

## BAB IV

### ANALISIS KEWENANGAN BADAN ARBITRASE NASIONAL DAN BADAN ARBITRASE SYARI'AH NASIONAL MENURUT UU NOMOR 30 TAHUN 1999

#### A. Legalitas Badan Arbitrase Pasca Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999

Analisa lembaga arbitrase dalam bagian ini termasuk dalam ranah analisa peraturan perundang-undangan. Para sarjana hukum mempunyai perbedaan pendapat mengenai istilah yang digunakan, antara peraturan undang-undang dan peraturan perundang-undangan (*wettelijke regel*) atau peraturan negara (*staatsregeling*). Soehino menggunakan istilah peraturan perundang-undangan yang juga digunakan dalam Tap MPRS Nomor XX/MPRS/1966,<sup>1</sup> sedangkan Amiruddin Syarif menggunakan istilah perundang-undangan.<sup>2</sup>

TJ Buys mengartikan peraturan perundang-undangan adalah segala peraturan perundang-undangan yang mengikat secara umum *algemeen bindende voorschriften*. Logemann menambah dengan *naar buiten werkende voorschriften* sehingga menurutnya perundang-undangan tersebut mengikat secara umum dan berdaya keluar (*algemeen bindende en naar buiten werkende voorschriften*).<sup>3</sup>

Penelurusan terhadap legalitas arbitrase dapat dimulai dari kedudukan Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999 tentang Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Arbitrase bukanlah lembaga dilahirkan oleh undang-undang tersebut, tetapi telah lama eksis sejak lahirnya hukum acara perdata.<sup>4</sup> Dalam peraturan perundang-undangan, ketentuan legalitas suatu badan

---

<sup>1</sup> Soehino, *Hukum Tata Negara, Teknik Perundang-undangan* (Yogyakarta: Liberty, 1981), hal. 1

<sup>2</sup> Amiroeddin Syarif, *Perundang-undangan: Dasar, Jenis dan Teknik Membuatnya* (Jakarta: Bina Aksara, 1987), hal. 4-5.

<sup>3</sup> Amiroeddin Syarif, *Perundang-undangan: Dasar, Jenis dan Teknik Membuatnya*, hal. 32

<sup>4</sup> Hukum Acara di Indonesia berasal dari *Inlands Reglement* (IR) atas dasar Staatblad tahun 1848 No. 16 dan terakhir dilakukan perubahan atas dasar Staatblad 1941 No. 44 yang kemudian disebut *Herziene Inlands Reglement* (HIR). Untuk luar Jawa dan Maduran, hukum acara didasarkan pada

hukum yang lahir sebelum disahkannya undang-undang, dapat dilihat dalam ketentuan peralihan ataupun dalam ketentuan penutup. Dalam ketentuan peralihan, seringkali ketentuan peraturan yang sama dapat dipergunakan terlebih dahulu sebelum ketentuan yang ada berlaku secara efektif. Ketentuan ini juga menunjukkan, bahwa ada ketentuan lain yang berlaku sebelum diundangkannya ketentuan yang baru.

Dalam menilai status peraturan perundang-undangan dapat dikemukakan pendapat para ahli hukum tentang jenjang dan struktur perundang-undangan. Menurut Hans Kelsen, hukum itu dianggap sah dan valid apabila dibuat oleh lembaga atau otoritas yang berwenang membentuknya dan berdasarkan norma yang lebih tinggi sehingga dalam hal ini norma yang lebih rendah *inferior* dapat dibentuk oleh norma yang lebih tinggi *superior* dan hukum itu berjenjang-jenjang dan berlapis membentuk suatu hirarki.<sup>5</sup> Menurut Attamimi, ide teori jenjang dari Hans Kelsen diilhami oleh muridnya bernama Adolf Merkl. Suatu norma hukum itu ke atas bersumber dan berdasar pada norma yang di atasnya, akan tetapi ke bawah ia juga menjadi dasar dan menjadi sumber bagi norma hukum di bawahnya. Oleh karenanya, norma hukum itu mempunyai masa berlaku *rechtskracht* yang relatif, karena ketika dasar hukum yang di atasnya dicabut, maka selesai pula masa berlaku hukum tersebut.<sup>6</sup>

Menurut Hans Kelsen, hukum itu dianggap sah dan valid apabila dibuat oleh lembaga atau otoritas yang berwenang membentuknya dan berdasarkan norma yang lebih tinggi sehingga dalam hal ini norma yang lebih rendah *inferior* dapat dibentuk oleh norma yang lebih tinggi *superior* dan hukum itu berjenjang-jenjang dan berlapis membentuk suatu hirarki.<sup>7</sup> Menurut Attamimi, ide teori jenjang dari Hans Kelsen diilhami oleh muridnya bernama Adolf Merkl. Suatu norma hukum itu ke atas bersumber dan berdasar pada norma yang di atasnya, akan tetapi ke bawah ia juga

---

Staatsblad tahun 1927 No. 227 yang disebut dengan *Rechtsreglement Voor De Buitengewesten (R.Bg)*. Abdul Manan, *Penerapan Hukum Acara Perdata di Lingkungan Peradilan Agama* (Jakarta: Kencana, 2008), hal. 5.

<sup>5</sup>Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, terjemahan Anders Wedberg dkk (New York, 1973), hal. 114.

<sup>6</sup> Hamid S. Attamimi, *Ilmu Perundang-undangan Dasar-dasar dan Pementukannya* (Kanisius: Jakarta, 1999), hal. 25

<sup>7</sup>Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, hal. 114.

menjadi dasar dan menjadi sumber bagi norma hukum di bawahnya. Oleh karenanya, norma hukum itu mempunyai masa berlaku *rechtskracht* yang relatif, karena ketika dasar hukum yang di atasnya dicabut, maka selesai pula masa berlaku hukum tersebut.<sup>8</sup>

Secara sederhana, untuk memahami legalitas peraturan perundang-undangan dapat dilihat dari aturan peralihan serta asas-asas peraturan yang berhubungan dengannya. Dalam memahami bagian “peralihan” dalam sebuah undang-undang, asas yang paling tepat digunakan adalah asas *lex posteriori derogate lex periori*. Asas ini juga dapat digunakan untuk melihat pada bagian “penutup”. Dalam struktur perundang-undangan, bagian “peralihan” merupakan ketentuan yang bersifat *transito* yaitu ketentuan-ketentuan yang mengatur mengenai penyesuaian keadaan yang sudah ada pada saat mulai berlakunya peraturan perundang-undangan yang baru, sehingga peraturan perundang-undangan yang baru itu dapat berjalan lancar dan tidak membawa dampak yang tidak dikehendaki oleh masyarakat.<sup>9</sup>

Dalam Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999, ketentuan peralihan dapat ditemukan pada Pasal 78-80. Ketentuan Pasal 78 tersebut berbunyi:

Pasal 78

*Sengketa yang pada saat Undang-undang ini mulai berlaku sudah diajukan kepada arbiter atau lembaga arbitrase tetapi belum dilakukan pemeriksaan, proses penyelesaiannya dilakukan berdasarkan Undang-undang ini.*

Pasal 79 berbunyi :

*Sengketa yang pada saat Undang-undang ini mulai berlaku sudah diperiksa tetapi belum diputus, tetap diperiksa dan diputus berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan yang lama.*

Pasal 80 berbunyi :

---

<sup>8</sup> Hamid S. Attamimi, *Ilmu Perundang-undangan Dasar-dasar dan Pementukannya* (Kanisius: Jakarta, 1999), hal. 25

<sup>9</sup> Hamid S. Attamimi, *Ilmu Perundang-undangan Dasar-dasar dan Pementukannya*, hal. 165

*Sengketa yang pada saat Undang-undang ini mulai berlaku sudah diputus dan putusannya telah memperoleh kekuatan hukum tetap, pelaksanaannya dilakukan berdasarkan Undang-undang ini.*

Ketentuan tersebut ini tidak secara langsung merujuk kepada peraturan perundang-undangan sebelumnya, tetapi ketentuan ini hanya menunjukkan tentang sebuah proses yang mungkin saja terjadi sebagai bentuk *transisi* pelaksanaan undang-undangan. Padaketentuan peralihan, ketentuan pasal tersebut menjelaskan bahwa perkara yang sedang diperiksa oleh arbitrase dilakukan berdasarkan ketentuan lama. Pemberlakuan ketentuan pada undang-undang ini dapat dilakukan setelah perkara tersebut putus.

Menurut pedoman teknis pembuatan undang-undang, secara garis besar ketentuan peralihan perundang-undangan meliputi :<sup>10</sup>

1. Ketentuan penerapan undang-undangan yang dianggap baru.
2. Ketentuan penerapan undang-undangan secara berangsur-angsur.
3. Ketentuan penyimpangan atas undang-undang untuk sementara waktu.
4. Ketentuan khusus selama belum diterapkan ketentuan yang baru.

