Giro s.d Fatwa DSN-MUI Nomor 16 Tahun 2017 Tentang Elektronik keuangan syariah;
- 2) Peraturan Mahkamah Agung RI Nomor 02 Tahun 2008 Tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES);
- 3) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah;
- 4) POJK Nomor 24/POJK.03/2015 dan SEOJK Nomor 36/SEOJK.03/2015 Tentang Produk dan Aktivitas Bank Umum Syariah dan Unit Usaha Syariah;
- 5) Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2014 Tentang Perasuransian (Prinsip Syariah dan Dana Tabarru’);
- 6) POJK Nomor 69/POJK.05/2016 Tentang Penyelenggaraan Usaha Perusahaan Asuransi, Asuransi Syariah, Perusahaan Reasuransi dan Perusahaan Reasuransi Syariah;
- 7) Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2008 Tentang Surat Berharga Syariah Negara (SBSN);
- 8) Peraturan Otoritas Jasa Keuangan Nomor 15/POJK.04/2015 Tentang Prinsip Syariah di Pasar Modal;
- 9) POJK Nomor 53/POJK.04/2015 Tentang Akad yang digunakan dalam Penerbitan Efek Syariah di Pasar Modal;
- 10) POJK Nomor 6/POJK.05/2014 Tentang Penyelenggaraan Usaha Lembaga Penjaminan;
- 11) POJK Nomor 31/POJK.05/2014 Tentang Penyelenggaraan Usaha Pembiayaan Syariah;
- 12) POJK Nomor 33/POJK.05/2016 Tentang Penyelenggaraan Program Pensiun Berdasarkan Prinsip Syariah
- 13) Peraturan Menteri Koperasi Nomor 16/Per/MKUKM/IX/2015 Tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Simpan Pinjam dan Pembiayaan Syariah.

5. Penemuan Hukum dalam Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah

Setiap peraturan hukum itu abstrak dan pasif, abstrak karena sifatnya sangat umum dan pasif karena tidak akan menimbulkan akibat hukum apabila tidak terjadi peristiwa konkret. Peristiwa hukum yang abstrak memerlukan rangsangan agar dapat aktif dan dapat diterapkan kepada peristiwanya. Interpretasi atau

penafsiran hukum adalah salah satu metode penemuan hukum yang memberikan penjelasan mengenai teks Undang-Undang agar ruang lingkup kaidah dapat diterapkan pada peristiwanya.

Tugas menemukan hukum terhadap suatu perkara yang sedang diperiksa oleh hakim merupakan suatu hal yang paling sulit dilaksanakan. Meskipun para hakim dianggap tahu hukum (*ius curia novit*), sebenarnya para hakim itu tidak mengetahui semua hukum, sebab hukum itu berbagai macam ragamnya, ada yang tertulis dan ada yang tidak tertulis. Sebagai penegak hukum ia wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.

Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Pasal 5 ayat (1) juga menjelaskan “Hakim dan Hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Kata “menggali” biasanya diartikan bahwa hukumnya sudah ada, tetapi masih samar-samar dalam aturan perundang-undangan, sulit untuk diterapkan dalam perkara konkrit sehingga untuk menemukan hukumnya harus berusaha mencarinya dengan menggali nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Apabila sudah ketemu hukum dalam penggalian tersebut, maka hakim harus mengikutinya dan memahaminya serta menjadikan dasar dalam putusannya agar sesuai dengan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Penemuan hukum bagi hakim dalam menyelesaikan sengketa ekonomi syariah menjadi sangat penting di tengah-tengah berkembangnya dan begitu dinamisnya bisnis keuangan dan ekonomi syariah dengan segala variasinya pula, seiring dengan itu maka sering kali aturan yang ada selalu tertinggal jauh dari realitas perkembangan itu sendiri. Kegiatan ekonomi syariah berkembang begitu cepat dan pesat dalam rangka menjawab kebutuhan masyarakat yang semakin hari semakin berkembang pula. Sehingga tatkala, terjadi sengketa ekonomi syariah yang berujung di pengadilan agama, maka tidak jarang kondisi sengketa tersebut merupakan hal yang baru dan belum pernah terjadi sehingga belum ada aturan jelas menjawab persoalan tersebut secara langsung.

Dalam proses mengadili suatu perkara, seorang hakim sebagai aparat penegak hukum yang memeriksa, mengadili, dan memutus perkara termasuk dalam hal ini

sengketa ekonomi syariah, akan selalu dihadapkan pada tugas untuk menilai bukti-bukti yang dihadapkan kepadanya kemudian mendapatkan keyakinan dari hati nuraninya. Setelah itu ia memberikan pertimbangan dan putusan yang tepat. Dalam memutus suatu perkara, suatu masalah yang selalu dihadapi oleh hakim adalah kerap kali suatu hukum tertulis ternyata tidak mampu menyelesaikan masalah yang dihadapi. Dalam kondisi seperti ini seorang hakim dituntut untuk menemukan hukum dan atau menciptakan hukum untuk melengkapi hukum yang telah ada dalam memutus suatu persoalan tersebut secara langsung, maka disinilah terjadinya proses penemuan hukum oleh hakim dalam menyelesaikan sengketa yang dihadapkan kepadanya.⁶⁸

Disinilah urgensinya posisi hakim dengan kewenangannya menemukan hukum yang sedang ditanganinya. Hakim harus menemukan hukumnya, baik melalui sumber-sumber primer dalam peraturan perundang-undangan tentang ekonomi syariah dan lain sebagainya. Jika hakim tidak menemukan hukumnya, maka sudah menjadi kewajiban hakim mencarinya dengan berbagai metode, baik dengan metode interpretasi dan metode konstruksi. Metode interpretasi adalah penafsiran terhadap teks undang-undang, masih berpegang pada bunyi teks itu. Sedangkan metode konstruksi adalah hakim menggunakan penalaran logisnya untuk mengembangkan lebih lanjut suatu teks undang-undang, di mana hakim tidak terikat dan berpegang pada bunyi teks itu, tetapi dengan syarat hakim tidak mengabaikan hukum sebagai suatu sistem.

