

## BAB 1

### PENDAHULUAN

#### A. LATAR BELAKANG MASALAH

Aspek pokok dalam regulasi perbankan syariah yang berbeda dengan regulasi perbankan konvensional adalah tersedianya otoritas dan mekanisme yang menjamin kepatuhan (*compliance*) pada prinsip syariah<sup>1</sup>. Kepatuhan pada regulasi sebenarnya adalah komponen lazim dalam praktek perbankan<sup>2</sup>. Karena itu, tiap bank selalu memiliki direksi bidang kepatuhan. Tetapi prinsip kepatuhan syariah pada perbankan syariah mengandung muatan lebih mendalam, dikarenakan juga memiliki dimensi keagamaan.

Bila bank syariah menyimpang, risikonya bukan hanya divonis bersalah menurut standar hukum positif, tapi dalam perspektif agama, juga dapat dinilai bermasalah. Dampaknya pada reputasi bank dan kepercayaan masyarakat atas bank akan lebih serius. Karena banyak nasabah yang memilih bank syariah berdasarkan pertimbangan agama, untuk menghindari haramnya riba<sup>3</sup>. Bila bank sudah menyatakan diri sebagai bank syariah, lalu terungkap kegiatan bisnisnya menyimpang dari syariah, maka kepercayaan nasabah bisa hancur<sup>4</sup>. Padahal

---

<sup>1</sup> DPR RI, *Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang tentang Perbankan Syariah*, 2007, h. 153. Pengalaman Pakistan lebih tiga dekade dalam pengelolaan bank Islam menunjukkan bahwa kerangka kerja kepatuhan syariah yang efektif adalah hal esensial bagi kesuksesan industri jasa keuangan syariah. Hal itu penting untuk memelihara kepercayaan deposan dan berbagai pemangku kepentingan lain. Lihat Islamic Bank Department, State Bank of Pakistan, "Strategic Plan for Islamic Banking Industry of Pakistan", hal. 15, (<http://www.sbp.org.pk/departments/pdf/StrategicPlanPDF/Appendix-C%20Shariah%20Compliance.pdf>), diunduh pada 8 Februari 2009

<sup>2</sup> Seputar prinsip kepatuhan bank, merujuk pada Muhammad Jumhana, *Asas-Asas Hukum Perbankan Indonesia*, (Bandung: Citra Aditya Bakri, 2008) h. 200

<sup>3</sup> Adiwarmarman A. Karim, *Bank Islam Analisis Fiqih dan Keuangan*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2007) h. 25

<sup>4</sup> Di Bukit Tinggi, Pengadilan Agama memutuskan produk Bank Bukopin Syariah tidak sesuai prinsip syariah. Lihat Fachrul Rasyid, "Rebah Dirambah Murabahah", Majalah *Gatra*, 20

kepercayaan (*trust*) adalah pilar pokok eksistensi bank.

Otoritas kepatuhan syariah dalam regulasi perbankan syariah di Indonesia pertama kali diformulasikan secara legal-formal baru dalam Undang-Undang (UU) nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, yang disahkan pada 16 Juli 2008. UU tersebut menggariskan bahwa otoritas kepatuhan syariah berada pada Majelis Ulama Indonesia (MUI) yang direpresentasikan melalui Dewan Pengawas Syariah (DPS), yang harus dibentuk pada masing-masing Bank Syariah dan Unit Usaha Syariah (UUS) pada bank konvensional<sup>5</sup>.

Penjabaran otoritas MUI itu diwujudkan dalam dua hal. *Pertama*, otoritas perumusan prinsip syariah. MUI menjadi otoritas satu-satunya yang disebutkan UU, dengan fungsi membuat fatwa tentang prinsip syariah<sup>6</sup>. Karena fatwa MUI bukan bagian sumber hukum dalam tata urutan peraturan perundang-undangan yang mengikat<sup>7</sup>, maka agar berkekuatan operasional, fatwa itu dituangkan dalam wadah legal berupa Peraturan Bank Indonesia (BI). Proses peralihan dari fatwa

---

Februari 2008, h. 82. Di Jakarta, Bank Danamon Syariah dilanda rumor menerapkan praktek derivatif yang bertentangan syariah. Lihat Sigit Wibowo, "Transaksi Derivatif Coreng Industri Perbankan Syariah", *Sinar Harapan*, 3 Februari 2009. Ada beberapa analisis yang meragukan kesesuaian syariah praktik perbankan syariah selama ini. Misalnya pembiayaan murabahah yang menjadi produk dominan bank syariah. Lihat Abdullah Saeed, *Menyoal Bank Syariah: Kritik atas Interpretasi Bunga Bank Kaum Neo-Revivalis*, (Jakarta: Paramadina, 2006). Lihat juga Abdul Azis Setiawan, "Otokritik untuk Perbankan Syariah", *Majalah Hidayatullah*, Februari 2006.

<sup>5</sup> Bagian "Penjelasan Umum". Republik Indonesia, *Undang-Undang tentang Perbankan Syariah*, UU Nomor 21 Tahun 2008, LNRI Tahun 2008 nomor 94 dan TLNRI 4867

<sup>6</sup> Prinsip syariah yang dijadikan rujukan bukan berupa bahan mentah teks keagamaan yang langsung diambil dari kitab suci atau kitab-kitab fikih klasik produk para ulama terkemuka di bidang syariah. Prinsip syariah yang dimaksud UU Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah adalah hasil kajian pengembangan dari sumber-sumber pokok agama tadi, yang dibahas mendalam oleh Majelis Ulama Indonesia (MUI), lalu dituangkan dalam bentuk fatwa MUI. Fatwa inilah wujud pengejawantahan paling siap pakai dari prinsip syariah tadi. Seputar fatwa MUI, lihat Ma'ruf Amin, *Fatwa Dalam Sistem Hukum Islam*, (Jakarta: eLSAS, 2008)

<sup>7</sup> Pola ini sejalan dengan Positivisme Kelsenian. Inti aliran ini adalah menekankan Teori Jenjang (*Stufentheorie*). Bahwa validitas hukum ditentukan oleh norma yang lebih tinggi. Dalam kasus Indonesia, validitas sebuah UU tergantung sejalan atau tidak dengan UUD 1945. Aliran ini memandang hukum adalah apa yang berlaku, bukan apa yang digagas. Lihat M.D.A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, (London: Sweet & Maxwell. Ltd., 1994) h. 309 dan W. Friedmann, *Teori dan Filsafat Hukum, Idealisme Filosofis dan Problema Keadilan*, (Jakarta: Rajawali, 1990), h.149

MUI menjadi Peraturan BI itu dikelola oleh Komite Perbankan Syariah (KPS), sebuah komite di internal BI.<sup>8</sup>

*Kedua*, tahap pengawasan. Mekanisme pengawasan kepatuhan syariah diwujudkan dalam bentuk penyediaan divisi kontrol internal berupa DPS di setiap bank syariah. Peran MUI adalah memberi rekomendasi calon anggota DPS sebelum ditetapkan oleh Rapat Umum Pemegang Saham (RUPS). DPS inilah yang merepresentasikan otoritas kepatuhan syariah dari MUI untuk diterapkan pada tiap bank syariah.<sup>9</sup> DPS menjadi kepanjangan tangan MUI untuk memonitor implementasi fatwa MUI.

Secara umum, model otoritas kepatuhan yang demikian itu merupakan peneguhan praktek yang sudah berjalan sebelum UU 21/2008 lahir. MUI sudah lama memainkan peran penting dalam perjalanan perbankan syariah di Indonesia. Namun kedudukan MUI benar-benar memasuki fase baru yang penting ditelaah, setelah lahirnya UU 21/2008.

