

BAB I

PENDAHULUAN

A. LATAR BELAKANG

Penerapan prinsip Syariah dalam sistem perbankan di negara Inggris dan Indonesia dalam kontrak pengelolaan keuangannya (*a financial contract*) ini sudah diterapkan.

Pengembalian pemulihan perekonomian yang dilakukan oleh negara Inggris didasari karena alasan krisis ekonomi yang berkepanjangan dan keputusan untuk mengembalikan atau pemulihannya adalah melalui Bank, dengan kata lain negara Inggris berantusias lebih mengembangkan dan memfokuskan dalam menjalankan perekonomian Syariah melalui perbankan berbasis Syariah salah satunya yang sebelumnya sudah ada selama kurun waktu lebih dari 30 tahun. Krisis yang memainkan peran penting yang utama dalam kegagalan bisnis ,penurunan kekayaan para customer diperkirakan dalam triliunan dolar AS, dan penurunan dalam kegiatan ekonomi yang mengarah ke resesi global 2008-2012 dan berkontribusi krisis hutang kedaulatan Eropa. Tahap aktif krisis, yang dinyatakan sebagai krisis likuiditas, tanggal 9 Agustus 2007, ketika BNP Paribas dihentikan penarikan dari tiga hedge fund, Pertanyaan tentang banksolvabilitas, penurunan kredit ketersediaan dan kepercayaan investor rusak, ini memiliki dampak pada global pasar saham, dimana bursa efek menderita kerugian besar selama tahun 2008 dan awal 2009.¹

Langkah progresif yang dilakukan adalah dengan mengeluarkan Produk keuangan Syariah dari sejumlah bank yang menawarkan Giro dan hipotek yang disesuaikan bagi nasabah

¹ Williams, Mark (April 12, 2010). *Uncontrolled Risk*. McGraw-Hill Education. p. 213. ISBN 978- 0071638296 Research into the causes of the financial crisis has also focused on the role of interest rate spreads.

dan nasabah muslim pada khususnya. Inggris adalah tempat pertama ritel bank yang terdapat di daerah barat (western) yang sepenuhnya menggunakan Syariah banking, The Islamic Bank Britania, yang diberi wewenang regulator pada tahun 2004. FSA (Financial Services Authority) juga memiliki wewenang sebagai Islamic Bank investasi Eropa, yang pertama seperti bank investasi.²

Britain is set to become the first non-Muslim country to sell a bond that can be bought by Islamic investors in a bid to encourage massive new investment into the City. David Cameron will say in a speech on Tuesday at the World Islamic Economic Forum in London that the Treasury is drawing up plans to issue a £200m Sukuk, a form of debt that complies with Islamic financial

*The Prime Minister will say that it would be a “mistake” to miss the opportunity to encourage more Islamic investment in the UK and that the City of London should rival Dubai as a centre for sharia-compliant finance. When Islamic finance is growing 50pc faster than traditional banking and when global Islamic investments are set to grow to £1.3 trillion by 2014, we want to make sure a big proportion of that new investment is made here in Britain.*³

Para pelaku pasar atau dalam hal ini negara – negara yang terkena dampak krisis global di tuntut dan diarahkan untuk menyediakan suatu penawaran atau produk investasi yang telah di pelajari sebelumnya oleh beberapa pakar ekonomi dan hukum yang bertujuan untuk menarik investor dengan karakteristik dan latar belakang yang menerapkan hukum islam dalam ekonomi Syariah yang masuk kedalam sistem perbankan Syariah. Mengingat negara – negara berkembang dan oportunis terhadap kepemilikan modal yang berpotensi, yang sebagian menjadi target market dan perhatian Inggris.

² University of north Carolina Wilmington Kumpulan Research, www.csb.uncw.edu/IslamicBankingLaw.IBLS.doc diunduh 13 Desember 2017.

³ David Cameron to unveil £200m Sukuk at the World Islamic Economic Forum in London on Tuesday October, 29 2013-
www.Telegraph.co.uk

Dengan adanya pernyataan David Cameron, memaparkan secara jelas dan optimis bahwa produk Syariah dapat berkembang dengan baik dan membantu perbaikan perekonomian yang ditargetkan dan diharapkan oleh negara Inggris. Adanya kerjasama ini antara investor dan pengelola keuangan dalam hal ini Bank menjadikan produk yang berbasis Syariah haruslah mengikuti hukum Syariah atau islamic law.

Oleh karena itu kontrak atau perjanjian antara investor dan bank sebagai pengelola dibuatkan suatu undang undang, dengan tujuan melindungi kedua pihak dari perselisihan.

Dengan hal tersebut diatas maka perjanjian bisnis dan hukum Internasional akan terjadi, mengingat target market nya adalah negara berkembang sebagai pemilik modal dengan negara Inggris sebagai penyedia produk dan bagaimana kedua hal ini juga dapat diatur dalam suatu perjanjian yang mengikuti aturan hukum islam.

Sedangkan hukum islam yang ada saat ini hanya untuk memfasilitasi umat islam yang berada dan berwarga negara Inggris, adanya Majelis Muslim Arbitrase membuat penggunaan hukum Syariah keluarga untuk menyelesaikan sengketa, bagian hukum Syariah dan menerimanya sebagai undang-undang seperti undang-undang perceraian, warisan dan urusan yang bersifat pribadi lainnya. dan adopsi Syariah yang terbatas, walaupun ini menjadi kontroversial di negara tersebut.

Hukum Keuangan Islam (LIF, Law Islamic Financial) di Inggris didominasi oleh ilustrasi dari kontrak keuangan Islam dan kritik pun banyak disampaikan dimana dari cara cara Syariah telah dielakkan. Akhirnya, kontrak keuangan Islam, yang sering diatur oleh hukum Inggris, menghadapi tantangan di pengadilan Inggris mengenai pilihan dari para pihak, Syariah di gunakan sebagai hukum yang tepat dari kontrak mereka, di sisi lain Arbitrase, menawarkan pihak otonomi untuk memilih Syariah sebagai hukum substantif kontrak mereka dan telah itu ditegakkan di bawah hukum Inggris.

Bagaimana hukum terkait lainnya dalam hal ini; Tindakan Keuangan yang disebut "Money bills" yang menetapkan hukum pajak di Inggris. Tindakan ini adalah sarana utama yang disebut-pengaturan alternative keuangan 35 istilah yang digunakan untuk merujuk kepada transaksi keuangan Islam, telah difasilitasi di Inggris. Banyak transaksi keuangan Islam - di seluruh dunia - diatur oleh hukum Inggris. "Otoritas Jasa Keuangan": semua jasa keuangan diatur oleh peraturan yang universal, otoritas di Inggris dikenal sebagai Otoritas Jasa Keuangan (FSA) Financial Service Authority. The Financial Services and Markets Act 2000 (FSMA 2000) adalah undang-undang utama yang memberikan FSA kewenangan untuk mengatur semua jasa keuangan. otoritas dan supervisory FSA mengacu kepada hukum Inggris karena penerapannya di seluruh Inggris. Di Inggris LIF(Law Islamic Financial) telah difasilitasi dalam hukum Inggris dan diatur menurut United Kingdom financial services law. Namun, tingkatan ini perintah hukum tunduk pada hukum eksternal dan melawan normatif. Misalnya, regulasi keuangan Inggris harus mematuhi Uni Eropa (UE).⁴ Pilihan Inggris keluar dari UE juga akan menjadi perubahan undang undang berikutnya.

Di Indonesia, yang memperlatar belakangi pertumbuhan perbankan Syariah ini adalah secara umum sama dengan Inggris, melihat adanya *opportunity* akan perkembangan perekonomian pada perbankan Syariah disamping keinginan pasar kaum muslim di Indonesia, dimana para nasabah telah merubah cara atau pola pikir kepada kebutuhan financial mereka dengan berlandaskan Syariah, yang secara mayoritas penduduk Indonesia adalah Muslim.

Di Indonesia penerapan perbankan Syariah sudah berjalan pula. Pengembangan sistem perbankan Syariah di Indonesia dilakukan dalam kerangka dual-banking system atau sistem perbankan ganda dalam kerangka Arsitektur Perbankan Indonesia (API), untuk menghadirkan alternatif jasa perbankan yang semakin lengkap kepada masyarakat Indonesia. Secara bersama-sama, sistem perbankan Syariah dan perbankan konvensional secara sinergis mendukung

⁴ Jonathan G. Ercanbrack, Thesis : The Law Of Islamic Finance In The United Kingdom: Legal Pluralism And Financial Competition hal 4,5

mobilisasi dana masyarakat secara lebih luas untuk meningkatkan kemampuan pembiayaan bagi sektor-sektor perekonomian nasional.

Dalam penyusunannya, berbagai aspek telah dipertimbangkan secara komprehensif, antara lain kondisi aktual industri perbankan Syariah nasional beserta perangkat-perangkat terkait, trend perkembangan industri perbankan Syariah di dunia Internasional dan perkembangan sistem keuangan Syariah nasional yang mulai mewujud, serta tak terlepas dari kerangka sistem keuangan yang bersifat lebih makro seperti Arsitektur Perbankan Indonesia (API) dan Arsitektur Sistem Keuangan Indonesia (ASKI) maupun international best practices yang dirumuskan lembaga-lembaga keuangan Syariah Internasional, seperti IFSB (Islamic Financial Services Board), AAOIFI (Accounting and Auditing Organization For Islamic Financial Institution) dan IIFM (International Islamic Financial Market).⁵

Pada akhirnya, sistem perbankan Syariah yang ingin diwujudkan oleh Bank Indonesia adalah perbankan Syariah yang modern, yang bersifat universal, terbuka bagi seluruh masyarakat Indonesia tanpa terkecuali. Sebuah sistem perbankan yang menghadirkan bentuk-bentuk aplikatif dari konsep ekonomi Syariah yang dirumuskan secara bijaksana, dalam konteks kekinian permasalahan yang sedang dihadapi oleh bangsa Indonesia, dan dengan tetap memperhatikan kondisi sosio-kultural dimana bangsa ini menuliskan perjalanannya. Hanya dengan cara demikian, maka upaya pengembangan sistem perbankan Syariah akan senantiasa dilihat dan diterima oleh segenap masyarakat Indonesia sebagai bagian dari solusi atas berbagai permasalahan negeri.

Dengan telah diberlakukannya Undang-Undang No.21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah yang terbit tanggal 16 Juli 2008, maka pengembangan industri perbankan Syariah nasional semakin memiliki landasan hukum yang memadai dan akan mendorong pertumbuhannya secara lebih cepat lagi. Dengan progres perkembangannya yang impresif, yang

⁵Sekretaria Kementerian Keuangan RI, Jakarta 2012, Outlook Perbankan Syariah tahun 2012

mencapai rata-rata pertumbuhan aset lebih dari 65% pertahun dalam lima tahun terakhir, maka diharapkan peran industri perbankan Syariah dalam mendukung perekonomian nasional akan semakin signifikan.⁶

Dilihat dari jumlah penduduk Indonesia yang besar dan pemeluk agama islam terbesar di dunia sehingga ini akan dianggap menjadi suatu pangsa pasar yang besar dimana kebutuhan akan perekonomian Syariah di minati dan akan menjadi suatu kebutuhan sekunder terlebih dahulu sehingga penerapan ini akan mengimbangi sistem perekonomian perbankan konvensional yang sudah ada dengan perbankan Syariah yang akan di buat.

Bersumber dari undang undang yang di tetapkan di Inggris dan penerapan hukum Syariah yang akan atau telah dijalankan, dan undang undang tentang Perbankan Syariah yang di tetapkan di Indonesia maka dengan latar belakang ini saya akan mengkaji sedikit lebih luas mengenai Sistem Syariah atau Hukum islam pada sistem perbankan Syariah pada negara Inggris maupun Indonesia dari dampak yang timbulkan atau dari segi kontrak bisnis para pengelola dan penanam modal dan hukum Internasional yang dipakai serta proses penerapan perbankan Syariah yang benar – benar sesuai dengan hukum islam sesungguhnya atau original.

Dilihat dari sudut pandang diatas maka dapat di Analisa bahwa ekonomi dan hukum tidak dapat dipisahkan, seperti halnya ekonomi, sistem hukum juga adalah mengenai tingkah laku yang rasional. Seperti judul thesis yang melatar belakangi terjadinya *financial contact*, juga karena adanya fungsi hukum kontrak dari sudut pandang ekonomi.

Paling tidak ada Empat fungsi hukum kontrak bila dipandang dari sudut ekonomi dapat dilihat sebagai berikut;

- a. Hukum kontrak yang memuat masalah ganti rugi, bila salah satu pihak melakukan wanprestasi atau melanggar kontrak akan memberikan “*an essential check on opportunism in non simulataneous exchanges*” dengan menjamin pihak yang satu.

⁶ <http://www.bi.go.id/id/perbankan/Shariah/Contents/Default.aspx>, Diakses di Jakarta. 12 Mei 2017

Dalam pelaksanaan kontrak tidak berhadapan dengan resiko daripada kerjasama dari pihak lainnya.

- b. Fungsi ekonomi lainnya dari hukum kontrak adalah, memakai para pihak *given categories of exchange* dengan seperangkat ketentuan kontrak. (dimana mereka bebas untuk menentukannya bila mereka mau) sehingga akan mengurangi *transaction cost*.
- c. Hukum kontrak berfungsi untuk mengurangi ketidak hati-hatian para pihak dengan memberikan tanggung jawab kepada pihak yang mengakibatkan kerugian pada pihak lainnya.
- d. Fungsi hukum kontrak dari sudut pandangan ekonomi adalah memformulasikan seperangkat ketentuan yang merupakan alasan yang menfaatkan dalam pelaksanaan kontrak, sehingga dapat dilaksanakannya *efficient exchange*, tetapi tidak mendorong pelaksanaan *inefficient exchange* yang tidak memenuhi kriteria *effisiensi pareto*.⁷

B. RUMUSAN MASALAH

1. Bagaimanakah penerapan prinsip - prinsip Syariah di masukan kedalam sistem perbankan di negara Inggris dan Indonesia dalam kontrak pengelolaan keuangannya (a *financial contract*)?
2. Apa kendala peraturan yang dihadapi dalam penerapan - penerapan prinsip Syariah dalam sistem perbankan di negara Inggris dan penerapan nya di Indonesia dalam kontrak pengelolaan keuangannya (a *financial contract*).