Seorang hakim dalam menyelesaikan perkara ekonomi syariah lalu melakukan serangkaian penemuan hukum atau penafsiran hukum dalam rangka pembentukan hukum, harus memperhatikan dan teguh berpegang pada dua asas, yaitu:

- a. Asas menyesuaikan dengan Undang-Undang dengan fakta yang konkret di persidangan;
- b. Asas hakim dapat menambah Undang-Undang apabila itu diperlukan.

Dengan demikian, seolah-olah hakim berkedudukan sebagai seorang anggota legislatif yang berwenang dalam membuat regulasi dan undang-undang dimana

⁶⁸ Amran Suadi, *Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Penemuan Dan Kaidah Hukum* (Jakarta: Prenadamedia Group, 2018), 65.

hakim bisa menentukan mana yang merupakan hukum dan mana yang tidak merupakan hukum. Namun bedanya hukum yang dibuat oleh sang hakim tidak mengikat untuk semua masyarakat tetapi hanya berlaku dalam kasus yang sedang ia tangani saja. Namun perlu diketahui bahwa dalam hukum formal tidak boleh dilakukan penafsiran atau penemuan hukum karena dalam hukum formal (hukum acara) harus berdasarkan ketentuan atau peraturan yang telah ada.

Dalam menjalankan tugasnya, hakim tidak boleh memihak kepada siapa pun kecuali hanya kepada kebenaran dan keadilan. Namun demikian dalam menjalankan tugasnya, proses pemeriksaan perkara oleh hakim juga harus bersifat terbuka dan dalam menentukan penilaian dan menjatuhkan putusan, hakim harus menghayati nilai-nilai keadilan yang hidup di tengah-tengah masyarakat. Hakim tidak hanya bertindak sebagai “mulut” undang-undang atau peraturan perundang-undangan melainkan juga “mulut” keadilan yang menyuarakan perasaan keadilan yang hidup di tengah-tengah masyarakat.

Penemuan hukum hakim dapat sepenuhnya tunduk pada Undang-Undang. Penemuan hukum ini terjadi berdasarkan peraturan-peraturan di luar diri hakim. Pembentukan undang-undang membuat peraturan umumnya, sedangkan hakim hanya mengkonstatir bahwa undang-undang dapat diterapkan pada peristiwanya, kemudian hakim menerapkannya menurut bunyi undang-undang.⁶⁹

Dalam sebuah penemuan hukum hakim bersifat bebas, undang-undang diletakkan sebagai sebuah *subordinated* yang berfungsi sebagai sarana dan bukan sebagai tujuan hukum bagi hakim. Hakim yang melakukan penemuan hukum bebas, tugas utamanya menciptakan pemecahan melalui atau dengan bantuan undang-undang untuk peristiwa konkret sehingga peristiwa serupa yang dihadapi kemudian dapat diselesaikan dengan memuaskan. Jadi bukanlah menerapkan undang-undang semata.

Aliran penemuan hukum bebas merupakan aliran yang sangat berlebihan karena hakim diberikan kebebasan bukan hanya untuk mengisi kekosongan peraturan perundang-undangan saja, tetapi hakim diberikan pula kebebasan untuk

⁶⁹ Sudikno Mertokusumo, *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum* (Yogyakarta: PT. Citra Aditya Bakti, 1993), 6.

menyimpang. Kritik terhadap penemuan hukum bebas ini dikemukakan pula oleh Achmad Ali di mana dikatakan bahwa kebebasan yang diberikan kepada hakim, akan membuka peluang terjadinya kesewenang-wenangan sehingga hakim akan menjadi raja terhadap undang-undang karena ia berkuasa menciptakan hukum sendiri bagi semua anggota-anggota masyarakat.

6. Metode Penemuan Hukum dalam Perspektif Ekonomi Syariah

Achmad Ali membedakan penemuan hukum, yaitu penemuan hukum metode interpretasi dan penemuan hukum dengan metode konstruksi, diantaranya:⁷⁰

a. Metode Interpretasi

Metode interpretasi adalah penafsiran terhadap teks undang-undang, masih tetap berpegang pada bunyi teks itu. Adapun metode konstruksi hakim menggunakan penalaran logisnya untuk mengembangkan lebih lanjut suatu teks undang-undang, di mana hakim tidak lagi terikat dan berpegang pada bunyi teks itu, tetapi dengan syarat hakim tidak mengabaikan hukum sebagai suatu sistem.⁷¹

Sudikno Mertokusumo mengatakan bahwa metode interpretasi adalah suatu metode penemuan hukum yang memberikan penjelasan gamblang tentang teks undang-undang agar ruang lingkup kaidah dalam undang-undang tersebut dapat diterapkan pada peristiwa hukum tertentu. Penafsiran oleh hakim merupakan penjelasan yang harus menuju kepada pelaksanaan yang dapat diterima oleh masyarakat mengenai peraturan hukum terhadap peristiwa konkret. Tujuan akhir dari penjelasan dan penafsiran aturan tersebut untuk merealisasikan fungsi agar hukum positif itu berlaku.⁷²

Dharma Pratap memberikan definisi bahwa interpretasi adalah penjelasan setiap istilah dari suatu perjanjian apabila terdapat pengertian ganda atau tidak jelas dari para pihak memberikan pengertian yang berbeda terhadap istilah yang sama atau tidak dapat memberikan arti apa pun terhadap istilah tersebut. Tujuan utama interpretasi adalah menjelaskan maksud sebenarnya dari para pihak atau

⁷⁰ Amran Suadi, *Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Penemuan Dan Kaidah Hukum* (Jakarta: Prenadamedia Group, 2018), 67.