Meskipun bukan badan hukum publik, bukan bagian lembaga negara, MUI pasca UU tersebut, diberi otoritas mengeluarkan ketentuan yang memberi kesan mengikat publik, sebagaimana layaknya badan hukum publik. Sebelum berlakunya UU Nomor 21 Tahun 2008, fatwa MUI dalam perumusan regulasi tidak mengikat.

Sebelum berlakunya UU 2/2008, fatwa MUI sudah banyak yang diserap oleh regulator menjadi regulasi, tapi formula penyerapannya tergantung kebijakan

---

<sup>8</sup> Lihat Pasal 26 ayat 1-5 UU Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah. Lihat juga Peraturan BI nomor 32/10/PBI/2008 tentang Komite Perbankan Syariah. LNRI tahun 2008 nomor 179 dan LTNRI 4927.

<sup>9</sup> Lihat Pasal 32 ayat 1-4 UU 21/2008 tentang Perbankan Syariah. Lihat juga Peraturan BI nomor 11/3/PBI/2009 tentang Bank Umum Syariah. LNRI tahun 2009 nomor 29, TLNRI nomor 4978.

regulator. Ada fatwa yang diserap secara utuh, ada pula yang diserap secara parsial, dan ada juga yang diabaikan<sup>10</sup>.

Mekanisme penyerapan fatwa yang demikian itu, sejalan dengan hakekat dasar fatwa sebagai produk hukum Islam yang tidak mengikat. Otoritas regulasi tidak terikat mematuhi fatwa. Semenjak berlakunya UU Nomor 21 Tahun 2008, fatwa MUI dinyatakan menjadi rujukan resmi dalam penyusunan Peraturan BI tentang prinsip syariah. Berikut bunyi pasal 26 dalam UU tersebut yang menempatkan fatwa MUI sebagai rujukan:

- (1) Kegiatan usaha sebagaimana dimaksud dalam Pasal 19, Pasal 20, dan Pasal 21 dan/atau produk dan jasa syariah, wajib tunduk kepada Prinsip Syariah.**
- (2) Prinsip Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) difatwakan oleh Majelis Ulama Indonesia.**
- (3) Fatwa sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dituangkan dalam Peraturan Bank Indonesia.**
- (4) Dalam rangka penyusunan Peraturan Bank Indonesia sebagaimana dimaksud pada ayat (3), Bank Indonesia membentuk komite perbankan syariah.**
- (5) Ketentuan lebih lanjut mengenai tata cara pembentukan, keanggotaan, dan tugas komite perbankan syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (4) diatur dengan Peraturan Bank Indonesia.**

Ada dua aspek teoritik yang penting diperhatikan dalam menyikapi skema otoritas kepatuhan syariah di atas. **Pertama**, menurut teori hukum Islam, fatwa tidak berkekuatan mengikat publik luas. Fatwa hanya mengikat orang yang mengeluarkan fatwa. Peminta fatwa (*mustafti*) pun tidak terikat<sup>11</sup>. Produk pemikiran hukum Islam yang diakui mengikat hanya dua: putusan hakim (*qadla'*)

---

<sup>10</sup> Lihat tesis Sholahudin Al Aiyub, *Analisis faktor-Faktor Keorganisasian yang Berhubungan dengan Kinerja Dewan syariah Nasional- Majelis Ulama Indonesia*, Tesis Master, Pascasarjana UI, Desember 2006. Lihat juga Asrori S. Karni, "Fatwa Moderat Berdaya Ikat", Majalah *GATRA*, Edisi Khusus Lebaran 2007, Nomor 48 Tahun XIII, tanggal 24 Oktober 2007, hal. 76-77

<sup>11</sup> Lihat entry "Fatwa" dalam Abdul Aziz Dahlan (ed), *Ensiklopedi Hukum Islam*, (Jakarta: PT Ichtiar Baru van Hoeve, 1996), Jilid I, hal. 326.

dan undang-undang negara (*qanun*)<sup>12</sup>. Maka itu wajar, bila atas persoalan agama yang sama, di kalangan umat Islam kadang muncul beberapa fatwa berbeda, dengan argumen yang sama-sama sulit dibantah. Maka secara filosofis tampaknya perlu dikaji lebih lanjut, bila ada fatwa yang dijadikan rujukan regulasi negara, sebagaimana ketentuan dalam UU Nomor 21 Tahun 2008 tersebut.

**Kedua**, Indonesia selama ini tidak memiliki otoritas resmi dalam fatwa agama, berbeda dengan negara-negara yang menjadikan Islam sebagai agama negara. Karena tidak ada lembaga fatwa resmi, maka banyak ormas Islam selain MUI yang melahirkan fatwa atau pendapat hukum Islam. Meski MUI diakui kompeten dan secara faktual paling produktif melahirkan fatwa, MUI bukan satu-satunya otoritas keulamaan yang dipandang kredibel mengeluarkan fatwa di Indonesia.

Jauh sebelum MUI terbentuk, tahun 1975, sudah berdiri Organisasi Kemasyarakatan (ormas) Islam yang jauh lebih tua, seperti Muhammadiyah (sejak 1912) dan Nahdlatul Ulama (sejak 1925), untuk menyebut dua saja contoh ormas Islam terbesar, yang jauh lebih lama dan kaya mengeluarkan fatwa keagamaan<sup>13</sup>. Bahkan, akseptabilitas dua Ormas Islam itu lebih kuat di mata umat Islam, ketimbang MUI. Hal itu diakui MUI sendiri yang menyebut dirinya bukan sebagai organisasi yang berbasis massa, tapi wadah musyawarah ulama, zuama, dan cendekiawan. Dalam beberapa kasus, seperti hukum bunga bank, fatwa MUI

---

<sup>12</sup> Busthanul Arifin, "Segi Hukum yang Terlupakan", dalam satria Effendy, *Problematika Hukum Keluarga Islam Kontemporer; Analisis Yurisprudensi dengan Pendekatan Ushuliyah*, (Jakarta:Prenada Media, 2004), h. xviii

<sup>13</sup> Seputar fatwa Muhammadiyah, lihat Fathurahman Djamil, *Metode Ijtihad Majelis Tarjih Muhammadiyah*, (Jakarta: Logos, 1995). Untuk perbandingan NU dan Muhammadiyah, lihat Rifyal Ka'bah, *Hukum Islam Indonesia: Perspektif Muhammadiyah dan NU* (Jakarta: Yarsi, 1999).

berbeda dengan fatwa NU dan Muhammadiyah<sup>14</sup>.

Selain MUI, NU, dan Muhammadiyah, di beberapa perguruan tinggi, khususnya perguruan tinggi agama Islam, bertebaran para profesor bidang syariah yang kompetensi dan kepakarannya untuk mengeluarkan fatwa tidak disangsikan. Memang, secara perorangan, banyak tokoh Ormas Islam dan akademisi perguruan tinggi yang tergabung dalam MUI. Tapi tidak bisa serta merta disimpulkan, bahwa secara kelembagaan MUI sudah mewakili dan menggantikan eksistensi Ormas Islam dan perguruan tinggi. Karena tidak ada standar baku yang bersifat mengikat, yang mengatur mekanisme rekrutmen para tokoh ormas dan akademik ke dalam struktur MUI.