Pasal 79 dan Pasal 80 di atas, menunjukkan bagaimana penyimpangan terhadap ketentuan peraturan selama perkara arbitrase sedangkan diselesaikan pada saat diundangkannya peraturan tersebut. Ketentuan mengenai peralihan di atas tidak secara langsung menyebutkan nama ataupun bentuk peraturan perundang-undangan sebelumnya, pasal-pasal di atas hanya menyebutkan “peraturan perundang-undangan yang lama”.

Untuk mengetahui tentang bentuk dan jenis peraturan lama yang pernah berlaku dapat dilihat pada ketentuan “Penutup”. Menurut Attamimi, ketentuan penutup merupakan bagian terakhir batang tubuh suatu peraturan perundang-undangan yang biasanya berisi ketentuan sebagai berikut :

---

<sup>10</sup>Direktorat Jenderal Hukum dan Perundang-undangan Departemen Kehakiman, *Pedoman Teknik Peraturan Perundang-Undngan*, Jakarta,hal. 14

1. Penunjukkan organ atau alat perlengkapan yang diisertakan dalam melaksanakan peraturan perundang-undangan.
2. Ketentuan mengenai nama singkat *citeer titel* dari undang-undang.<sup>11</sup>

Ketentuan penutup terdapat pada bab terakhir pasal 81 dan 82 yang berbunyi :

Pasal 81: Pada saat Undang-undang ini mulai berlaku, ketentuan mengenai arbitrase sebagaimana dimaksud dalam Pasal 615 sampai dengan Pasal 651 Reglemen Acara Perdata (Reglement op de Rechtsvordering, Staatsblad 1847:52) dan Pasal 377 Reglemen Indonesia Yang Diperbaharui (Het Herziene Indonesisch Reglement, Staatsblad 1941:44) dan Pasal 705 Reglemen Acara Untuk Daerah Luar Jawa dan Madura (Rechtsreglement Buitengewesten, Staatsblad 1927:227), dinyatakan tidak berlaku.

Adapun Pasal 82 berbunyi :

*Undang-undang ini mulai berlaku pada tanggal diundangkan. Agar setiap orang mengetahuinya, memerintahkan pengundangan Undang-undang ini dengan penempatannya dalam Lembaran Negara Republik Indonesia.*

Ketentuan-ketentuan penutup ini jika diuji dengan pendapat Attamimi di atas, tidak ditemukan adanya organ tertentu yang melaksanakan undang-undang ini. Demikian juga tidak ditemukan mengenai titel dari undang-undang ini. Nampaknya, tidak disebutkannya *organ tertentu* dalam undang-undang ini karena undang-undang itu sendiri mengatur mengenai organ atau organisasi tertentu yaitu (salah satunya) *arbiter*, sehingga tidak memerlukan organ lain yang harus mengatur arbiter. Sedangkan usur lain yang tidak disebutkan pada bagian *penutup* berkenaan dengan *titel*, sepertinya sudah jarang lagi dipergunakan karena titel tersebut sudah disebutkan pada awal bagian undang-undang.

Ketentuan penutup di atas memberikan penegasan mengenai tidak berlakunya 3 (tiga) dasar hukum arbitrase yang sebelumnya pernah ada yaitu :

---

<sup>11</sup> Hamid S. Attamimi, *Ilmu Perundang-undangan Dasar-dasar dan Pementukannya*, hal.166

1. Pasal 615 sampai dengan Pasal 651 Reglemen Acara Perdata (Reglement op de Rechtsvordering, Staatsblad 1847:52).

Ketentuan ini terdapat pada Buku Ketiga dengan judul Pelbagai Macam Cara Berperkara. Pembahasan mengenai arbitrase hanya dibahas pada bab i yaitu tentang keputusan wasit yang terdiri dari kompromi dan pengangkatan wasit, pemeriksaan perkara oleh wasit, keputusan para wasit, ketentuan terhadap keputusan wasit.

2. Pasal 377 Reglemen Indonesia Yang Diperbaharui (Het Herziene Indonesisch Reglement, Staatsblad 1941:44).

HIR adalah singkatan dari Inlandsch Reglement atau Reglement Bumi Putra. IR pertama kali diundangkan pada tanggal 5 April 1948 berdasarkan Staatblad nomor 16 kemudian diperbaharui pada tahun 1941 berdasarkan Staatblad Nomor 44. Perubahan ini merupakan rancangan JHR Mr. Wichers sebagai President hoogerechtshof atau Ketua Pengadilan Tinggi di Indonesia di masa Hindia Belanda.

Pembahasan mengenai arbitrase dalam HIR jauh lebih sederhana dibandingkan dengan pembahasan wasit dalam Rv. HIR hanya membahas tentang wasit dalam satu pasal saja yaitu Pasal 377, sedangkan RO membahasnya dalam 46 pasal. Bunyi pasal 377 HIR adalah, *jika orang Indonesia dan orang Timur Asing menghendaki perselisihan mereka diputuskan oleh juru pisah, maka mereka wajib menuruti peraturan perkara yang berlaku bagi bangsa Eropa*. Kuat dugaan penyederhanaan ketentuan arbitrase dalam HIR, karena sekedar memberikan legalitas, bahwa pengaturan yang lebih luas mengacu pada ketentuan untuk bangsa Eropa (Rv).

3. Pasal 705 Reglemen Acara Untuk Daerah Luar Jawa dan Madura (Rechtsreglement Buitengewesten, Staatsblad 1927:227).

Ketentuan pasal 705 RBg, tidak jauh berbeda dengan ketentuan Pasal 377 HIR. Bila dibandingkan antara HIR dan RBg, RBg jauh lebih dahulu ditetapkan

daripada HIR. R.Bg lahir berdasarkan staatsblad 1927 Nomor 227, sedangkan legalitas HIR adalah staatsblad tahun 1941 Nomor 44. Berdasarkan ketentuan penutup di atas, semua pengaturan arbitrase yang terdapat dalam Rv, maupun yang ditunjukkan oleh HIR dan R.Bg sudah tidak berlaku lagi.

Ditinjau dari sudut pandang sistem peraturan perundang-undangan terdapat asas yang berlaku pada bagian *penutup* yaitu *lex posteriori derogate lex periori* peraturan yang berlaku kemudian membatalkan peraturan perundang-undangan yang berlaku terdahulu. Pada dasarnya tanpa harus menyebutkan berbagai peraturan arbitrase, secara hukum peraturan-peraturan tersebut dengan sendirinya menjadi tidak berlaku setelahnya lahir Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999.

Asas *lex posteriori derogate lex periori* seringkali disebutkan secara tegas seperti pada undang-undang di atas, tetapi juga terkadang dijelaskan secara general hanya menyebutkan “dengan berlakunya undang-undang ini, maka peraturan yang bertentangan dengan undang-undang ini dianggap tidak berlaku lagi”. Apabila asas di atas tidak muncul baik secara tegas dengan menyebutkan peraturan yang dihapus ataupun secara general, maka undang-undang tersebut harus ditafsirkan “tidak menghapus peraturan sebelumnya, kecuali yang bertentangan saja”. Hal ini sering kali terjadi pada perundang-undangan yang secara materiil hanya melakukan perubahan atas undang-undang sebelumnya. Sebut saja undang-undang peradilan agama diatur dalam Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989, undang-undang ini kemudian dirubah berdasarkan Undang-Undang Nomor 3 tahun 2006. Terakhir undang-undang peradilan agama dirubah dengan lahirnya Undang-Undang Nomor 50 tahun 2009. Kedua peraturan yang terakhir tida menghapus undang-undang sebelumnya, tetapi peraturan yang bertentangan atau peraturan yang baru menjadi hal yang harus diperhatikan pada perubahan undang-undangnya.

Ketentuan yang terdapat pada Pasal 81 Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999 di atas memberikan makna bahwa segala ketentuan yang berhubungan dengan arbitrase termasuk dengan putusan arbitrase asing tunduk pada undang-

undang tersebut, meskipun secara *lex specialis* ketentuan yang berhubungan dengan pelaksanaan arbitrase asing telah diatur dalam Undang-undang No. 5 tahun 1968 yang merupakan pengesahan atas persetujuan atas konvensi tentang Penyelesaian Perselisihan Antar Negara dan Warga Negara Asing mengenai penanaman modal, Keputusan Presiden No. 4 tahun 1981 tentang Pengesahan New York Convention 1958 dan Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 1990.<sup>12</sup>

Konsekwensi di atas, juga berlaku terhadap lembaga yang berkaitan erat dengan materi undang-undang. Seperti lembaga arbitrase yang secara inheren berada dalam ketentuan Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999. Pada saat lahirnya undang-undang tersebut, terdapat lembaga arbitrase nasional yang telah hadir dan eksis dalam penyelesaian sengketa di luar pengadilan. Lembaga tersebut adalah Badan Arbitrase Nasional yang berdirisejak tanggal 3 Desember 1977 berdiri atas prakarsa KADIN dalam pendirian Badan Arbitrase Nasional Indonesia karena diamanatkan oleh Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1987 tentang Kamar Dagang dan Industri.