⁷ Michael J Trebilcock, Law and Economics, the Dalhouse Law Jurnal, Vol 16. No.2 (Fall 1993), hal 368 – 369, dikutip oleh Syahmin Ak, S.H, M.H. Op cit 107 – 108

C. TUJUAN PENELITIAN

Adapun Tujuan dari penelitian ini antara lain;

1. Mengetahui bagaimana prinsip – prinsip Syariah diterapkan di sistem perbankan Syariah di negara Inggris dan Indonesia dalam kontrak pengelolaan keuangannya (*financial contract*)
2. Mengetahui pelaksanaan peraturan dalam penerapan prinsip Syariah yang telah di masukan dalam sistem perbankan di negara Inggris dan penerapannya negara Indonesia dalam kontrak keuangannya (*financial contract*)

D. KEGUNAAN/MANFAAT PENELITIAN

Kontribusi dari penelitian ini beberapa manfaat yang diharapkan akan menjadi bahan sebagai berikut;

1. Sebagai Bahan Referensi pengembangan penelitian lebih lanjut untuk penerapan sistem hukum islam dalam perbankan Syariah yang dijalankan secara teori dengan benar dan maksimal agar dalam prakteknya dapat dijalankan secara menyeluruh, di negara Inggris maupun di Indonesia sehingga para analisis akademisi dan praktisi diharapkan dapat memanfaatkan informasi dari penelitian ini. Sehingga penelitian ini dapat digunakan sebagai tolok ukur sederhana dan bahan evaluasi atas Hukum - hukum islam yang akan dan sudah diterapkan agar kembali diharapkan sesuai syariat nya yang telah ada dan akan dijalankan atau dimasukan kedalam segala aspek perbankan Syariah yang terkait yang telah diatur dalam Al qur'an dan Hadist.
2. Diharapkan hasil Analisa dari kendala pelaksanaan peraturan yang dihadapi dalam penerapan prinsip Syariah khususnya sistem perbankan Syariah dalam financial kontraknya , maka para pihak terkait dapat menilai ini sebagai suatu analisa bahwa

perbankan Syariah ini telah dibuktikan porsi nya di negara Inggris dengan segala kendala yang ada tetapi dapat diatasi, sehingga menjadi hal yang serius untuk di kembangkan serta dibutuhkan untuk keuntungan dan sumber pendapatan untuk pengembangan perekonomian negara melalui jalur perbankan, sehingga dapat dijalankan sesuai dengan fungsi dari sebuah bank yaitu sebagai lembaga keuangan yang mempunyai nilai strategis dalam kehidupan perekonomian suatu negara dan tetap dapat menjalankan peraturan – peraturan yang sudah ditetapkan dalam peraturan – peraturan negara yang sudah ada kedalam hukum Islam yang penerapannya disesuaikan dan di seimbangkan.

E. KERANGKA TEORI dan KONSEPTUAL

1. Kerangka Teori

Kerangka teori yang digunakan untuk Analisa thesis ini yang digunakan adalah;

- a. Teori Perjanjian Atau Kontrak Bisnis Internasional
- b. Teori Perjanjian atau Kontrak di Inggris
- c. Teori Perjanjian atau Kontrak di Indonesia
- d. Teori Perjanjian atau Kontrak menurut Hukum Islam

a. Teori Perjanjian Atau Kontrak Bisnis Internasional

Beberapa hal yang harus di perhatikan dalam perancangan suatu Kontrak bisnis, yakni prinsip - prinsip dasar yang lazim dibuat dalam transaksi bisnis Internasional;

1. Kebebasan berkontrak

Prinsip kebebasan berkontrak yang dianut hukum Indonesia (Pasal 1338 ayat 1 KUH perdata) dan diberlakukan secara luas dalam praktik hukum di Indonesia, prinsip ini dipergunakan sebagai kata kunci dalam mengembangkan berbagai macam perjanjian seperti;

- Perjanjian Patungan (*Joint Venture Agreement*)
- Perjanjian bantuan teknis (*Technical Assistance Agreement*)
- Perjanjian Lisensi (*License Agreement*)
- Perjanjian waralaba (*Franchising Agreement*) dan
- Perjanjian bagi hasil (*Production Sharing Kontrak*).

Dan kemudian dikenal luas setelah berlakunya UU No.1 tahun 1967 tentang penanaman modal asing yang mengundang masuknya Investor asing ke Indonesia.

2. Penawaran dan Penerimaan.

Prinsip ini lebih di kenal dengan sebagai penyesuaian kehendak diantara para pihak. Dalam sistem Anglo Saxon, Lembaga ini mirip dengan prinsip *Offer and Acceptanc*.Dikalangan bisnis Indonesia adalah pembuatan MOU (*memorandum of understanding*)⁸

3. Itikad Baik

Prinsip ini terkandung dalam setiap sistem hukum. Pihak yang melakukan suatu tindakan atau perbuatan dengan dasar itikad baik, walaupun tidak disebutkan dalam perjanjian yang bersangkutan, dapat meyakini bahwa tindakan nya tersebut dilindungi hukum. Meskipun demikian penyusun kontrak yang baik jelas dan rinci dari pada semata – mata mendasarkan diri pada prinsip itikad baik tersebut.

4. Penggunaan Istilah

Penyusun kontrak yang baik akan sangat berhati – hati dalam menggunakan istilah, Istilah yang sudah baku dan jelas pengertiannya dalam hukum tertulis hanya dapat digunakan dalam, kontrak sederhana yang tunduk pada hukum Indonesia, serta menyangkut pihak -pihak Indonesia. Dalam kontrak yang kompleks dan memiliki aspek transnasional, istilah - istilah sebaiknya pengertian

⁸ Syahmin AK, SH, MH, Hukum Kontrak Internasional (Jakarta ; Rajawali Pers, 2006) hal 95-96

atau definisinya didalam kontrak yang bersangkutan atau dibuat referensinya kepada ketentuan - ketentuan tertentu dari hukum tertulis.

5. Peralihan Resiko.

Didalam sistem hukum Indonesia beralihnya resiko atas kerugian yang timbul merupakan suatu prinsip yang berlaku untuk jenis-jenis perjanjian tertentu, seperti ; jual – beli, tukar – menukar, sewa-menyewa, pinjam pakai, pemborongan, dan pemberian kuasa tanpa perlu memperpanjangnya dalam perjanjian bersangkutan, kecuali jika para pihak menginginkan peraturan peralihan resiko yang lain dari yang ditetapkan undang – undang. Di luar perjanjian – perjanjian yang menurut undang -undang telah mengatur sendiri masalah peralihan resiko, pembuat perjanjian perlu melakukan pengaturan sendiri atas resiko yang mungkin timbul.

6. Ganti Rugi (Penalty).⁹

Prinsip ganti rugi dalam perjanjian selalu hadir dalam setiap hukum. Pihak–Pihak yang dirugikan berhak menuntut ganti rugi atas tidak dipenuhi atau dilanggarnya atau diabaikannya suatu ketentuan dalam perjanjian oleh pihak lainnya. Penyusun kontrak harus memeberikan pengertian dan batasan atas ganti rugi tersebut didalam kontrak yang beraspek transnasional, karena prinsip ganti rugi dalam hukum Indonesia mungkin berbeda dengan prinsip ganti rugi dalam hukum sistem lain. Di Indonesia tidak dikenal adanya kerugian seperti *consequential damages principle* atau *punitive damages principle* yang sudah lazim dalam *Anglo Saxon*.

7. Force Majeur (keadaan darurat)

Setiap kontrak, harus memuat klausul keadaan darurat karena besar kemungkinan terdapat keadaan yang tidak dapat di bayangkan atau di perkirakan pada saat kontrak tersebut ditandatangani. Pihak yang mengalami keadaan darurat harus memberitahukan terjadinya keadaan darurat tersebut kepada pihaklainnya sesegera mungkin. Kedua belah pihak harus

⁹ Ibid, hal 97 - 98

mengadakan pertemuan untuk mengatasi akibat dari keadaan darurat tersebut terhadap kontrak. Pihak yang melakukan wanprestasi karena keadaan darurat tidak dapat dikenakan sanksi ganti kerugian. Pengertian Keadaan darurat adalah tidak hanya terbatas pada perang, pemberonntakan, inflasi, bencana alam, kebakaran, banjir, embargo, peledakan, larangan impor ekspor, pemogokan dan kesulitan perburuhan. Tetapi ada juga yang memasukan *inflation beyond the expected rate* dan *certain changes in government policy*. Keadaan yang dipandang modern adalah “*an occurrence beyond the control of the party affected, provided that such party could not reasonably have foreseensuch occurrence at the time of entering into the contract or could reasonably have avoided or overcame its consequences*”

dan melemahnya nilai tukar rupiah terhadap USD dari 2.300 Rupiah menjadi 15.000,- rupiah per satu dollar dalam waktu yang begitu singkat, dapat dikategorikan sebagai keadaan darurat.

8. Perubahan Kontrak

Kontrak – kontrak Internasional ada yang bersifat *rigid* disamping yang bersifat *flexible*. Dalam kontrak yang bersifat flexible selalu dicantumkan *renegotiation* klausul, terutama dalam kontrak – kontrak jangka Panjang. Klausul ini cuma dilihat sebagai jalan bagi salah satu pihak untuk lari dari kewajibanya, tetapi bagaimana kontrak tersebut dapat memberikan jaminan bahwa kedua belah pihak sama – sama mendapatkan keuntungan ketika situasi dan kondisi telah berubah dibandingkan pada saat ditandatangani kontrak yang bersangkutan. Masukan klausul ini dalam kontrak bisnis Internasional dapat mengurangi timbulnya perselisihan karena memberikan kesempatan kepada para pihak untuk menyesuaikan kontrak yang telah dibuat dengan yang baru.¹⁰

9. Alasan Pemutusan

Pemutusan suatu perjanjian timbal balik hanya dilakukan atas persetujuan bersama para pihak didalamnya. Persetujuan dapat diberikan dalam persetujuan yang bersangkutan untuk hal – hal

¹⁰ Ibid hal 99 - 101

tertentu. Penyusun perjanjian yang tunduk kepada hukum Indonesia wajib mengetahui bahwa tanpa adanya perjanjian demikian mengharuskan salah satu pihak yang menginginkan pemutusan perjanjian untuk meminta persetujuan pengadilan terlebih dahulu (lihat pas 1266 KUH Perdata) dalam praktik, penyusun kontrak selalu mencantumkan bahwa para pihak setuju melepaskan ketentuan pasal 1266 KUH perdata tersebut. Efektifitas pelepasan pasal tersebut masih belum diuji sehingga membutuhkan suatu *crecedent* dari yurispudensi.

10. Pilihan Hukum

Untuk perjanjian yang mempunyai aspek Transnasional, masalah pilihan hukum ini menjadi penting. Tidak semua pihak asing merasa *comfortable* bahwa pernjaniannya, walaupun menyangkut Indonesia, diatur dan ditafsirkan menurut hukum Indonesia. Pilihan hukum asing untuk suatu perjanjian yang menyangkut Indonesia adalah sah dan mengikat. Masalahnya bagi penyusun perjanjian adalah apakah pilihan demikian praktis dan efektif.

11. Penyelesaian Sengketa

Sebagian besar transaksi bisnis Internasional memilih Arbitrase luar negeri sebagai tempat penyelesaian sengketa, dengan berbagai alasan.¹¹ Jika penyelesaian sengketa yang timbul dalam perjanjian tersebut dilakukan dihadapan Badan peradilan di Indonesia, masalahnya adalah, apakah badan peradilan yang bersangkutan dianggap mampu. Kalau penyelesaian sengketa tersebut dilakukan dipengadilan di luar negeri, apakah keputusan pengadilan asing dapat dilaksanakan di Indonesia? Sesuai dengan prinsip hukum acara yang berlaku di Indonesia, keputusan hakim asing tidak dapat serta merta (otomatis) dapat dilaksanakan di Indonesia. Pengadilan di Indonesia, hanya dapat menggunakan keputusan tersebut sebagai salah

¹¹ Jan C. Schultsz and Albert Jan van den Berg (eds), the Art of Abridation, (deventer: Kluwer Law and Taxation publishers, 1982) hal 330 – 333 dikutip Syahmin AK, SH, MH, hal 102

satu bahan pertimbangan atau bukti dalam memberikan keputusan sendiri, dalam suatu perkara baru yang diajukan dihadapan pengadilan tersebut.¹²

b. Teori Perjanjian atau Kontrak di Inggris

Syarat - syarat sahnya kontrak menurut hukum Inggris (W.F Frank, 1975):

- a) Para pihak harus memiliki kapasitas hukum untuk membuat kontrak;
- b) Salah satu pihak harus membuat suatu penawaran yang mengikat kepada pihak lain, dan penawaran itu sudah harus diterima;
- c) Kontraknya harus didukung dengan pertimbangan;
- d) Kontraknya harus dibuat dalam bentuk khusus.
- e) Perjanjian para pihak harus legal (tidak boleh ilegal);

Kontrak yang tidak memenuhi persyaratan tersebut diatas, tidak mengikat secara hukum atau "null and void". Adapun penjelasan dari syarat-syarat kontrak menurut hukum Inggris tersebut di atas adalah sebagai berikut:

1.Kapasitas

Ada 3 (tiga) tingkatan ketidak mampuan untuk membuat kontrak menurut hukum Inggris (Philip S James, 1979):

- 1) Orang yang belum dewasa (minor). Peraturan common law menegaskan bahwa kontrak anak-anak tidak mengikat secara hukum. Setiap orang dibawah usia 21 tahun yang membuat kontrak adalah tidak sah secara hukum. Tidak seorangpun seyogyanya diijinkan mensahkan suatu kontrak yang telah dibuat yang bersangkutan sebelum dewasa (the Infants Relief Act 1874).
- 2) Kooperasi (Corporations)
- 3) Orang gila dan mabuk.

¹² Op. Cit hal 102

2. Penawaran dan Penerimaan (Offer dan Acceptance).

Semua perjanjian dapat dianalisa ke dalam suatu penawaran atau Offer dan Penerimaan atau Acceptance, yang dapat dibuat dengan kata-kata atau tingkah laku. Namun tidak semua penawaran dan penerimaan akan diijinkan kedalam Perjanjian Hukum. Ada peraturan hukum yang mengatur keabsahaan Penawaran dan Penerimaan yang harus kita pertimbangkan (Philip S James, 1979).

- 1) Penawaran, suatu penawaran dapat dibuat kepada orang yang khusus atau masyarakat umum untuk menerimanya. Namun penawaran itu harus dikomunikasikan kepada penerima sebagai suatu fakta pertanyaan. Di dalam hal pembatalan, suatu penawaran, tanpa disertai materai dan pertimbangan diasumsikan dibuka waktu yang beralasan kecuali hal itu tidak diekspresikan untuk membuka suatu penawaran dalam jangka waktu yang terbatas.
- 2) Penerimaan, prinsipnya bahwa penerima harus mengetahui penawaran pada waktu ia menandatangani penerimaan untuk perjanjian. Penerima tidak perlu menandatangani dengan lain kata ia dapat juga menandatangani dengan tingkah laku. Meskipun demikian kepentingan harus mengambil tempat.
- 3) Undang-undang barang dan jasa tahun 1971 menyatakan bahwa ketika barang-barang dikirimkan kepada seorang voluntary, mereka dipertimbangkan sebagai suatu hadiah tanpa syarat kepadanya atas kondisi-kondisi yang pasti.