Dari dua pertimbangan di atas, penempatan MUI sebagai pemegang otoritas kepatuhan syariah dalam regulasi perbankan syariah, perlu dikaji. Paling tidak, ada dua catatan yang penting dikemukakan. *Pertama*, belum ada standar ilmiah dan legal yang bisa menjamin bahwa fatwa MUI, baik dari segi proses pembuatan maupun hasil, merupakan fatwa yang paling memenuhi kualifikasi untuk diadopsi menjadi regulasi<sup>15</sup>. Lebih-lebih bila ditemukan fatwa lain dari ulama kredibel di Indonesia atau di manca negara yang berbeda dengan fatwa MUI. Baik ulama perorangan dari pesantren, perguruan tinggi, Ormas Islam selain MUI, atau lembaga-lembaga fatwa di luar negeri.

Pesan filosofisnya adalah, regulator sewajarnya mendapat keleluasaan mengambil bahan baku regulasi dari berbagai fatwa, tidak terbatas pada fatwa

---

<sup>14</sup> Ibrahim Hosen, *Pembaruan Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta, UI Press: 1996). h. 191

<sup>15</sup> Dalam UU 21/2008, fatwa MUI diatur secara terbatas. Hanya di pasal 26 dan penjelasan umum. Peraturan BI nomor 11/3/PBI/2009 tentang Bank Umum Syariah, dan Peraturan BI nomor 11/33/PBI/2009 tentang Pelaksanaan *Good Corporate Governance* Bagi bank Umum Syariah dan Unit Usaha Syariah, sama sekali tidak membuat ketentuan tentang otoritas fatwa yang diberikan kepada MUI.

MUI. Karena secara teoritik fatwa dimungkinkan beragam. Kalau dalam hasil kajian serius pihak otoritas regulator disimpulkan, bahwa fatwa MUI adalah yang paling memenuhi kualifikasi, tidak masalah jika fatwa MUI itu diserap seutuhnya dalam regulasi, sejauh dalam proses penyusunan regulasi itu sudah dibuka keleluasaan mengambil dan memperbandingkan rujukan.

Proses penyusunan regulasi yang demikian lebih sesuai dengan asas keterbukaan dalam UU Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan. Pasal 5 huruf (g) UU Nomor 10 Tahun 2004 menyebut asas "keterbukaan". Dalam penjelasannya, asas itu dinyatakan:

*Dalam proses Pembentukan Peraturan Perundang-undangan mulai dari perencanaan, persiapan, penyusunan, dan pembahasan bersifat transparan dan terbuka. Dengan demikian seluruh lapisan masyarakat mempunyai kesempatan yang seluas-luasnya untuk memberikan masukan dalam proses pembuatan Peraturan Perundang-undangan*

Menghadapi kemungkinan keragaman fatwa, maka otoritas terakhir yang menetapkan materi final regulasi, sewajarnya diserahkan kepada regulator, bukan diselesaikan dengan membatasi satu sumber fatwa saja sebagai referensi. Dan tentu saja kinerja otoritas itu harus diberi standar yang bisa menjamin terwujudnya asas kepatuhan pada prinsip syariah.

Catatan *kedua*, dari sudut proses pembahasan UU Perbankan Syariah, formula otoritas kepatuhan syariah yang demikian itu juga penting ditelaah secara kritis, karena model otoritas tadi dihasilkan dari proses tarik menarik tajam<sup>16</sup>. Sebenarnya, dinamika demikian adalah perjalanan lazim dalam setiap

---

<sup>16</sup> Kritik ini terinspirasi pendekatan aliran *Critical Legal Studies*. Lihat Roberto M. Unger, *Gerakan Studi Hukum Kritis (The Critical Legal Studies Movement)*. Terjemahan Ifdhal Kasim. (Jakarta: ELSAM, 1999). Lihat juga M.D.A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, (London: Sweet & Maxwell. Ltd., 1994). h. 935-1024

pembahasan UU. Persoalannya, apakah hasil dari proses tarik menarik itu sekadar berspirit kompromi atau akomodasi atas kepentingan pihak tertentu atau juga sudah dilengkapi dengan perangkat regulasi yang memadai.

Semula, menurut naskah RUU yang diusulkan DPR, otoritas kepatuhan syariah itu diberikan kepada Dewan Syariah Nasional (DSN). Namun DSN dalam usulan DPR itu bukan lagi organ di bawah MUI. Tapi badan baru yang namanya sama dengan DSN MUI, hanya saja, kali ini diusulkan dikukuhkan sebagai bagian bank sentral (BI) atau bagian Otoritas Jasa Keuangan, setelah lembaga ini berdiri. Artinya, DSN dilepaskan dari MUI<sup>17</sup>.

Diusulkan pula dalam draf itu, mekanisme pengangkatan DSN, dengan ditunjuk dan diangkat oleh BI, dengan terlebih dahulu mendengarkan pendapat MUI, untuk masa jabatan empat tahun. Hal itu makin mengukuhkan hubungan struktural DSN dengan BI. Pertimbangan melakukan formalisasi DSN, karena DPS sebagai perangkat kepatuhan syariah di tingkat operasional sudah disebutkan dalam UU, sementara DSN sebagai payung dalam skema otoritas kepatuhan syariah tadi, belum masuk UU. Maka, posisi dan kewenangan DSN perlu dimasukkan dalam UU.

DSN diskenariokan sebagai satu-satunya badan yang berwenang mengeluarkan fatwa atas produk, jenis kegiatan, dan jasa keuangan syariah. DSN juga mengawasi penerapan fatwa. Dengan demikian, semula, otoritas kepatuhan syariah tidak diserahkan kepada MUI, tetapi kepada sebuah badan pembuat fatwa yang secara kelembagaan menjadi bagian bank sentral atau otoritas jasa keuangan.

---

<sup>17</sup> DPR RI, *Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang tentang Perbankan Syariah*, 2007, h. 154-155

Ketua MUI bidang fatwa, KH Ma'ruf Amien<sup>18</sup>, dalam berbagai kesempatan dan wawancara dengan penulis, mengungkapkan ketidaksetujuannya dengan model usulan DPR itu. Bila DSN dijadikan bagian dari BI, MUI meragukan kemandirian dan validitas opini hukum Islam yang hendak dirumuskan. Bukan tidak mungkin, otoritas fatwa itu hanya akan menjadi lembaga pemberi legitimasi atas rencana kebijakan bank sentral. Pemerintah juga menentang formula usulan DPR itu<sup>19</sup>.

Dalam perkembangan kompromi terakhirnya, akhirnya usulan DPR itu dimodifikasi. Setelah otoritas kepatuhan syariah yang hendak dibawah bank sentral ditolak, otoritas itu kemudian dikembalikan kepada MUI, sebagaimana praktek yang selama ini berjalan<sup>20</sup>. Kompromi polemik tentang otoritas pengawas kepatuhan syariah secara tepat dikonklusikan dalam penjelasan umum UU Perbankan Syariah ini:

***Sebagai undang-undang yang khusus mengatur perbankan syariah, dalam Undang-Undang ini diatur mengenai masalah kepatuhan syariah (syariah compliance) yang kewenangannya berada pada Majelis Ulama Indonesia (MUI) yang direpresentasikan melalui Dewan Pengawas Syariah (DPS) yang harus dibentuk pada masing-masing Bank Syariah dan UUS. Untuk menindaklanjuti implementasi fatwa yang dikeluarkan MUI ke dalam Peraturan Bank Indonesia, di dalam internal Bank Indonesia dibentuk komite perbankan syariah, yang keanggotaannya terdiri atas perwakilan dari Bank Indonesia, Departemen Agama, dan unsur masyarakat yang komposisinya berimbang.***

Keunggulan formula kompromi ini adalah bahwa prinsip independensi otoritas fatwa, sebagaimana didalilkan KH Ma'ruf Amien dan pemerintah, dikedepankan. Hanya saja, formula otoritas baru ini tidak disertai ketentuan lebih

---

<sup>18</sup> Ceramah KH Ma'ruf Amin, Ketua MUI bidang Fatwa, saat Rakernas MUI di Jakarta, Oktober 2008.

