

BAB III

ANALISIS

A. Potensi Sengketa Obligasi Syariah

Dalam kamus hukum Sudarsono, sengketa didefinisikan sebagai “suatu yang menyebabkan perbedaan pendapat antara dua pihak atau lebih yang berselisih”.¹ Sengketa atau konflik hakikatnya merupakan bentuk aktualisasi diri suatu perbedaan dan atau pertentangan antara dua pihak atau lebih.

Patut dipahami, kendatipun obligasi syariah secara normatif bersandarkan pada nilai-nilai dan norma-norma syariah, namun dalam aplikasinya tidak semulus yang dibayangkan. Sebagaimana yang terdapat di dalam praktik obligasi konvensional, potensi konflik dan sengketa (*dispute/difference*) diantara para pihak yang terlibat dalam obligasi syariah juga cukup terbuka lebar dalam pelaksanaannya.

Dalam sistem ekonomi syariah termasuk juga dalam obligasi syariah, adakalanya konflik atau sengketa bisa terjadi pada masalah pelaksanaan akad, penafsiran isi suatu perjanjian atau juga disebabkan oleh pelanggaran pihak-pihak yang terkait.² Rifyal Ka’bah sendiri menyebutkan, sengketa ekonomi syariah pada umumnya termasuk di dalamnya obligasi syariah, sebenarnya adalah sengketa kontrak

¹ Sudarsono, “Kamus Hukum”, (Jakarta : Rineka Cipta, 1992), h. 433.

² Azhari Akmal Tarigan, “Marhaban Kompilasi Hukum Islam”, Opini Seputar Kelahiran Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah disampaikan dalam rangka Seminar Nasional Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah Kerjasama Fakultas Syariah IAIN Sumatera Utara dengan Mahkamah Agung RI, Medan, 27 Oktober 2007, h. 40.

(akad). Akad tersebut menjadi hukum yang mengikat bagi para pihak yang berjanji dan dalam hal salah satu pihak tidak dapat memenuhi kewajibannya sesuai akad atau terjadi sengketa diantara mereka, maka akad tersebut menjadi dasar bagi pengadilan dalam memutus perkara yang timbul.³

Dalam suatu akad perjanjian yang sah, akibat hukum yang lahir dari adanya hubungan hukum adalah timbulnya hak dan kewajiban diantara pihak-pihak yang mengikatkan diri dalam perjanjian tersebut.⁴

Pada obligasi syariah Mudharabah hak dan kewajiban para pihak secara umum adalah :

- 1) Hak dan kewajiban *shahib al-mal* adalah :
 - a) menerima bagian laba tertentu sesuai yang disepakati dalam Mudharabah;
 - b) meminta jaminan dari *mudharib* atau pihak ketiga yang dapat digunakan apabila *mudharib* melakukan pelanggaran atas akad Mudharabah. Jaminan tersebut dapat berupa jaminan kebendaan dan atau jaminan umum, seperti jaminan perusahaan (*corporate guarantee*) dan jaminan pribadi (*personal guarantee*);
 - c) mengawasi pelaksanaan kegiatan usaha yang dilakukan oleh *mudharib*;
 - d) menyediakan seluruh modal yang disepakati;
 - e) menanggung seluruh kerugian usaha yang tidak diakibatkan oleh kelalaian, kesengajaan dan atau pelanggaran *mudharib* atas Mudharabah; dan
 - f) menyatakan secara tertulis bahwa *shahib al- mal* menyerahkan modal kepada *mudharib* untuk dikelola oleh Mudharib sesuai dengan kesepakatan (pernyataan *ijab*).⁵

³ Rifyal Ka'bah, "Hakim Umum Tak Menguasai Perkara Mu'amalah", wawancara perluasan kewenangan Peradilan Agama dengan Berlakunya Undang-undang No. 3 Tahun 2006, www.hukumonline.com. h. 2.

⁴ Abdul Ghofur Anshori, *Pokok-Pokok Hukum Perjanjian Islam di Indonesia*, (Yogyakarta : Citra Media, 2006), Cet. I, h. 21.

⁵ Bapepam., "Peraturan Badan Pengawas Pasar Modal dan Lembaga Keuangan Nomor : Kep-130/BL/2006 (Peraturan Nomor IX.A. 14) tentang Penerbitan Efek Syariah", www.bapepam.go.id diakses tanggal 16 April 2008.

- 2) Hak dan kewajiban *mudharib* adalah :
- a) menerima bagian laba tertentu sesuai yang disepakati dalam Mudharabah;
 - b) mengelola kegiatan usaha untuk tercapainya tujuan Mudharabah tanpa campur tangan *shahib al-mal*.
 - c) mengelola modal yang telah diterima dari *shahib al-mal* sesuai dengan kesepakatan, dan memperhatikan syariah Islam serta kebiasaan yang berlaku;
 - d) menanggung seluruh kerugian usaha yang diakibatkan oleh kelalaian, kesengajaan dan atau pelanggaran *mudharib* atas Mudharabah; dan
 - e) menyatakan secara tertulis bahwa *mudharib* telah menerima modal dari *shahib al-mal* dan berjanji untuk mengelola modal tersebut sesuai dengan kesepakatan (pernyataan *qabul*).⁶

Memang, pada Obligasi Syariah Mudharabah awalnya terdapat kemusykilan, karena dalam sistem Mudharabah murni tidak ada keharusan si pengelola usaha untuk menjamin pengembalian seluruh modal yang telah ditanam si pemodal, karena mudharabah adalah akad kerjasama usaha, dimana pemodal (*shahibul maal*) menyediakan seluruh modal sedangkan pihak lainnya (*mudharib*) bertugas mengelola usaha. Keuntungan usaha dibagi menurut nisbah yang disepakati, sedangkan risiko kerugian ditanggung oleh si pemodal, kecuali jika risiko kerugian tersebut timbul akibat kelalaian si pengelola.