3. Pertimbangan (consideration)

Suatu kontrak yang akan dilaksanakan di bawah materai, kecuali penggugat dapat menunjukkan telah disediakan pertimbangan. Pertimbangan atau *consideration* adalah salah satu elemen pokok, yang membedakan kontrak mengikat dapat melaksanakan janji-janji. Pertimbangan dapat

didefinisikan sebagai pertimbangan yang bernilai dalam hukum dapat berdiri dari hak yang sama. Pertimbangan harus real, ini ditunjukkan dalam contoh dibawah ini:

- 1) Suatu janji untuk mengerjakan sesuatu yang jelas-jelas tidak mungkin adalah dengan jelas kurang bernilai;
- 2) Suatu janji yang tidak jelas tidak akan melanjutkan pertimbangan.

4. Formalitas

Tidak ada formalitas khusus yang diperlukan untuk menciptakan suatu kontrak. Pengecualiannya kontrak-kontrak harus dibuat dibawah materai, dengan Akta adalah (Philip S James, 1979):

Kontrak hanya sah secara hukum ketika dibuat dalam suatu bentuk Form khusus:

- 1) Kontrak yang dibuat atas badan hukum
- 2) Semua property atas tanah atau setiap kepentingan -kepentingan atas tanah (subyek kepada Property Acr 1925, Sub 52 (2)
- 3) Bukti pembayaran/kwitansi
- 4) Perjanjian-perjanjian kredit.

5. Illegal

Mengerjakan sesuatu yang ilegal bukan merupakan suatu tujuan dari kontrak. Contoh kontrak-kontrak yang ilegal pada common law adalah kontrak-kontrak untuk melakukan kriminal. Kontrak yang bertentangan dengan kebijaksanaan publik dan kontrak-kontrak yang bertentangan dengan peraturan moralitas.

Dalam UNIDROIT¹³

- 1) Pasal 2 ayat (1) prinsip-prinsip UNIDROIT yang menyatakan :

¹³ UNIDROIT : formally, the International Institute for the Unification of Private Law; (French: Institut international pour l'unification du droit privé) is an intergovernmental organization on harmonization of private international law; its projects include drafting of international conventions and production of model laws.

A contract may be concluded either by the acceptance of an offer or by the conduct of the parties that is sufficient to show agreement.

Inti dari ketentuan di atas adalah bahwa sebuah kontrak terjadi karena adanya; (1) penawaran dan penerimaan dan (2) karena perilaku yang menunjukkan adanya persetujuan untuk terikat kontrak

2) Pasal 3 ayat (1) prinsip UNIDROIT:

These principles do not deal with invalidity arising from: a) lack of capacity; b) lack of authority, and c) immorality or illegality. Kontrak tidak akan terjadi ketika a) tidak memiliki kemampuan; b) tidak memiliki kewenangan dan c) amoralitas dan ilegalitas.¹⁴

c. Teori Perjanjian atau Kontrak di Indonesia

Syarat –syaratnya Sah Kontrak menurut buku ke III KUHPerdata adalah sebagai berikut :

- 1) Syarat Sah yang Objektif Berdasarkan Pasal 1320 KUH Perdata.
- 2) Syarat Sah yang Subjektif Berdasarkan Pasal 1320 KUH Perdata.
- 3) Syarat Sah yang Urnum di Luar Pasal 1320 KUH Perdata.
- 4) Syarat Sah yang Khusus.

Berikut ini penjelasan dari masing-masing kategori tersebut, yaitu sebagai berikut:

1. Syarat Sah yang Objektif Berdasarkan Pasal 1320 KUH Perdata

Syarat sah yang objektif atas suatu kontrak berdasarkan Pasal 1320 KUH Perdata adalah terdiri dari :

- 1) Perihal tertentu dan
- 2) Kausa yang diperbolehkan.

Dengan syarat perihal tertentu dimaksudkan adalah bahwa suatu kontrak haruslah berkenaan dengan hal yang tertentu, jelas dan dibenarkan oleh hukum. Sedangkan dengan syarat

¹⁴ Rizal Alif www.mralawfirm.blogspot.co.id/2013/01/hukum-kontrak-menurut-hukum-Inggris-dan.html, diakses di Jakarta, May 2017

kausa yang diperbolehkan yang dimaksudkan adalah bahwa suatu kontrak haruslah dibuat dengan maksud atau alasan yang sesuai hukum yang berlaku. Jadi, tidak boleh dibuat kontrak untuk melakukan hal-hal yang bertentangan dengan hukum. Konsekuensi hukum jika salah satu syarat objektif ini tidak dipenuhi adalah bahwa kontrak tersebut tidak sah dan batal demi hukum (*null and void*).

2. Syarat Sah yang Subjektif Berdasarkan Pasal 1320 KUH Perdata

- 1) Kesepakatan
- 2) Kecakapan
- 3) Suatu hal tertentu
- 4) Sebab yang halal

Ke dalam syarat sah suatu kontrak yang subjektif berdasarkan Pasal 1320 KUH Perdata termasuk hal-hal sebagai berikut:

- 1) Adanya kesepakatan kehendak dan
- 2) Wenang berbuat.

Dengan syarat kesepakatan kehendak dimaksudkan adalah bahwa agar suatu kontrak dianggap sah oleh hukum, kedua belah pihak mesti ada kesesuaian pendapat tentang apa yang diatur oleh kontrak tersebut. Oleh hukum umumnya diterima teori bahwa kesepakatan kehendak itu ada jika tidak terjadinya salah satu unsur-unsur sebagai berikut:

- a. Paksaan (*dwang, duress*).
- b. Penipuan (*bedrog, fraud*).
- c. Kesilapan (*dwaling, mistake*).

Sedangkan syarat wenang berbuat maksudnya adalah bahwa pihak yang melakukan kontrak haruslah orang yang oleh hukum memang berwenang membuat kontrak tersebut. Kewenangan berbuat baru dianggap sah oleh hukum manakala kontrak dilakukan oleh orang-orang sebagai berikut:

- a. Orang yang sudah dewasa.
- b. Orang yang tidak ditempatkan di bawah pengampunan.
- c. Wanita yang bersuami (syarat ini sudah tidak berlaku lagi).
- d. Orang yang tidak dilarang oleh undang-undang untuk melakukan perbuatan tertentu. Misalnya, antara suami dan istri tidak boleh melakukan kontrak jual beli. Atau orang yang melakukan kontrak untuk dan atas nama orang lain, tetapi surat kuasanya tidak sah.

Konsekuensi yuridis dari tidak dipenuhinya salah satu dari syarat subjektif ini adalah bahwa kontrak tersebut "dapat dibatalkan" (*voideble, vemietigebaar*) oleh salah satu pihak yang berkepentingan. Apabila tindakan pembatalan tersebut tidak dilakukan, maka kontrak tetap terjadi dan harus dilaksanakan seperti suatu kontrak yang sah.

Ada beberapa syarat untuk kontrak yang berlaku umum tetapi diatur di luar Pasal 1320 KUH Perdata, yaitu sebagai berikut:

- a. Kontrak harus dilakukan dengan itikad baik
- b. Kontrak tidak boleh bertentangan dengan kebiasaan yang berlaku.
- c. Kontrak harus dilakukan berdasarkan asas kepatutan.
- d. Kontrak tidak boleh melanggar kepentingan umum.

Apabila kontrak dilakukan dengan melanggar salah satu dari 4 (empat) prinsip tersebut, maka konsekuensi yuridisnya adalah bahwa kontrak yang demikian tidak sah dan batal demi hukum (*null and void*).

Di samping syarat-syarat tersebut di atas, maka suatu kontrak menurut buku ke-III KUH Perdata, haruslah memenuhi beberapa syarat khusus yang ditujukan untuk kontrak-kontrak khusus. Syarat-syarat khusus tersebut adalah sebagai berikut:

- a. Syarat tertulis untuk kontrak-kontrak tertentu.
- b. Syarat akta notaris untuk kontrak-kontrak tertentu.

- c. Syarat akta pejabat tertentu (selain notaris) untuk kontrak-kontrak tertentu.
- d. Syarat izin dari pejabat yang berwenang untuk kontrak-kontrak tertentu.

Dalam sebuah Kontrak juga meliputi beberapa syarat ;

1. **Subjek Dalam Kontrak;**

- Setiap orang yang cakap bertindak menurut hukum dapat menjadi pihak dalam suatu kontrak bisnis
- Subyek harus memenuhi syarat umum untuk dapat melakukan perbuatan hukum yang sah berdasarkan Ps. 1330 KUHPerdara yaitu sudah dewasa, tidak berada dalam pengampunan karena hilang ingatan atau boros, dan tidak dibatasi atau dilarang oleh hukum untuk melakukan perbuatan hukum, seperti berada dalam keadaan pailit.

2. **Objek dalam kontrak;**

- Para pihak bebas untuk memperjanjikan apa saja berdasarkan kesepakatan mereka, berdasarkan asas kebebasan berkontrak yang diatur dalam Ps. 1338 ayat 1 KUHPerdara, sepanjang tidak bertentangan dengan undang-undang, kepatutan, kebiasaan, dan ketentuan-ketentuan umum dalam KUHPerdara¹⁵

d. Teori Perjanjian atau Kontrak menurut Hukum Islam

Landasan Syariah tentang tentang kontrak selain terkait langsung dengan kewajiban menunaikan akad;

1. QS. Al-Maidah :1

Hai orang-orang yang beriman, penuhilah aqad-aqad itu. Dihalalkan bagimu binatang ternak, kecuali yang akan dibacakan kepadamu. (Yang demikian itu) dengan tidak menghalalkan berburu ketika kamu sedang mengerjakan haji. Sesungguhnya Allah menetapkan hukum-hukum menurut yang dikehendaki-Nya.

2. Al-Baqarah [2]: 282.

¹⁵ Dr. Agus Surono, SH, MH. Bahan Mata Kuliah, kontrak bisnis dan hukum transaksi internasional, Jakarta Sept 2016hal 5

Hai orang-orang yang beriman, apabila kamu bermu'amalah tidak secara tunai untuk waktu yang ditentukan, hendaklah kamu menuliskannya. Dan hendaklah seorang penulis di antara kamu menuliskannya dengan benar. Dan janganlah penulis enggan menuliskannya sebagaimana Allah mengajarkannya, maka hendaklah ia menulis, dan hendaklah orang yang berhutang itu mengimlakkan (apa yang akan ditulis itu), dan hendaklah ia bertakwa kepada Allah Tuhannya, dan janganlah ia mengurangi sedikitpun daripada hutangnya. Jika yang berhutang itu orang yang lemah akalnya atau lemah (keadaannya) atau dia sendiri tidak mampu mengimlakkan, maka hendaklah walinya mengimlakkan dengan jujur. Dan persaksikanlah dengan dua orang saksi dari orang-orang lelaki (di antaramu). Jika tak ada dua orang lelaki, maka (boleh) seorang lelaki dan dua orang perempuan dari saksi-saksi yang kamu ridhai, supaya jika seorang lupa maka yang seorang mengingatkannya. Janganlah saksi-saksi itu enggan (memberi keterangan) apabila mereka dipanggil; dan janganlah kamu jemu menulis hutang itu, baik kecil maupun besar sampai batas waktu membayarnya. Yang demikian itu, lebih adil di sisi Allah dan lebih menguatkan persaksian dan lebih dekat kepada tidak (menimbulkan) keraguanmu. (Tulislah mu'amalahmu itu), kecuali jika mu'amalah itu perdagangan tunai yang kamu jalankan di antara kamu, maka tidak ada dosa bagi kamu, (jika) kamu tidak menulisnya. Dan persaksikanlah apabila kamu berjual beli; dan janganlah penulis dan saksi saling sulit menyulitkan. Jika kamu lakukan (yang demikian), maka sesungguhnya hal itu adalah suatu kefasikan pada dirimu. Dan bertakwalah kepada Allah; Allah mengajarmu; dan Allah Maha Mengetahui segala sesuatu.

- **Rukun Dan Syarat Terbentuknya Kontrak Syariah**

Rukun-rukun akad Menurut jumhur fukaha, rukun akad teridiri dari:

- a. Pernyataan untuk mengikatkan diri (shighatul akad);
- b. Para pihak berakad

c. Objek Akad.¹⁶

Jumhur ulama mengatakan bahwa ijab dan kabul merupakan salah satu unsur penting dalam suatu perjanjian/akad, di samping unsur-unsur lain yang juga termasuk rukun akad. Unsur-unsur tersebut terdiri dari:

1. Shighat al-aqad (pernyataan mengikat diri)

Pada dasarnya shighat akad tidak hanya dengan ucapan, tetapi bisa juga menggunakan shighat berupa perbuatan, isyarat, maupun tulisan.

2. Al-Ma'qud alaib/mahal al-'aqad (objek akad)

- Telah ada pada waktu akad diadakan.
- Dapat menerima hukum akad.
- Dapat ditentukan dan ketahui.
- Dapat diserahkan pada waktu akad terjadi.

3. Al-Muta'qidain/al-'aqidain (pihak-pihak yang berakad)

- Tidak menyalahi hukum Shariah yang disepakati adanya.
- Harus sama rida dan ada pilihan.
- Harus jelas dan gamblang.

4. Maudhu' al'aqd (tujuan akad)

- Tujuan akad tidak merupakan kewajiban yang telah ada atas pihak-pihak yang bersangkutan tanpa akad yang diadakan, tujuannya hendaknya baru ada pada saat akad diadakan.
- Tujuan harus berlangsung adanya hingga berakhirnya akad.
- Tujuan akad harus dibenarkan syarak(sendi hukum islam)¹⁷

5. Syarat akad dalam penyusunan kontrak

Pengertian syarat adalah suatu yang karenanya baru ada hukum, dan dengan

¹⁶ M. Ali Hasan, *Berbagai Macam Transaksi Dalam Islam*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2003), hal. 101.

¹⁷ Abdullah Jayadi, *Beberapa Aspek Tentang Perbankan Syariah*, (Yogyakarta: Mitra Pustaka, 2011), hal. 11.

tiadanya tidak ada hukum. Dalam fikih muamalah telah dirumuskan beberapa persyaratan yang harus dipenuhi ketika akan mengadakan akad perjanjian, yaitu :

a. Terjadinya akad

Bagian yang termasuk dalam kategori persyaratan ini ialah:

1) Ketentuan umum berupa persyaratan yang terdapat dalam rukun-rukun syarat.