<sup>19</sup> Lihat "Tanggapan Pemerintah Terhadap Rancangan Undang-Undang Tentang Perbankan Syariah", ditandatangani Menteri Keuangan Sri Mulyani, tanggal 21 Maret 2007.

<sup>20</sup> Lihat "Pendapat Akhir Pemerintah Terhadap RUU Perbankan Syariah" pada Rapat Paripurna DPR, tanggal 17 Juni 2008. Berkas 6 halaman itu ditandatangani Menteri Keuangan Sri Mulyani, Menteri Hukum dan HAM, Andi Malatta, dan Menteri Agama M. Maftuh Basyuni.

komprehensif tentang standar operasi, kewenangan rinci, mekanisme rekrutmen, dan hal-hal detil lain, yang sebelumnya sudah dipersiapkan komprehensif dalam RUU Perbankan Syariah versi DPR, ketika hendak mengusulkan DSN di bank sentral sebagai pemegang otoritas kepatuhan syariah. Dengan demikian, hasil akhir pembahasan UU Perbankan Syariah, dalam kaitan otoritas kepatuhan syariah, sekadar menetapkan klausul makro, seperti memastikan siapa pemegang otoritas syariah, siapa perangkat pendukungnya di tingkat operasional, dan siapa yang mentransformasikan fatwa ke dalam regulasi.

Sedangkan ketentuan detil tidak diatur dalam UU Perbankan Syariah. Begitu pula tidak ditemukan klausul yang menyatakan bahwa ketentuan rinci seputar otoritas kepatuhan syariah akan diatur dalam peraturan perundangan lain. Bisa dibandingkan dengan ketentuan tentang DPS. Meskipun pasal-pasal tentang DPS dalam UU Nomor 21 Tahun 2008 juga bersifat global, tetapi ada klausul yang mendelegasikan ketentuan rincinya pada Peraturan BI<sup>21</sup>. Dengan demikian, otoritas kepatuhan syariah yang dipercayakan pada MUI tidak disertai panduan legal tentang standar operasi fungsi dan otoritas fatwa MUI.

## B. RUMUSAN MASALAH

Berdasarkan pijakan latar belakang di atas, pokok-pokok persoalan yang hendak diteliti dalam tesis ini adalah sebagai berikut:

1. Apakah model otoritas kepatuhan syariah yang memberi kewenangan dominan dan imperatif pada sebuah lembaga non-negara sekaligus berstatus badan hukum privat, dalam hal ini MUI, secara konseptual bisa

---

<sup>21</sup> Pasal 32 ayat (4) UU 21/2008 menyebutkan, "Ketentuan lebih lanjut mengenai pembentukan Dewan Pengawas Syariah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diatur dengan Peraturan Bank Indonesia".

diterima?

2. Mekanisme penetapan regulasi oleh BI dalam kerangka menjaga kepatuhan syariah, dengan cara menjadikan fatwa MUI sebagai rujukan resmi, sehingga fatwa itu diperlakukan seolah mengikat untuk dipatuhi, apakah secara konseptual tepat?
3. Apa saja risiko teoritik yang dikandung lembaga yang diberi otoritas publik, seperti MUI dalam konteks otoritas kepatuhan syariah, tetapi kinerja kelembagaannya tidak diatur oleh peraturan perundang-undangan dan tidak memiliki mekanisme standar akuntabilitas publik?

### C. TUJUAN PENELITIAN

Penelitian ini dilakukan dengan tujuan sebagai berikut:

1. Menguji ketepatan secara konseptual model otoritas kepatuhan syariah yang memberi kewenangan dominan dan imperatif pada sebuah lembaga non-negara sekaligus berstatus badan hukum privat, dalam hal ini MUI, dengan merujuk kerangka teoritik, bahwa hanya badan hukum publik yang produk peraturannya mengikat publik.
2. Mengungkap ketepatan secara teoritik mekanisme penetapan regulasi oleh BI dalam kerangka menjaga kepatuhan syariah, dengan cara menjadikan fatwa MUI sebagai rujukan resmi, sehingga fatwa itu diperlakukan seolah mengikat untuk dipatuhi. Analisis itu dipertalikan dengan kerangka teoritik bahwa fatwa pada dasarnya tidak mengikat, sistem hukum Indonesia tidak mengenal otoritas fatwa keagamaan resmi, serta masih banyak lembaga atau perorangan yang memiliki kompetensi fatwa di luar MUI, baik di

Indonesia, maupun di manca negara, yang bisa dijadikan rujukan untuk memperkaya dan memaksimalkan kualitas regulasi BI.

3. Mengurai risiko teoritik yang dikandung lembaga yang diberi otoritas publik, seperti MUI dalam konteks otoritas kepatuhan syariah, tetapi kinerja kelembagaannya tidak diatur oleh peraturan perundang-undangan dan tidak memiliki mekanisme standar akuntabilitas publik.

#### D. METODE PENELITIAN

Tipe penelitian ini adalah penelitian hukum normatif<sup>22</sup>. Karena itu, obyek utama penelitian ini adalah peraturan perundang-undangan. Penelitian ini menggunakan tiga pendekatan: pendekatan peraturan perundang-undangan, pendekatan konsep, dan pendekatan perbandingan. Pendekatan peraturan perundang-undangan digunakan untuk menggali formula regulasi tentang otoritas dan mekanisme kepatuhan syariah di Indonesia. Pendekatan konsep digunakan untuk memberikan analisis konseptual atas formula otoritas dan mekanisme kepatuhan syariah dalam regulasi perbankan syariah. Sedangkan pendekatan perbandingan ditempuh untuk mendapatkan data komparatif antar beberapa negara terpilih dalam menerapkan mekanisme kepatuhan syariah di lembaga keuangan syariah.

Bahan hukum primer yang dijadikan kajian penelitian ini antara lain: UU Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, UU Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, Peraturan BI nomor 32/10/PBI/2008 tentang Komite Perbankan Syariah, Peraturan BI nomor

---

<sup>22</sup> Berpijak dari buku Jhonny Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif* (Malang, Bayumedia Publishing, 2007), Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, (Jakarta, Kencana, 2007), dan Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum* (Jakarta, UI-Press, 2007)

11/33/PBI/2009 tentang Pelaksanaan *Good Corporate Governance* Bagi Bank Umum Syariah Dan Unit Usaha Syariah, Peraturan BI nomor 11/3/PBI/2009 tentang Bank Umum Syariah, *Central Bank of Malaysia Act 2009*, *Islamic Banking Act Malaysia 1983*, *The Banking Business ( Organization) Act*, Sudan, 2003, *The State Bank of Pakistan Act 1956* (amandemen 2003), dan *The Usury-Free Banking Act Law*, 1983, Central Bank of Iran.