Di dalam hukum terdapat tiga hal yang penting, yaitu subyek hukum, obyek hukum dan peristiwa hukum. Menurut Soedjono, subyek hukum atau subjek *van een recht* yaitu orang yang mempunyai hak, manusia pribadi atau badan hukum yang berhak, berkehendak atau melakukan perbuatan hukum.<sup>13</sup> Menurut Von Savigni badan hukum itu semata-mata adalah buatan pemerintah. Terkecuali negara, badan hukum itu suatu fiksi saja, hanya orang-oranglah yang menghidupkannya.<sup>14</sup> Menurut Soedjono Dirdjosisworo, badan hukum adalah

---

<sup>12</sup> Gunawan Wijaya dan Ahmad Yani, *Hukum Arbitrase* (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2000), hal.23.

<sup>13</sup> Perbuatan hukum adalah segala perbuatan yang menimbulkan hubungan hukum baik hak maupun kewajiban. Adapun objek hukum merupakan hal yang dijadikan objek hukum, seperti jual beli yang adalah perbuatan hukum dan objeknya adalah barangnya. Soedjono Dirjosisworo, *Pengantar Ilmu Hukum* (Jakarta: Rajawali, 1984), hal. 126.

<sup>14</sup> Sudarsono, *Pengantar Ilmu Hukum* (Jakarta: Rineka, 2001), hal. 283

subjek hukum *subject van een recht* seperti halnya orang mempunyai hak, berkehendak atau melakukan perbuatan hukum. Badan hukum itu sendiri adalah perkumpulan atau organisasi yang didirikan dan dapat bertindak sebagai subyek hukum misalnya dapat memiliki kekayaan, mengadakan perjanjian dan sebagainya.<sup>15</sup>

Jika BANI dikaitkan dengan ketiga unsur dalam hukum, maka BANI merupakan subjek hukum yang berhubungan dengan arbitrase, mempunyai hak untuk diangkat menjadi arbiter dengan terlebih dahulu memenuhi kewajiban persyaratan sebagai arbiter.

Asas *lex posteriori derogate lex periori* seringkali tidak dimaksudkan untuk mengatur penghapusan peraturan yang berlaku sebelum ditetapkannya undang-undang, akan tetapi juga menghapus atau menetapkan ulang terhadap lembaga yang inheren dengan undang-undang tersebut.<sup>16</sup> Sebagai perbandingan dapat dilihat pada undang-undang advokat yaitu Undang-Undang Nomor 18 tahun 2001. Dalam undang-undang ini penerapan asas *lex posteriori derogate lex periori* dapat dilihat pada pasal 21 ayat (1) yang berbunyi :

*Advokat, penasihat hukum, pengacara praktik dan konsultan hukum yang telah diangkat pada saat Undang-undang ini mulai berlaku, dinyatakan sebagai advokat sebagaimana diatur dalam undang-undang ini.*

Dalam pasal tersebut dengan tegas menghapus ketentuan yang berkenaan dengan advokat sebelumnya. Di sisi lain, undang-undang advokat juga mengatur tentang lembaga advokat yang sudah berjalan pada saat undang-undang tersebut ditetapkan. Hal ini dapat dilihat pada pasal 22 ayat (3) yang berbunyi :

Untuk sementara tugas dan wewenang organisasi Advokat sebagaimana dimaksud dalam undang-undang ini dijalankan bersama oleh Ikatan Advokat Indonesia (IKADIN), Asosiasi Advokat Indonesia (AAI), Ikat (SPI), Ikatan Penasihat Hukum Indonesia (IPHI), Himpunan Advokat dan Pengacara Indonesia

---

<sup>15</sup> Soerdjono Dirdjosisworo, *Pengantar Ilmu Hukum*, hal. 128

<sup>16</sup> *Ibid*, hal. 130

(HAPI), Serikat Pengacara Indonesia (SPI), Asosiasi Konsultan Hukum Indonesia (AKHI), Himpunan Konsultan Hukum Pasar Modal (HKHPM) dan Asosiasi Pengacara Syari'ah Indonesia (APSI).

Pada ketentuan di atas, dengan tegas undang-undang advokat melegitimasi adanya advokat yang selama ini telah bertugas dan legitimasi atas badan hukum tertentu yang mewadadi persekutuan para advokat. Penerapan asas *lex posteriori derogate lex periori* seperti undang-undang advokat yakni pemberlakuan atas lembaga advokat yang sudah ada, ternyata tidak terdapat dalam unndang-undang Nomor 30 tahun 1999. Dalam undang-undang ini tidak menyinggung mengenai legalitas lembaga arbitrase yang telah berjalan, padahal dalam Pasal 1 ayat (8) menyebutkan tentang defini lembaga arbitrase sebagai sebuah badan yang dipilih oleh para pihak yang bersengketa untuk memberikan putusan mengenai sengketa tertentu; lembaga tersebut juga dapat memberikan pendapat yang mengikat mengenai suatu hubungan hukum tertentu dalam hal belum timbul sengketa.

Undang-Undang arbitrase dan APS ini tidak menjelaskan tentang legalitas lembaga arbitrase yang sudah ada dan tidak pula memberikan kualifikasi pendirian lembaganya. Undang-undang ini lebih mengatur arbitrase secara individual seperti dijelaskan syara-syarat seorang arbiter pada pasal 12 ayat (1) yakni cakap melakukan tindakan hukum, berumur paling rendah 35 tahun, tidak mempunyai hubungan keluarga sedarah atau semenda sampai dengan derajat kedua dengan salah satu pihak bersengketa, tidak mempunyai kepentingan finansial atau kepentingan lain atas putusan arbitrase dan memiliki pengalaman serta menguasai secara aktif di bidangnya paling sedikit 15 tahun. Selain itu seorang arbitrase tidak boleh berasal dari hakim, jaksa, panitera dan pejabat lainnya. Adanya pengaturan arbitrase secara individual dalam undang-undang terlihat dilakukan secara sengaja, karena secara materiil undang-undang tersebut tidak menjelaskan arbitrase secara kelembagaan.

Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999 mengulas lebih jauh lagi mengenai arbitrer sebagai individu. Pembahasan arbiter sebagai individu merupakan

pembahasan sebagai subjek hukum selain yang dipaparkan sebelumnya yaitu subyek hukum dalam bentuk badan hukum. Menurut Brinz yang dikutip oleh Sudarsono, orang merupakan subyek hukum yang sebenarnya yang mempunyai hak dan kewajiban yang diatur oleh peraturan perundang-undangan.<sup>17</sup>

Dengan melihat pemaparan analisa kelembagaan yang terdapat pada undang-undang nomor 30 tahun 1999, maka legalitas BANI sebagai lembaga arbitrase tidak tersentuh oleh undang-undang tersebut. Artinya secara legalitas BANI tidak menjadi bagian dari objek pembahasan kelembagaan dalam undang-undang, sehingga ia tetap berdiri atas dasar akta pendiriannya dan tidak terpengaruhi oleh undang-undang arbitrase. Kesimpulan ini merupakan penafsiran undang-undang secara *restriktif*, yaitu penafsiran dengan membatasi (mempersempit) arti kata-kata dalam peraturan itu.<sup>18</sup> Dalam hal ini, penulis tidak memberikan penafsiran lain terhadap legalitas BANI sebagai badan hukum arbitrase, melainkan menilai legalitas dari sudut pandang badan hukum itu sendiri.<sup>19</sup>

## **B. BASYARNAS sebagai Lembaga Penyelesaian Sengketa Islam**

Badan Arbitrase Syariah Nasional merupakan perubahan atas Badan Arbitrase Muamalat Indonesia (BAMUI),<sup>20</sup> BAMUI yang didirikan oleh Majelis Ulama Indonesia pada tanggal 21 Oktober 1993, berubah nama menjadi Basyarnas berdasarkan keputusan MUI Nomor : 09/MUI/II/2003 tanggal 24 Desember 2003.

---

<sup>17</sup>Sudarsono, *Pengantar Ilmu Hukum*, hal. 283

<sup>18</sup> Selain penafsiran restriktif juga dikenal penafsiran eksklusif yaitu penafsiran yang memperluas arti kata-kata yang terdapat dalam undang-undang. Kansil, *Pengantar Ilmu Hukum dan Pengantar Tata Hukum Indonesia* (Jakarta: Balai Pustaka, 1990), hal. 68.