Namun kemusykilan tersebut telah diatasi dengan dikeluarkannya Fatwa DSN MUI yang membuat definisi baru tentang obligasi syariah dan fatwa DSN MUI No. 33/DSN-MUI/IX/2002 tentang Obligasi Syariah Mudharabah. Dalam definisi tersebut, dicantumkan kata-kata : “serta membayar kembali dana obligasi pada saat jatuh tempo”.⁷ Bagian Kedua nomor (7) dari fatwa tentang Obligasi Syariah Mudharabah

⁶ *Ibid.*

⁷ Ahmad Kamil dan M. Fauzan., *Kitab Undang-Undang hokum Perbankan dan Ekonomi Syariah*, (Jakarta : Kencana Prenada Media, 2007), h. 635.

tersebut juga menyatakan bahwa “apabila Emiten lalai dan atau melanggar perjanjian dan atau melampaui batas, maka Emiten berkewajiban menjamin pengembalian dana Mudharabah dan si pemodal dapat meminta Emiten untuk membuat surat pengakuan hutang”.⁸ Hal ini lebih ditegaskan lagi dalam Bagian Kedua nomor (8) dari Fatwa DSN tersebut yang menyatakan “Apabila Emiten (*mudharib*) diketahui lalai dan/atau melanggar syarat perjanjian dan/atau melampaui batas kepada pihak lain, pemegang obligasi syariah mudharabah (*shahibul mal*) dapat menarik dana obligasi syariah mudharabah”.⁹

Pencantuman kalimat-kalimat tersebut dimungkinkan karena adanya pendapat para ulama tentang kewajiban si pengelola usaha (*mudharib*) untuk menjamin pengembalian dana Mudharabah jika terjadi hal melampaui batas, kelalaian atau pelanggaran terhadap akad (perjanjian),¹⁰ sebagaimana dinyatakan dalam bagian “Memperhatikan” nomor (3) fatwa tersebut “Pendapat para ulama tentang kewajiban *Mudharib* untuk menjamin pengembalian dana *mudharabah* dalam hal terjadi *ta’addi* (melampaui batas), *taqshir* (lalai), atau *mukhalafah al-syruth* (pelanggaran syarat akad)”.¹¹

Sehingga, selain berkewajiban untuk membayarkan pendapatan kepada

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Iswahjudi A. Karim dan Mirza A. Karim Karimsyah Law Firm, “Perlunya Peraturan Perundang-undangan Mengenai Pasar Modal Berdasarkan Prinsip Syariah”, www.badilag.net, diakses tanggal 16 April 2008, h. 5.

¹¹ Ahmad Kamil dan M. Fauzan., *loc.cit.*

pemegang obligasi syariah mudharabah berupa bagi hasil yang dibayarkan secara periodik, emiten juga berkewajiban untuk menjamin pengembalian dana obligasi yang telah diberikan oleh pemegang obligasi syariah pada saat jatuhnya tempo.

Bagaimana dalam hal terjadinya *overmacht* atau sering juga disebut *force majeure* yang lazim diterjemahkan dengan “keadaan memaksa” dalam obligasi syariah mudharabah, siapakah yang harus menanggung risiko terhadap keadaan tersebut?.

Menurut penulis, bilamana ketentuan mengenai risiko dalam hal terjadinya *overmacht* atau *force majeure* dihubungkan dengan asas *kebebasan berkontrak* yang menentukan bahwa semua orang dapat membuat perjanjian yang bagaimanapun isinya asal tidak bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan dan ketertiban umum, dapat dikatakan bahwa pengaturan mengenai risiko ini *in konkrit* diserahkan kepada para pihak yang membuat perjanjian untuk mengatur dan menentukan sendiri bagaimana perihal risiko yang diinginkan.

Sedangkan hak dan kewajiban para pihak dalam obligasi syariah Ijarah yaitu pihak pemberi sewa atau pemberi jasa (pemegang obligasi syariah Ijarah) dan pihak penyewa atau pengguna jasa (emiten) adalah sebagai berikut :

- 1) Hak dan kewajiban pemberi sewa atau pemberi jasa adalah:
 - a) menerima pembayaran harga sewa atau upah (*ujrah*) sesuai yang disepakati dalam Ijarah;
 - b) menyediakan barang yang disewakan atau jasa yang diberikan;
 - c) menanggung biaya pemeliharaan barang yang disewakan;
 - d) menjamin bila terdapat cacat pada barang yang disewakan;
 - e) bertanggung jawab atas kerusakan barang yang disewakan yang bukan disebabkan oleh pelanggaran dari penggunaan yang dibolehkan atau bukan karena kelalaian Pihak penyewa; dan
 - f) menyatakan secara tertulis bahwa pemberi sewa atau pemberi jasa menyerahkan hak penggunaan atau pemanfaatan atas suatu barang dan atau

memberikan jasa yang dimilikinya kepada penyewa atau pengguna jasa (pernyataan *ijab*).¹²

- 2) Hak dan kewajiban penyewa atau pengguna jasa adalah :
- a) memanfaatkan barang dan atau jasa sesuai yang disepakati dalam Ijarah;
 - b) membayar harga sewa atau upah (*ujrah*) sesuai yang disepakati dalam Ijarah;
 - c) bertanggung jawab untuk menjaga keutuhan barang serta menggunakannya sesuai yang disepakati dalam Ijarah;
 - d) menanggung biaya pemeliharaan barang yang sifatnya ringan (tidak material) sesuai yang disepakati dalam ijarah;
 - e) bertanggung jawab atas kerusakan barang yang disewakan yang disebabkan oleh pelanggaran dari penggunaan yang dibolehkan atau karena kelalaian pihak penyewa; dan
 - f) menyatakan secara tertulis bahwa penyewa atau penerima jasa menerima hak penggunaan atau pemanfaatan atas suatu barang dan atau menerima jasa yang dimiliki pemberi sewa atau pemberi jasa menanggung biaya pemeliharaan barang yang sifatnya ringan (tidak material) sesuai yang disepakati dalam Ijarah; (pernyataan *qabul*).¹³

Hak dan kewajiban para pihak sebagaimana disebutkan diatas baik dalam obligasi mudharabah maupun obligasi ijarah adalah hak dan kewajiban secara umum yang digariskan oleh BAPEPAM dan Lembaga Keuangan ketika efek (obligasi) yang diterbitkan oleh emiten di pasar modal berdasarkan prinsip-prinsip syariah selain hal-hal lain yang diatur dalam akad atau kontrak yang disepakati para pihak.

Dalam hal terjadinya wanprestasi oleh para pihak misalnya dari pihak emiten seperti gagalnya emiten memenuhi kewajibannya, maupun emiten melakukan perubahan jenis akad, isi akad, kegiatan usaha dan atau aset tertentu yang menjadi dasar penerbitan obligasi syariah tanpa persetujuan dari para pemegang obligasi

¹² Bapepam., *loc.cit.*

¹³ *Ibid.*

syariah, maka hal tersebut akan berpotensi menimbulkan sengketa (*dispute/difference*) diantara mereka.

Maupun terjadinya wanprestasi dari pihak investor pemegang obligasi syariah, seperti diketahuinya dana dari investor pemegang obligasi berasal dari usaha yang tidak halal, meminta pendapatan dari obligasi syariah kepada emiten sebelum waktu pembayaran, dan bentuk pelanggaran lainnya yang tidak sesuai dengan akad yang telah disepakati, maka dalam hal ini investor juga melakukan wanprestasi.

“Wanprestasi” sendiri berasal dari bahasa Belanda, yang berarti “prestasi buruk”. Wanprestasi adalah suatu istilah yang menunjuk pada ketidaklaksanaan prestasi oleh debitor¹⁴.