⁷¹ Amran Suadi, *Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Penemuan Dan Kaidah Hukum* (Jakarta: Prenadamedia Group, 2018), 67.

⁷² Sudikno Mertokusumo, *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum* (Yogyakarta: PT. Citra Aditya Bakti, 1993), 13.

merupakan suatu kewajiban memberikan penjelasan mengenai maksud para pihak seperti dinyatakan dalam kata-kata yang digunakan oleh para pihak dilihat dari keadaan-keadaan yang mengelilinginya.⁷³

Ada beberapa jenis metode penemuan hukum dengan cara interpretasi, yaitu:

1) Metode Substantif

Metode interpretasi terhadap teks Undang-Undang dengan sekedar menerapkan silogisme. Terhadap interpretasi model ini ciri khas cara berpikir sistem substantif ini adalah memasukkan peristiwanya dalam peraturan perundang-undangan. Abdul Manan memberikan pengertian adalah metode di mana hakim harus menerapkan suatu teks Undang-Undang terhadap kasus *inkonkreto*.

2) Metode Interpretasi Formal/Autentik

Metode interpretasi ini biasanya dilakukan oleh pembuat Undang-Undang sendiri dengan mencantumkan arti beberapa kata yang digunakan di dalam suatu peraturan. Dalam interpretasi ini, hakim tidak diperkenankan melakukan penafsiran dengan cara lain selain apa yang telah ditentukan pengertiannya di dalam Undang-Undang itu sendiri.

3) Interpretasi Gramatikal

Interpretasi gramatikal adalah suatu cara penafsiran undang-undang menurut arti kata-kata (istilah) yang terdapat pada undang-undang. Hukum wajib menilai arti kata yang lazim dipakai dalam bahasa sehari-hari yang umum. Pada hakikatnya, interpretasi Undang-Undang menurut interpretasi gramatikal adalah cara interpretasi permulaan saja, yaitu cara yang selalu dipakai pada permulaan usaha interpretasi yang selanjutnya interpretasi gramatikal itu dengan sendirinya membimbing hakim ke arah cara-cara interpretasi yang lain, yaitu dengan membimbing hakim dengan sendirinya ke arah interpretasi sistematis. Dengan demikian, interpretasi gramatikal adalah metode dengan menafsirkan kata-kata dalam Undang-Undang sesuai kaidah bahasa dan kaidah hukum tata bahasa.⁷⁴ Interpretasi gramatikal ini merupakan upaya yang tepat untuk mencoba memahami suatu teks aturan perundang-undangan. Metode ini disebut juga

⁷³ Amran Suadi, *Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Penemuan Dan Kaidah Hukum*, 68.

⁷⁴ Amran Suadi, *Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Penemuan Dan Kaidah Hukum* (Jakarta: Prenadamedia Group, 2018), 68-69.

metode interpretasi objektif.⁷⁵ Metode interpretasi gramatikal biasanya dilakukan oleh hakim bersamaan dengan interpretasi logis, yaitu memaknai berbagai aturan hukum yang ada melalui penalaran hukum untuk diterapkan terhadap teks yang kabur atau kurang jelas.

4) Interpretasi Historis

Metode interpretasi secara historis yaitu menafsirkan Undang-Undang dengan cara melihat sejarah terjadinya suatu Undang-Undang. Penafsiran historis terdiri dari dua macam, yaitu :

- a) Penafsiran menurut sejarah hukum (*rechts historische interpretatie*) adalah suatu cara penafsiran dengan jalan menyelidiki dan mempelajari sejarah perkembangan segala sesuatu yang berhubungan dengan hukum seluruhnya.
- b) Penafsiran menurut sejarah penetapan suatu Undang-Undang (*Wethistoirsche interpretatie*), yaitu penafsiran Undang-Undang dengan menyelidiki perkembangan suatu Undang-Undang sejak dibuat.

5) Interpretasi Sistematis

Interpretasi sistematis adalah metode yang menafsirkan Undang-Undang atau peraturan sebagai bagian dari keseluruhan sistem perundang-undangan yang terkait. Hakim harus memahami seluruh bagian dari suatu peraturan yang mengatur terhadap suatu peristiwa yang terkait, dan tidak boleh memisah-misahkannya. Demikian juga antara Undang-Undang yang satu dengan Undang-Undang yang lain yang mempunyai hubungan yang sama dan atau sejenis. Dengan istilah lain metode interpretasi secara sistematis adalah penafsiran yang menghubungkan Pasal yang satu dengan Pasal yang lain dalam suatu perundang-undangan yang bersangkutan, atau dengan Undang-Undang lain, serta membaca penjelasan Undang-Undang tersebut sehingga kita memahami maksudnya.

6) Interpretasi Sosiologis atau Teleologis

Metode interpretasi sosiologis adalah penafsiran dikala hakim menafsirkan Undang-Undang sesuai dengan tujuan pembentuk Undang-Undang, sehingga tujuannya lebih diperhatikan dari bunyi kata-katanya. Interpretasi ini terjadi

⁷⁵ Sudikno Mertokusumo, *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum* (Yogyakarta: PT. Citra Aditya Bakti, 1993), 15.

apabila makna Undang-Undang itu ditetapkan berdasarkan tujuan kemasyarakatan. Peraturan Undang-Undang disesuaikan dengan hubungan dan situasi sosial yang baru.