<sup>19</sup> Selain kedua penafsiran tersebut, Soedjono menjelaskan tentang penafsiran hukum lainnya yaitu penafsiran gramatikal atau kontek dengan cara mempelajari dan menggunakan hubungan kalimat. Penafsiran sistematis dengan mempelajari undang-undang meliputi: penalaran analogi, ekstensif dan restriktif serta penghalusan hukum *rechtverfijning*. Penafsiran historis serta penafsiran teleologis (tujuan) ataupun hubungannya dengan perkembangan sosial. Soerdjono Dirdjosisworo, *Pengantar Ilmu Hukum*, hal 156-157

<sup>20</sup>Badan Arbitrase Syariah Nasional, *Profile dan Prosedur Badan Arbitrase Syariah Nasional* (Jakarta, 2003), hal. 3

Prosedur beracara dalam pemeriksaan sengketa yang diselesaikan oleh Basyarnas sama dengan prosedur beracara pada BANI, karena setelah ditetapkannya Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999, maka seluruh prosedur beracara arbitrase mengikuti peraturan yang ditetapkan oleh undang-undang tersebut. Dalam hal ini tidak ada perbedaan antara arbitrase yang berlatar belakang konvensional (BANI) maupun syari'ah (BASYARNAS).<sup>21</sup> Di sisi lain, bagi arbiter Basyarnas, selain ia harus menguasai arbitrase konvensional juga harus menguasai kualifikasi arbitrase syari'ah terutama berkenaan dengan hukum Islam khususnya yang berkaitan dengan perkara yang sedang disengketakan.<sup>22</sup>

Kedudukan BASYARNAS sebagai lembaga arbitrase sama halnya dengan BANI, keduanya lahir sebelum Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999. Lahirnya undang-undang tersebut, secara kelembagaan memperkuat eksistensi BASYARNAS sebagai lembaga arbitrase yang berada di Indonesia.<sup>23</sup> Secara politik, Basyarnas mempunyai keunggulan dibandingkan dengan BANI. Keberadaan Basyarnas tidak hanya didukung oleh lahirnya Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999, tetapi juga didukung oleh peraturan lain berkenaan dengan undang perbankan syari'ah dan didukung pula oleh fatwa-fatwa Dewan Syari'ah Nasional.<sup>24</sup>

Dukungan perbankan syari'ah terhadap BASYARNAS tidak dapat dilepaskan dari Undang-Undang Nomor 10 tahun 1998 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan. Atas dasar undang-undang tersebut, pemerintah melegalkan keberadaan bank-bank yang beroperasi

---

<sup>21</sup> Ahmad Mujahidin, *Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syari'ah di Indonesia* (Bogor: Ghalia Indonesia, 2010), hal 150.

<sup>22</sup> Krisna Harahap, *Hukum Acara Perdata Mediasi Class Action Arbitrase dan Alternatif* (Bandung: Grafiti Budi Utami, 2009), hal. 152

<sup>23</sup> Heri Sunandar, "Penyelesaian Sengketa Perdata Melalui Basyarnas", *Jurnal Hukum Islam*, Volume VIII No. 6 (Desember,2007), hal. 638

<sup>24</sup> Dewan Syari'ah Nasional adalah subsistem dari MUI yang bertugas dan berwenang secara proaktif dalam menanggapi perkembangan masyarakat Indonesia yang dinamis dalam bidang ekonomi dan keuangan dengan mengeluarkan fatwa atas jenis-jenis kegiatan keuangan; mengeluarkan fatwa atas produk dan jasa keuangan syariah; dan mengawasi penerapan, Tentang Dewan Syariah Nasional, sumber sumber: [www.mui.or.id](http://www.mui.or.id),

secara syari'ah dan di sisi lain mendorong lahirnya bank-bank lain yang berprinsip syari'ah. Kenyataan ini memberikan kemungkinan terhadap munculnya berbagai sengketa bisnis baru yakni sengketa yang berkaitan dengan bisnis syari'ah atau lebih spesifik lagi dengan perbankan syari'ah. Kewenangan Basyarnas dalam menyelesaikan sengketa perbankan syari'ah didasarkan atas kesepakatan ketika membuat perjanjian (*pactum de compromittendo*) atau dibuat ketika terjadi sengketa (*akta kompromi*). Pilihan ini lebih disebabkan banyaknya kelebihan arbitrase dibandingkan proses litigasi.<sup>25</sup> Menyikapi probabilitas sengketa ini, Dewan Syari'ah Nasional mengeluarkan fatwa dalam setiap akad itu dicantumkan klausula arbitrase yang berbunyi :

*Jika salah satu pihak tidak menunaikan kewajibannya atau jika terjadi perselisihan diantara para pihak maka penyelesaiannya dilakukan melalui Badan Arbitrase Syari'ah setelah tidak tercapai kesepakatan melalui musyawarah.*

BASYARNAS sebagai lembaga non litigasi akan berkaitan erat dengan lembaga peradilan sebagai yang berproses secara litigasi. Koneksitas antara Basyarnas dengan lembaga peradilan terjadi setelahnya putusan BASYARNAS dibacakan kemudian para pihak tidak dapat melaksanakannya secara sukarela. Putusan BASYARNAS sebagaimana pula putusan arbitrase lainnya, mempunyai daya ikat *binding krcacht* bagi para pihak sebagaimana Pasal 631 Rv. Oleh karenanya para pihak bersengketa itulah yang berkepentingan untuk mengajukan pelaksanaan putusan arbitrase ke Pengadilan.<sup>26</sup>

Putusan arbitrase harus didaftarkan dalam waktu 30 hari sejak diucapkan. Pihak yang berkepentingan mengajukan putusan arbitrase kepada Panitera yang kemudian didaftarkan dalam buku yang telah tersedia.<sup>27</sup> Ketua Pengadilan

---

<sup>25</sup> M. Yahya Harahap, *Alternatif Penyelesaian Sengketa* (Jakarta: Sinar Grafika, 1994), hal 20

<sup>26</sup> M. Yahya Harahap, *Alternatif Penyelesaian Sengketa*, hal 670

<sup>27</sup> Pasal 59 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999.

Negeri akan memerintahkan eksekusi atas putusan arbitrase setelah sebelumnya memeriksa putusan tersebut, apakah telah memenuhi kriteria :

1. Para pihak menyetujui bahwa sengketa diselesaikan oleh arbitrase;
2. Persetujuan untuk menyelesaikan sengketa oleh arbitrase dibuat dalam dokumen tersendiri;
3. Sengketa yang dilaksanakan adalah berkenaan dengan perdagangan dan berkenaan dengan tuntutan yang menurut hukum dan peraturan perundang-undangan.
4. Sengketa lain yang dapat diselesaikan oleh arbitrase adalah yang tidak bertentangan dengan kesusilaan dan ketertiban umum.<sup>28</sup>

Putusan BASYARNAS seperti juga putusan lembaga arbitrase lainnya bersifat *final and binding*. Jika putusan tersebut tidak dapat dilaksanakan secara sukarela, maka pihak yang berkepentingan dapat mengajukan eksekusinya ke Pengadilan. Dalam putusan BANI pelaksanaan putusan BANI dilakukan oleh Pengadilan Negeri hal ini sesuai dengan ketentuan Pasal 61 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999, *Dalam hal para pihak tidak melaksanakan putusan arbitrase secara sukarela, putusan dilaksanakan berdasarkan perintah Ketua Pengadilan Negeri atas permohonan salah satu pihak yang bersengketa.*

Berkaitan dengan eksekusi putusan Basyarnas, berdasarkan surat edaran Mahkamah Agung Nomor 8 tahun 2010 yang mengatur eksekusi putusan Badan Arbitrase Syari'ah tentang penegasan tidak berlakunya surat edaran Mahkamah Agung Nomor 8 tahun 2008 tentang eksekusi putusan Basyarnas. Mahkamah Agung mendasarkan surat edaran tersebut pada ketentuan Pasal 59 ayat (3) Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 perubahan undang-undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman yang menyatakan para pihak yang tidak melaksanakan putusan arbitrase (termasuk arbitrase syari'ah) secara

---

<sup>28</sup> Suyud Margono, *ADR dan Arbitrase Proses Perkembangan dan Aspek Hukum Indonesia* (Jakarta: IKAPI, 2004), hal. 132

sukarela, putusan dilaksanakn berdasarkan perintah Ketua Pengadilan Negeri atas permohonan salah satu pihak yang bersengketa.