Sedangkan bahan hukum skunder yang digunakan adalah: RUU tentang Perbankan Syariah, versi DPR, 2007, Naskah Akademik RUU tentang Perbankan Syariah, 2007, Rancangan Penjelasan Undang-Undang tentang Perbankan Syariah, 2007, Daftar Inventarisasi Masalah (DIM) RUU Perbankan Syariah, Pendapat Akhir Pemerintah Terhadap RUU Perbankan Syariah pada Rapat Paripurna DPR, tanggal 17 Juni 2008, Tanggapan Pemerintah Terhadap RUU Perbankan Syariah, yang ditandatangani Menteri Keuangan Sri Mulyani, tanggal 21 Maret 2007, serta Pedoman Dasar dan Pedoman Rumah Tangga Dewan Syariah Nasional MUI.

Penggalian data juga dilengkapi wawancara Ketua DSN MUI, KH Ma'ruf Amin, Wakil Sekretaris DSN MUI, Dr. Hasanuddin, dan Dr. Wahiduddin Adams, Direktur Perencanaan Perundang-Undangan, Depkum HAM, salah satu anggota Tim RUU Pemerintah dari unsur Departemen Hukum dan HAM. Berbagai bahan tersebut dikaji untuk dirumuskan konsep-konsep pokok regulasi yang mengatur otoritas kepatuhan syariah.

## E. TINJAUAN PUSTAKA

Penulis belum menemukan studi komprehensif tentang otoritas dan mekanisme kepatuhan syariah dalam regulasi perbankan syariah di Indonesia. Hal

itu barang kali disebabkan karena penegasan legal formal tentang masalah tersebut baru ada setelah berlakunya UU 21/2008, mulai 16 Juli 2008. Begitu pula belum ditemukan studi mendalam tentang perbandingan otoritas dan mekanisme kepatuhan syariah di berbagai negara. Studi perbandingan antar negara yang ditemukan lebih banyak mengulas aspek umum perkembangan lembaga keuangan syariah.

Namun demikian, ditemukan sejumlah studi yang bisa menjadi pijakan awal untuk mengembangkan kajian tema ini lebih lanjut dan mendalam. Tema seputar mekanisme perumusan prinsip syariah dan pengawasan implementasinya dalam praktek lembaga keuangan syariah, ditemukan dalam tesis Sholahudin Al Aiyub, tahun 2006, di Program Pascasarjana, Kajian Timur Tengah dan Islam, Universitas Indonesia. Tesis yang mengulas posisi dan peran Dewan Syariah Nasional (DSN) MUI itu berjudul, "Analisis Faktor-Faktor Keorganisasian yang Berhubungan dengan Kinerja Dewan syariah Nasional-Majelis Ulama Indonesia."

Salah satu bahasan dalam tesis tersebut yang relevan dengan rencana penelitian ini adalah gambaran tentang model-model penyerapan fatwa DSN dalam regulasi lembaga keuangan syariah. Bukan hanya fatwa bidang perbankan yang diserap Peraturan BI, tapi juga fatwa terkait pasar modal dan asuransi yang diserap regulasi Badan Pengawas Pasar Modal dan Lembaga Keuangan (Bapepam-LK), serta fatwa terkait lembaga pembiayaan yang diadopsi dalam peraturan Departemen Keuangan.

Dikatakan, tingkatan penyerapan fatwa ekonomi syariah oleh berbagai regulator tersebut, berbeda-beda. Ada yang diadopsi substansinya saja. Ada pula yang diakomodir secara tekstual, apa adanya. Misalnya, Peraturan BI No. 7/46

tentang Akad Penghimpunan dan Penyaluran Dana Bagi Bank yang Melaksanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syariah. Di sana tertampung hampir semua fatwa DSN berkaitan perbankan syariah.

Tingginya serapan fatwa dalam peraturan BI, periode sebelum berlaku UU 21/2008, bukan karena perintah UU, tapi karena kebijakan hukum pimpinan BI yang menempatkan fatwa DSN sebagai acuan. Surat Keputusan (SK) Direksi Bank Indonesia Nomor 32/34/1999, pasal 31 menyatakan, “Untuk melaksanakan kegiatan usahanya, bank umum syariah diwajibkan memperhatikan fatwa DSN-MUI.” Lebih lanjut, SK itu berbunyi, “Dalam hal bank akan melakukan kegiatan usaha sebagaimana dimaksud pasal 28 & 29, bila ternyata kegiatan usaha dimaksud belum difatwakan DSN, maka bank wajib minta persetujuan DSN sebelum melaksanakan kegiatan tersebut.”

Namun, banyak pula fatwa DSN yang sama sekali tidak diakomodasi Peraturan BI. Menurut Sholahudin, dari 53 fatwa DSN yang dikeluarkan antara 2000-2006, fatwa yang diakomodasi dalam Peraturan BI sekitar 40 fatwa (75%). Sisanya tidak diserap. Fatwa yang tidak diserap Peraturan BI kebanyakan berisi tema pertalian antara nasabah dan pelaksana perbankan syariah. Antara lain fatwa tentang diskon dalam *murabahah*; sanksi atas nasabah mampu yang menunda-nunda pembayaran; potongan pelunasan dalam *murabahah*; pembiayaan rekening koran syariah; pengalihan hutang; dan penyelesaian piutang *murabahah* bagi nasabah tak mampu bayar.

Sedangkan penyerapan fatwa DSN dalam regulasi pasar modal syariah tergambar lewat Peraturan Bapepam no. IX.A.13 yang menyatakan bahwa semua transaksi pasar modal syariah mengacu pada fatwa DSN-MUI. Menurut tesis

Sholahudin, tidak ditemukan secara spesifik peraturan Bapepam yang memuat fatwa. Tetapi redaksi dan ruh peraturan Bapepam di atas menunjukkan pentingnya posisi fatwa DSN.

Di bidang asuransi syariah, sandaran hukum yang selama ini jadi payung adalah Keputusan Menteri Keuangan RI No. 426/KMK.06/2003 tentang Perizinan Usaha dan Kelembagaan Perusahaan Asuransi dan Perusahaan Reasuransi. Serta keputusan Direktur Jenderal Lembaga Keuangan No. Kep.4499/LK/2000 tentang Jenis, Penilaian dan Pembatasan Investasi Perusahaan Asuransi dan Perusahaan Reasuransi dengan sistem Syariah. Pada peraturan tersebut, fatwa DSN diakomodasi secara substantif.

Dipaparkan pula gambaran mekanisme pengawasan implementasi prinsip syariah. Bahwa tiap lembaga keuangan syariah harus memiliki Dewan Pengawas Syariah (DPS). Nama-nama anggota DPS direkomendasikan DSN-MUI. Karena itu, DPS dipandang sebagai kepanjangan tangan DSN untuk menjamin terimplementasinya fatwa DSN. Meskipun, hubungan DSN dan DPS itu lebih bersifat moral, bukan hubungan yang mengikat secara legal. Sebelum UU 21/2008 mekanisme pengawasan demikian sudah menjadi praktik yang berjalan. Lalu diperkuat oleh UU PT nomor 40 tahun 2007.

Tesis Sholahuddin tersebut belum menggambarkan situasi terbaru setelah berlakunya UU 21/2008. Pendekatan yang dipakai juga berbeda, bukan telaah yuridis-normatif, tapi perspektif manajemen, dengan tujuan mengukur kinerja lembaga DSN-MUI. Tapi materi yang tergali dalam tesis tersebut amat berguna sebagai bahan awal untuk penelitian ini.