7) Interpretasi Komparatif

Metode interpretasi komparatif adalah membandingkan antara dua atau lebih aturan hukum terhadap suatu peristiwa tertentu untuk diambil salah satu diantaranya yang lebih memenuhi rasa keadilan dan berkemanfaatan serta berkepastian hukum. Metode ini digunakan oleh hakim pada saat menghadapi kasus-kasus yang menggunakan dasar hukum positif yang lahir dari perjanjian internasional. Di luar hukum perjanjian internasional kegunaan metode ini terbatas.

8) Interpretasi Futuristik atau disebut juga Interpretasi Antisipatif

Metode interpretasi futuristik yaitu pemecahan yang dilakukan dengan menggunakan peraturan-peraturan yang belum berlaku yang sedang dalam proses pengundangan (rancangan Undang-Undang) atau penjelasan ketentuan Undang-Undang dengan berpedoman pada Undang-Undang yang belum mempunyai kekuatan hukum. Meskipun demikian hakim yakin bahwa rancangan Undang-Undang tersebut yakin akan diundangkan. Esensinya adalah penafsiran metode antisipatif adalah penafsiran dengan menggunakan sumber hukum yang belum berlaku.

9) Interpretasi Restriktif

Metode Restriktif adalah penafsiran yang membatasi atau mempersempit maksud suatu Pasal dalam Undang-Undang, seperti Putusan Hoge Road Belanda Tentang kasus kereta api "Linden Baum" bahwa kerugian yang dimaksud Pasal 1365 KUH Perdata juga termasuk kerugian immateriil yaitu pejalan kaki harus bersikap hati-hati sehingga pejalan kaki juga harus menanggung tuntutan rugi separuhnya (orang yang dirugikan juga ada kesalahannya).

10) Interpretasi Ekstensif

Interpretasi ekstensif adalah kebalikan dari metode restriktif, yaitu penafsiran yang bersifat meluas, artinya apa yang disebut dalam Undang-undang itu

diperluas maksudnya atau interpretasi gramatikal. Sebagai contoh pada perkataan “ menjual” dalam Pasal 1576 KUH Perdata oleh hakim diperluas maknanya yaitu bukan hanya semata-mata berarti jual beli, akan tetapi juga meyangkut peralihan anak.

11) Interpretasi Interdisipliner

Interpretasi ini dilakukan oleh hakim apabila melakukan analisis terhadap kasus yang ternyata substansinya menyangkut berbagai disiplin atau bidang kekhususan dalam lingkup ilmu hukum. Hakim akan melakukan penafsiran disandarkan pada harmonisasi logika yang bersumber pada asas-asas hukum lebih dari satu cabang kekhususan dalam disiplin ilmu hukum.

12) Interpretasi Multidisipliner

Metode interpretasi multidisipliner ini mengharuskan hakim mempelajari dan mempertimbangkan berbagai masukan dari berbagai disiplin ilmu selain ilmu hukum. Hakim memerlukan verifikasi dan bantuan dari disiplin ilmu selain ilmu hukum untuk menjatuhkan suatu putusan yang seadil-adilnya serta memberikan kepastian bagi para pencari keadilan

b. Metode Konstruksi

Metode konstruksi hukum adalah metode yang digunakan oleh hakim, ketika dihadapkan pada situasi adanya kekosongan hukum, dengan tujuan supaya putusan hakim dalam menghadapi peristiwa konkret dapat memenuhi tuntutan keadilan dan kemanfaatan. Rudolf Von Jhering mengatakan ada tiga syarat utama dalam melakukan konstruksi hukum, yaitu: *Pertama*, Harus mampu meliputi semua bidang hukum positif; *Kedua*, Dalam pembuatan konstruksi tidak boleh ada pertentangan logis didalamnya atau tidak boleh membantah dirinya sendiri; *Ketiga* Konstruksi itu mencerminkan faktor keindahan yaitu konstruksi itu dan mampu menggambarkan dengan jelas sesuatu hal.⁷⁶

Metode konstruksi hukum yang dilakukan hakim dalam menghadapi kekosongan atau ketidaksempurnaan Undang-Undang dapat dilakukan beberapa instrumen sebagai berikut :

⁷⁶ Amran Suadi, *Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Penemuan Dan Kaidah Hukum* (Jakarta: Prenadamedia Group, 2018), 75.

1) Argumentum Peranalogian

Metode ini disebut juga dengan metode berpikir analogi. Dalam hukum Islam dikenal dengan *qiyas*. Konstruksi hukum ini digunakan apabila hakim harus menjatuhkan putusan dalam suatu konflik yang tidak tersedia peraturannya, tetapi peristiwa tersebut mirip dengan yang diatur oleh Undang-Undang. Argumentum peranalogian digunakan apabila menghadapi peristiwa-peristiwa yang analog atau mirip, tidak hanya sekedar mirip, juga apabila kepentingan masyarakat hukum menuntut penilaian yang sama. Oleh hakim penalaran analogi digunakan apabila hakim harus menjatuhkan putusan dalam suatu konflik yang tidak tersedia peraturan-peraturannya.

2) Argumentum A Contrario

Instrumen ini merupakan konstruksi yang memberikan perlawanan pengertian antara peristiwa konkret yang dihadapi dengan peristiwa yang diatur dalam Undang-Undang. Scholthen mengatakan bahwa tidak ada perbedaan antara menjalankan Undang-Undang secara analogi dengan menerapkan Undang-Undang secara *Argumentum a contrario*, hanya hasil dari kedua menjalankan Undang-Undang tersebut berbeda-beda, analogi membawa hasil positif dan *argumentum a contrario* membawa hasil yang negatif.