Misalnya agar seseorang dapat menjadi aqidain dalam perjanjian, maka harus memenuhi syarat subjek hukum.

2) Berupa persyaratan tambahan yang harus dipenuhi dalam akad tertentu.

Misalnya, keberadaan saksi-saksi dalam akad nikah, serah terima akad kebendaan, dan lain-lain (Mas'adi, 2002: 102).

b. Keabsahan akad

Suatu akad dinilai sah oleh syara' kalau ada kesesuaian dengan rukun dan syarat yang telah ditetapkan oleh hukum syara'(islam)'. Dalam akad ini akibat hukum yang ditimbulkan berlaku sejak mulai berlangsungnya akad.

c. Kepastian akad

Jika akad belum bisa dipastikan berlakunya karena adanya hak khiyar(hak Pilih), maka akad seperti ini disebut belum pasti (ghairu lazim). Suatu akad baru bisa mengikat apabila telah terbebas dari hak khiyar untuk meneruskan atau membatalkan akad.

d. Pelaksanaan akad Untuk menjalankan akad, ada beberapa persyaratan yang harus

dipenuhi, diantaranya telah memenuhi syarat kecakapan untuk bertindak hukum

dan memiliki kewenangan untuk melakukan perbuatan hukum.¹⁸

¹⁸ Burhanuddin S., Hukum Kontrak, Op Cit hal. 37.

II. Kerangka Konsep

Kerangka konsep yang di gunakan untuk Analisa ini adalah Berdasarkan;

1. Konsep Perjanjian/Kontrak

- 1) Kontrak adalah suatu kesepakatan yang diperjanjikan (promissory agreement) di antara 2 (dua) atau lebih pihak yang dapat menimbulkan, memodifikasi, atau menghilangkan hubungan hukum. (Black, Henry Campbell, 1968: 39,4). Selanjutnya, ada juga yang memberikan pengertian kepada kontrak sebagai suatu perjanjian atau serangkaian perjanjian di mana hukum memberikan ganti rugi terhadap wanprestasi dari kontrak tersebut, dan oleh hukum, pelaksanaan dan kontrak tersebut dianggap merupakan suatu tugas yang harus dilaksanakan.¹⁹
- 2) “Suatu hubungan hukum antara dua orang yang memberi hak pada pihak yang satu untuk menuntut sesuatu dari yang lainnya, sedangkan pihak yang lainnya diwajibkan untuk memenuhi tuntutan itu.”

Perikatan menurut **Prof. R. Subekti, SH.**

2. Prinsip Dasar Konsep Syariah

Hukum Islam adalah syariat yang berarti hukum-hukum yang diadakan oleh Allah untuk umat-Nya yang dibawa oleh seorang Nabi, baik hukum yang berhubungan dengan kepercayaan (aqidah) maupun hukum-hukum yang berhubungan dengan amaliyah (perbuatan).²⁰

Shariah merupakan sumber penting undang-undang di negara-negara Muslim di mana beberapa negara menerapkan mayoritas atau beberapa kode Syariah, dan ini termasuk Arab Saudi, Sudan, Iran, Irak, Afghanistan, Pakistan, Brunei, Uni Emirat Arab, Qatar, Yaman dan Mauritania. Menurut Muhammad ‘Ali At-Tahanawi dalam kitabnya

¹⁹ Rizal Alif www.mralawfirm.blogspot.co.id/2013/01/hukum-kontrak-menurut-hukum-Inggris-dan.html, diakses may 2017

²⁰ Abd.Rohim Yuoki surindra, Rangkuman Tanya Hukum <http://www.sarjanaku.com/2011/08/pengertian-hukum-islam-syariat-islam.html>, diakses may 2017

Kisyaaaf Ishthilaahaat al-Funun memberikan pengertian syari'ah mencakup seluruh ajaran Islam, meliputi bidang aqidah, ibadah, akhlaq dan muamallah (kemasyarakatan). Syari'ah disebut juga syara', millah dan diin. Hukum Islam berarti keseluruhan ketentuan-ketentuan perintah Allah yang wajib diturut (ditaati) oleh seorang muslim. Dari definisi tersebut syariat meliputi:

1. Ilmu Aqoid (keimanan)
2. Ilmu Fiqh (pemahaman manusia terhadap ketentuan-ketentuan Allah)
3. Ilmu Akhlaq (kesusilaan).²¹

Prinsip utama keuangan Syariah dan perbankan adalah membagi keuntungan dan larangan-larangan semua bentuk bunga. Hukum Islam secara khusus melarang pemberian uang, dan kolektif dan pembayaran bunga yang disebut Riba.

Umumnya, hukum Islam juga melarang perdagangan di sector pengelolaan keuangan yang beresiko/spekulasi, yang dipandang sebagai bentuk perjudian, dan lain lain yang bersifat haram. Perbankan Syariah memiliki tujuan yang sama sebagai perbankan konvensional kecuali bahwa itu beroperasi sesuai dengan peraturan Syariah, dikenal sebagai Fiqh al-Muamalat (aturan Islam pada transaksi).²²

Dalam Fiqh muamalah, pengertian kontrak perjanjian masuk dalam bab pembahasan tentang akad. Pengertian akad (al'aqd) secara bahasa dapat diartikan sebagai perikatan/perjanjian (Zarqa, 1969: 291). Pertemuan ijab dan qabul yang dibenarkan syara' sebagai pernyataan kehendak dua pihak atau lebih untuk melahirkan akibat hukum pada objeknya disebut akad (Anwar, 2007:58). Jadi, dapat disimpulkan bahwa Hukum Kontrak Syariah adalah hukum yang

²¹ Rahmani Timorita Yulianti. 2008. *Asas-Asas Perjanjian (Akad)dalam Hukum Kontrak Syari'ah* (Riset). Yogyakarta: UIN Sunan Kalijaga. Hal 8

²² Kumpulan Research University of north Carolina Wilmington www.csb.uncw.edu/.../Islamic%20Banking%20Law.IBLS.doc diunduh 13 Desember 2017.

mengatur perjanjian/perikatan yang sengaja dibuat secara tertulis berdasarkan prinsip-prinsip Syariah, sebagai alat bukti bagi para pihak yang berkepentingan.²³

Dalam hukum islam terdapat asas-asas bagi setiap perjanjian. Asas-asas tersebut berpengaruh pada status akad. Jika asas-asas itu tidak dipenuhi, akan berakibat batal atau tidak sahnya akad yang dibuat, adalah sebagai berikut:

1. Asas Ilahiyyah. (tauhid)
2. Asas al-Hurriyah (kebebasan).
3. Asas al-Musawwah (persamaan dan kesetaraan).
4. Asas al- ‘Adalah (keadilan).
5. Asas al-Ridha (kerelaan).
6. Asas sah-Shidq (kejujuran dan kebenaran).
7. Asas al-Kitabah (Tertulis).²⁴

1. **Asas Ilahiyyah**

Setiap tingkah laku dan perbuatan manusia tidak akan luput dari ketentuan Allah SWT. Seperti yang disebutkan dalam QS. Al-Hadid (57):4, bahwa “Dia bersama kamu di mana saja kamu berada. Dan Allah Maha Melihat apa yang kamu kerjakan.

Kegiatan muamalat, termasuk perbuatan perikatan, tidak akan pernah lepas dari nilai-nilai ketauhidan. Dengan demikian, manusia akan memiliki tanggung jawab akan hal ini. Tanggung jawab terhadap masyarakat, tanggung jawab pada pihak kedua, tanggung jawab pada diri sendiri, tanggung jawab pada Allah SWT. Akibatnya, manusia tidak boleh berbuat sekehendak hatinya, karena segala perbuatannya akan mendapat balasan dari Allah SWT.

²³ Airul Syarif <https://kolaseilmu.blogspot.co.id/2016/03/hukum-perjanjiankontrak-Shariah.html>

²⁴ Hj. Rusdiyah, Akad Dalam Fikih Kontemporer, (AT-TARADHI: Jurnal Studi Ekonomi, Vol. 1, No. 1, Juni 2010), hal.85. di kutip oleh by airul syarif <https://kolaseilmu.blogspot.co.id/2016/03/hukum-perjanjiankontrak-syariah.html> diunduh tanggal 13 Maret 2016

2. Asas Kebebasan (Al-Hurriyyah)

Islam memberikan kebebasan kepada para pihak untuk melakukan suatu perikatan. Bentuk dari isi perikatan tersebut ditentukan oleh para pihak. Apabila telah disepakati bentuk dan isinya, maka perikatan itu mengikat semua para pihak yang menyepakatinya dan harus dilaksanakan hak dan kewajibannya, namun, kebebasan ini tidaklah absolute. Sepanjang tidak bertentangan dengan syariah islam, maka perikatan tersebut boleh dilaksanakan. Dalam bidang muamalat ini terdapat kaidah fiqh yang berisikan bahwa “asal sesuatu adalah boleh, sampai ada dalil yang mengharamkannya.” Isi kaidah fiqh tersebut menunjukkan, bahwa segala sesuatu adalah boleh atau *mubah* dilakukan. Kebolehan ini dibatasi sampai ada dasar hukum yang melarangnya. Kaidah ini hanya berlaku pada bidang muamalat, dan tidak berlaku pada bidang ibadah.

3. Asas Persamaan atau Kesetaraan (Al-Musawah)

Suatu perbuatan muamalat merupakan salah satu jalan untuk memenuhi kebutuhan manusia. Sering kali terjadi, bahwa seseorang itu memiliki kelebihan dari yang lainnya. Seperti yang tercantum dalam QS. An-Nahl (16):71 “dan Allah melebihkan sebagian kamu dari sebagian yang lain dalam hal rizki.” Hal ini menunjukkan, bahwa di antara sesama manusia masing-masing memiliki kelebihan dan kekurangan. Untuk antara manusia yang satu dan yang lainnya hendaknya saling melengkapi atas kekurangan yang lain dari kelebihan yang dimilikinya. Oleh karena itu, setiap manusia memiliki kesempatan yang sama untuk melakukan suatu perikatan. Dalam melakukan perikatan ini, para pihak menentukan hak dan kewajiban masing-masing di dasarkan pada asas persamaan dan kesetaraan ini. Tidak boleh ada suatu kezaliman yang dilakukan terhadap perikatan tersebut. Dalam QS. Al-Hujurat (49):13 “Hai manusia, sesungguhnya Kami menciptakan kamu dari seorang laki-laki dan seorang perempuan dan menjadikan kamu berbangsa-bangsa dan bersuku-suku supaya kamu saling kenal-mengenal.”

4. Asas Keadilan (Al- 'Adalah)

Dalam QS. Al-Hadid (57):25 disebutkan, bahwa Allah berfirman “sesungguhnya Kami telah mengutus Rasul-rasul Kami dengan membawa bukti-bukti yang nyata dan telah Kami turunkan bersama mereka Al-Kitab dan Neraca Keadilan supaya manusia dapat melaksanakan keadilan.” Adil adalah merupakan salah Satu sifat Allah SWT yang sering kali disebutkan dalam Al-qur'an. Bersikap adil sering kali Allah SWT tekankan kepada manusia dalam melakukan perbuatan, karena adil menjadikan manusia lebih dekat kepada taqwa. Dalam QS. Al-A'raf (7):29, disebutkan “*Katakanlah: “Tuhanku menyuruh berlaku adil.”* Dan dalam QS. Al-Maidah (5):8, disebutkan berikut ini, “*Hai orang-orang yang beriman, hendaklah kamu jadi orang yang selalu menegakkan (kebenaran) karena Allah, menjadi saksi dengan adil. Dan janganlah sekali-kali kebencianmu terhadap sesuatu kaum, mendorong kamu untuk berlaku tidak adil. Berlaku adillah, karena adil itu lebih dekat kepada taqwa. Dan bertaqwalah kepada Allah sesungguhnya Allah Maha Mengetahui apa yang kamu kerjakan.”*

Istilah keadilan tidaklah dapat disamakan dengan suatu persamaan. Menurut Yusuf Qardhawi, keadilan adalah keseimbangan antara berbagai potensi individu, baik moral ataupun materiil, antara individu dengan masyarakat, dan antara masyarakat satu dengan yang lainnya yang berlandaskan syari'ah Islam. Dalam asas ini, para pihak yang melakukan perikatan dituntut untuk berlaku benar, dalam pengungkapan kehendak dan keadaan, memenuhi perjanjian yang telah mereka buat, dan memenuhi kewajibannya. Dasar hukumnya terdapat di Al-Qur'an Surah Al-Baqarah (2):177 berikut ini. *...dan orang-orang yang menepati janjinya apabila ia berjanji, dan orang-orang yang sabar dalam kesempitan, penderitaan dan peperangan. Mereka itulah orang-orang yang benar (imannya); dan mereka itulah orang-orang yang bertaqwa.*” Dan juga dalam QS. Al-Mu'minuun (23):8-11 berikut ini. “*Dan orang-orang yang memelihara amanat-amanat*

(yang dipikulnya) dan janjinya, dan orang-orang yang memelihara sembahyangnya. Mereka itulah yang akan mewarisi, yakni yang akan mewarisi surge Firdaus. Mereka kekal di dalamnya.”

Dalam QS. An-Nahl (16):90, Allah SWT berfirman, “Sesungguhnya Allah menyuruh (kamu) berlaku adil dan berbuat kebajikan, memberi kepada kaum kerabat, dan Allah melarang dari perbuatan keji, kemungkaran dan permusuhan.” Sikap adil harus tercermin dalam perbuatan muamalat. Oleh karena itu, Islam mengatur hal-hal yang bertentangan dengan sikap adil yang tidak boleh dilakukan oleh manusia. Hal ini uga disebut dengan *kezaliman*.

Beberapa hal yang termasuk dalam kezaliman, antara lain adalah perbuatan riba, timbangan yang tidak adil, penanggungan pembayaran hutang bagi yang mampu, dan masih banyak lagi perbuatan zalim lainnya. Riba adalah perbuatan yang dilarang oleh Allah SWT seperti yang tercantum dalam QS. Al-Baqarah (2):275, bahwa Allah telah menghalalkan jual beli dan mengharamkan riba.” Yusuf Qardhawi, berpendapat sebagai berikut: *“Riba adalah memakan harta orang lain tanpa jerih payah dan kemungkinan mendapatkan risiko, mendapatkan harta bukan sebagai imbalan kerja atau jasa, menjilat orang-orang kaya dengan menjilat orang miskin, dan mengabaikan aspek perikemanusiaan demi penghasilan materi.”*

Mereka yang menakar atau menimbang dengan tidak adil mendapat ancaman dari Allah SWT seperti yang tercantum dalam QS. Al-Muthaffifin (83):1-6 berikut ini.