Sebelum lahirnya Surat Edaran Mahkamah Agung RI Nomor 8 tahun 2010, Pengadilan Agama berwenang menyelesaikan putusan arbitrase syari'ah, karena secara hukum Pengadilan Agama berwenang menyelesaikan sengketa ekonomi syari'ah. Sejauh ini Pengadilan Agama mempunyai kewenangan menyelesaikan sengketa bidang ekonomi syari'ah meliputi:

1. Sengketa di bidang ekonomi syariah antara lembaga keuangan dan pembaga pembiayaan syariah dengan nasabahnya.
2. Sengketa di bidang ekonomi syariah antara sesama lembaga keuangan dan lembaga pembiayaan syariah
3. Sengketa di bidang ekonomi syariah antara orang-orang yang beragama Islam, yang mana akad perjanjiannya disebutkan dengan tegas bahwa kegiatan usahanya dilakukan berdasarkan prinsip syari'ah.<sup>29</sup>

Menurut Mukti Arto, terdapat dua hal yang perlu diperhatikan mengenai kewenangan Pengadilan Agama dalam menyelesaikan sengketa ekonomi syari'ah yaitu apabila suatu perkara menyangkut status hukum seorang muslim dan asas personalitas keIslaman yakni suatu sengketa yang timbul dari suatu perbuatan/peristiwa hukum yang dilakukan terjadi berdasarkan hukum Islam.<sup>30</sup>

Setelah lahirnya Surat Edaran Mahkamah Agung RI Nomor 8 tahun 2010, maka secara hukum Pengadilan Agama tidak berwenang lagi untuk menyelesaikan putusan BASYARNAS, meskipun di sisi lain Pengadilan Agama masih tetap berwenang menyelesaikan sengketa perbankan syari'ah.

---

<sup>29</sup> Abdul Manan, *Beberapa Masalah Hukum dalam Praktek Ekonomi Syari'ah*, diktat Pendidikan Hakim Angkatan 2, Banten 2007, hal 8.

<sup>30</sup> A. Mukti Arto, *Praktek Perkara Perdata pada Pengadilan Agama* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2004), hal. 6.

### C. Problematika SEMA Dalam Penyelesaian Putusan Basyarnas

Menurut Attamimi, norma hukum terbagi pada peraturan pelaksanaan *verordnung* dan peraturan otonom *Autonome Satzung*. Peraturan pelaksanaan dan peraturan otonom ini merupakan peraturan-peraturan yang terletak di bawah undang-undang yang berfungsi menyelenggarakan keentuan-ketentuan dalam undang-undang, di mana peraturan pelaksanaan bersumber dari kewenangan delegasi, sedangkan peraturan otonom bersumber dari kewenangan atribusi.<sup>31</sup>

Surat Edaran Mahkamah Agung merupakan keputusan Badan Negara. Menurut Attamimi, Keputusan Badan Negara adalah salah satu jenis peraturan perundang-undangan yang kewenangan pembentukannya ditentukan dalam undang-undang pembentukan dari Badan Negara tersebut untuk mengatur hal-hal yang bersangkutan dalam bidang tugasnya.<sup>32</sup> Fungsi Keputusan Kepala Badan Negara adalah :

1. Menyelenggarakan pengaturan lebih lanjut ketentuan dalam undang-undang yang mengatribusikan dan peraturan pemerintah yang bersangkutan.
2. Menyelenggarakan secara umum dalam rangka penyelenggaraan fungsi dan tugasnya. Fungsi ini merupakan fungsi yang bersifat atribusi dan juga berdasarkan kebiasaan yang ada di mana setiap badan negara dapat membentuk suatu peraturan pelaksanaan dan penyelenggaraan fungsi dan tugasnya.

Problematika SEMA yang menimbulkan tarik menarik antara kewenangan peradilan agama dan peradilan umum dalam menyelesaikan eksekusi putusan Basyarnas tidak terlepas dari sejarah kewenangan peradilan agama dalam menyelesaikan sengketa ekonomi syari'ah. Berdasarkan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 yang telah dirubah terakhir dengan Undang-Undang 50 tahun 2009 telah

---

<sup>31</sup> Hamid S. Attamimi, *Ilmu Perundang-undangan Dasar-dasar dan Pementukannya*, hal. 35

<sup>32</sup> Hamid S. Attamimi, *Ilmu Perundang-undangan Dasar-dasar dan Pementukannya*, hal.102

memberikan kewenangan (absolute kompetensi) kepada Pengadilan Agama untuk menyelesaikan sengketa ekonomi syari'ah. Yang dimaksud dengan "ekonomi syari'ah" adalah perbuatan atau kegiatan usaha yang dilaksanakan menurut prinsip syari'ah, antara lain meliputi:

1. bank syari'ah;
2. lembaga keuangan mikro syari'ah.
3. asuransi syari'ah;
4. reasuransi syari'ah;
5. reksa dana syari'ah;
6. obligasi syari'ah dan surat berharga berjangka menengah syari'ah;
7. sekuritas syari'ah;
8. pembiayaan syari'ah;
9. pegadaian syari'ah;
10. dana pensiun lembaga keuangan syari'ah; dan
11. bisnis syari'ah.

Legalitas peradilan agama dalam menyelesaikan sengketa juga ditegaskan dalam Undang-Undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syari'ah,<sup>33</sup> sebagaimana disebutkan pada Pasal 55 yang berbunyi :

- (1) Penyelesaian sengketa Perbankan Syariah dilakukan oleh pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama.
- (2) Dalam hal para pihak telah memperjanjikan penyelesaian sengketa selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1), penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan isi Akad.
- (3) Penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak boleh bertentangan dengan Prinsip Syariah.

Penegasan absolut kompetensi peradilan agama oleh undang-undang perbankan syari'ah ternyata memberikan kesan lain, bahwa peradilan umum masih mempunyai hak yang sama atas dasar kesepakatan para pihak. Hal ini dapat dilihat dari penjelasan Pasal 55 ayat (3) Undang-Undang Perbankan Syari'ah

---

<sup>33</sup>Lahirnya undang-undang perbankan syari'ah mendorong dan memberikan garansi sistem perbankan syariah yang memiliki tiga ciri yang mendasar, yaitu (a) prinsip keadilan, (b) menghindari kegiatan yang dilarang, dan (c) memperhatikan aspek kemanfaatan. Zainuddin Ali, *Hukum Perbankan Syariah* (Jakarta: Sinar Grafika, 2008), hal. 20

Yang dimaksud dengan “penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan isi Akad” adalah upaya sebagai berikut:

- a. musyawarah;
- b. mediasi perbankan;
- c. melalui Badan Arbitrase Syariah Nasional (Basyarnas) atau lembaga arbitrase lain; dan/atau
- d. melalui pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum.

Munculnya perjanjian sebagai sumber hukum dalam<sup>34</sup> menentukan sengketa merupakan kebebasan para pihak dalam menentukan isi perjanjian. Namun demikian, di lain pihak ketentuan di atas memunculkan dualisme kewenangan antara peradilan agama dan peradilan umum dalam menyelesaikan sengketa perbankan syari’ah. Dualisme ini tentu sangat merugikan terhadap peradilan agama karena sebelumnya Pengadilan Agama telah diberi wewenang yang luas mengenai penyelesaian sengketa ekonomi syari’ah. Dengan demikian lahirnya undang-undang Perbankan Syari’ah di satu sisi mendistorsi kewenangan peradilan agama.

*Choise of forum* ini kemudian berakhir pada tahun 2012. Abdurrahman (mantan Hakim Agung) menjelaskan tentang putusan Mahkamah Konstitusi yang memeriksa undang-undang perbankan syari’ah.<sup>35</sup> Adalah seorang pengusaha di Ir. H. Dadang Ahmad (seorang pengusaha) pada tanggal 12 Agustus 2012 mengajukan permohonan pengujian Undang-Undang No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah terhadap Undang-Undang Dasar Negara RI Tahun 1945 kepada Mahkamah Konstitusi dan didaftar pada tanggal 24 September 2012 dengan No. 93/PUU-X/2012 dengan mengemukakan beberapa alasan antara lain, Bahwa jika suatu Undang-Undang mempersilahkan untuk memilih

---

<sup>34</sup> Berdasarkan Pasal 1338 KUHPdata, semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Salim HS, Hukum Kontrak terori dan Tekni Penyusunan (Jakarta: Sinar Grafika: 2004), hal. 9.