Prestasi adalah suatu yang wajib (harus) dipenuhi oleh debitor dalam setiap perikatan. Jadi prestasi merupakan isi dari perikatan dan apabila debitor tidak memenuhi prestasi sebagaimana ditentukan dalam perjanjian, ia dikatakan wanprestasi (kelalaian).¹⁵

Bila kita kaitkan dengan kontrak obligasi syariah dimana pihak emiten memiliki kewajiban membayar pendapatan kepada pemegang obligasi syariah dan juga membayar dana obligasi pada saat jatuh tempo, maka emiten dalam hal ini dapat diposisikan sebagai debitor, atau pihak yang mempunyai utang karena perjanjian.¹⁶

¹⁴ Gunawan Widjaja dan Jono., *op. cit.*, h. 37.

¹⁵ Riduan Syahrani., *op.cit.*, h. 218.

¹⁶ Mahkamah Agung RI, *Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (Naskah Akademik)*, (Jakarta, 2007), h. 15.

Sedangkan investor pemegang obligasi syariah dapat diposisikan sebagai kreditur, atau pihak yang mempunyai piutang karena perjanjian.¹⁷

Wanprestasi yang dilakukan seorang debitur (dalam hal ini emiten) menurut Subekti ada beberapa macam, yaitu :

1. Tidak memenuhi prestasi;
2. Terlambat memenuhi prestasi;
3. Memenuhi prestasi secara tidak baik;
4. Melakukan sesuatu yang menurut perjanjian tidak boleh dilakukannya.¹⁸

Sedangkan menurut Riduan Syahrani, macam wanprestasi tersebut adalah :

1. Sama sekali tidak memenuhi prestasi;
2. Tidak tunai memenuhi prestasi;
3. Terlambat memenuhi prestasi;
4. Keliru memenuhi prestasi.¹⁹

Memang secara redaksional terdapat perbedaan bentuk atau macam wanprestasi yang dikemukakan oleh pakar hukum diatas, namun perbedaan yang terdapat tidak begitu signifikan, karena secara substansi dapat dipahami bahwa wanprestasi (ingkar janji) terjadi manakala para pihak telah membuat perjanjian untuk melakukan atau tidak melakukan sesuatu prestasi dan kemudian dilakukannya suatu hal yang bertentangan dengan yang diperjanjikan tersebut, baik itu berupa tidak memenuhi

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Subekti, *Hukum Perjanjian*, (Jakarta : Intermasa, 1991), h. 45.

¹⁹ Riduan Syahrani., *loc.cit.*

prestasi sama sekali, terlambat memenuhi prestasi, dan memenuhi secara tidak baik (baik itu berupa tidak tunai dalam memenuhi prestasi maupun keliru memenuhi prestasi) atau melakukan sesuatu yang menurut perjanjian tidak boleh dilakukan, maka sejak itu ia dapat dikatakan wanprestasi.

Sehingga, untuk menentukan sejak kapan para pihak dalam obligasi syariah melakukan wanprestasi dapat dilihat dari akad (kontrak) yang telah disepakati oleh para pihak tersebut, ketika para pihak dalam obligasi syariah melakukan sesuatu yang tidak sesuai atau bertentangan dengan apa yang telah disepakati dalam akad, maka sejak itulah dikatakan wanprestasi.

Selain itu menurut Abdul Manan, penetapan wanprestasi bisa berbentuk putusan hakim atau atas dasar kesepakatan bersama atau berdasarkan ketentuan aturan hukum Islam yang berlaku.²⁰

Berdasarkan pasal 1244, 1245 dan 1246 KUH Perdata, apabila salah satu pihak melakukan ingkar janji (wanprestasi) atau perbuatan melawan hukum, maka pihak yang dirugikan dapat menuntut ganti rugi yang berupa pemulihan prestasi, ganti rugi, biaya dan bunga. Namun yang jadi pertanyaan apakah ketentuan ini dapat dilaksanakan dalam konsep perjanjian berdasarkan syariat Islam?

Menurut Manan, ketentuan ini tentu saja tidak bisa diterapkan sepenuhnya dalam hukum keperdataan Islam, karena dalam akad perjanjian Islam tidak dikenal

²⁰ Abdul Manan, "Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah ; Sebuah Kewenangan Baru Peradilan Agama" makalah Disampaikan pada acara Diskusi Panel Dalam Rangka Dies Natalis Universitas YARSI ke 40 tanggal 7 Februari 2007 di Kampus YARSI Jakarta, www.badilag.net diakses tanggal 24 April 2008, h. 38.

adanya bunga yang jadi bagian tuntutan gain rugi. Oleh karena itu ketentuan ganti rugi harus sesuai dengan prinsip Islam. Bagi pihak yang wanprestasi dapat dikenakan (dimintakan) ganti rugi atau denda dalam ukuran yang wajar dan seimbang dengan kerugian yang ditimbulkannya serta tidak mengandung unsur ribawi.²¹

B. Peradilan Agama Dalam Penyelesaian Sengketa Obligasi Syariah

Sengketa yang tidak dapat diselesaikan baik melalui *sulh* (perdamaian) maupun secara *tahkim* (arbitrase) akan diselesaikan melalui lembaga Pengadilan. Menurut ketentuan Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang No. 14 tahun 1970 jo Undang-Undang No. 35 tahun 1999 jo Pasal 10 ayat (2) Undang-Undang No. 4 tahun 2004 tentang Pokok-Pokok Kekuasaan Kehakiman, secara eksplisit menyebutkan bahwa di Indonesia ada 4 lingkungan lembaga peradilan yaitu Peradilan Umum, Peradilan Agama, Peradilan Militer dan Peradilan Tata Usaha Negara.

Melalui Pasal 49 Undang-undang No. 3 tahun 2006 tentang Peradilan Agama telah menetapkan hal-hal yang menjadi kewenangan lembaga Peradilan Agama. Adapun tugas dan wewenang Peradilan Agama memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara tertentu di bidang perkawinan, waris, wasiat, hibah, wakaf, zakat, infaq, shadaqah, dan ekonomi syariah.²²

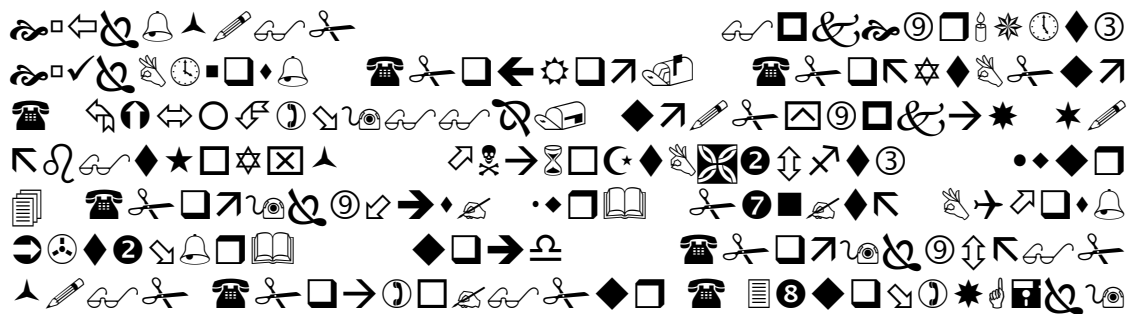
²¹ *Ibid.*

²² Mahkamah Agung RI, *Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 3 Tahun 2006 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama (Dilengkapi dengan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama)*, (Jakarta, Mahkamah Agung RI Direktorat Jenderal Badan Peradilan Agama, 2006), h. 20.