“Kecelakaan besar-besarlah orang-orang yang curang, (yaitu) orang-orang yang apabila menerima takaran dari orang lain minta dipenuhi, dan apabila mereka menakar atau menimbang untuk oran lain, mereka mengurangi. Tidaklah oarng-orang itu menyangka, bahwa sesungguhnya mereka akan dibangkitkan, pada suatu hari yang besar, (yaitu) hari (ketika) manusia menghadap Tuhan semesta alam?

Penangguhan pembayaran utang bagi mereka yang mampu ialah suatu perbuatan yang zalim pula, karena ia telah mengingkari janji (pelunasan) dan menahan hak orang lain yang menjadi kewajiban bagi dirinya. Dalam dua hadits nabi Muhammad SAW berikut ini terlihat bahwa Allah tidak menyukai atas perbuatan ini.

a. HR. jamaah dari Abu Hurairah

Penanggulan pemabayaran utang oleh oarng yang mampu adalah kezaliman.

b. HR. nasa'i Abu Dawud, Ibnu Majah, dan Ahmad

Mengundur-undur pembayaran utang bagi orang yang mampu adalah menghalalkan harga dirinya (untuk dihinakan) dan hukuman kepadanya.

5. Asas Kerelaan (Al-Rhida)

Dalam QS. An-Nisa (4):29 dinyatakan bahwa segala transaksi yang dilakukan harus atas dasar suka sama suka atau kerelaan antara masing-masing pihak, tidak boleh ada tekanan, paksaan, penipuan, dan miss-statement. Jika hal ini tidak terpenuhi, maka transaksi tersebut dilakukan dengan cara yang bathil (al-akl bil bathl). QS. An-nisa (4):29:

“Hai orang-orang yang beriman, janganlah kamu memakan harta sesamamu dengan cara yang bathil, kecuali dengan jalan perniagaan yang berlaku atas dasar suka sama suka di antara kamu.”

Ayat di atas menunjukkan bahwa dalam melakukan suatu perdagangan hendaklah atas dasar suka sama suka atau sukarela. Tidakkah dibenarkan bahwa suatu perbuatan muamalat, perdagangan misalnya, dilakukan dengan pemaksaan ataupun penipuan. Jika hal ini terjadi, dapat membatalkan akad. Unsur sukarela ini menunjukkan keikhlasan dan Itikad baik dari para pihak.

6. Asas Kejujuran dan Kebenaran (Ash-Shidq)

Kejujuran merupakan hal yang harus dilakukan oleh manusia dalam segala bidang kehidupan, termasuk dalam pelaksanaan muamalat. Jika kejujuran ini tidak diterapkan dalam perikatan, maka akan merusak legalitas perikatan itu sendiri. Selain itu, jika terdapat ketidakjujuran dalam perikatan, akan menimbulkan perselisihan di antara para pihak. Dalam QS. Al-Ahzab (33):70, disebutkan bahwa, ” *Hai orang-orang yang beriman, bertaqwalah kamu kepada Allah, dan katakanlah perkataan yang benar.*”

Perbuatan muamalat dapat dikatakan benar apabila memiliki manfaat bagi para pihak yang melakukan perikatan dan juga masyarakat dan lingkungannya. Sedangkan perbuatan muamalat yang mendatangkan *mudharat* adalah dilarang.

7. Asas Tertulis (Al-kitabah)

Dalam QS. Al-Baqarah (2):282-283, disebutkan bahwa Allah SWT menganjurkan kepada manusia hendaknya suatu perikatan dilakukan secara tertulis, dihadiri oleh saksi-saksi, dan diberikan tanggung jawab individu yang melakukan perikatan, dan yang menjadi saksi. Selain itu dianjurkan bahwa apabila suatu perikatan dilaksanakan tidak tunai, dapat dipegang suatu benda sebagai jaminannya. Adanya tulisan, saksi, dan/atau jaminan hal ini menjadi alat bukti atas terjadinya perikatan tersebut.²⁵

3. Sumber - Sumber Hukum Islam

Mashadir²⁶. secara umum terbagi atas 2(dua) bagian;

1. Sumber – sumber yang disepakati; oleh para ulama terkemuka meliputi; Al Qur’an, Al Sunnah, Ijma dan Qiyas, dan
2. Sumber – sumber yang masih diperselisihkan

²⁵ Fathurrahman djamil

²⁶ Mashadir adalah bentuk plural dari Masdhar yang berarti Dalil – dalil yang dipakai sebagai sandaran dan tegak di atasnya Hukum Islam. Lihat Abdul Karim Al Zaidan, Hal 182

- **Sumber – sumber yang disepakati**

- 1. **Al-Qur'an**

Merupakan asas utama bagi bangunan syari'at (syariat) Islam. Didalamnya terdapat penjelasan bagi pokok – pokok syariat, berupa penjabaran akidah secara terperinci, hukum – hukum ibadah dan hak – hak secara global²⁷

Al Qur'an adalah kalamullah yang diwahyukan kepada nabi Muhammad SAW, lafaznya mengandung mukjizat, membacanya sebagai ibadah, dan diriwayatkan secara *mutawatir*²⁸. Dan tertulis dalam mushaf bagian naskah al Qur'an yang bertulis tangan) yang di mulai dari surat Al fatihah sebagai pembuka surat dan di akhiri oleh surat an-Naas²⁹.

Kaum muslimin sepakat bahwa Al Qur'an merupakan salah satu sumber hukum syari'at yang wajib diikuti, bahkan ia merupakan rujukan utama yang tidak memperbolehkan beralih pada sumber lain melainkan setelah tidak ditemukan hukum suatu masalah didalamnya.³⁰

Al Qur'an mengandung pokok – pokok dan kaidah – kaidah syariat berupa hukum halal dan haram yang kebanyakan tampak dalam wujud *mujmal* (global) yang memberi isyarat pada *maqashid al-syari'at*³¹ dan memberi keluasan bagi para *mujtahid* (*ahli ijtihad*) umat melakukan *istimbath* hukum,³² berupa hukum – hukum *tafsil* (parsial) sesuai dengan tempat dan zaman.

²⁷ Mustafa Ahmad Al – Zarqa, hal 73, dikutip oleh Prof.Dr. Muhammad Ashri, SH, MH dan Rapung Samuddin, LC, MA, hal 86

²⁸ Mutawatir adalah Nas hadist yang diketahui oleh beberapa bilangan orang yang sampai menyampaikan perkhbarannya (Al-Hadist) dan telah pasti dan yakin bahwa mereka yang sampai menyampaikan tersebut tidak bermuafakat berdusta tentangnya. Karaena mustahil terdapat sekumpulan periwayat dengan jumlah yang besar melakukan dusta-Kamus Dewan Edisi Keempat. Dewan Bahasa dan Pustaka. ISBN9836283390

²⁹ Lihat Muhammad Amin farsukh, Al Madkhal Ila Ulum al Qur-an Wa Ulum al Islamiyah (Cet.1, Beirut: Daar Al-fikr Al Arabi 1990M,) hal 11

³⁰ Muhammad Mustafa Syalabi, al Madkhal fii al Ta'rif bi al Fiqh al Islami, (Beirut: Daar al Nahdhah al arabiyah thn 140 H/1981 M) hal 79

³¹ *maqashid al-syari'at*: menurut definisi para ulama, bermakna tujuan, maksud dan nilai yang karenanya syariat islam itu diturunkan dan ditetapkan dalam aturan – aturan hukum, serta upaya untuk merealisasikan pada setiap waktu dan tempat. Lihat Muhammad Thahir bin Asyur, Al-Maqashid al-syar' iyyah al-islamiyyah (Cet.1 Beirut: Al Muassasah al Wathaniyyah Lil Kutub, thn 1409H/1989M) hal 13

³² *Istimbath* berarti proses penjabaran makna dan hukum yang ditunjukkan oleh nas – nas melalui kecerdikan pikiran, kekuatan menangkap isyarat, serta kemampuan ilmu memadai. Lihat: Ali bin Muhammad bin Ali al Jurnani, al Ta'rifaat, (Mesir: Mathba'ah Daar Al Rayyan Li At Turats) hal 38

Al Qur'an bukan murni kitab undang – undang konstitusional, tapi lebih secara spesifik di digambarkan oleh Allah Ta'Ala sebagai petunjuk dan bimbingan.³³ Dari 6.666 ayat yang di kandunginya yang meliputi aspek – aspek kehidupan spiritual maupun temporal, para ahli fikih memperkirakan ada sekitar 350 sampai 500 ayat yang mengandung unsur – unsur hukum. Sementara menurut Coulson, tidak lebih dari 80 ayat yang berbicara tentang topik – topik hukum dalam pengertian yang ketat.³⁴

Fiqh (/fik/; Bahasa Arab: فقه [Fiqh]) adalah syariat Islam. Sementara Shariah diyakini oleh Muslim untuk mewakili hukum ilahi seperti yang dinyatakan dalam Quran dan Sunnah (ajaran-ajaran dan praktek dari Nabi Muhammad SAW), Fiqh adalah Shariah pemahaman manusia — Shariah diperluas dan dikembangkan oleh interpretasi (ijtihad) atas Qur'an dan Sunnah oleh ahli hukum Islam (ulama) dan dilaksanakan oleh hukum (Fatwa) dari ahli hukum pada pertanyaan-pertanyaan yang disajikan kepada mereka.³⁵

Hukum – hukum Fiqh merupakan hukum Illahi, tempat Allah SWT menyampaikan pada para hambaNya, serta menetapkannya pada sebagai Hukum Syarak. Sementara dalil – dalil yang sifatnya mendasar dari Al Qur'an, merupakan jalan untuk mengetahui hukum – hukum tersebut, hingga dinyatakan bahwa Al Qur'an merupakan sumber utama untuk mengetahui hukum – hukum itu.³⁶

Fiqh berkaitan dengan pemeliharaan ritual, moral dan sosial legislasi dalam Islam³⁷ Pakar Ekonomi Syariah Harus Memahami Ilmu Ushul Fiqh.³⁸

2. Al-Sunnah

Merupakan sumber kedua dari *mashadir* hukum islam. Bahkan dalam sebagian kasus, Al sunnah

³³ Keterangan ini terdapat dalam Al Qur'an surat al – Baqarah ayat 2

³⁴ Mashood A Baderin (terjemahan), Hukum Internasional Hak Asasi Manusiadan Hukum Islam (Jakarta: Komnas HAM, 2007) hal33- 34

³⁵ Vogel, Frank E. (2000). Islamic Law and the Legal System of Saudi: Studies of Saudi Arabia. Brill. pp. 4–5. ISBN 9004110623.

³⁶ Zakariya Al Barri, mashadir al ahkam al islamiyah (Cet.1 Mesir: Daar al - Ittihad, Al- Arabi tahun 1395 H/1975 M) hal 22

³⁷ Glasse, Cyril, The New Encyclopedia of Islam, Altamira, 2001, p.141, https://en.wikipedia.org/wiki/Fiqh#cite_note-3

³⁸ Drs. Agustianto, M. Ag. <http://www.dakwatuna.com/2014/11/12/59891/pakar-ekonomi-Shariah-harus-memahami-ilmu-ushul-fiqh/#axzz4TL0U6diE>

dapat menjadi sumber utama,³⁹ karena Rasulullah SAW diberikan Al-Quran dan Al-Sunnah secara bersamaan, yang termaktub dalam firman Allah dalam Al-Qur'an:

“dan ingatlah apa yang dibacakan dirumahmu dari ayat – ayat Allah dan hikmah (sunnah). Sesungguhnya Allah adalah Maha Lembut lagi Maha mengetahui” (QS. Al Ahzaab: 34). Al- Syafi’i (w.204 H) Yahya bin Katsir (w.234 H)⁴⁰ dan selain keduanya menyatakan bahwa makna kalimat ‘al-hikmah’ adalah al-sunnah sebab apa yang dibacakan di rumah Rasulullah SAW itu adalah Al-Qur’an maka ketika Rasulullah membacanya disebut Al-sunnah.

Al-sunnah secara Bahasa bermakna al-sirah (jalan atau kebiasaan).

Pengertian sunnah yang lebih universal dan mencakup segala dibutuhkan yang diutarakan oleh kalangan *Muhadditsin*.

Bahwa Al-sunnah dibagi menjadi tiga;

1. Sunnah Qauliyah; Perkataan/Sabda Rasulullah SAW.
2. Sunnah Fi’liyah; Perbuatan – perbuatan Rasulullah SAW yang diriwayatkan oleh sahabat – sahabat beliau seperti; berwudhu, cara salat, dan manasik haji serta lain sebagainya.
3. Sunnah Taqririyah; Segala yang Rasulullah SAW setuju dari perbuatan – perbuatan yang dilakukan oleh sebagian sahabatnya.

2.1. Pembagian Al-Sunnah(hadist) dibagi menjadi tiga:

1. Hadist Mutawatir; hadist yang diriwayatkan oleh sejumlah (perawi) yang banyak, yang dengan jumlah tersebut biasanya mustahil mereka sepakat untuk berbohong, mulai dari awal sanad hingga akhirnya serta (jumlah yang banyak itu) ada pada setiap tingkatan sanad.⁴¹ Hadist *Mutawatir* terbagi dua yakni secara *lafadz* dan makna.

³⁹ Misalnya penetapan Al-Sunnah akan hukum – hukum yang terdapat dalam alquran tidak dijelaskan secara detail

⁴⁰ Beliau adalah Abu Muhammad Yahya bin Yahya Bin Katsir bin wislas al-laitsi. Belajar dari sebagian besar murid – murid Imam maliki, mendapat gelar sebagai “orang berakal dari Andalusia “Lihat: Ibnu Khalkan Vol. VI. Hal 143

⁴¹ Muhammad Ajjaj Al Khatib, Op. Cit hal 301 dikutip oleh Prof.Dr. Muhammad Ashri, SH, MH dan Rapung Samuddin, LC, MA, hal 92

2. Hadist Masyur; Menurut kalangan ahli ushul Fiqh, hadist masyur adalah hadist yang diriwayatkan oleh sahabat dalam jumlah yang banyak, namun tidak mencapai jumlah *mutawatir*, kemudian diriwayatkan oleh generasi setelah sahabat dalam jumlah yang banyak pula dan seterusnya – seterusnya.
3. Hadist Ahad; yakni Hadist yang diriwayatkan oleh satu perawi atau dua atau lebih dari itu, namun tidak sampai pada syarat (jumlah) *mutawatir*, dan tidak pula masyur.⁴²

2.2. Dasar Pemberlakuan Al-sunnah.

Al-Sunnah menempati posisi kedua dalam *istimbath* hukum -hukum syar'i setelah Al-Qur'an.