Studi lain yang relevan, meski lebih jauh pertaliannya, adalah disertasi

Wahiduddin Adams di UIN Syarif Hidayatullah Jakarta, yang lulus pada 5 Juli 2002, dengan judul, "Fatwa-Fatwa Hukum MUI (Pola Terserapnya Dalam Peraturan Perundang-Undangan 1975-1997)." Disertasi tersebut memetakan dan menyediakan pijakan teoritik tentang pola relasi antara fatwa yang berstatus sebagai *legal opinion* yang tidak mengikat dengan peraturan perundang-undangan yang bersifat mengikat. Posisi MUI yang makin kuat dalam perumusan regulasi perbankan syariah belakangan ini, sebagaimana tertuang dalam UU 21/2008, tak pelak bertolak pada rekam jejak MUI sebagaimana dikemukakan disertasi tersebut.

Tapi disertasi itu tidak banyak menyinggung prinsip syariah yang terkait lembaga keuangan syariah. Fatwa MUI yang dikupas lebih bersifat umum, termasuk fatwa bidang kesehatan yang banyak diadopsi regulasi bidang kesehatan. Lagi pula, periode 1997 dan sebelumnya yang diteliti disertasi itu, DSN sebagai organ di bawah MUI yang khusus memproduksi fatwa ekonomi syariah belum berdiri. DSN baru berdiri tahun 1999.

Bahkan pada periode 1997 dan sebelumnya itu, UU 10/1998 tentang Perbankan yang menjadi tonggak penting dalam regulasi perbankan syariah, belum lahir. UU inilah yang pertama kali menyejajarkan bank syariah dan bank konvensional dengan *dual banking system*. Di UU ini pula, pertama kali secara eksplisit disebut istilah "prinsip syariah", yang pada ketentuan sebelumnya, UU 7/1992 tentang Perbankan, masih "malu-malu" dengan istilah "Prinsip Bagi Hasil".<sup>23</sup> Maka wajar bila disertasi tersebut belum mengulas penyerapan fatwa MUI tentang perbankan syariah.

---

<sup>23</sup> Sutan Remy Sjahdeini, *Perbankan Islam dan Kedudukannya dalam Tata Hukum Perbankan Indonesia*, (Jakarta: Pustaka Utama Grafiti, 2007) h. 121

Disertasi rintisan tentang fatwa MUI dilakukan Mohammad Atho Mudzar di University of California, tahun 1990, berjudul, "*Fatwas of The Council of Indonesian Ulama: A Study of Islamic Legal Thought in Indonesia 1975-1988*". Disertasi ini hampir menjadi rujukan induk tentang studi MUI. Disertasi tersebut bermanfaat memberi gambaran umum tentang sifat fatwa, dari segi metode perumusan, keadaan sosio-politis di sekelilingnya, dan reaksi masyarakat terhadap fatwa itu.

Atho mengulas delapan kelompok fatwa MUI. Mulai tentang ibadah, pernikahan dan keluarga, kebudayaan, makanan, kehadiran Muslim pada perayaan Natal. Masalah kedokteran, keluarga berencana, hingga tentang kelompok sempalan Islam. Tak satu pun bahasan tentang fatwa bidang keuangan Islam. Hal itu bisa dimengerti, karena periode kajiannya hanya sampai tahun 1988. Tapi catatan penting dari disertasi ini adalah bahwa MUI memiliki rekam jejak dan pengalaman panjang dalam mengembangkan pemikiran hukum Islam yang responsif terhadap perkembangan aktual.

Kepustakaan lain yang mengupas perbandingan mekanisme kepatuhan syariah di berbagai negara ditemukan dalam karya Sudin Haron, *Islamic Banking: Rules & Regulations*, terbitan Pelanduk Publication, Selangor, tahun 1997. Selain menjelaskan konsep mekanisme kepatuhan syariah di beberapa negara Timur Tengah, dikemukakan pula ringkasan perbandingan fatwa berbagai dewan pengawas syariah sejumlah bank Islam di Timur Tengah. Tapi paparannya amat singkat.

Tema serupa ditemukan dalam kertas kerja State Bank of Pakistan berjudul

"Strategic Plan for Islamic Banking Industry of Pakistan"<sup>24</sup>, khususnya lampiran Appendix-C berjudul "Shariah Compliance". Dipaparkan perbandingan beberapa negara, seperti Iran, Malaysia, Pakistan, Bahrain, dan juga Indonesia. Tapi situasi Indonesia yang dipaparkan ketika UU 21/2008 belum berlaku.

Sebagai bahan awal, materi kerta kerja itu amat berarti untuk rencana penelitian ini. Tapi ulasannya baru sekilas, dan arahnya lebih untuk menghasilkan kesimpulan bahwa mekanisme di Pakistan adalah yang terbaik. Dari paparan tinjauan pustaka di atas, tema penelitian ini memang belum dikaji memadai.

## F. KERANGKA KONSEPTUAL

### 1. Daya Ikat Fatwa

Dalam sejarah, ada empat model produk penggalan hukum Islam: fikih, fatwa, *qadha'* (putusan pengadilan), dan *qanun* (undang-undang)<sup>25</sup>. Fikih dan fatwa sama-sama hasil ijtihad ulama yang bersifat privat, bukan bagian otoritas negara. Sedangkan *qadha'* dan *qanun* hasil ketetapan elemen kenegaraan. Fikih dan fatwa, meski sama status dan kedudukan pembuatnya, namun berbeda dalam hal inisiatif. Fatwa merupakan jawaban atas pertanyaan atau konsultasi dari peminta fatwa. Sedangkankan fikih adalah hasil ijtihad tanpa harus ada permintaan lebih dahulu. Dari segi implikasi daya ikatnya, fatwa dan fikih tidak mengikat, sedangkan *qadha'* dan *qanun* bersifat mengikat publik<sup>26</sup>.

Fatwa tidak berkekuatan mengikat publik luas. Fatwa hanya mengikat

---

<sup>24</sup><http://www.sbp.org.pk/departments/pdf/StrategicPlanPDF/Appendix-C%20Shariah%20Compliance.pdf>, diunduh 8 Februari 2009.

<sup>25</sup> Hal itu diulas dalam Mohammad Atho Mudzar, *Fatwas of The Council of Indonesian Ulama: A Study of Islamic Legal Thought in Indonesia 1975-1988* (Jakarta, INIS, 1993) hal. 2

<sup>26</sup> Lihat disertasi Frank Edward Vogel, *Islamic Law and Legal System: Studies of Saudi Arabia* (Cambridge: Harvard University, 1993). Pada halaman 211, Vogel menyebut fatwa, " .. *in origin and essence, it is a private, not public, legal function.*"

orang yang mengeluarkan fatwa. Peminta fatwa (*mustafti*) pun tidak terikat<sup>27</sup>. Untuk memperjelas watak dasar perbedan fatwa, bisa dicermati sebagian perbedaan fatwa dan *qadha'* yang diuraikan KH Ma'ruf Amin berikut ini<sup>28</sup>. Pertama, bila *qadha'* mengikat untuk dipatuhi, fatwa hanya bersifat informatif (*tabyin*). Kedua, keputusan *qadha'* harus dilaksanakan terhukum, sedangkan pemohon fatwa tidak wajib menerima atau melaksanakan fatwa. Ketiga, *qadha'* hanya berkenaan dengan pihak yang berperkara, dan berlaku pada wilayah hukum tertentu, sedangkan fatwa bisa dialamatkan pada kalangan lebih luas.