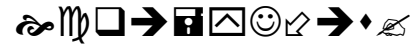
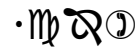
Dalam penjelasan undang-undang ini disebutkan bahwa yang dimaksud dengan ekonomi syariah adalah perbuatan atau kegiatan usaha yang dilaksanakan menurut prinsip syariah antara lain meliputi bank syariah, lembaga keuangan mikro syariah, asuransi syariah, reasuransi syariah, reksa dana syariah, obligasi syariah dan surat berharga berjangka menengah syariah, sekuritas syariah, pembiayaan syariah, pegadaian syariah, dana pensiun lembaga keuangan syariah, dan bisnis syariah.²³

Selanjutnya yang menjadi pertanyaan dan bahasan dalam penelitian ini adalah bagaimana Peradilan Agama dalam penyelesaian sengketa obligasi syariah ?.

Mengacu pada cita penegakan hukum yang ideal hanya dapat terwujud bila lembaga peradilan yang memiliki perangkat hukum dan perundang-undangan yang dapat mengakomodir segala persoalan hukum yang terjadi di tengah masyarakat serta peran hakim yang profesional yang bebas dari intervensi dan penetrasi lembaga lain, hal itu dimaksudkan agar penegakan hukum senantiasa mencerminkan nilai-nilai keadilan dan kebenaran, sebab penegakan hukum adalah suatu keharusan yang bersifat absolut dalam ajaran agama Islam dikenal dengan istilah *Ta'abbudi*. Sebagaimana petunjuk al-Qur'an surat *al-Maidah* ayat 8.



²³ Ibid. h. 38.



Artinya : “Hai orang-orang yang beriman hendaklah kamu Jadi orang-orang yang selalu menegakkan (kebenaran) karena Allah, menjadi saksi dengan adil. dan janganlah sekali-kali kebencianmu terhadap sesuatu kaum, mendorong kamu untuk Berlaku tidak adil. Berlaku adillah, karena adil itu lebih dekat kepada takwa. dan bertakwalah kepada Allah, Sesungguhnya Allah Maha mengetahui apa yang kamu kerjakan.” (Q.S Al Maidah : 8).

Ketika terjadi persoalan hukum dalam masyarakat ataupun terjadi konflik (sengketa) menyangkut kepentingan seseorang secara pribadi ataupun juga menyangkut kepentingan kelompok, termasuk juga persoalan hukum di bidang obligasi syariah yang penyelesaian sengketaanya menjadi kewenangan Peradilan Agama, maka kedudukan dan juga kewenangan penegak hukum (dalam hal ini hakim Peradilan Agama) berkewajiban memberikan sebuah kepastian hukum, dan rasa keadilan terhadap setiap persoalan hukum yang dihadapi para pihak yang telah mempercayakan sengketaanya untuk diselesaikan melalui lembaga peradilan, karena itu hukum secara implisit sangat ditentukan oleh peran penegak hukum. Itulah sebabnya seorang hakim sebagaimana disebut Sirajuddin,²⁴ harus dalam posisis *lus curia novit*..²⁵

Sehingga tidak satupun persoalan hukum yang dihadapi dinyatakan tidak ada hukumnya, dalam arti terjadi kekosongan hukum (*Recht vacuum*), sebab di mata

²⁴ Sirajuddin Saelillah, “Hakim Berkewajiban Menggali Nilai-Nilai Hukum Yang Hidup di Masyarakat(*Living Law*)”, *Suara Uldilag Mahkamah Agung RI Lingkungan Peradilan Agama*, Vol. I No. 3, (Oktober, 2003), h. 101.

²⁵ Maksudnya seorang hakim dipandang mengetahui segala ketentuan hukum karena itu tidak ada alasan seorang hakim tidak memeriksa perkara dengan alasan tidak ada aturan hukumnya.

masyarakat awam melihat hukum secara visual dari setiap proses kegiatan penegak hukum, karena itu setiap gerak-gerik penegak hukum senantiasa menjadi sorotan masyarakat sebab penegak hukum dipandang senantiasa berada diatas koridor hukum dan segala bentuk keputusan yang dikeluarkan dapat memaksa setiap orang yang dipandang sebagai pihak dalam putusan tersebut untuk mentaati isi putusan.

Dalam menyelesaikan suatu sengketa atau perkara yang diajukan kepadanya sesuai kewenangan yang telah diberikan Undang-undang Pengadilan Agama haruslah melakukan kegiatan-kegiatan sebagai berikut :

- a. Menerima perkara;
- b. Memeriksa perkara;
- c. Mengadili;
- d. Menyelesaikan.²⁶

Diantara keempat kegiatan tersebut, yang terpenting ialah kegiatan mengadili atau memberikan keadilan kepada pencari keadilan. Pertama-tama hakim mencari hukumnya dari sumber-sumber hukum yang sah serta menafsirkannya, kemudian menerapkan fakta yang telah ditemukannya.²⁷

Sudikno menyebutkan, dalam upaya menyelesaikan suatu perkara yang disodorkan kepada Peradilan, ada tiga tahapan yang harus dilewati seorang hakim,

²⁶ Taufiq, "Nadhariyyatu Al-Uqud Al-Syar'iyah", *Suara Uldilag Mahkamah Agung RI Lingkungan Peradilan Agama*, Vol. 3 No. IX, (September, 2006), h. 94.