3) Rechtsverwijning (Penyempitan Hukum)

Metode ini adalah pengkonkretan hukum atau penghalusan hukum atau penyulingan hukum. Tujuannya untuk mengkonkretkan atau menyempitkan suatu aturan hukum yang bersifat abstrak, pasif, serta bersifat umum agar dapat diterapkan terhadap suatu peristiwa tertentu. Supaya bisa digunakan dalam menemukan hukum terhadap suatu perkara yang sedang diperiksa, masalah hukum yang sangat luas itu dipersempit ruang lingkupnya sehingga dapat diterapkan dalam perkara secara konkret.

4) Fiksi Hukum

Metode fiksi hukum yaitu menciptakan sesuatu yang belum ada atau belum nyata, tetapi untuk kepentingan hukum perlu diadakan atau dianggap ada. Metode ini merupakan sesuatu yang khayal yang digunakan di dalam ilmu hukum dalam bentuk kata kaya, istilah-istilah yang berdiri sendiri atau dalam bentuk kalimat

yang bermaksud untuk memberikan suatu pengertian hukum. Adapun Satjipto Rahardjo mengatakan bahwa fiksi hukum adalah metode penemuan hukum yang mengemukakan fakta-fakta baru kepada kita, sehingga tampil suatu personifikasi baru di hadapan kita. Fungsi fiksi hukum adalah untuk mengisi kekosongan hukum.

c. Hermeneutika sebagai Metode Pembaharuan Hukum

Hermeneutika adalah ilmu atau seni menginterpretasikan teks untuk memahami sesuatu kata dalam teks hukum atau peraturan perundang-undangan, peristiwa hukum, fakta hukum, dokumen resmi negara, naskah-naska kuno, atau ayat ahkam dalam kitab suci yang menjadi objek untuk ditafsirkan. Fungsi dan tujuan dari hermeneutika adalah untuk memperjelas sesuatu yang tidak jelas, dan menempatkan perdebatan kontemporer tentang interpretasi soal hukum di dalam kerangka hermeneutika pada umumnya. Dalam tataran praktik menemukan hukum, hakim sangat memerlukan metode hermeneutika hukum karena seorang hakim berhak melakukan penafsiran untuk menambah makna orisinal dari teks hukum, hal tersebut dikarenakan penemuan hukum oleh hakim dalam suatu kasus tidak sekedar menerapkan peraturan perundang-undangan dan hukum secara konkret, tetapi hakim juga menciptakan sebuah hukum dari peristiwa yang sedang dihadapinya.⁷⁷

Teori hermeneutika mengajarkan pemahaman kepada hakim dalam membaca teks hukum. Hakim sebagai *Judge made law* memiliki legalitas untuk melakukan pembaruan hukum. Cara berpikir dan cara pemahaman menggunakan filsafat, teori, dan kritik hermeneutika tersebut akan melahirkan perbaharuan-perbaharuan hukum yang mampu menyesuaikan diri dengan tuntutan keadilan yang bergerak sepanjang zaman.

Putusan mencerminkan mahkota kemuliaan dan keluhuran hakim. Oleh karena itu, hakim berusaha memperkaya *legal reasoning* (pertimbangan hukum) baik dari aspek *filosofical jutice*, *legal justice*, *sosio logical justice*, dan *moral justice*. Karena Undang-Undang mewajibkan hakim agar memperkaya pertimbangan

⁷⁷ Amran Suadi, *Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Penemuan Dan Kaidah Hukum*, 79.

hukum dalam putusan hakim.⁷⁸ Putusan hakim harus disertai dengan pertimbangan dan argumentasi hukum yang cukup, baik didasarkan aturan hukum tertulis maupun tidak tertulis, menurut yurisprudensi Mahkamah Agung, putusan hakim yang tidak cukup dipertimbangkan (*onvoeldoende gemotiverd*) dapat dipakai sebagai alasan pembatalan di tingkat kasasi.⁷⁹

Berdasarkan hal tersebut, filsafat hermeneutika hukum memiliki peranan penting dalam melahirkan hukum yurisprudensi melalui metode hermeneutika. Lembaga hukum yurisprudensi memiliki fungsi strategi sebagai pengisi kekosongan hukum atau melengkapi teks hukum yang dianggap kurang sempurna. Berkembangnya kaidah hukum yurisprudensi dan munculnya kaidah-kaidah hukum baru dalam perkara konkret hanya dapat dimungkinkan ketika eksistensi hermeneutika hukum dihadirkan, dipelihara, dan dikembangkan oleh para hakim Indonesia untuk mendampingi pelaksanaan tugas hakim menjalankan fungsi pokok kekuasaan kehakiman menegakkan hukum keadilan.⁸⁰

d. Metode Penemuan Hukum Islam

Asas umum hukum Islam adalah asas hukum yang meliputi semua bidang dan lapangan hukum Islam, yaitu. *Pertama*, Asas Keadilan, merupakan asas yang penting mencakup semua bidang hukum Islam, bagi penguasa dan penegak hukum harus menyelenggarakan hukum sebaik-baiknya, berlaku adil terhadap semua manusia, tanpa memandang stratifikasi sosial. *Kedua*, Asas Kepastian Hukum, yaitu asas yang menyatakan bahwa tidak ada suatu perbuatan yang dapat dihukum kecuali ada ketentuan peraturan yang berlaku pada perbuatan itu. *Ketiga*,

⁷⁸ Pasal 25 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 Tentang Kekuasaan Kehakiman, menyatakan “segala putusan pengadilan selain harus memuat alasan-alasan dan dasar-dasar putusan, juga harus memuat pula pasal-pasal tertentu dari peraturan-peraturan yang bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili”.