Perihal tidak mengikatnya keputusan hukum elemen "swasta" ini juga tercermin dari kaidah fikih, "sebuah ijtihad tidak bisa dibatalkan oleh ijtihad lain" (*al ijtihadu la yunqadhu bil ijtihad*). Ini cermin dari penghargaan atas kerja keras intelektual dalam Islam. Bila MUI, NU, dan Muhammadiyah mengeluarkan fatwa berbeda tentang hukum bunga bank atau rokok, maka masing-masing independen, dan tidak bisa saling membatalkan. Berhadapan dengan keragaman itu, demi kepastian hukum, maka berlakulah kaidah fikih, "ketetapan pemerintah bersifat mengikat dan menghentikan silang pendapat" (*hukm al-hakim ilzmun wa yarfau al-khilaf*)<sup>29</sup>.

Status fatwa sekadar *legal opinion*<sup>30</sup>. Berbeda dengan putusan hakim (*qadha'*) dan peraturan perundangan (*qanun*) yang dalam ilmu hukum Islam dinilai

---

<sup>27</sup> Lihat entry "Fatwa" dalam Abdul Aziz Dahlan (ed), *Ensiklopedi Hukum Islam*, (Jakarta: PT Ihtiar Baru van Hoeve, 1996), Jilid I, hal. 326.

<sup>28</sup> Lihat Ma'ruf Amin, *Fatwa Dalam Sistem Hukum Islam*, (Jakarta: eLSAS, 2008) hal. 41

<sup>29</sup> Ulasan ini bisa dilihat dalam Jalaluddin Al-Suyuthi, *Al-Asybah wa Al-Nadhair fi al-Furu'*, (Semarang: Usaha Putra), hal. 71-73, dan Muhammad Shidqi bin Ahmad al-Burnu, *Al-Wajiz fi Idhahi al-Qawa'id al-Fiqhi al-Kulliyah* (Riyadh: Muasasah Risalah), h. 255

<sup>30</sup> Husein Mansur, *Al-Madkhal Ila al-Qanun: al-Kitab al-Awwal al-Qaidah al-Qanuniyah* (Beirut: Dar a-Nahdhah al-Arabiyah, 1995), hal. 22

mengikat dan bisa memaksa<sup>31</sup>. Walaupun fatwa tidak bersifat mengikat, namun kontribusi fatwa dalam dinamika pemikiran hukum Islam amat signifikan. Produktivitas fatwa amat tinggi dalam memperkaya pembentukan kaidah hukum Islam untuk merespon tantangan aktual. Karena fatwa menjadi bagian ekspresi tanggung jawab ulama dalam mendampingi dan menjawab persoalan umat, sejak periode sahabat Nabi hingga kini<sup>32</sup>. Di Indonesia sendiri, fatwa telah banyak diserap dalam peraturan perundang-undangan. Baik diserap secara utuh atau sebagian atau substansinya saja.<sup>33</sup>

## 2. Kewenangan Badan Hukum Publik dan Privat

Dalam ilmu hukum, ada dua jenis badan hukum dipandang dari segi kewenangannya. **Pertama**, badan hukum publik (*personne morale*), yang mempunyai kewenangan mengeluarkan kebijakan publik, baik mengikat umum (*algemeen bindend*), maupun tidak mengikat umum (semisal UU APBN). **Kedua**, badan hukum privat (*personne juridique*), yang tidak mempunyai kewenangan mengeluarkan kebijakan publik yang bersifat mengikat masyarakat umum<sup>34</sup>.

Konsep bahwa ketetapan yang mengikat publik itu hanya dimiliki oleh ototitas badan hukum publik, yakni negara, sejalan dengan positivisme Kelsenian yang dirintis Hans Kelsen. Inti aliran ini adalah menekankan Teori Jenjang

---

<sup>31</sup> Yusuf Qardhawi, *Al-Fiqh al-Islami baina al-Ashlah wa al-Tajdid* (Kairo: Maktabah Wahbah, 2003), hal. 49.

<sup>32</sup> Lihat tesis Faisar Ananda Arfa di McGill University yang sudah dibukukan, *Sejarah Pembentukan Hukum Islam*, (Jakarta: Pustaka Firdaus, 1996), hal. 39

<sup>33</sup> Tentang tema ini dulus disertasi Wahiduddin Adams, "Fatwa-Fatwa Hukum MUI (Pola Terserapnya Dalam Peraturan Perundang-Undangan 1975-1997)," di UIN Syarif Hidayatullah Jakarta, 5 Juli 2002, dan Sholahudin Al Aiyub, *Analisis faktor-Faktor Keorganisasian yang Berhubungan dengan Kinerja Dewan syariah Nasional- Majelis Ulama Indonesia*, Tesis Master, Pascasarjana UI, Desember 2006.

<sup>34</sup> Arifin P. Soeria Atmadja, *Keuangan Publik dalam Perspektif Hukum: Teori, Kritik, dan Praktik*, (Jakarta: Jakarta, Rajawali Press, 2009), hal. 93, lihat juga Chaidir Ali, *Badan Hukum*, (Bandung: Alumni, 2005) hal. 29-54

(*Stufentheorie*). Bahwa validitas atau keabsahan hukum ditentukan oleh norma yang lebih tinggi dan dikeluarkan oleh lembaga yang berwenang membentuknya. Aliran ini memandang hukum adalah apa yang berlaku, bukan apa yang digagas<sup>35</sup>. Dalam kasus Indonesia, validitas sebuah UU tergantung sejalan atau tidak dengan UUD. Peraturan Pemerintah baru sah bila ditetapkan oleh Presiden. Peraturan Bank Indonesia (BI) juga baru sah bisa ditetapkan oleh Gubernur BI.

Dengan demikian, norma berlaku karena ia mempunyai "daya laku" (validitas), dan daya laku itu dimiliki karena dua hal: norma itu dibentuk oleh norma lebih tinggi, dan norma itu dibentuk oleh lembaga yang berwenang membentuknya<sup>36</sup>. Lembaga mana yang berwenang membentuk norma hukum yang mengikat publik? Menurut literatur hukum adalah badan hukum publik, bukan badan hukum privat, seperti organisasi kemasyarakatan, yayasan, atau perseroan terbatas.

Dengan demikian, fatwa keagamaan yang dikeluarkan entitas hukum privat, seperti MUI atau Ormas Islam lain, dalam perspektif ini, tidak bisa mengikat publik. Hal itu sejalan dengan hakekat dasar fatwa sebagai produk hukum Islam yang tidak mengikat. Otoritas regulasi tidak terikat mematuhi fatwa agama. Dalam kerangka ini, mekanisme penyerapan fatwa dalam regulasi, polanya terserah pada otoritas regulasi. Bisa diserap seluruhnya, substansinya saja, atau ditolak sama sekali.

---

<sup>35</sup> Lihat M.D.A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, (London: Sweet & Maxwell. Ltd., 1994) h. 309 dan W. Friedmann, *Teori dan Filsafat Hukum, Idealisme Filosofis dan Problema Keadilan*, (Jakarta: Rajawali, 1990), h.149

<sup>36</sup>Maria Farida Indrati, *Ilmu Perundang-Undangan: Jenis, Fungsi, Materi Muatan*, (Jakarta: Kanisius, 2007), Jilid 1, hal. 19

### 3. Norma Hukum Versus Norma Agama

Dalam literatur ilmu hukum, dikenal beragam norma dalam masyarakat. Di Indonesia, keragaman norma yang masih dirasakan, paling tidak, ada empat: norma agama, norma adat, norma moral, dan norma hukum. Dengan demikian, fatwa keagamaan, termasuk fatwa MUI, adalah kelompok norma agama, bukan norma hukum<sup>37</sup>. Ada tiga perbedaan mendasar antara norma hukum dan norma lainnya<sup>38</sup>.