<sup>35</sup> Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah (Pasca Putusan MK NO. 93/PUU-X/2012), Majalah Badilag, Edisi 3-2013, hal 40.

menggunakan fasilitas negara (lembaga peradilan), sedangkan ayat lainnya secara tegas telah menentukan peradilan mana yang harus dipakai, maka dengan adanya dibebaskan memilih akan menimbulkan berbagai penafsiran dari berbagai pihak apalagi selanjutnya ayat lain mengisyaratkan harus memenuhi prinsip-prinsip dalam hal ini prinsip syariah sehingga menimbulkan pertanyaan apakah peradilan yang dipilih atau yang diperjanjikan oleh masing-masing pihak seperti diatur dalam Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tersebut telah memenuhi prinsip syariah seperti yang diisyaratkan oleh Pasal 55 ayat (3) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008. Maka disinilah akan timbul ketidakpastian hukumnya, sementara Pasal 55 ayat (1) yang secara tegas mengatur jika terjadi perselisihan maka harus dilaksanakan di pengadilan dalam ruang lingkup Peradilan Agama. Hal ini tidak akan dipilih oleh para pihak jika terjadi perselisihan dalam perbankan syariah. Pada tanggal 29 Agustus 2013 Mahkamah Konstitusi memutuskan dengan amarnya menyatakan:

1. Mengabulkan permohonan Pemohon untuk sebagian ; Penjelasan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 94. Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4867 bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945; Penjelasan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 94. tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4867) tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat;
2. Memerintahkan pemuatan putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya;
3. Menolak permohonan Pemohon untuk selain dan selebihnya;<sup>36</sup>

Menurut Edy Setiadi, putusan Mahkamah Konstitusi tersebut mengakhiri dualisme hukum penyelesaian sengketa oleh lembaga peradilan. Dengan putusan tersebut, peradilan agama menjadi satu-satunya lembaga litigasi yang berwenang

---

<sup>36</sup> Lihat putusan Mahkamah Konstitusi No. 93/PUU-X/2012

menyelesaikan sengketa bisnis syari'ah.<sup>37</sup> Namun demikian, meskipun dualisme penyelesaian sengketa telah berakhir, ternyata masih menimbulkan *kegaduhan* hukum dalam menyelesaikan sengketa ekonomi syari'ah yaitu berkenaan dengan pelaksanaan putusan arbitrase syari'ah.

Terdapat dua Surat edaran Mahkamah Agung yang berhubungan dengan putusan Basyarnas. Pertama, surat edaran Mahkamah Agung (SEMA) Nomor 8 tahun 2008, tentang Eksekusi Putusan Badan Arbitrase Syari'ah kedua adalah SEMA Nomor 8 tahun 2010 perihal yang sama dengan mencabut SEMA Nomor 8 tahun 2008.

Pertama, SEMA Nomor 8 tahun 2008 yang merupakan jawaban terhadap berbagai pertanyaan yang saat itu berkembang mengenai pelaksanaan eksekusi putusan Basyarnas. Seperti telah dijelaskan sebelumnya, bahwa polemik pelaksanaan putusan BASYARNAS muncul beriringan dengan bertambahnya absolut kompetensi peradilan agama. Permasalahan lainnya muncul untuk menilai lembaga mana yang berwenang menyelesaikan putusan Basyarnas, karena secara substantif sengketa Basyarnas adalah sengketa ekonomi syari'ah, tetapi berdasarkan Pasal 61 Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999 yang berbunyi :

*Dalam hal para pihak tidak melaksanakan putusan arbitrase secara sukarela, putusan dilaksanakan berdasarkan perintah **Ketua PengadilanNegeri** atas permohonan salah satu pihak yang bersengketa.*

Pasal tersebut secara tegas menentukan kompetensi Pengadilan Negeri sebagai pemegang otoritas yudisial untuk melaksanakan putusan arbitrase jika putusan tersebut tidak dilaksanakan oleh para pihak yang bersengketa. SEMA Nomor 8 Tahun 2008 merupakan jawaban atas permasalahan hukum tersebut karena menyatakan secara tegas, bahwa putusan BASYARNAS menjadi kewenangan dari lembaga peradilan agama.

---

<sup>37</sup>Edi Setiadi adalah Direktur Eksekutif Perbankan Syari'ah Bank Indonesia, *Majalah Badilag*, Wawancara Eksklusif, Edisi 3-2013, Jakarta:2013, hal. 55.

Dengan adanya SEMA tersebut, maka terjadi inkonsistensi hukum antara pemeriksaan sengketa ekonomi syari'ah peradilan agama (lembaga litigasi) beserta dengan penyelesaian putusannya dengan pemeriksaan di lembaga BASYARNAS sebagai lembaga non litigasi. Inkonsistensi hukum ini hanya berselang beberapa waktu saja, karena Mahkamah Agung mengeluarkan SEMA Nomor 10 tahun 2010 tentang Penegasan Tidak Berlakunya Surat Edaran Mahkamah Agung Nomor: 8 tahun 2008 tentang Eksekusi Putusan Badan Arbitrase Syari'ah. Surat edaran tersebut menegaskan tentang tidak berlakunya lagi SEMA Nomor 8 tahun 2008, hal tersebut didasarkan pada Pasal 59 ayat (3) Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang berbunyi:

*Dalam hal para pihak tidak melaksanakan putusan arbitrase secara sukarela, putusan dilaksanakan berdasarkan perintah ketua pengadilan negeri atas permohonan salah satu pihak yang bersengketa.*

Apabila dilihat dari formal SEMA Nomor 8 tahun 2008 dengan SEMA 8 tahun 2010 terdapat perbedaan, di mana SEMA yang pertama ditandatangani oleh Ketua Mahkamah Agung, sedangkan SEMA yang kedua ditandatangani oleh Wakil Ketua Bidang Yudisial. Kuat dugaan perbedaan ini lebih disebabkan substansi dari SEMA tersebut, sema yang kedua tidak memuat kebaruan hukum tetapi lebih pada penegasan ulang atas bunyi undang-undang.

Secara historis, legalitas SEMA didasarkan pada ketentuan pasal 12 ayat 3 Undang-Undang No 1 tahun 1950 tentang Susunan, Kekuasaan Mahkamah Agung Indonesia. Pada saat ini SEMA didasarkan pada Pasal 79 Undang-Undang Nomor 14 tahun 1985 yang telah dirubah dengan Undang-undang Nomor 3 tahun 2009 tentang Mahkamah Agung yang berbunyi :

*Mahkamah Agung dapat mengatur lebih lanjut hal-hal yang diperlukan bagi kelancaran penyelenggaraan peradilan apabila terdapat hal-hal yang belum cukup diatur dalam Undang-undang ini.*

SEMA seringkali didasarkan atas kevakuman hukum dalam pelaksanaan hukum acara di pengadilan ataupun memungkinkan terjadi konflik hukum karena banyaknya sumber hukum acara tersebut. Hal ini banyak memberikan kemungkinan terjadinya kekosongan hukum sehingga beberapa hukum acara harus diatur dalam bentuk PERMA (Peraturan Mahkamah Agung) atau SEMA.<sup>38</sup>

SEMA tersebut hadir dalam bentuk kebijakan *Beleidregel* sebagai konsekwensi dari Negara Hukum. Peraturan kebijakan merupakan produk kebijakan yang bersifat bebas yang ditetapkan oleh pejabat-pejabat administrasi negara dalam rangka penyelenggaraan tugas-tugas pemerintah.<sup>39</sup>

Surat Edara Mahkamah Agung merupakan salah satu bentuk produk dari lembaga yudikatif di mana secara formil bentuknya tidak serupa dengan peraturan perundang-undangan pada umumnya. Umumnya Peraturan Perundang-Undangan memiliki bagian-bagian pembentuk seperti Penamaan, Pembukaan, Batang Tubuh, dan Penutup.<sup>40</sup> Oleh karenanya menurut Jimmy Asshidiqie Surat Edaran diklasifikasikan dalam aturan kebijakan atau *quasi legislation*. Oleh karena itu, jika kita lihat dari segi penamaan dengan mengacuhkan dasar hukum keberlakuan tiap-tiap surat edaran. Maka dapat diasumsikan bahwa Surat Edaran Mahkamah Agung adalah sebuah peraturan kebijakan.

Pada dasarnya peraturan perundang-undangan dapat dikatakan sebagai hukum yang memaksa, karena tanpa dipenuhinya aturan yang terdapat dalam undang-undang akan berakibat sanksi. Seperti pembagian hukum yang dirumuskan Rusman, hukum yang memaksa adalah hukum yang harus dipenuhi dalam berbagai keadaan. Sedangkan van Apeldoorn mengaitkan hukum yang memaksa dan mengatur menghubungkannya dengan hukum pidana dan hukum

---

<sup>38</sup> Djohansjah, 2008, Reformasi Mahkamah Agung Menuju Independensi Kekuasaan Kehakiman, Penerbit Kesaint Blanc, Cet. I, hal. 54-55.