Dalil – dalil yang menyatakan hal ini antara lain;

1. Ayat – ayat Al-Qur'an yang memerintahkan untuk taat kepada Rasulullah SAW dan melarang menyelisihinya beliau. Allah Ta'ala berfirman “*Katakanlah: Taatlah Kepada Allah dan Taatlah kepada Rasul (Qs. An-Nuur :54) dan*
 - a. “*maka hendaklah orang – orang yang menyalahi perintah Rasul takut akan di timpakan azab yang pedih*” (QS. An-nuur: 63)
 - b. “*Apa yang diberikan Rasul kepadamu maka terimalah dia dan apa yang dilarangan bagimu maka tinggalkanlah*” (QS. Al- Hasyr :7)
 - c. Bahwasanya Al Qur'an datang dengan hukum-hukum dan perintah – perintah yang sifatnya mujmal (global) dan tidak mungkin diketahui rincian, penjabaran, dan tafsiran dari hukum – hukum tersebut melainkan melalui penjelasan rasullah S.A.W. Demikian bahwa ada Al-Qur'an menampakan kaidah – kaidah yang bersifat *Kulliyah*.⁴³

⁴² Op. Cit, hal 302

⁴³ Kaidah – kaidah kulliyah: Hukum atas setiap pribadi – pribadi atau jenis. lihat : Sulaiman bin Abdullah bin Hamud aba al khail hal 19,

- d. *“Wahai orang-orang yang beriman tepatilah perjanjian – perjanjian” Q.S al Maidah:1*
2. Tahap merinci penjelasan perjanjian tersebut, sekiranya Al-sunnah bukan merupakan hujjah dan dalil, mustahil kan terlaksana perintah tersebut karena terhalang dari pengetahuan mengenai maksud perintah Allah Ta’ala itu. Sehingga Al-Sunnah bagi Al-Qur’an meliputi;
- a) **Memerinci ayat – ayat yang sifatnya Mujmal (global)**, seperti sunnah – sunnah amaliyah dalam tatacara sholat, manasik haji dan lain sebagainya.
 - b) **Mengkhususkan yang umum**, seperti dalam hadist “Kami (para nabi) tidak meninggalkan warisan dan apa – apa yang kami tinggalkan itu semua menjadi sedekah”⁴⁴. Merupakan pengkhususan bagi firman Allah SWT: *“Allah Mensyariatkan bagimu tentang (pembagian pusaka untuk) anak – anak mu yaitu bahagian anak laki – laki sama dengan dua orang anak perempuan” QS. An-Nisaa:11*. Disini Nabi SAW menjadikan para nabi tidak termasuk dalam ayat ini.
 - c) **Men-taqyid(membatasi) ayat – ayat yang mutlak**, salah satu contohnya tertuang dalam hadist Sa’ad bin Abi Waqqash RA(w.55H)⁴⁵ mengenai perkara wasiat dalam hal ini nabi SAW bersabda kepadanya; *“sepertiga saja dan sepertiga itu sudah banyak”* membatasi kemutlakan wasiat yang terdapat dalam firman Allah SWT *“(Pembagian tersebut diatas) sesudah dipenuhi wasiat yang ia buat atau dan sesudah dibayar hutang ...” Qs. An-Nisaa:11*.
3. Bahwasannya Al-Qur’an telah menetapkan, Rasulullah SAW adalah *mutakallim*, penyambung berita dari Allah SWT yang tersurat dalam firman NYA: *“Dan tidaklah yang di ucapkan nya*

⁴⁴ HR. Bukhari, Shaih Al-bukhari, Bab: fardhul Khumus Vol.IV No.3039 hal 79, Muslim, Shahih Muslim Bab : hukmu al – fai Vol III No. 1575hal 1378, Abu Daud, Sunan Abi daud,Bab Fi Shafaya Rasulillah Minal Amwaal, Vol III No. 2965 hal 100, Al Tarmidzi, Sunan Al-Tarmidzi, Bab : Tarikha Rasulillah Sahallahu Alaihi Wassalam Vol IV no. 1610 hal 158

⁴⁵ Beliau adalah Sa’ad bin Abi Waqqash RAMalik bin uhaib bin abdi al-manaf al qurasyi al zuhri, Abu ishaq, sang penakluk Irak serta negri – negri Persia.Orang pertama yang melempar lembing dijalan Allah, serta salah satu dari sepuluh orang yang dijamin masuk surge wafat padatahun 55H. Lihat al-Zirikli Vol III hal 87

itu (Al-Qur'an) menurut kemauan hawa nafsunya. Ucapannya itu hanyalah wahyu yang diwahyukan kepadanya "QS. An Najm: 3

3. Al-Ijmak

Adapun makna ijmak secara Terminologi berarti: kesepakatan para ulama pada suatu kurun waktu dari umat Muhammad SAW, atas satu perkara dari perkara – perkara agama.⁴⁶

Ulama mujtahid itu berasal dari Ummat nabi Muhammad SAW. Sebab mereka telah mendapat jaminan terjaga dari kesalahan takala bersepakat. Ini berbeda dengan umat selain mereka karena kesepakatan mereka tidak disebut ijmak.

"Dan demikian (pula)diantara manusia, binatang – binatang melata dan binatang binatang ternak ada yang bermacam macam warnanya (dan jenisnya). Sesungguhnya yang takut kepada Allah diantara hamba – hambaNya, hanyalah Ulama, Sesungguhnya Allah maha perkasa lagi maha pengampun" Qs. Faatir: 28

Ijmak terjadi setelah wafatnya Rasulullah SAW, dan tidak ada makna kesepakatan para mujtahid pada masa hayat beliau. Sebab pada masa itu wahyu merupakan sumber penentu hukum Syarak. Dan langsung dari Alqur'an dan Sunnah Rosul, sehingga tidak ada kebutuhan kesepakatan terhadap hukum Syar'i pada masa hayat nabi SAW.

Hukum yang disepakati berupa hukum syar'i misalnya hukum wajib, haram, dan sebagainya, jika kesepakatan tersebut terjadi pada hukum *aqli* atau *lughawy* (Bahasa), maka ia tidak dinamakan sebagai Ijmak.⁴⁷

3.1. Ijmak Terbagi menjadi dua macam;

1. Ijmak Sharih atau Ijmak Qauli, yang bermakna kesepakatan pendapat para ulama mujtahid pada suatu masa atas hukum syar'i pada masalah tertentu melalui pemaparan masing – masing dari mereka dalam mengemukakan pendapat secara sharahah (jelas).

⁴⁶ Lihat: Ibnu Qudamah Al Maqdisi, al Raudh al- Nadzir hal 130, Al Syauckani, Irsyad al Fuhul hal 63. Lihat: Hafidz Tsanaullah al Zahidi, Taisir al ushul (Cet.I Pakistan: Majlis Al -Tahqiq al Atsari Jamiah-al-Ulum al-Atsaryah thn 1410 H), hal 243 – 246

⁴⁷ Mahmud Muhammad, Al-thanthawi, Ushul Al – Fiqh al-islami (Cet.III, Maktabah al Wahbah, 1422H/2001M), hal 203 -204

2. Ijmak Sukuti, yang berarti kesepakatan yang terjadi melalui proses pemaparan pendapat sebagian dari ulama mujtahid pada suatu masalah tertentu, sementara sebagian mujtahid yang lain mengetahuinya, namun mereka hanya mendinginkan dan tidak ada pengingkaran.⁴⁸ Atau sebuah pendapat atau perbuatan yang berasal dari sebagian Mujtahid dalam suatu persoalan yang telah dikenal secara umum dan tidak ada satu orang pun dari kalangan mujtahid yang menyelisihinya.⁴⁹

Ijmak tidak dianggap sah melainkan jika ada sandarannya, karena ijmak bukan merupakan dalil yang mustaqil (independen).

Sandaran tersebut berupa;

- a. dalil qath'I yakni Al-Qur'an dan hadist mutawatir
- b. dalil dzanni yakni hadist Ahad dan Qiyas.

Apabila sandarannya hadist Ahad saja maka hadist ahad bertambah kekuatan dan nilainya, sementara qiyas masih perselisihan dikalangan fukaha.⁵⁰

3.2. Dasar Pemberlakuan Ijmak

Jumhur ulama ber-*istidlal* akan kehujahan ijmak pada beberapa hal dibawah ini;

1. Firman Allah SWT; Surat An-Nisaa Ayat 115 *“Dan barang siapa yang menentang Rasul sesudah jelas kebenaran baginya dan mengikuti jalan yang bukan jalan orang – orang mukmin, kami biarkan dia leluasa gterhadap kesesatan yang telah dikuasainya itu dan kami masukan ia kedalam neraka jahannam, neraka jahanam itu seburuk – buruk nya tempat kembali “Qs. An-Nisaa:115. Al Amidi(w.631H)⁵¹ berkata: Ayat ini termasuk yang paling kuat dalam hal pendalilan Ijmak, dan padanya Al Syafi’i (w.204 H) berpegang⁵²*

⁴⁸ Ibid hal 205 - 206

⁴⁹ Muhammad bin Husain bin Hasan al-Jizani, Ma'Alim Ushul al Fiqh 'Inda ahli sunnal al-jammah (Cet. V, Saudi Arabiyah: Daar Ibni Al jauzi, 1427 H) hal 156

⁵⁰ Prof.Dr. Muhammad Ashri, SH, MH dan Rapung Samuddin, LC, MA, Op. Cit hal 97

⁵¹ Beliau adalah Ali bin Abi Ali bin Muhammad bin Salim al-Tsa'labi, Imam Abu al-Hasansaifuddin Al Amidi. Lahir pada tahun 551H di desa Amid dari kampung – kampung Bakr, pakar ushulfiqih, peneliti, ahli debat dan salah seorang yang terpandai didunia, terutama ilmu perbandingan mazhab. Keunggulan dan kelebihananya mendapat pujian dari banyak Ulama, diantaranya Izzudin bin Abdus Salam. Karya beliau yang paling terkenal adalah “Al-Ihkam fi Ushul al Ahkam” wafat di Damascus pada

2. Firman Allah SWT; Surat An-Nisaa Ayat 59 “Wahai orang – orang yang beriman, taatlah kepada Allah dan taatlah kepada Rasul dan ulil amri diantara kalian. Dan jika kalian berselisih pada sesuatu perkara, maka kembalikanlah ia kepada Allah dan rasul”
“Qs. An-Nisaa:59
3. Riwayat – riwayat dalam hadist yang memberi keterangan akan *Ishmah* (terjaganya)umat ini dari bersepakat diatas kesesatan dan kesalahan. Diantaranya sabda Rasul SAW adalah:
“*sesungguhnya Allah tidak akan mengumpulkan umatku atau umat Muhammad diatas kesesatan*”⁵³
4. Secara logika kesepakatan yang lahir dari seluruh ulama, mujtahid atas satu keputusan, padahal akal dan pengetahuan mereka berbeda-beda, ini merupakan bukti bahwa pendapat tersebut merupakan suatu kebenaran, apalagi tidak ada satu dalil pun menyelisihnya, jika tidak demikian sudah pasti ada diantara para mujtahid yang mengetahuinya hingga kemungkinan akan terjadi perselisihan. Mustahil seluruhnya luput dari pengetahuan akan keberadaan dalil, jika ternyata ada nas yang menyelisihnya.⁵⁴

1. 4. Qiyas

Bermakna *Al – taqdir* atau ukuran. Secara Terminologi Qiyas berarti; Mengarahkan cabang kepada asal dalam penetapan hukum, berdasarkan kesamaan sebab (illat)⁵⁵ yang menggabungkan keduanya.⁵⁶

tahun 631 H. Lihat: Tajuddin bin Ali bin Abdul Kafi al-Subki, Thabaqaat al-Syafi’iyyah al-kubro, Tahqiq: Mahmud Muhammad al-Thinahi, (Cet.III, Daar al-hajr, 1413 H) Vol VIII hal 306

⁵²Al Amidi, Ali bin Muhammad, Abu al-Hasan, Al-Ihkam fi Ushul al Ahkam Vol VI, Tahqiq: Sayyid al-jumaili (Cet I, Beirut: Daar al-kitab al-Arabi, 1404H) hal 258

⁵³ HR Al Tirmidzi, Sunan Al-Tirmidzi, Bab: Luzum al – Jama’ah, Vol IVno.2167hal 466

⁵⁴ Zakariya Al Barri, mashadir al ahkam al islamiyah (Cet.1 Mesir: Daar al - Ittihad, Al- Arabi tahun 1395 H/1975 M) hal 71-72

⁵⁵ Illat artinya Sifat dasar yang dibangun atas nya hukum pada sesuatu (asal) dan dengannya diketahui keberadaan hukum (yang sama) pada cabang (furu’). Misalnya Iskar (memabukan) ia merupakan sifat yang berada pada khamer (perasan anggur) yang di fermentasikan yang karenanya dibangun hukum haram atasnya. Dari sini maka semua perasan, baik kurma, beras dan sebagainya jika difermentasikan dan terdapat sifat iskar tersebut maka ditetapkan pula padanya hukum haram, sebagai qiyas terhadap khamer, Lihat: Abdul Wahhab Khallaf, Ilmu Ushul Al-Fiqh. hal 63

⁵⁶ Ibnu Qudamah Al Maqdisi, al Raudh al- Nadzir, Op. Cit Hal 275

Diartikan sebagai upaya mengarahkan persoalan yang tidak ada hukumnya dalam nas Al-Qur'an dan tidak pula dalam Al-sunnah kepada perkara yang telah ada hukumnya, karena keduanya tergabung dalam satu illat (sebab) hukum⁵⁷

4.1. Qiyas tegak diatas rukun – rukun

Sebagai berikut ;

1. *Al-Ashlu* (asal atau pokok) atau disebut *Al-maqis 'alaihi* (yang diqiyaskan atasnya) yakni: perkara yang telah jelas hukumnya melalui nas
2. *Al Far'u* (cabang) atau disebut *Al-maqis* (yang diqiyaskan) yakni perkara yang hendak diketahui hukumnya melalui metode qiyas
3. *Al- Hukmu as Syar'i*, yakni sesuatu yang akan di tetapkan pada Al Far'u (cabang)
4. *Al- Illat al-Musyarakah Baina al-Ashli wa al far'i* atau alasan Illat yang sama dan terdapat pada asal dan cabang dan ia adalah perkara yang karenanya *Far'u* (menggambil hukum asal)⁵⁸.

4.2. Syarat – Syarat Qiyas;

Qiyas dalam syariat dianggap sebagai salah satu sumber *hukum syarak* yang diakui jika terpenuhi padanya syarat – syarat berikut;

1. Hendaknya *al-Ashlu* (asal) berbentuk hukum syar'i dan bukan hukum *lughawy* (Bahasa), sebab hukum Bahasa tidak berlaku Padanya metode *qiyas*.
2. Hukumnya masih berlaku belum terhapus.
3. Hukum Asal tersebut ditetapkan melalui nas al-kitab atau Al-sunnah atau Ijmak
4. Illat (sebab)Hukum asal juga terdapat pada far'u (cabang) dan tidak ada perbedaan atau sesuatu yang menghalangi untuk diberikan hukum asal padanya.⁵⁹

⁵⁷ ⁵⁷ Mahmud Muhammad, Al-thanthawi, Ushul Al – Fiqh al-islami (Cet.III, Maktabah al Wahbah, 1422H/2001M), hal 221.