*Pertama*, norma hukum bersifat heteronom, artinya, norma hukum berasal dari daya paksa entitas di luar diri seseorang, dalam hal ini, dipaksa oleh negara. Misalnya, norma kewajiban membayar pajak berasal dari paksaan negara, bukan kesadaran diri seseorang. Sedangkan norma lainnya bersifat otonom, artinya, berasal dari kesadaran diri seseorang, sehingga tidak dapat dipaksakan dari luar. Kewajiban puasa, misalnya, berasal dari kesadaran diri yang berpangkal dari penghayatan norma agama, bukan hasil paksaan negara. Dengan kata lain, implementasi norma agama, dalam ilmu hukum, tidak bisa dipaksakan oleh negara, tapi tergantung kepada kadar kepatuhan keagamaan seseorang. Kecuali bila norma agama itu diadopsi dalam norma hukum negara<sup>39</sup>.

*Kedua*, oleh karena norma hukum berasal dari negara, maka norma hukum dapat disertai sanksi pemaksa secara fisik atau sanksi pidana, sedangkan norma lainnya, termasuk norma agama, dalam sistem hukum negara-bangsa, tidak dapat disertai sanksi pemaksa secara fisik. Bila norma agama hendak diberi sanksi pidana secara fisik, maka harus ditransformasikan lebih dahulu menjadi norma

---

<sup>37</sup> *Ibid*, hal. 39.

<sup>38</sup> *Ibid*, hal. 25.

<sup>39</sup> Lihat Busthanul Arifin, *Pelebagaan Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta; Gema Insani Press, 1996), untuk pembanding, lihat juga Abdullahi Ahmed An-Na'im, *Islam dan Negara Sekuler: Menegosiasikan Masa Depan Syariah*, (Bandung: Mizan, 2007)

hukum, melalui proses legislasi, seperti pemberlakuan beberapa norma syariah dalam beberapa qanun di Nangroe Aceh Darussalam<sup>40</sup>.

*Ketiga*, dalam norma hukum, sanksi pemaksa atau sanksi pidana itu dilaksanakan oleh aparat negara, seperti polisi, jaksa, atau hakim. Sedangkan untuk pelanggaran norma lainnya, sanksi dikenakan oleh diri sendiri. Dalam norma agama, misalnya, dilakukan dengan bertaubat. Tokoh agama tidak bisa secara sepihak, tanpa kewenangan, menerapkan sanksi pidana, seperti dilakukan Panglima Lasykar Jihad, Ja'far Umar Thalib, di Ambon, ketika merajam anggotanya yang berzina, meskipun saksi rajam itu atas permintaan anggota tadi<sup>41</sup>.

Pemilihan norma hukum negara dan norma agama ini menandakan bahwa norma agama dalam sistem hukum negara-bangsa (*nation state*) --bukan sistem hukum negara-agama, tidak otomatis mengikat publik. Tentu hal itu dari sudut pandang hukum negara. Karena dari sudut pandang keyakinan agama, norma agama itu sudah otomatis mengikat "publik penganut agama" itu, tanpa harus dibantu instrumen negara<sup>42</sup>.

Dalam prakteknya, pemilihan norma agama dan norma hukum negara ini relevan tatkala norma agama belum diadopsi menjadi norma hukum. Misalnya, norma tentang zina dalam Islam adalah setiap hubungan seksual tanpa ikatan pernikahan. Tapi norma yang berlaku dalam KUHP berbeda. Zina dalam KUHP hanyalah hubungan seksual antar pasangan yang salah satunya atau keduanya

---

<sup>40</sup>Lihat Asrori S. Karni, "Pasang Surut Perkara Jinayat", Majalah GATRA, edisi 11 November 2009, hal. 61, dan Taufik Adnan Amal dan Samsu Rizal Panggabean, *Politik Syariah Islam: dari Indonesia hingga Nigeria*, (Jakarta: Pustaka Alvabet, 2004)

<sup>41</sup>Lihat Herry Mohammad, "Eksekusi Rajam Untuk Penzina di Ambon", Majalah GATRA, 30 April 2001.

<sup>42</sup> Lihat Asrori S. Karni, "Meraba Model Kodifikasi Hukum Agama", Majalah GATRA, 21 Desember 2007.

terikat perkawinan dengan orang lain. Dengan demikian, hubungan seksual antara Aril "Paterpan" dan Luna Maya, misalnya, bukan delik perzinaan, karena keduanya tidak terikat pernikahan dengan orang lain, tetapi hubungan seksual antara Aril dan Cur Tari, yang sudah punya suami, dapat dikategorikan zina, itu pun sepanjang diadukan oleh suaminya<sup>43</sup>.

Ketika norma agama sudah diadopsi menjadi norma hukum positif, maka pemilahan itu sebetulnya tidak lagi sepenuhnya relevan. Dari sudut ilmu hukum, norma agama yang sudah menjadi hukum positif, memang tidak lagi dianggap sebagai norma agama, tetapi sebagai norma hukum negara. Namun dari perspektif *siyasah syar'iyah* (politik hukum Islam), hal itu pada dasarnya sama saja, masih kategori hukum yang bermuata agama. Artinya, setiap muslim tetap dibebani kewajiban keagamaan untuk mematuhi, sama dengan ketika norma itu belum menjadi hukum positif. Perbedaannya lebih pada daya paksa penegakannya. Sebelum menjadi hukum positif, negara tidak bisa terlibat memaksakan implementasinya, sedangkan setelah menjadi hukum positif, elemen negara menjadi abash terlibat dalam penegakannya<sup>44</sup>.

## G. SISTEMATIKA PEMBAHASAN

Penelitian ini terdiri beberapa bab. Bab *pertama* berisi pendahuluan. Berisi paparan latar belakang masalah, rumusan masalah, tujuan penelitian, metode penelitian, tinjauan pustaka, kerangka konseptual, dan sistematika pembahasan.

Bab *kedua* berisi elaborasi konseptual seputar otoritas dan mekanisme

---

<sup>43</sup> Lihat, "Ariel-Cut Tari Bisa Kena Pasal Perzinaan", diunduh dari <http://entertainment.kompas.com/read/2010/06/14/12273683/>

<sup>44</sup> Lihat Ahmad Sukardja, *Piagam Madinah dan Undang-Undang Dasar 1945: Kajian Perbandingan Tentang Dasar Hidup Bersama Dalam Masyarakat Majemuk* (Jakarta, UI Press, 1995)

kepatuhan syariah dalam regulasi perbankan syariah di Indonesia dan ulasan perbandingan regulasi antar negara tentang otoritas dan mekanisme kepatuhan syariah. Beberapa sub bab yang dibahas adalah prinsip tata kelola kepatuhan syariah, otoritas produksi fatwa prinsip syariah, transformasi fatwa menjadi regulasi berdaya ikat, dan mekanisme pengawasan kepatuhan syariah.

Bab *ketiga* berisi paparan tentang otoritas kepatuhan syariah dalam regulasi perbankan syariah. Beberapa sub bab yang diulas adalah potret sekilas politik hukum bank syariah, proses lahirnya formula otoritas kepatuhan syariah, dewan syariah nasional, dewan pengawas syariah, dan komite perbankan syariah.

Bab *keempat* berisi analisis data dan informasi yang terkumpul, untuk menjawab pertanyaan dalam rumusan masalah. Sub bab yang diulas adalah otoritas publik di tangan badan hukum privat, regulasi berbasis agama dengan referensi resmi, risiko teoritik otoritas publik tanpa standar publik, model alternatif otoritas kepatuhan syariah.

Bab *kelima* berisi penutup, terdiri kesimpulan dan saran.