²⁷ *Ibid.*

yakni ***mengkonstatir*** fakta-fakta, ***mengkualifikasi*** suatu peristiwa, dan ***mengkonstitusikan*** peristiwa hukum.²⁸

Mengkonstatir fakta-fakta adalah menilai benar tidaknya suatu peristiwa konkrit yang diajukan ke persidangan, dan hal ini memerlukan pembuktian. Jadi yang harus dibuktikan adalah fakta atau peristiwa konkrit. Sedangkan dalam tahap kualifikasi hakim menilai peristiwa konkrit (fakta-fakta) tersebut termasuk hubungan apa atau mana. Dengan kata lain, mengkualifisir berarti mengelompokkan atau menggolongkan peristiwa konkrit tersebut masuk dalam kelompok atau golongan peristiwa hukum apa, dengan jalan menerapkan peraturannya sebagai suatu kegiatan yang bersifat logis. Selanjutnya, tahap akhir adalah mengkonstituir atau memberi konstitusinya, yakni hakim menemukan hukumnya dan memberi keadilan, yakni menentukan hukum dari suatu hubungan hukum antara peristiwa hukum dengan subyek hukum.²⁹

Demikian pula dalam penyelesaian sengketa obligasi syariah oleh Peradilan Agama, Peradilan Agama dalam menyelesaikan sengketa obligasi syariah yang diajukan kepadanya wajib melakukan kegiatan berupa menerima perkara sengketa obligasi syariah, memeriksa, mengadili, serta menyelesaikan perkara sengketa obligasi syariah tersebut sesuai dengan kewenangan yang telah diberikan oleh Undang-undang melalui Pasal 49 Undang-undang No. 3 Tahun 2006.

²⁸ Mukhsin Asyrof, “Asas-Asas Penemuan Hukum dan Penciptaan Hukum Oleh Hakim dalam Proses Peradilan”, *Varia Peradilan* Tahun XXI No. 252, (November, 2006), h. 78.

²⁹ *Ibid.*

Selanjutnya dalam upaya penyelesaian sengketa obligasi syariah, hakim Peradilan Agama haruslah melalui tahapan-tahapan sebagaimana disebutkan diatas yaitu mengkonstatir fakta-fakta dalam sengketa obligasi syariah, mengkualifikasi sengketa obligasi syariah tersebut, dan mengkonstitusikan peristiwa hukum dalam sengketa obligasi syariah.

Namun demikian, penyelesaian sengketa di bidang obligasi syariah melalui mekanisme litigasi pengadilan terdapat beberapa kendala antara lain belum tersedianya hukum materil baik yang berupa undang-undang maupun kompilasi sebagai pegangan hakim untuk memutus perkara. Disamping itu, masih banyak para aparat hukum yang belum mengerti tentang obligasi syariah.³⁰

Berkaitan dengan belum adanya peraturan perundang-undangan khususnya pada aspek hukum materil, yang tentunya menjadi salah satu kendala bagi hakim Peradilan Agama dalam menyelesaikan sengketa obligasi syariah, Bagir Manan menyebutkan, ada tiga fungsi hakim ketika menerapkan hukum dalam penyelesaian sengketa, yaitu sekedar menerapkan hukum apa adanya, menemukan hukum, dan menciptakan hukum.³¹

a. Menerapkan hukum apa adanya (*rechtstoepassing*).

Fungsi ini menempatkan hakim semata-mata “menempelkan” atau “memberikan tempat” suatu peristiwa hukum dengan ketentuan-ketentuan yang ada. Hakim seperti penjahit yang semata-mata melekatkan dengan jahitan bagian-bagian

³⁰ Abdul Manan., *op.cit.*, h. 25-26.

³¹ Bagir Manan, “Hakim Sebagai Pembaharu Hukum”, *Varia Peradilan* Tahun XXII No. 254, (Januari, 2007), h. 9.

dari kain yang sudah dipotong sesuai dengan tempatnya masing-masing. Tidak ada kreasi, karena kreasi ada pada perancang kain. Dalam hal ketentuan hukum, kreasi sepenuhnya ada pada pembentuk undang-undang atau peraturan perundang-undangan. Kalau ada ketidakcocokan antara peristiwa hukum dengan ketentuan yang ada, hakim tidak dibenarkan untuk melakukan rekayasa. Bahkan pada suatu saat berkembang teori, kalau hakim tidak menemukan ketentuan yang cocok dengan peraturan yang ada, hakim harus meminta pendapat pembentuk undang-undang atau peraturan perundang-undangan. Hal ini akan menimbulkan kesulitan, karena hakim dilarang menolak memeriksa dan memutus perkara dengan alasan tidak ada hukum atau hukum kurang jelas.

Dalam penyelesaian sengketa obligasi syariah sendiri, hakim Peradilan Agama tidak bisa hanya menerapkan hukum apa adanya (*rechtstoepassing*), hal ini didasarkan kenyataan bahwa sampai saat ini belum ada undang-undang maupun peraturan perundang-undangan yang secara jelas dan terkodifikasi mengatur tentang obligasi syariah, khususnya mengenai hukum materilnya yang dapat dijadikan hakim sebagai rujukan dalam menerapkan hukum sesuai peraturan perundang-undangan. Sehingga, dalam penyelesaian sengketa obligasi syariah hakim dalam menerapkan hukum perlu memerankan fungsi lainnya, yaitu :

b. Hakim sebagai penemu hukum.

Apabila suatu peristiwa hukum telah diatur secara jelas dalam suatu kaidah, hakim wajib menerapkan kaidah hukum tersebut apa adanya. Dalam keadaan seperti ini hakim semata-mata bertindak sebagai mulut (corong) undang-undang. Namun

kenyataan menunjukkan tidak ada atau hampir tidak ada, suatu peristiwa hukum secara tepat terlukis dalam suatu kaidah undang-undang atau hukum.³²

Dalam penyelesaian sengketa obligasi syariah, dengan kenyataan sampai saat ini belum ada undang-undang maupun peraturan perundang-undangan yang secara jelas mengatur tentang obligasi syariah, maka dalam hal ini, hakim wajib melakukan upaya penemuan hukum. Hakim dalam fungsi menemukan hukum bertindak sebagai yang menterjemahkan atau memberi makna agar suatu aturan hukum atau suatu “pengertian” hukum dapat secara aktual sesuai dengan peristiwa hukum konkrit yang terjadi. Fungsi menterjemahkan atau memberi makna ini lazim disebut menemukan hukum atau “*rechtsvinding*” atau “*legal finding*”.³³

Kewajiban menemukan hukum sendiri didorong oleh beberapa faktor.

Pertama ; seperti dikemukakan diatas, hampir semua peristiwa hukum konkrit tidak sepenuhnya terlukis secara tepat dalam suatu undang-undang atau peraturan perundang-undangan. **Kedua** ; karena ketentuan undang-undang atau peraturan perundang-undangan tidak jelas atau bertentangan dengan ketentuan lain, yang memerlukan “pilihan” agar dapat diterapkan secara tepat, benar, dan adil. **Ketiga** ; akibat dinamika masyarakat, terjadi berbagai peristiwa hukum baru yang tidak terlukis dalam undang-undang atau peraturan perundang-undangan. **Keempat** ; kewajiban menemukan hukum, juga timbul karena ketentuan atau asas hukum yang melarang

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*

hakim menolak memutus suatu perkara atau permohonan atas alasan ketentuan tidak jelas atau undang-undangan kurang mengatur.