⁷⁹ Pentingnya hakim memperhatikan hukum tidak tertulis ini dipertegas lagi dalam ketentuan Pasal 28 ayat (1) Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman Nomor 4 Tahun 2004, yang menegaskan “ hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat. Pasal ini merupakan dasar alasan yang kuat bagi hakim tentang urgensinya melakukan penemuan hukum.

⁸⁰ Amran Suadi, *Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Penemuan Dan Kaidah Hukum*, 83.

Asas Kemanfaatan, yaitu asas yang menyertai asas keadilan dan asas kepastian hukum.⁸¹

Dalam konteks keislaman, penemuan hukum menduduki posisi yang sangat penting dalam menyelesaikan persoalan-persoalan konkret yang terjadi di masyarakat. Penemuan hukum dalam Islam dikenal dengan *tajdid*, yaitu membangun kembali atau menyusun kembali, memperbaiki agar dapat digunakan sebagaimana yang diharapkan.⁸²

Metode yang populer digunakan dalam penemuan hukum dalam Islam yaitu: *Pertama*, metode istinbath yaitu mengeluarkan hukum dari nash yang sudah jelas atau pasti dalilnya. *Kedua*, Metode Ijtihad yaitu mengeluarkan hukum yang belum jelas atau pasti *dalalah-nya* sehingga dilakukan dengan ijma, qiyas, istishlah, al-maslahah, al-istihsan, dan sebagainya. Ijtihad merupakan kunci dinamisasi hukum Islam dengan perkembangan zaman, karena hukum Islam yang saat ini ada merupakan hasil ijtihad para ulama atau ahli fiqih yang sifatnya kontekstual.⁸³

Proses ijtihad merupakan sesuatu yang dilakukan dengan cara menggali hukum-hukum Islam dari *nash-nash*, baik Al-Qur'an dan Sunnah Nabi dalam kesungguhan yang tinggi dan butuh perenungan yang mendalam, sebab banyak lafal-lafal *nash* yang bersifat *dzanny* (belum pasti) yang memunculkan pemahaman dan penafsiran dari ulama maupun umat Islam sendiri. Dari segi cara, ijtihad adalah metode penggalian hukum Islam, sedangkan dari segi hasil, hasil ijtihad termasuk sumber hukum Islam.⁸⁴ Ijtihad dilakukan sebagai upaya *istinbath* (penggalian) hukum yang dilakukan seseorang, baik untuk diri sendiri maupun untuk orang lain mengenai hal-hal yang telah terjadi, bahkan terkadang berkaitan dengan hal-hal yang belum pernah terjadi. Ijtihad dalam kapasitas sebagai hakim, kekuatan hukumnya menjadi kuat karena hasil ijtihadnya dibingkai oleh putusan hakim selaku pejabat negara. Selain ijtihad, *ifta*, yang erat dengan proses yudisial dan memiliki hubungan kesetaraan dengan peradilan, karena posisi hakim di luar

⁸¹ Zainuddin Ali, *Hukum Islam Pengantar Ilmu Hukum Islam Di Indonesia* (Jakarta: Sinar Grafika, 2006), 45-46.

⁸² Abdul Manan, *Aspek-Aspek Pengubah Hukum* (Jakarta: Kencana, 2006), 219.

⁸³ Amran Suadi, *Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Penemuan Dan Kaidah Hukum*, 83.

⁸⁴ Jaih Mubarak, *Sejarah Dan Perkembangan Hukum Islam* (Bandung: PT. Remaja Rosdakarya, 2003), 33.

tugas pokok peradilan adalah memberikan fatwa atas persoalan yang diajukan baik oleh perorangan maupun oleh lembaga-lembaga tertentu. Berbeda dengan ijtihad, *ifta* hanya mengenai persoalan yang telah terjadi.⁸⁵

Pandangan Bustanul Arifin, yang disampaikan dalam Simposium Sejarah Peradilan Agama: “ fatwa itu tidak dapat diletakkan pada satu tangan hakim, mengingat hakim memutus perkara itu sebagai kewenangan dari negara. Karena itu para hakim tidak seharusnya memerikan fatwa, karena tidak sejalan dengan tugasnya sebagai hakim. Pemberian fatwa tidak seharusnya campur aduk dengan pemberian putusan perkara, karena wilayah fatwa berbeda dengan wilayah putusan perkara. Fatwa di dapat dengan ijtihad mufti, sedangkan ijtihad yang satu tidak dapat menghapus ijtihad yang lain (*al-ijtihad la yunqadh bi al-ijtihad*), sementara putusan hakim itu dapat dibatalkan oleh putusan hakim yang lebih tinggi.⁸⁶

Di dalam ekonomi syariat proses penetapan ketentuan dan peraturan banyak memperhatikan teori *maqashid syariah* yang digunakan oleh Abu Abdallah at-Tarmizi al Hakim yang kemudian dipopulerkan oleh al-Imam al Haramain al Juaini yang mengklasifikasikannya menjadi tiga kategori besar yaitu: dharuriyah, hajjiyah, dan tahsiniyyah.⁸⁷ Pengkajian materi ekonomi syariah yang dikaitkan dengan konteks kekinian cenderung pada teori *maslahah* yaitu lebih mengedepankan kepentingan manusia hal ini sejalan pendapat Asshatibi yang juga dikembangkan oleh Satjipto Raharjo yang mengatakan hukum untuk manusia bukan sebaliknya, beliau mengatakan jika hukum tidak mendatangkan manfaat bagi manusia maka hukumnya yang dirubah yang dikenal dengan hukum progresif.