⁵⁸ Abdul Wahhab Khallaf, Ilmu Ushul Al-Fiqh, Ilmu Ushul Fiqh (Kairo: Maktabah al-Da'wah al Islamiyah, 1942 M) hal 60

⁵⁹ Lihat: Ibnu Qudamah Al Maqdisi, al Raudh al- Nadzir hal 315-319,

4.3. Kedudukan Qiyas dalam syariat

Menurut Jumhur ulama, Qiyas menempati posisi keempat dari dalil – dalil hukum syariah yang ada setelah Al-Quran, Al-Sunnah dan Al-Ijma. Artinya tidak dibolehkan bagi seorang Mujtahid berpegang pada qiyas melainkan setelah tidak mendapatkan nas bagi permasalahan yang hendak dia kemukakan hukumnya, baik dari al-kitab, al-sunnah, al-ijma, sebab jika ternyata ada nas yang menunjukkan hukum terhadap suatu persoalan, pada saat itu tidak ada ruang bagi ijtihad, sebab ia tidak masuk wilayah Qiyas. Demikian pula tidak berlaku ijtihad jika ada nas yang jelas menyatakan sebuah hukum, disamping itu tidak diperbolehkan menyelisihi ijmak karena ia merupakan hujjah yang qath'i⁶⁰

4.4. Qiyas Sebagai Hujjah dalam Syariat

Jumhur ulama memaparkan alasan – alasan yang menunjukkan bahwa qiyas termasuk sesuatu yang dianggap dalam mashadir hukum syariat Islamiyah, diantaranya;

1. Syariat Islam datang untuk mengatur kehidupan manusia, menegaskan perkara yang khusus dan umum dalam hubungan antar individu dan kelompok, mewujudkan maslahat, serta mencegah lahirnya kerusakan ditengah – tengah manusia yang tegak diatas dalil - dalil *aqliyah dan naqliyah*. Allah SWT menerangkan dalam kitabNya bahwa ia tidak mengutus para nabi dan rasul melainkan untuk menegakan maslahat bagi umat manusia. Demikian Pula, banyak hukum dalam Al-Qur'an dan Al-sunnah turun dengan menyebutkan *illatnya* (alasanya). Allah SWT menjadikan Syariat nya mengandung maslahat yang kekal.
2. Al Qur'an dan Al -Sunnah dalam banyak tempat menggunakan metode qiyas untuk meyakinkan, menegakan hujjah, menjelaskan dan menetapkan hukum, tatkala ada persamaan ada persamaan, serta menafikan (hukum) ketika terdapat perbedaan.

⁶⁰ Al-thanthawi, Op.Cit hal 223

3. Al Qur'an memerintahkan kita mengambil *I'tibar* atau *iktibar*(pelajaran), yakni pelajaran dan hukum dari satu masalah.⁶¹
4. Bahwasanya takkala Rasul SAW mengutus Mu'adz bin Jabal ra(W.18H)⁶² dalam hal mengetahui hukum – hukum Syariah termasuk didalam nya metode *Ijtihad dengan Ra'yi* jika tidak terdapat dalam Al Qur'an dan Al -Sunnah. Dan Qiyas merupakan jenis yang paling tampak pada ijtihad, sehingga ia pun menjadi hujjah bagi hukum -hukum syariah.
5. Ijmak para sahabat Nabi SAW dalam hal berhujjah dengan Qiyas, takakala memilih abu bakar as-shidiq ra (w.13H) sebagai khalifah Rasulullah.Mereka menganalogikan imamah (kepemimpinan) beliau dengan imamahnya dalam sholat⁶³
6. Bahwasannya nas-nas Al Qur'an dan Al -Sunnah sifatnya terbatas, sedangkan masalah – masalah Syariah berkembang menurut kemajuan zaman. Jika diketahui Illat hukum yang ada nas nya lalu di qiyaskan hukum atas persoalan – persoalan kontemporer yang terus berkembang tersebut melalui metode analogi(qiyas)⁶⁴

4. Konsep Hukum Internasional

Hukum Internasional dibagi menjadi 2(dua) bidang ; ⁶⁵

1. Hukum Internasional Publik; Keseluruhan kaidah dan asas hukum yang mengatur hubungan atau persoalan yang melintasi batas negara (hubungan Internasional) yang bukan bersifat perdata
2. Hukum Perdata Internasional; Keseluruhan kaidah dan dan asas hukum yang mengatur

⁶¹ Lihat ⁶¹ Prof.Dr. Muhammad Ashri, SH, MH dan Rapung Samuddin, LC, MA, Op Cit hal 103 -104

⁶² Muadz bin jabbal bin Amr bin Aus al-Al Anshari al Khazraji, Abu Abdir Rahman sahabat Nabi SAW yang paing tahu tentang halal dan haram, serta termasuk salah satu pengumpul Al-Qur'an pada zaman Nabii SAW, Masuk islam diusia muda dan dipersaudarakan dengan ja'far bin Abi thalib ra. Ikut dalam bai'at Aqabah dan seluruh peperangan Bersama Rasulullah SAW, kemudian diutus ke Yaman sebagai *Qadhi* setelah perang Tabuk. Wafat tahun 18H didaerah sekitar Urdun. lihat: al-Zirikli Op. Cit Vol VII hal 258

⁶³ Ibnu Qudamah, Muhammad bin ahmad, al syahr al-Kabir Ma'a Al Mughni (Cet.1.Beirut: daar al Kutub, 1403 H / 1983 M) hal 279

⁶⁴ Lihat: Zakariya Al Barri, Op Cit Hal 99

⁶⁵ Pembedaan hukum Internasional kedalam hukum puplik internasioanl dan hukum privat (perdata internasional) pertama kali di gunakan oleh J. Bentham dalam bukunya Introduction to the principles of moral legislation, London 1780, sebagaimana dinyatakan oleh Malcom N Shaw QC, International Law,^{6th} ed (Cambridge UniversityPress 2008), hal 1. Pembedaan yang sama juga di kemukakan oleh Mochtar Kusumaatmadja & Eddy R.Agoes, Pengantar Hukum Internasional, Edisi kedua (Bandung : PT.Alumni,2003)hal 1 dikutip oleh Prof.Dr.Muhammad Ashri, SH, MH dan Rapung Samuddin , LC, MA, hal 9

hubungan keperdataan antar subjek hukum yang masing – masing tunduk pada hukum perdata (nasional) yang berlainan.⁶⁶

5. Sumber - Sumber Hukum Internasional

Sumber Hukum Menurut ;

1. J.G Starke mengemukakan sumber sumber hukum material (sumber – sumber hukum formal) adalah bahan bahan actual yang di gunakan oleh para sarjana hukum Internasional untuk menetapkan hukum – hukum yang berlaku bagi hal – hal tertentu, sebagai berikut ;

1. Kebiasaan
2. Traktat/Treaty
3. Putusan Pengadilan atau badan arbitrase dan
4. Karya – karya yuridis

2. Mochtar Kusumaatmadja, sumber – sumber hukum Internasional terdiri atas ;

1. Perjanjian – perjanjian Internasional
2. Kebiasaan – kebiasaan Internasional
3. Prinsip – Prinsip Hukum Umum dan
4. Putusan pengadilan dan ajaran sarjana – sarjana yang paling terkrmuka dari berbagai negara.

Statuta mahkamah Internasional Pasal 38(1) menyatakan bahwa; Dalam mengadili perkara – perkara yang diajukan, Mahkamah Internasional akan menggunakan;

1. Perjanjian – perjanjian Internasional. Baik yang bersifat umum maupun khusus yang mengandung ketentuan – ketentuan hukum yang diakui secara tegas oleh negara – negara yang bersengketa.

⁶⁶ Mochtar Kusumaatmadja & Ety R.Agoes, Pengantar Hukum Internasional, Edisi kedua (Bandung : PT.Alumni,2003)hal 1 -2 , dalam buku Prof.Dr.Muhammad Ashri, SH, MH dan Rapung Samuddin , LC, MA,ibid hal 9

2. Kebiasaan – Kebiasaan Internasional sebagai bukti dari suatu kebiasaan umum yang telah diterima sebagai hukum.
3. Prinsip – Prinsip hukum umum yang diakui oleh bangsa – bangsa yang beradap dan
4. Putusan pengadilan dan ajaran – ajaran para sarjana yang paling terkemuka dari
5. Berbagai negara, sebagai sumber tambahan dalam menetapkan kaidah – kaidah hukum.

Berdasarkan Statuta Mahkamah Internasional Pasal 38(1) maka sumber Hukum Internasional dapat di klasifikasikan atas 2 golongan yaitu ;

1. Sumber – sumber Utama atau Primer; Perjanjian – perjanjian Internasional, Kebiasaan – Kebiasaan Internasional dan Prinsip – Prinsip hukum umum
2. Sumber – sumber Tambahan atau subsidier; Putusan pengadilan dan ajaran – ajaran para sarjana yang paling terkemuka dari berbagai negara.⁶⁷

- **Sumber Hukum Internasional:**

1. Perjanjian International
2. Kebiasaan Internasional
3. Prinsip – Prinsip hukum Umum
4. Putusan pengadilan
5. Ajaran Sarjana Terkemuka.

1. Perjanjian Internasional

Perjanjian Internasional Mempunyai 3 kelebihan :

1. Perjanjian Internasional adalah kandungannya yang tidak membingungkan atau kontroversial. Hukum tentang perjanjian Internasional telah dikembangkan dengan baik dalam kurun waktu yang cukup lama, bahkan bidang hukum ini telah mendapat pengaturan dalam Konvensi Wina menyangkut hukum perjanjian Internasional yaitu;

⁶⁷ Prof.Dr.Muhammad Ashri, SH, MH dan Rapung Samuddin, LC, MA, Hukum Internasional dan Hukum Islam Tentang sengketa dan perdamaian (Jakarta ; PT. Gramedia Pustaka Utama, 2011) hal 18 -20

- a. *Vienna Convention on the Law of Treaties* (1969)–Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian.
 - b. *Vienna Convention on Succession of States in Respect of Treaties* (1978) - Konvensi Wina tentang Suksesi Negara dan Kaitannya dengan Perjanjian.
 - c. *Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations* (1986) – Konvensi Wina tentang hukum Perjanjian antara Negara dan Organisasi Internasional dan Organisasi Internasional lainnya.
2. Perjanjian Internasional adalah proses pembentukannya yang relatif cepat dibandingkan dengan hukum kebiasaan Internasional.
 3. Perjanjian Internasional instrumen bahasa yang dipergunakan merupakan metode yang lebih jelas dan terpercaya untuk menyampaikan standar – standar perilaku dibandingkan dengan preseden atau contoh – contoh yang menjadi dasar kebiasaan.
 4. Perjanjian Internasional dapat memberikan pengaturan yang lebih tepat dan karena itu di pandang lebih efektif untuk mengatur hubungan kerjasama antar subjek hukum Internasioanal dan memfasilitasi kepentingan masyarakat International.⁶⁸

Perjanjian Internasional dapat memberikan pengaturan lebih tepat dan lebih efektif untuk mengatur hubungan kerja sama antar subjek hukum Internasional dan memfasilitasi kepentingan masyarakat Internasional ;

a. Pihak – Pihak dalam perjanjian Internasional ;

Subjek yang dapat menjadi pihak dalam perjanjian Internasional terdiri atas negara, organisasi Internasional, protektorat, *billigerent* dan bahkan perseorangan.⁶⁹

b. Klasifikasi Perjanjian Internasional ;

Secara formal hukum (perjanjian) Internasional tidak mengenal klasifikasi perjanjian.

⁶⁸ Ibid..hal 21

⁶⁹ Starke J. G, Introduction to International Law 9th edition. (London: Butterworths, 1984), hlm 33)

Namun demikian dalam beberapa literature mengenai bidang studi ini dimuat adanya klasifikasi berdasarkan kriteria, antara lain;

1. Subjek yang mengadakan perjanjian; dibagi atas;
 - a) Perjanjian multilateral, perjanjian antara lebih dari dua negara
 - b) Perjanjian bilateral, perjanjian antara dua negara
2. Bentuk perjanjian; digolongkan atas ;
 - a) Perjanjian Tertulis
 - b) Perjanjian tidak tertulis (lisan)
3. Sifat pelaksanaan perjanjian; digolongkan atas;
 - a) Executed treaty; berkenaan dengan suatu masalah tunggal yang dengan dilaksanakan perjanjian tersebut berarti perjanjian itu telah selesai contoh; perjanjian tentang penentuan batas negara
 - b) Executory treaty; menetapkan pelaksanaan perjanjian atau aplikasi serta tindakan yang diperlukan lebih lanjut, misalnya perjanjian perdagangan, extradisi dan sebagainya.
4. Fungsi perjanjian dalam pembentukan hukum dibagi atas;
 - a) Law making treaty; - Sumber langsung hukum Internasional dimaksudkan sebagai perjanjian yang meletakkan ketentuan -ketentuan atau kaidah – kaidah hukum bagi masyarakat Internasional, juga dapat menghapus dan mengakomodasi kaidah – kaidah hukum kebiasaan Internasional.
 - b) Pada umumnya merupakan perjanjian multilateral dan bersifat terbuka bagi negara – negara lain untuk turut serta dalam pembentukan atau pelaksanaannya. Fungsinya yang menciptakan, mengakomodasi untuk menghapus aturan – aturan hukum atas tindakan yang akan dilakukan dimasa mendatang.

- c) Treaty contract; Tidak secara langsung menjadi sumber hukum Internasional, tetapi menjadi sumber hukum melalui proses kebiasaan yang diterima oleh berbagai negara.
- d) Perjanjian yang menyerupai suatu kontrak atau perjanjian dalam hukum perdata, hanya mengakibatkan hak dan kewajiban bagi para pihak yang mengadakannya, merupakan transaksi hukum belaka. Dan hanya meliputi para pihak yang mengadakannya. Perjanjian ini pada umumnya hanya menyangkut pada soal – soal khusus bagi kedua belah pihak, sehingga perjanjian demikian tertutup bagi pihak ketiga untuk mengikuti perjanjian tersebut. Contohnya mengatur pengiriman dan kedudukan para konsuler.⁷⁰

Menurut Mochtar Kusuma Atmadja berpendapat; bahwa sebaiknya istilah Law making treaty di sebut sebagai “perjanjian bersifat umum” dan Treaty contract sebagai perjanjian yang bersifat khusus”⁷¹

c. Pembentukan Perjanjian Internasional;

Pembentukan perjanjian Internasional secara umum banyak diatur oleh konstitusi atau hukum kebiasaan masing – masing negara.