Selain dalam bentuk menemukan arti atau makna suatu ketentuan undang-undang atau peraturan perundang-undangan yang sudah ada, menemukan hukum meliputi juga menemukan hukum dari putusan hakim terdahulu, dan menemukan hukum yang hidup dalam masyarakat. Perluasan ini sekaligus berarti perluasan pengertian hukum, dari yang semata-mata undang-undang atau peraturan perundang-undangan melainkan termasuk juga kaidah-kaidah hukum yang lahir dari kesepakatan pihak-pihak seperti disebut dalam KUHPerdara, Pasal 1338. Bahkan fungsi menemukan hukum meliputi pula ketentuan-ketentuan lain diluar hukum yaitu kesusilaan atau ketertiban umum seperti disimpulkan dari ketentuan KUHPerdara Pasal 1337.³⁴

c. Fungsi menciptakan hukum

Hakim bukan saja sekedar menemukan hukum dalam penyelesaian sengketa obligasi syariah, melainkan juga dapat menciptakan atau membuat hukum. Menciptakan hukum dikonstruksikan sebagai upaya hakim yang harus memutus tetapi tidak tersedia aturan hukum yang dapat dijadikan dasar. Dengan bahasa yang lazim disebutkan, tugas hakim menciptakan hukum diperlukan apabila ada kekosongan hukum (*rechtsvacuum*, *legal vacuum*).

³⁴ *Ibid*, h. 10.

Bagaimanakah kaitan antara menciptakan hukum dengan menemukan hukum. Menemukan hukum adalah upaya “mendapatkan” hukum dari suatu hukum yang sudah ada atau mendapatkan hukum diluar undang-undang atau peraturan perundang-undangan.³⁵ Mendapatkan hukum dari hukum yang sudah ada berkaitan dengan upaya memberi makna atau memberi arti, agar hukum yang ada dapat diterapkan secara wajar dan adil terhadap suatu peristiwa hukum. Hal ini dilakukan dengan menggunakan instrumen interpretasi (penafsiran), dan argumentasi.³⁶

Selanjutnya menemukan hukum diluar undang-undang atau peraturan perundang-undangan dilakukan dengan memanfaatkan kaidah-kaidah hukum yurisprudensi atau hukum yang hidup dalam masyarakat, atau asas-asas lain yang bertalian erat dengan hukum seperti tuntutan kesusilaan dan lain-lain. Hal ini berbeda dengan menciptakan hukum yang dilakukan karena tidak ada hukum yang tersedia untuk memecahkan persoalan hukum. Menciptakan hukum berkaitan dengan kekosongan hukum.

Dalam sistem kontinental, tugas utama hakim bukan menciptakan hukum. Menciptakan hukum suatu fungsi yang “terpaksa” dilakukan apabila tidak tersedia aturan hukum atau upaya-upaya melalui penemuan hukum ternyata tidak memuaskan,

³⁵ Bagir Manan, “Mengadili Menurut Hukum”, *Varia Peradilan* Tahun XX No. 238, (Juli, 2005), h. 12.

³⁶ Fahmi Al Amruzi, “Penemuan Hukum”, *Syariah : Jurnal Hukum dan Pemikiran*, No. 2, Tahun 6, (Juli – Desember 2006), h. 150. Lihat, John Z. Laudo, *Menemukan Hukum Melalui Tafsir dan Fakta*, N.E Algra, *Mula Hukum*, dan Soedikno Mertokusumo, *Bab-bab Tentang Penemuan Hukum*.

karena antara lain hukum yang ada sudah sangat ketinggalan atau bertentangan dengan kenyataan-kenyataan baru atau tuntutan-tuntutan baru.³⁷

Putusan hakim dalam suatu penyelesaian sengketa tidaklah harus selalu mutlak berdasarkan peraturan perundang-undangan, apalagi bila perkara atau sengketa yang diajukan belum ada peraturan perundang-undangan yang secara khusus mengaturnya sebagaimana sengketa di bidang obligasi syariah yang menjadi bahasan dalam penelitian ini.

Bagir Manan sendiri menyebutkan, ada sejumlah faktor yang menunjukkan bahwa setiap putusan hakim tidak mutlak berdasarkan peraturan perundang-undangan, faktor-faktor tersebut adalah :

1. Tidak pernah didapati suatu peristiwa hukum yang tepat sama dengan diskripsi suatu aturan hukum apalagi peraturan perundangan-undangan.
2. Tidak pernah didapati dua buah peristiwa hukum apalagi lebih yang benar-benar identik satu sama lain.
3. Tidak pernah didapati keadaan subyek atau obyek suatu peristiwa hukum yang benar-benar identik, termasuk perbuatan yang dilakukan sekaligus dan bersamaan oleh dua orang atau lebih.
4. Tidak pernah didapati konsep atau teori tunggal dalam memutus suatu peristiwa hukum. Putusan hakim akan selalu mengandung perpaduan berbagai konsep atau teori hukum untuk menemukan putusan yang benar-benar memuaskan.

³⁷ Bagir Manan, "Hakim Sebagai Pembaharu Hukum", *Varia Peradilan* Tahun XX No. 238, (Juli, 2005), h. 12.

5. Kewajiban hakim memutus setiap perkara yang diajukan ke pengadilan. Hakim dilarang menolak memutus suatu perkara karena alasan hukum tidak jelas, atau alasan hukum tidak cukup.³⁸

Berdasarkan faktor tersebut diatas, menurut penulis dalam penyelesaian sengketa obligasi syariah oleh Peradilan Agama ketika tidak ditemukannya peraturan perundang-undangan yang secara jelas mengatur tentang obligasi syariah termasuk juga dalam hal penyelesaian sengketanya, maka hakim diharuskan melakukan rekayasa melalui upaya penemuan hukum (*rechtsvinding*), baik dari hukum yang sudah ada maupun menemukan hukum diluar undang-undang atau peraturan perundang-undangan melalui sumber-sumber hukum. Selanjutnya ketika hakim Peradilan Agama dalam penyelesaian sengketa obligasi syariah tidak mendapatkan hukum baik dari hukum yang sudah ada maupun diluar undang-undang atau peraturan perundang-undangan, dalam hal ini tidak ada hukum yang tersedia untuk memecahkan persoalan hukum atau terjadi kekosongan hukum, maka hakim Peradilan Agama dalam penyelesaian sengketa obligasi syariah dapat melakukan upaya penciptaan hukum (*rechtsschepping*).

Adapun sumber-sumber hukum yang dapat dijadikan acuan dalam menyelesaikan sengketa obligasi syariah adalah :

1. Sumber Hukum Acara (Hukum Formil)

³⁸ *Ibid*, h. 13.