Teori *mashlahah* yang menurut al-khawarizmi adalah dalam rangka memelihara tujuan hukum dan menolak kerusakan, sebagaimana diketahui tujuan

⁸⁵ Oyo Sunaryo Mukhlas, *Perkembangan Peradilan Islam Dari Kahin Di Jazirah Arab Ke Peradilan Agama Di Indonesia* (Bogor: Ghalia Indonesia, 2011), 15.

⁸⁶ Oyo Sunaryo Mukhlas, *Perkembangan Peradilan Islam Dari Kahin Di Jazirah Arab Ke Peradilan Agama Di Indonesia*, 16.

⁸⁷ Abdul Manan, *Reformasi Hukum Islam Di Indonesia* (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2006), 107.

hukum Islam adalah memelihara agama, jiwa, akal, harta, dan keturunan.⁸⁸ Wahbah Zuhaili mengemukakan bahwa *Maslahah Mursalah* cara metode penemuan hukum Islam yang sejalan dengan tujuan *syara'* karena tidak ada dalil tertentu dari *syara'* yang membenarkan atau menggugurkan, tetapi apabila ditetapkan akan mendatangkan kemaslahatan bagi manusia.⁸⁹

Dalam bidang ekonomi syariah dan hukum penyelesaian dapat kita temui fatwa-fatwa Dewan Syariah Nasional (DSN) sebagai dasar terbitnya Peraturan Bank Indonesia (PBI) atau Peraturan Otoritas Jasa Keuangan (POJK) yang cenderung menggunakan metode penemuan hukum secara ijtihad dengan menggunakan teori *maslahah mursalah* dalam upaya mendatangkan kemanfaatan bagi manusia dan menolak kerusakan (*mafsadat*). *Mashlahah* merupakan lawan dari *mafsadat* dan adakalanya dilawankan dengan kata *al-madarrah* yang mengandung arti kerusakan.

Mashlahah menyebar secara mutlak pada semua prinsip-prinsip dasar dan satuan-satuan kasus partikuler dari hukum Islam. Hukum Islam secara keseluruhan memuat *mashlahah* yang perwujudannya dapat berbentuk penghilangan kerusakan (*al-mafsadat*) dan dapat pula berbentuk realisasi kemanfaatan (*al-manfa'ah*). *Mashlahah* juga merupakan satu metode berpikir untuk mendapatkan keadilan hukum bagi suatu kasus yang status hukumnya tidak ditentukan oleh teks-teks suci syariah ataupun *al-ijma*. Dengan demikian, tidak dapat dipungkiri bahwa *mashlahah* merupakan suatu ketetapan yang mengandung kebaikan bagi manusia. Para ulama ahli hukum Islam bersepakat bahwa *mashlahah* dapat diaplikasikan sebagai dasar suatu ketetapan hukum dan dasar pikiran ketika memperluas ketetapan hukum itu kepada kasus-kasus baru. Inilah yang merupakan doktrin *mashlahah*.⁹⁰

Dengan demikian disebutkan bahwa penemuan hukum oleh hakim apabila terjadi kekosongan hukum tidak bebas artinya bukan tanpa batas, melainkan terikat dengan tuntutan para pihak jika dalam perkara perdata. Sebab hakim

⁸⁸ Ahmad Sanusi, *Ushul Fiqh* (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2015), 251.

⁸⁹ Abdul Manan, *Reformasi Hukum Islam Di Indonesia* (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2006), 262.

⁹⁰ Amran Suadi, *Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Penemuan Dan Kaidah Hukum*, 86.

perdata bersifat pasif dalam pokok perkara, tapi bersifat aktif jika membantu para pihak dengan seimbang. Supaya para pencari keadilan tidak menemukan kesulitan dalam memformulasikan gugatan, perkara atau cara-cara mengajukan pembuktian, tetapi sebaliknya lagi harus menerapkan asas *equality before the law*.⁹¹ Sebagaimana menurut Muchan, perihal supremasi hukum di dalam suatu negara hukum.⁹²

Proses penemuan hukum oleh hakim dilakukan secara bertahap agar putusan yang dijatuhkan dapat sesuai dengan keadilan bagi para pihak yang bersengketa di persidangan. Sudikno Mertokusumo memperkenalkan tahapan-tahapan tugas hakim dalam melakukan proses penemuan hukum sebagaimana telah dikutip oleh Achmad Ali sebagai berikut :

1) Tahap Konstatir

Pada tahapan ini hakim mengonstatir benar atau tidaknya peristiwa yang diajukan kepadanya dan para pihak wajib untuk membuktikan melalui penggunaan alat-alat bukti. Dalam hal ini kegiatan hakim bersifat logis dan penguasaan hukum pembuktian bagi hakim sangat dibutuhkan untuk menilai kebenaran fakta.

2) Tahap Kualifisir

Pada tahapan ini hakim melakukan kualifikasi, termasuk mengualifikasi hubungan hukum apakah tindakan salah satu pihak dikualifikasikan sebagai perbuatan melawan hukum atau wanprestasi dan sebagainya.

3) Tahap Konstituir

Pada tahapan ini, hakim menetapkan hukumnya terhadap yang bersangkutan dengan metode penemuan hukum dengan menggunakan silogisme atau penemuan hukum lainnya.

⁹¹ Suadi. *Penyelesaian sengketa Ekonomi Syariah Penemuan dan Kaidah Hukum*, 86

⁹² Supremasi hukum dalam suatu negara hukum mempunyai 3 (tiga) cii, yaitu: (1) *Law enforcement*, dimana hukum harus berperan sebagai penegak hukum. (2) *Center of Action*, bahwa hukum harus sebagai titik tolak kegiatan, maksudnya bahwa perbuatan hukum oleh penguasa atau individu harus dapat dikembalikan pada hukum yang berlaku. (3) *Equality Before The Law*, bahwa perlakuan kepada semua orang adalah sama di muka hukum. Tim Penulis Mahkamah Agung, *Bagir Manan Ilmuan Dan Penegak Hukum* (Jakarta: Mahkamah Agung RI, 2008), 197.