Berdasarkan praktik negara – negara, pembentukan perjanjian Internasional dapat dilakukan dengan 2 (dua) cara;

1. Prosedur Normal

Biasanya melalui tahapan perundingan (negotiation), penandatanganan (signature), persetujuan parlemen (approval of parliament) dan ratifikasi (ratification).

2. Prosedur yang disederhanakan

Pola dalam proses yang sederhana ini meliputi 3(tiga) tahap;

⁷⁰ Ibid hal 30

⁷¹ Mochtar Kusumaatmadja & Ety R Agoes, Loc. Cit dikutip dalam ibid hal 31

perundingan (negotiation), penandatanganan (signature), dan ratifikasi (ratification).

Dan disederhanakan menjadi perundingan (negotiation) dan penandatanganan (signature) saja, setelah penandatanganan atau pertukaran dokumen perjanjian/nota diplomatik, maka perjanjian seperti ini akan langsung berlaku bagi para pihak yang menjadi peserta perjanjian. Yang dikategorikan sebagai “*Agreement in simplified form*” yang merupakan bagian dari “*executive agreements*” atau yang mengatur hal – hal yang sifatnya teknis dan dilakukan antar department pemerintah dari negara – negara yang berbeda serta ditandatangani oleh para wakil dari departemen tersebut.

Dalam perundingan untuk membentuk suatu perjanjian negara – negara diwakili oleh person tertentu yang memiliki kuasa khusus untuk itu. Sehubungan dengan ini, dalam hukum Internasional, dikenal istilah *full powers* yang harus dimiliki oleh seorang wakil negara dalam merundingkan suatu perjanjian.

Konsekuensi *full powers* bagi wakil negara dalam suatu perundingan hanya berwenang mengadakan perundingan, penerimaan, dan pengesahan naskah atas nama negara pengirim.

Dalam konvensi Wina 1969 pasal 2 ayat (1-c) disebutkan pengertian *full powers* sebagai;
A document emanating from the competent authority of a state designating a person to represent the state for negotiation, adopting, or authenticating the text of treaty, for expressing the consent of state to be bound by a treaty or for accomplishing any other act with respect to a treaty.

Dalam suatu konferensi Internasional yang dimaksud untuk membentuk perjanjian, umumnya dibentuk semacam Panitia Pemeriksaan Surat Kuasa Penuh (*Credential Committee*) yang bertugas memeriksa surat kuasa para peserta negara pengirimnya. Namun dewasa ini, wakil yang dikirim untuk mewakili negara dalam konferensi Internasional serupa tidak disertai dengan kuasa penuh, adakalanya diberikan melalui kawat yang ditunjuk kepada sekretariat penyelenggara konferensi.

Dewasa ini hukum Internasional memungkinkan seseorang yang tidak memiliki kuasa penuh untuk mewakili negaranya dalam konferensi Internasional yang akan membentuk suatu perjanjian Internasional, asal saja tindakan semacam itu disahkan kemudian oleh pihak yang berwenang dinegara bersangkutan. .⁷²

Ketentuan mengenai syarat Full powers bagi negara dalam perjanjian Internasional tidak berlaku bagi kepala negara, kepala pemerintahan dan Menteri luar negeri; yang karena jabatannya dianggap mewakili negaranya secara sah dan dapat mengadakan tindakan untuk mengikat negaranya pada suatu perjanjian. Demikian halnya dengan kepala perwakilan diplomatik juga tidak diwajibkan untuk menunjukkan surat kuasa penuh dan mereka dimungkinkan untuk mewakili negara asalnya/pengirim dalam perundingan perjanjian dengan negara tempat dia diakreditasi.⁷³

2. Kebiasaan Internasional.

Hukum Internasional sebagian besar terdiri atas kaidah – kaidah kebiasaan Internasional. Suatu unsur dari kebiasaan merupakan bentuk kaidah hukum Internasional sejak zaman purba sampai sampai dengan zaman modern. Dari adat istiadat yang berkembang dalam hubungan negara – negara eropa modern muncul kaidah – kaidah hukum Internasional.⁷⁴

Dalam mukadimah “*The Vienna convention on diplomatic Relations, 1961* “dan *The Vienna Convention on Consular Relations, 1963* “. Selain mengenai perang dan damai kebiasaan lain yang kemudian diakui secara universal sebagai kaidah hukum Internasional adalah menyangkut perlindungan diplomatic dan konsuler.

⁷² Ibid, hal 32 – 34

⁷³ Lihat, Vienna Convention on The Law of Treaties (1969) atau Konvensi Wina 1969, pasal 7

⁷⁴ J.G. Starke, hal 46 dalam buku Prof.Dr. Muhammad Ashri, SH, MH dan Rapung Samuddin, LC, MA, Hukum Internasional dan Hukum Islam Tentang sengketa dan perdamaian (Jakarta, PT. Gramedia Pustaka Utama, 2011) hal 21 - 35.

Dibidang hukum perdata Internasional disebutkan contoh kebiasaan yang kemudian diterima sebagai hukum, yaitu *Lex Mercatoria dan Lex maritima* yang dewasa ini menjadi bagian dari kaidah hukum perdagangan dan pengangkutan laut.⁷⁵

Brownlie menguraikan elemen – elemen kebiasaan dalam hukum Internasional sebagai berikut;

1. Jangka Waktu.

Mahkamah Internasional tidak menekankan soal waktu tentang berapa lama suatu kebiasaan harus dipraktikan. Hal yang penting bahwa kebiasaan itu terbukti sebagai praktik umum yang di terima.

2. Uniformitas; praktik yang konsisten.

Suatu kebiasaan dilakukan secara berulang – ulang dan dipraktikan secara taat asas.

3. Praktik yang bersifat umum;

Kebiasaan yang dilakukan secara taat asas dan di praktikan pula oleh anggota masyarakat (negara) lain.

4. *Opinion jurist est necessitas.*

Kebiasaan yang telah di praktikan secara umum diakui mengikat sebagai hukum atau dipandang sebagai suatu tindakan yang seharusnya dipatuhi oleh masyarakat Internasional. Dalam praktik mahkamah Internasional, eksistensi opinio juris didasarkan pada praktik yang terbukti secara umum, konsesus yang tersimpul dalam berbagai referensi atau penetapan – penetapan dalam putusan mahkamah atau pengadilan Internasional lainnya.⁷⁶

3. Prinsip – Prinsip Hukum Umum

Brierly mengatakan bahwa prinsip – prinsip hukum umum ini mencakup spektrum

⁷⁵ David J Bederman, Custom as a source of Law (Cambridge; Cambridge University Press,2010), hal.117

⁷⁶ Ibid..hal 36

yang luas meliputi asas – asas hukum perdata yang diterapkan oleh peradilan nasional yang kemudian dipergunakan untuk kasus – kasus hubungan Internasional.⁷⁷

Prinsip prinsip hukum umum akan diterapkan oleh mahkamah apabila sumber – sumber utama hukum Internasional tidak mencukupi untuk dijadikan landasan bagi putusan Mahkamah.

Pendapat lain menyatakan yang dimaksud disini adalah prinsip -prinsip hukum umum yang bertalian dengan asas keadilan yang erat kaitannya dengan hukum alam, yakni transformasi dari asas hukum yang universal yang diterapkan kepada semua orang dalam peraturan khusus hukum Internasional.

Adanya perbedaan pendapat sehingga telah mengembangkan pendekatan baru bagi hal ini, yaitu dengan menambahkan pertimbangan kebenaran (*Reason*) kepada asas – asas hukum umum akan menciptakan sumber hukum ketiga yang logis dari hukum Internasional⁷⁸

4. Putusan pengadilan.

Pasal 38 Statuta Mahkamah Internasional mengatakan bahwa putusan pengadilan merupakan sumber tambahan untuk menentukan aturan hukum. Meskipun dikatakan sebagai sumber hukum tambahan tidak berarti bahwa putusan pengadilan - baik putusan pengadilan nasional maupun Internasional – mempunyai kedudukan yang lebih rendah dari sumber – sumber hukum di atasnya.⁷⁹

International Court of Justice sekarang pada dasarnya mengikuti secara konsekuen praktik sebagaimana dilakukan pendahulunya dan telah menunjukkan bahwa dirinya bebas untuk mengembangkan hukum Internasional, tanpa harus terikat dengan pengaruh praktik dan otoritas terdahulu.

⁷⁷ J.L Brierly, Hukum Bangsa – Bangsa (The Law of Nations), diterjemahkan oleh Moh. Radjab (Jakarta : Bharatara ,1963) hlm 64 dikutip dari buku Prof.Dr.Muhammad Ashri, SH, MH dan Rapung Samuddin , LC, MA, hal 37

⁷⁸ Von Glahn, Gerard, Law Among Nations, New York: macmillan Publishing Co,Inc, 1981, hal 20-21 dikutip oleh Chairul Anwar hal 16, dikutip dari buku Prof.Dr.Muhammad Ashri, SH, MH dan Rapung Samuddin , LC, MA, hal 37

⁷⁹ Sefriani, Hukum Internasional, Suatu pengantar, Jakarta, rajawali Pers, 2011, hal 50

Ada 2 (dua) cara dimana putusan pengadilan nasional mengarah pada pembentukan kaidah hukum Internasional;

- a. Putusan – putusan yang dapat dipandang sebagai preseden – preseden berbobot, ataupun sebagai sumber – sumber yang mengikat, Marshall C.J. dari Mahkamah Amerika Serikat mengatakan “Putusan – putusan pengadilan setiap negara menunjukkan bagaimana hukum Internasional, dalam hal -hal tertentu, dimengerti negara – negara tersebut dan akan dipertimbangkan dalam penggunaan kaidah hukum yang berlaku di negara ini “
- b. Putusan pengadilan – pengadilan nasional, berdasarkan prinsip – prinsip yang sama membentuk kebiasaan dan dapat menimbulkan perkembangan kaidah – kaidah kebiasaan hukum Internasional. Sebagai contoh, beberapa kaidah tertentu dari hukum ekstradisi dan pengakuan negara pada tahap awal bermula dari keputusan – keputusan seragam yang diberikan oleh pengadilan – pengadilan nasional.⁸⁰

5. Ajaran Sarjana Terkemuka.

Pasal 38 Statuta International Court of Justice memungkinkan mahkamah itu menerapkan ajaran dari ahli – ahli hukum terkemuka dari berbagai negara, sebagai instrumen tambahan untuk menentukan kaidah – kaidah hukum. Ketentuan ini menekankan pada nilai pembuktian karya – karya hukum itu. Jelas bahwa fungsi utama dardi karya – karya hukum adalah untuk memberikan bukti hukum yang dapat dipercaya. Pendapat – pendapat hukum yang dikemukakan oleh penulis antara lain ; Alberico Gentili/Gentilis (1552-1608)

Grotius atau Hugo de Groot (1583 – 1645)

Samuel Von Pufendorf (1632 – 1694)

Cornelius Van Bynkershoek (1673 – 1743)

Emmerich de Vattel (1714 – 1767),

⁸⁰ J.G. Starke Hal 57-58 dikutip oleh dikutip dari buku Prof.Dr. Muhammad Ashri, SH, MH dan Rapung Samuddin, LC, MA, hal 38

tercatat sebagai pendapat yang bersifat otoratif serta menentukan isi dan bentuk hukum Internasional terutama pada abad ke-16 hingga 18⁸¹.

Tidak diragukan lagi opini hukum dapat menjadi bukti, bukan hanya bagi kaidah kebiasaan yang telah ada, tetapi bagi kaidah – kaidah kebiasaan yang harus menjalani waktu untuk keberadaannya.

Dipandang dari fungsi pembuktian ini perjalanan waktu akan menambah bobot otoritas opini hukum.⁸²

Tambahan sumber hukum yang digunakan adalah Keputusan organisasi Internasional, hal ini tidak ditemukan dalam pasal 38 (1) Statuta mahkamah Internasional. Putusan yang menyatakan organisasi sebagai subjek hukum Internasional baru lahir pada tahun 1949.

6. Keputusan Organisasi Internasional

Keputusan organisasi Internasional tidak dapat dikategorikan sebagai *Treaty*, sebab *treaty* memerlukan kesepakatan yang melahirkan hak dan kewajiban serta diatur oleh hukum Internasional.

Meskipun keputusan organisasi Internasional hanya mengikat anggotanya, tidak menciptakan norma hukum, namun keputusan organisasi Internasional dapat menjadi bukti praktik hukum kebiasaan Internasional. Kendati anggotanya tidak sebesar PBB, tetapi organisasi – organisasi regional seperti; Organization of American States, Organization of African Unity, ASEAN, European Economic Community, juga Liga arab yang diakui memberikan kontribusi yang tidak sedikit pada perkembangan hukum Internasional. Mayoritas ketentuan hukum Internasional saat ini bahkan dapat dikatakan lahir dari organisasi – organisasi Internasional yang meliputi organisasi regional.⁸³

⁸¹ Malcom N. Shaw, *International Law*, 6th Ed (Cambridge; CambridgeUniversity Press, 2008, hal 112 dikutip dari buku Prof.Dr. Muhammad Ashri, SH, MH dan Rapung Samuddin, LC, MA, hal 39

⁸² Ibid hal 39

⁸³ Ibid hal 41

F. SISTEMATIKA PENULISAN

Penulisan tesis ini disusun dengan sistematika sebagai berikut;

Bab I Pendahuluan, Bagian ini membahas mengenai; Latarbelakang penelitian, Rumusan masalah dari penelitian, tujuan dari penelitian , Kegunaan / manfaat penelitian dan kerangka teori dan konseptual serta Sistematika penulisan .

Bab II Tinjauan Pustaka, Di dalam bab ini disajikan informasi tentang landasan teori, konsep, dan pengertian yang relevan dalam bentuk Tinjauan Pustaka koherensi dengan isu hukum atas tesis yang sedang ditulis. Didalam bab ini pula disajikan berbagai pemahaman atau pengertian terkait dengan penelitian ini.

Bab III Metode Penelitian, Didalam bab ini menerangkan tipe penelitian yang digunakan, pendekatan masalah, bahan hukum yang digunakan dan metode pengumpulan bahan yang digunakan dalam penelitian ini.

Bab IV Hasil Penelitian dan Pembahasan, Dalam bab ini, dikemukakan lebih dalam tentang pemahaman dan analisis hasil penelitian.

Bab V Kesimpulan dan Saran, Dalam bab ini dikemukakan kesimpulan dari pembahasan berikut saran sebagai referensi untuk analisis selanjutnya mengenai perbankan Syariah dalam hukum islam itu sendiri.