Hukum Acara yang berlaku di Pengadilan Agama untuk mengadili sengketa ekonomi syariah secara umum termasuk juga obligasi syariah adalah hukum acara yang berlaku dan dipergunakan pada lingkungan Peradilan Umum. Ketentuan ini sesuai dengan ketentuan Pasal 54 Undang-Undang No. 7 Tahun 1989 Jo. Undang-Undang No.3 Tahun 2006.

Sementara ini Hukum Acara yang berlaku di lingkungan Peradilan Umum adalah *Herziene Inlandsch Reglement* (HIR) untuk Jawa dan Madura, *Rechtreglement Voor De Buittengewesten* (R.Bg) untuk luar Jawa Madura, kedua aturan Hukum Acara ini diberlakukan di lingkungan Peradilan Agama, kecuali hal-hal yang telah diatur secara khusus dalam Undang-Undang No. 7 Tahun 1989³⁹ Jo. Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama.

Di samping dua peraturan sebagaimana tersebut di atas, diberlakukan juga *Burgerlijke Wetboek Voor Indonesia* (BW) atau yang disebut dengan KUHPerdara, khususnya buku ke IV tentang Pembuktian yang termuat dalam Pasal 1865 sampai dengan Pasal 1993. Juga diberlakukan Wetboek Van Koophandel (Wv.K) yang diberlakukan berdasarkan Stb 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 juga Hukum Acara yang diatur dalam *Failissements Verordering* (Aturan Kepailitan) sebagaimana yang diatur dalam Stb 1906 Nomor 348, dan juga

³⁹ Gatot Suprptomo, *Hukum Pembuktian di Peradilan Agama*, (Bandung, Alumni, 1993), h. 53.

terdapat dalam berbagai peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia dan dijadikan pedoman dalam praktek Peradilan Indonesia.⁴⁰

2. Sumber Hukum Materil

a. Nash al-Qur'an

Dalam al-Qur'an terdapat berbagai ayat yang membahas tentang ekonomi berdasarkan prinsip syariah yang dapat dikaitkan dengan permasalahan obligasi syariah. Ayat al-Qur'an yang dapat dijadikan pedoman dalam penyelesaian sengketa obligasi syariah sebagaimana disebutkan dalam Fatwa DSN MUI No. 32/DSN-MUI/IX/2002 tentang Obligasi syariah adalah al-Qur'an surah al-Maidah ayat 1, surah al-Isra' ayat 34, surat al-Baqarah ayat 75.⁴¹

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

b. Nash al-Hadits

Banyak hadits Nabi yang dapat dikaitkan dengan permasalahan obligasi syariah, utamanya hadits-hadits Nabi yang berkaitan dengan masalah pelaksanaan akad. Hadist-hadits tersebut dapat dijadikan rujukan bagi hakim Peradilan Agama dalam penyelesaian sengketa obligasi syariah.

⁴⁰ Abdul Manan., *op.cit.*, h. 27.

⁴¹ Ahmad Kamil dan M. Fauzan., *op. cit.*, h. 619-620.

c. Peraturan Perundang-undangan

Ada beberapa aturan hukum yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan yang mempunyai titik singgung dengan Undang-undang No. 3 tahun 2006 tentang Peradilan Agama ini, oleh karena itu hakim harus mempelajari dan memahaminya untuk dijadikan pedoman dalam memutus perkara sengketa obligasi syariah.

Diantara peraturan perundang-undangan yang harus dipahami oleh hakim Peradilan Agama yang berkaitan dengan pasar modal dan obligasi syariah antara lain :

1. Undang-Undang Nomor 6 Tahun 1969 Tentang BUMN.
2. Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1982, tentang Wajib Daftar Perusahaan.
3. Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1987, tentang Dokumen Perusahaan.
4. Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1995, tentang Perusahaan Terbatas.
5. Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1998, tentang Kepailitan
6. Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1995, tentang Pasar Modal.
7. Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999, tentang Perlindungan Konsumen.
8. Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999, tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.
9. Undang-undang Nomor 19 Tahun 2008 tentang Surat Berharga Syariah Negara.
10. Peraturan Pemerintah Nomor 12 Tahun 1998, tentang Perusahaan Terbatas (Perseroan).

11. Peraturan Pemerintah Nomor 13 Tahun 1998, tentang Perusahaan Umum (Perum).
 12. Peraturan Pemerintah Nomor 45 Tahun 1995, tentang Penyelenggaraan Kegiatan. di Bidang Pasar Modal sebagaimana telah dirubah dengan Peraturan Pemerintah Nomor 12 Tahun 2004.
 13. Peraturan Pemerintah Nomor 46 tentang Cara Pemeriksaan di Bidang Pasar Modal.
 14. Keputusan Ketua Badan Pengawas Pasar Modal dan Lembaga Keuangan Peraturan Nomor IX.A.13 tentang Penerbitan Efek Syariah.
 15. Keputusan Ketua Badan Pengawas Pasar Modal dan Lembaga Keuangan Peraturan Nomor IX.A.14 tentang Akad-Akad yang Digunakan Dalam Penerbitan Efek Syariah di Pasar Modal.
- d. Fatwa-fatwa Dewan Syariah Nasional

Dewan Syariah Nasional (DSN) berada dibawah MUI, dibentuk pada tahun 1999. Lembaga ini berwenang mengeluarkan fatwa tentang produk dan jasa dalam kegiatan usaha bank dan pasar modal yang menjalankan usaha berdasarkan prinsip syariah. Fatwa DSN ini juga menjadi landasan bagi ketentuan yang dikeluarkan oleh instansi yang berwenang, seperti Bank Indonesia dan BAPEPAM.⁴² Ada beberapa fatwa DSN yang berkaitan dengan obligasi syariah, yaitu :

⁴² Rifyal Ka'bah, "Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Sebagai Sebuah Kewenangan Baru Peradilan Agama", *Varia Peradilan* Tahun XXI No. 245, (April, 2006), h. 15.

1. Fatwa Dewan Syariah Nasional No. 04/DSN-MUI/IV/2000 tentang Murabahah
2. Fatwa Dewan Syariah Nasional No. 05/DSN-MUI/IV/2000 tentang Jual Beli Salam.
3. Fatwa Dewan Syariah Nasional No. 06/DSN-MUI/IV/2000 tentang Jual Beli Istishna'.
4. Fatwa Dewan Syariah Nasional No. 07/DSN-MUI/IV/2000 tentang Pembiayaan Mudharabah (Qiradh).
5. Fatwa Dewan Syariah Nasional No. 08/DSN-MUI/IV/2000 tentang Pembiayaan Musyarakah.
6. Fatwa Dewan Syariah Nasional No. 09/DSN-MUI/IV/2000 tentang Pembiayaan Ijarah.
7. Fatwa Dewan Syariah Nasional No. 20/DSN-MUI/IV/2001 tentang Pedoaman Pelaksanaan Investasi untuk Reksa dana Syariah.
8. Fatwa Dewan Syariah Nasional No. 32/DSN-MUI/IX/2002 tentang Obligasi Syariah.
9. Fatwa Dewan Syariah Nasional No. 33/DSN-MUI/IX/2002 tentang Obligasi Syariah Mudharabah.
10. Fatwa Dewan Syariah Nasional No. 40/DSN-MUI/X/2003 tentang Pasar Modal dan Pedoman Umum Penerapan Prinsip Syariah di Bidang Pasar Modal.