<sup>39</sup> Hotman P. Sibuea, Asas Negara Hukum, Peraturan Kebijakan, (Jakarta: Erlangga, 2010), hal. 101

<sup>40</sup> Maria Farida, *Ilmu Perundang-Undangan* (Yogyakarta: Kanisius, 1998), hal. 157

perdata, sehingga semua jenis hukum perdata bersifat mengatur. Seseorang baru dapat diatur oleh hukum perdata setelah ia memilih jenis hukum perdata tersebut.<sup>41</sup>

Daya paksa dari peraturan perundang-undangan berbeda dengan peraturan kebijaksanaan karena tidak mengikat hukum secara langsung, namun mempunyai relevansi hukum. Peraturan-peraturan kebijaksanaan memberi peluang bagaimana suatu badan tata usaha negara menjalankan kewenangan pemerintahan (*beschiking bevoegdheid*). Hal ini sendiri harus dikaitkan dengan kewenangan pemerintahan atas dasar penggunaan *descretionaire* karena jika tidak demikian, maka tidak ada tempat bagi peraturan kebijaksanaan.<sup>42</sup>

Seperti halnya pada SEMA Nomor 8 tahun 2008 dan SEMA Nomor 8 tahun 2010 memang ditunjukkan kepada Ketua Pengadilan peradilan agama dan peradilan umum baik tingkat pertama maupun tingkat banding. Hal ini sesuai dengan sifat aturan kebijakan yang mengatur kedalam internal. Dalam hal ini obyek normanya adalah Ketua dan Hakim pengadilan lingkungan peradilan agama dan peradilan umum yang diartikan sebagai badan atau pejabat administrasi.

Secara substantif, SEMA Nomor 8 tahun 2010 tidaklah mencabut SEMA Nomor 8 Tahun 2010, tetapi lebih pada penegasan, bahkan SEMA yang terakhir secara tidak langsung ingin menjelaskan bahwa SEMA Nomor 8 Tahun 2010 telah dirubah secara hukum oleh Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Oleh karenanya, secara hukum tidaklah terjadi perbedaan “kualitas” SEMA mengenai siapa yang menandatangani, karena walaupun SEMA yang kedua “menghapus” SEMA yang pertama, tetapi pada dasarnya hanya sekedar penjelasan.

---

<sup>41</sup> Van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum* (Jakarta: Pradnya Paramita, 1986), hal. 194.

<sup>42</sup> Philipus M. Hadjon, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia (Introduction to the Indonesian Administrative Law)*, (Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2002), hal. 152-153.

#### **D. Konsistensi Pelaksanaan Putusan Basyarnas dan Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syari'ah**

Bagir Manan mengindikasikan banyak kalangan yang menganggap hukum, peraturan perundang-undangan dan undang-undang adalah hal yang sama. Menurut Bagir Manan, undang-undang adalah bagian dari peraturan perundang-undangan. Peraturan perundang-undangan terdiri dari undang-undang dan berbagai peraturan perundang-undangan lain, sedangkan hukum bukan hanya undang-undang tetapi termasuk juga beberapa kaidah hukum lain seperti hukum adat, kebiasaan dan yurisprudensi.<sup>43</sup> Uraian tersebut senada dengan apa yang dikemukakan oleh Friedmann bahwa sistem hukum mencakup tiga hal pokok yaitu hukum itu sendiri dalam bentuk peraturan perundang-undangan *legal substance*, hukum sebagai sebuah badan hukum *legal structure* dan hukum sebagai sebuah kebiasaan, norma yang terjadi dalam tingkah laku dan budaya *legal culture*.<sup>44</sup>

Pernyataan Bagir Manan di atas bermakna bahwa kajian hukum lebih luas daripada hanya sekedar kajian peraturan perundang-undangan. Oleh karenanya baik kajian perundang-undangan maupun organ hukum lainnya harus mempunyai tingkat keserasian yang tinggi, agar hukum dapat lebih mudah untuk ditegakkan. Konsistensi merupakan suatu proses penyerasian dan penyelarasan antarperaturan perundang-undangan sebagai suatu bagian integral atau sub sistem dari sistem hukum guna mencapai tujuan hukum.<sup>45</sup> Konsistensi hukum mempunyai fungsi pencegahan dan fungsi penanggulangan terjadinya inkonsistensi hukum. Konsistensi hukum untuk mencegah terjadinya

---

<sup>43</sup> Bagir Manan, *Dasar-dasar Perundang-undangan Indonesia* (Jakarta: Ind Hill co., 1992), hal. 2-3.

<sup>44</sup> Lawrence M. Friedmann, *The Legal System A. Social Science Perspective* (New York: Russel Foundation, 1969), hal 16.

<sup>45</sup> Setio Spto Nugroho, *Harmonisasi Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan* (Dokumentasi Dan Informasi Hukum, Bagian Hukum, Biro Hukum Dan Humas: Jakarta, 2009), hal. 4

inkonsistensi hukum dilakukan melalui penemuan hukum, penalaran hukum, dan pemberian argumentasi hukum yang rasional.<sup>46</sup>

Harmonisasi hukum menurut Hasan Wargakusumah adalah kegiatan ilmiah untuk menuju proses pengharmonisasian tertulis yang mengacu pada nilai-nilai filosofis, sosiologis, ekonomis maupun yuridis. Harmonisasi tidak menafikan pluralisme hukum, tetapi mengarah pada penyesuaian peraturan perundang-undangan, keputusan pemerintah, keputusan hakim, asas-asas hukum, kepastian dan keadilan hukum.<sup>47</sup>

Pemaparan pada bagian awal di Bab ini menunjukkan adanya disharmoni hukum dalam penyelesaian sengketa ekonomi syari'ah. Pertama, dari sudut peraturan perundang-undangan, tidak ada sinkronisasi antara undang-undang peradilan agama dan perbankan syari'ah di satu sisi dengan undang-undang kekuasaan kehakiman di sisi lainnya. Berdasarkan Undang-Undang Nomor 3 tahun 2006 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 yang telah dirubah terakhir dengan Undang-Undang Nomor 50 tahun 2009, dalam Pasal 49 ditegaskan bahwa Pengadilan Agama berwenang untuk menyelesaikan sengketa ekonomi syari'ah seperti telah ditegaskan di atas. Demikian pula dengan Undang-Undang Nomor 21 tahun 2008, Pasal 55 menegaskan (vide putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 92 tahun 2012) bahwa sengketa perbankan syari'ah menjadi kewenangan peradilan agama disamping kewenangan lembaga arbitrase jika telah diperjanjikan sebelumnya. Di sisi lain, ternyata Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 Pasal 59 ayat (3) menegaskan bahwa penyelesaian putusan arbitrase termasuk arbitrase syari'ah menjadi kewenangan Pengadilan Negeri. Di sinilah terjadi inkonsistensi atau tidak terdapat sinkronisasi horizontal peraturan perundang-undangan. Sinkronisasi horizontal terjadi dengan melihat pada berbagai peraturan perundang-undangan yang sederajat dan mengatur

---

<sup>46</sup> Kusnu Goesniadhie S., *Harmonisasi Sistem Hukum* (Nasa Media: Surabaya, 2010), hal. 11

<sup>47</sup> Suhartono, "Harmonisasi Peraturan Perundang-undangan dalam Pelaksanaan Anggaran Belanja Negara" (Jakarta: Disertasi FH UI, 2011), hal 95.

bidang yang sama atau terkait. Sinkronisasi horizontal juga harus dilakukan secara kronologis, sesuai dengan urutan waktu ditetapkannya peraturan yang bersangkutan.<sup>48</sup>

Sinkronisasi dimaksudkan agar substansi yang diatur dalam produk perundang-undangan tidak tumpang tindih, saling melengkapi (suplementer), saling terkait dan semakin rendah jenis pengaturannya maka semakin detail dan operasional materi muatannya. Selain sinkronisasi horizontal, juga harus memenuhi sinkronisasi vertikal, dilakukan dengan melihat apakah suatu peraturan perundang-undangan yang berlaku dalam suatu bidang tertentu tidak saling bertentangan antara satu dengan yang lain. Disamping harus memperhatikan hierarki peraturan perundang-undangan, sinkronisasi vertikal harus juga diperhatikan kronologis tahun dan nomor penetapan peraturan perundang-undangan yang bersangkutan.<sup>49</sup>

Upaya sinkronisasi hukum telah dilakukan dengan adanya pengaturan Berdasarkan Pasal 18 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, Rancangan undang-undang yang diajukan oleh Presiden disiapkan oleh menteri atau pimpinan lembaga pemerintah nondepartemen, sesuai dengan lingkup tugas dan tanggung jawabnya. Lebih lanjut dalam Pasal 18 tersebut dinyatakan pada ayat (2) nya bahwa pengharmonisasian, pembulatan, dan pemantapan konsepsi rancangan undang-undang yang berasal dari Presiden, dikoordinasikan oleh menteri yang tugas dan tanggung jawabnya di bidang peraturan perundang-undangan, yang pada masa Kabinet Indonesia Bersatu saat ini menteri dimaksud adalah Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia.