Dari segi metodologi, secara sederhana para hakim di lingkungan Peradilan Agama dalam mengambil keputusan terhadap perkara yang diperiksa dan diadili hendaknya melalui proses tahapan-tahapan sebagai berikut:⁹³

1. Perumusan masalah atau pokok sengketa

Perumusan masalah atau sengketa dari suatu perkara dapat disimpulkan dari informasi baik dari Penggugat maupun dari Tergugat, yang termuat dalam gugatannya dan jawaban Tergugat, reflik, duplik. Dari persidangan tahap jawab menjawab inilah hakim yang memeriksa perkara tersebut memperoleh kepastian tentang peristiwa konkrit yang disengketakan oleh para pihak. Peristiwa yang disengketakan inilah yang merupakan pokok masalah dalam suatu perkara. Perumusan pokok masalah dalam proses pengambilan keputusan oleh hakim merupakan kunci dari proses pengambilan keputusan oleh hakim merupakan kunci dari proses tersebut. Kalau pokok masalah sudah salah rumusannya, maka proses selanjutnya juga akan salah.

2. Pengumpulan Data dalam Proses Pembuktian

Setelah hakim merumuskan pokok masalahnya, kemudian hakim menentukan siapa yang dibebani pembuktian untuk pertama kali. Dari pembuktian inilah, hakim akan mendapatkan data untuk diolah guna menemukan fakta yang dianggap benar atau fakta yang dianggap salah (dikonstatir). Data berupa fakta yang dinyatakan oleh alat-alat bukti dan sudah diuji kebenarannya.

3. Analisa Data untuk Menemukan Fakta

Data yang telah diolah akan melahirkan fakta yang akan diproses lebih lanjut sehingga melahirkan suatu keputusan yang akurat dan benar. Menurut Black Law Dictionary:

“fakta adalah kegiatan yang dilaksanakan atau sesuatu yang dikerjakan, atau kejadian yang sedang berlangsung, atau kejadian yang benar-benar telah terwujud atau kejadian yang telah terwujud dalam waktu, dan ruang atau peristiwa fisik atau mental yang telah menjelma dalam ruang”.

Jadi fakta itu dapat berupa keadaan suatu benda, gerakan, kejadian atau kualitas sesuatu yang benar-benar ada. Fakta bisa berbentuk eksistensi suatu

⁹³ Manan, 'Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Praktek Hukum Acara Di Peradilan Agama'.

benda, atau kejadian yang benar-benar wujud dalam kenyataan, ruang, dan waktu. Fakta berbedadengan angan-angan, fiksi, dan pendapat seseorang. Fakta ditentukan berdasarkan pembuktian. Fakta berbeda dengan hukum, hukum merupakan asas sedangkan fakta merupakan kejadian. Hukum sesuatu yang dihayati, sedangkan fakta sesuatu yang wujud. Hukum merupakan tentang hak dan kewajiban, sedangkan fakta merupakan kejadian yang sesuai atau bertentangan dengan hukum. Hukum adat kebiasaan, putusan hakim dan ilmu pengetahuan hukum, sedangkan fakta ditemukan dari pembuktian suatu peristiwa dengan mendengarkan keterangan para saksi dan para ahli. Fakta ada yang sederhana dan ada pula yang kompleks, ada yang ditemukan dengan hanya dari keterangan para saksi, tetapi ada juga yang harus ditemukan dengan penalaran dari beberapa fakta.

4. Penentuan Hukum dan Penerapannya

Setelah fakta yang dianggap benar ditemukan, selanjutnya hakim menemukan dan menerapkan hukumnya. Menemukan hukum tidak hanya sekedar mencari Undang-Undangnya untuk dapat diterapkan pada peristiwa yang konkrit, tetapi yang dicarikan hukumnya untuk diterapkan pada suatu peristiwa yang konkrit. Kegiatan ini tidaklah semudah yang dibayangkan. Untuk menemukan hukumnya atau Undang-Undangnya untuk dapat diterapkan pada peristiwa konkrit, peristiwa konkrit itu harus diarahkan kepada Undang-Undangnya, sebaliknya Undang-Undang harus disesuaikan dengan peristiwa yang konkrit.

Jika peristiwa konkrit itu sudah ditemukan hukumnya maka langsung menerapkan hukum tersebut, jika tidak ditemukan hukumnya maka hakim harus mengadakan interpretasi terhadap peraturan perundang-undangan tersebut. Sekiranya interpretasi tidak dapat dilakukannya maka ia harus mengadakan konstruksi hukum sebagaimana yang telah diuraikan di atas.

5. Pengambilan Keputusan

Jika penemuan hukum dan penerapan hukum telah dilaksanakan oleh hakim, maka ia harus menuangkannya dalam bentuk tertulis yang disebut dengan putusan. Hasil proses sebagaimana yang telah diuraikan di atas, para hakim yang menyidangkan suatu perkara hendaknya menuangkannya dalam bentuk tulisan

yang disebut dengan putusan. Putusan tersebut merupakan suatu penulisan argumentatif dengan format yang telah ditentukan Undang-Undang. Dengan dibuat putusan tersebut diharapkan dapat menimbulkan keyakinan atas kebenaran peristiwa hukum dan penerapan peraturan perundang-undangan secara tepat dalam perkara yang diadili tersebut.