11. Fatwa Dewan Syariah Nasional No. 41/DSN-MUI/III/2004 tentang Obligasi Syariah Ijarah.

e. Akad Perjanjian (Kontrak)

Dalam penyelesaian sengketa obligasi syariah, sumber hukum utama adalah perjanjian, sedangkan yang lain merupakan 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 azas kebebasan berkontrak, azas persamaan dan kesetaraan, azas keadilan, azas kejujuran dan kebenaran serta azas 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. Jika unsur-unsur ini terdapat dalam akad perjanjian itu maka hakim dapat menyimpang dari isi akad perjanjian itu.⁴³

Akad tersebut menjadi hukum yang mengikat bagi para pihak yang berjanji dan dalam hal salah satu pihak tidak dapat memenuhi kewajibannya sesuai akad atau terjadi sengketa diantara mereka, maka akad tersebutlah yang menjadi acuan utama pengadilan dalam memutus perkara yang timbul.

f. Fiqh

⁴³ Abdul Manan., *op.cit.*, h. 37. Lihat Taufiq, “Sumber Hukum Ekonomi Syariah”, makalah disampaikan pada acara Semiloka Syariah, Hotel Grand Alia Jakarta, tanggal 20 November 2006, h. 6-7.

Fiqh merupakan sumber hukum yang dapat dipergunakan dalam menyelesaikan sengketa obligasi syariah, sebagian besar kitab-kitab fiqh yang muktabar berisi berbagai masalah muamalah yang dapat dijadikan acuan dalam menyelesaikan masalah obligasi syariah disamping kitab-kitab fiqh yang dianjurkan oleh Menteri Agama RI melalui Biro Peradilan Agama berdasarkan Surat Edaran Nomor B/1/735 tanggal 18 Februari 1958 agar mempedomani 13 kitab fiqh dalam memutus perkara di lingkungan Peradilan Agama, perlu juga dipelajari berbagai kitab fiqh lain sebagai bahan perbandingan dan pedoman seperti Bidayatul Mujtahid yang ditulis oleh Ibn Rusy, Al Mulakhkhash Al Fiqhi yang ditulis oleh Syaikh DR. Shalih bin Fauzan bin Abdullah al Fauzan, Al Fiqh al Islami wa Adillatuhu yang ditulis oleh DR. Wahbah al Zuhaili, Fiqhus Sunnah yang ditulis oleh Sayyid Sabiq dan sebagainya.⁴⁴

g. Ushul Fiqih

Selain dari itu perlu juga dipahami berbagai qaidah fiqh, sebab qaidah-qaidah ini sangat berguna dalam menyelesaikan perkara. *Qawaid fiqiyyah* adalah kaidah atau dasar fiqh yang bersifat umum yang mencakup hukum-hukum syara' yang menyeluruh dari berbagai bab dalam masalah-masalah yang masuk di bawah cakupannya. DSN MUI dalam menetapkan berbagai fatwa tentang ekonomi syariah termasuk obligasi syariah, hampir semua fatwanya selain berhujjah pada al Qur'an dan al Sunnah serta *aqwal* ulama, adalah berhujjah

⁴⁴ Abdul Manan., *op.cit.*, h. 40.

pada *aqwal* fiqhiyyah. Qaidah ushul fiqih dapat dijadikan pedoman hakim dalam upaya penemuan hukum dan penciptaan hukum.

g. Adat Kebiasaan

Islam sengaja tidak menjelaskan semua persoalan hukum, terutama di bidang muamalah 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 syariat itu disebut '*urf*'. Para ahli Hukum Islam sepakat bahwa '*urf*' semacam ini dapat dijadikan pertimbangan dalam menerapkan hukum. Disini muncul kaidah "*Al-Adah Muhakkamah*".

Dalam literatur yang membahas tentang kehujjahan '*urf*' sebagai sumber hukum, dapat diketahui bahwa '*urf*' itu telah diamalkan oleh semua para ahli hukum Islam, terutama dikalangan mazhab Hanafiah dan Malikiyyah. Ahli

hukum dikalangan Hanafiah menggunakan *Istihsan* dalam menetapkan hukum dan salah bentuk *istihsan* ini adalah *istihsan al'urf*. Para ahli hukum dikalangan mazhab Malikiyyah juga mempergunakan '*urf*' sebagai sumber hukum terutama '*urf*' yang hidup dikalangan ahli Madinah sebagai dasar dalam menetapkan hukum. Para ahli hukum dikalangan Syafiiyyah banyak mempergunakan '*urf*' dalam hal yang tidak ditemukan hukumnya dalam hukum syara'. Imam Syafi'i mempergunakan '*urf*' sebagai dasar pertimbangan kemaslahatan (kebutuhan orang banyak), dalam arti orang banyak akan mengalami kesulitan bila tidak mempergunakan '*urf*' sebagai sumber hukum dalam menyelesaikan berbagai masalah sosial yang timbul dalam kehidupan masyarakat.⁴⁵

h. Yurisprudensi

Sampai saat ini belum ada yurisprudensi (putusan Pengadilan Agama) yang berhubungan dengan obligasi syariah. Yurisprudensi yang ada hanya putusan Pengadilan Niaga tentang obligasi konvensional. Yurisprudensi ini dapat dipergunakan sebagai bahan perbandingan dalam pemeriksaan dan memutus perkara obligasi syariah.

Selain itu pengalaman Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS) dalam menyelesaikan sengketa antara bank syariah dan nasabahnya, juga tentang bidang ekonomi syariah lainnya yang sudah diselesaikan dan diputus oleh BASYARNAS dapat dijadikan pelajaran bagi Peradilan Agama.

⁴⁵ *Ibid*, h. 42.

Sumber-sumber hukum diatas dapat dijadikan dasar bagi hakim Peradilan Agama dalam penyelesaian sengketa obligasi syariah ketika diajukan kepada Peradilan Agama sesuai dengan kewenangannya, sumber hukum tersebut dapat dijadikan sebagai acuan hukum bagi hakim Peradilan Agama dalam upaya penemuan hukum.