---

<sup>48</sup> Novianto M. Hantoro, "Sinkronisasi dan Harmonisasi Pengaturan Mengenai Peraturan Daerah, Serta Uji Materi Peraturan Daerah Provinsi Nomor 16 tahun 2009 tentang Rencana Tata Ruang Wilayah Provinsi Bali tahun 2009-2029", 2012:9.

<sup>49</sup> Novianto M. Hantoro, "Sinkronisasi dan Harmonisasi Pengaturan Mengenai Peraturan Daerah, Serta Uji Materi Peraturan Daerah Provinsi Nomor 16 tahun 2009 tentang Rencana Tata Ruang Wilayah Provinsi Bali tahun 2009-2029", 2012:9.

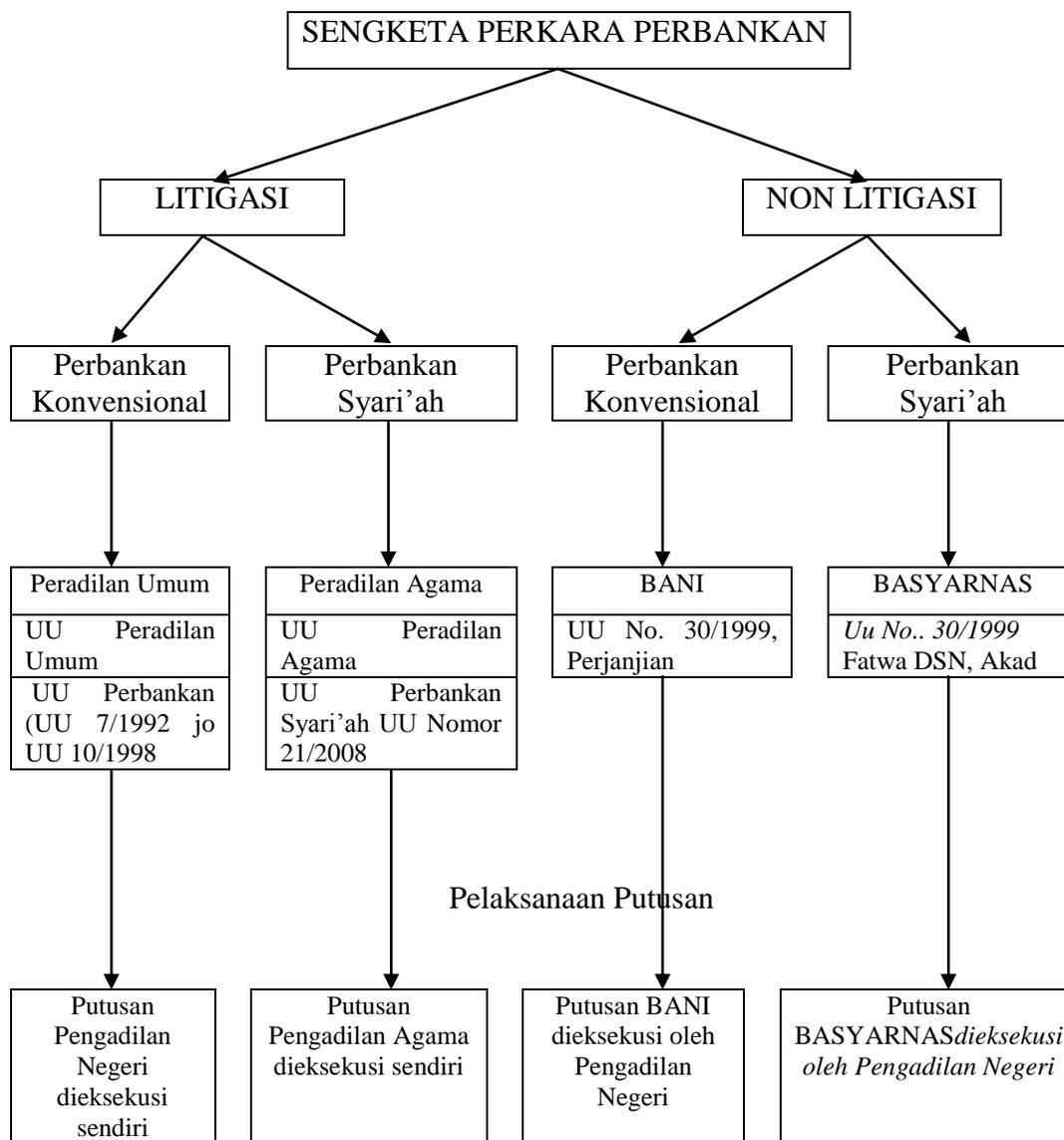
Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tersebut di atas tidak merinci pengharmonisasian dimaksud meliputi apa saja tetapi hanya memberikan pendelegasian kepada Peraturan Presiden untuk pengaturan lebih lanjut mengenai tata cara mempersiapkan rancangan undang-undang. Sebagai tindak lanjut dari perintah Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan tersebut di atas kemudian Presiden menetapkan Peraturan Presiden Nomor 68 Tahun 2005 tentang Tata Cara Mempersiapkan Rancangan Undang-Undang, Rancangan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang, Rancangan Peraturan Pemerintah, dan Rancangan Peraturan Presiden. Pasal 6 ayat (1) Peraturan Presiden tersebut menyatakan bahwa dalam penyusunan Rancangan Undang-Undang, Pemrakarsa membentuk Panitia antardepartemen.

Lebih lanjut dalam Pasal 6 ayat (2) dan Pasal 7 ayat (1) dinyatakan bahwa Keanggotaan Panitia Antardepartemen sebagaimana dimaksud pada ayat (1) terdiri atas unsur departemen dan lembaga pemerintah nondepartemen yang terkait dengan substansi Rancangan Undang-Undang, serta wakil dari Departemen yang tugas dan tanggung jawabnya di bidang peraturan perundang-undangan, lembaga negara atau pejabat yang berwenang melalui prosedur yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan.

Dengan melihat usaha sinkronisasi hukum tersebut, maka seharusnya tidak ditemukan lagi adanya inkonsistensi hukum baik yang terjadi secara vertikal maupun horizontal. Di sisi lain, harmonisasi hukum ini dapat digunakan sebagai cara pandang futuristik dalam menilai sebuah hukum yang pada akhirnya akan memberikan solusi dari kesimpangsiuran hukum yang ada. Dari uraian yang telah dikemukakan di atas, ditemukan adanya harmonisasi penyelesaian sengketa pada litigasi, di mana sengketa perbankan konvensional diselesaikan di peradilan umum, mulai dari penyelesaian tingkat pertama dan seterusnya hingga penyelesaian putusan. Demikian pula dengan penyelesaian sengketa perbankan

syari'ah, diselesaikan pada lingkungan peradilan agama mulai dari tingkat pertama hingga pelaksanaan putusan.

Inkonsistensi hukum terlihat ketika melihat penyelesaian sengketa melalui non litigasi. Dimana penyelesaian sengketa perbankan konvensional diselesaikan oleh BANI atau lembaga arbitrase lainnya, sedangkan perbankan syari'ah diselesaikan melalui BASYARNAS atau yang lainnya bila mungkin ada. Inkonsistensi hukum tersebut terlihat jelas ketika proses penyelesaian putusan arbitrase. Pelaksanaan putusan arbitrase konvensional maupun arbitrase syari'ah ternyata diselesaikan oleh lembaga peradilan agama, padahal jika melihat sinkronisasi penyelesaian sengketa secara litigasi, harusnya penyelesaian putusan arbitrase syari'ah juga diselesaikan oleh lembaga peradilan agama karena dalam penyelesaian putusan pengadilan agama pun, pengadilan agama yang menyelesaikannya. Untuk lebih jelas inkonsistensi hukum tersebut dapat digambarkan sebagai berikut :



Gambar di atas menunjukkan bagaimana adanya harmonisasi penyelesaian sengketa pada litigasi dan adanya inkonsistensi penyelesaian sengketa pada non litigasi. Huruf yang dicetak miring merupakan kevakuman yang perlu memerlukan hukum atau peraturan yang baru. Seperti halnya undang-undang tentang arbitrase syari'ah yang hingga kini belum ada. Jika peraturan tentang arbitrase syari'ah telah ada, kuat dugaannya dapat diduga, penyelesaian putusan

Basyarnas juga akan dilakukan oleh Peradilan Agama seperti halnya menyelesaikan sengketa perbankan syari'ah.