

Arbitrase *Ex Aequo Et Bono* dan Hukum Islam

Syamsul Anwar

Universitas Islam Negeri Sunan Kalijaga, Yogyakarta

Email: hsyamsul.anwar@uin-suka.ac.id

Abstract: This article deals with a form of alternative disputes resolution known as arbitration *ex aequo et bono* in its relation to Islamic law. Using an *uṣūfī* approach, the writer brings into the fore the question whether Islamic law recognizes this legal doctrine and analyzes it in the light of Quranic verses, Prophetic traditions, Islamic legal maxims, and the opinions of Muslim classical as well as contemporary scholars. The data of the study comprise primary, secondary, and tertiary Islamic legal materials collected from the sources such as the Quran, and relevant books on Quranic exegesis, hadith literature, *fiqh* and *al-qawā'id al-fiqhiyyah* treatises. The writer come to a general conclusion that, while arbitration *ex aequo et bono* becomes an increasingly accepted legal doctrine in modern times, Muslim jurists see that there hardly any room for cancelling the sharia in arbitration process in favor of *ex aequo et bono* principle.

Keywords: *taḥkīm; arbitration; ex aequo et bono*

Abstrak: Tulisan ini mengkaji salah satu bentuk alternatif penyelesaian sengketa yang dikenal dengan istilah arbitrase *ex aequo et bono* dalam kaitan dengan hukum Islam dengan fokus pada persoalan apakah hukum arbitrase syariah mengakui doktrin *ex aequo et bono*? Pendekatan yang digunakan adalah usul fikih dengan sumber kajian meliputi Al-Qur'an, kitab-kitab hadis, kitab-kitab tafsir, kitab hadis dan fikih serta sejumlah pustaka lainnya yang terkait. Penulis menyimpulkan bahwa, meskipun *taḥkīm ex aequo et bono* telah semakin banyak diterima dalam hukum modern, para ahli hukum Islam melihat bahwa kecil peluang dimungkinkannya mengabaikan hukum Islam dalam pemberian keputusan hukum melalui arbitrase.

Kata kunci: *taḥkīm; arbitrase; ex aequo et bono*

Pendahuluan

Arbitrase, yang dalam hukum Islam dikenal dengan istilah *taḥkīm*, merupakan institusi hukum paling tua yang ditemukan oleh peradaban manusia untuk penyelesaian sengketa. Bangsa Sumeria,¹ Yunani,²

¹ Ad-Dūrī menjelaskan bahwa berdasarkan prasasti yang ditemukan di bagian selatan Irak diketahui bahwa bangsa Sumeria pada abad ke-31 SM telah mempraktikkan arbitrase. Lihat Qaḥṭān 'Abd ar-Raḥmān ad-Dūrī, *'Aqd at-Taḥkīm fī al-Fiqh al-Islāmī* (Amman: Dār al-Furqān li an-Nasyr wa at-Tawzī, 1422/2002), hlm. 39.

Romawi,³ Arab pra Islam,⁴ dan banyak bangsa lainnya telah mempraktikkan institusi ini dan ditemukan catatan sejarahnya. Arbitrase (*tahkīm*) sebagai cara penyelesaian sengketa lahir bersamaan dengan lahirnya persengketaan dalam masyarakat manusia itu sendiri. Oleh karena itu arbitrase lebih tua usia dan keberadaannya dari peradilan negara.⁵ Pada masyarakat primitif di zaman kuno apabila terjadi suatu persengketaan antara dua orang, misalnya, mereka pergi kepada orang bijaksana dalam sukunya atau meminta pihak ketiga untuk menyelesaikan sengketa tersebut. Saat itu belum ada suatu sistem peradilan karena lembaga ini baru dibentuk pada saat adanya negara.⁶

Institusi arbitrase berkembang bersamaan dengan perkembangan masyarakat dan lambat laun mendapatkan pengaturan dari negara sehingga lebih memberi kepastian hukum bagi pencari keadilan. Di zaman modern, berbagai negara mengatur arbitrase dalam suatu undang-undang khusus yang diterbitkan untuk itu atau dijadikan bagian di dalam kodifikasi hukum acara perdatanya. Bahkan PBB juga ikut memberikan pedoman (melalui UNCITRAL Arbitration Rules⁷) bagi pembuatan peraturan arbitrase yang dapat diadopsi oleh berbagai negara.

Dalam hukum Islam, arbitrase (*tahkīm*) juga mendapat pengaturan dalam berbagai kitab fikih dari dulu hingga kini. Pada zaman modern hukum arbitrase dalam Islam mendapat banyak pembaruan sesuai dengan tuntutan kebutuhan perkembangan masyarakat Islam. Perkembangan hukum arbitrase Islam kontemporer dipicu oleh dua faktor: *pertama*, kehadiran masyarakat Islam di negara-

² Derek Roebuck mengkaji sejarah arbitrase pada bangsa Yunani kuno dalam bukunya *Ancient Greek Arbitration* (Oxford, UK: Arbitration Press, 2001).

³ Tentang arbitrase di kalangan bangsa Romawi dikaji oleh Derek Roebuck dan Bruno de Loynes de Fumichon dalam karya bersama mereka *Roman Arbitration* (Oxford, UK: Arbitration Press, 2004).

⁴ Jawwād ‘Afi, *al-Mufaṣṣal fī Tārīkh al-‘Arab Qabla al-Islām* (Beirut: Dār as-Sāqī, 1422/2001), X: 307.

⁵ Fātimah Muḥammad Al-‘Awwā, *‘Aqd at-Tahkīm fī asy-Syarī’ah wa al-Qānūn* (Beirut: al-Maktab al-Islāmī, t.t.), hlm. 277.

⁶ Falāh, *Daur at-Taḥkīm fī Faḍḍ al-Munāza’āt at-Tijāriyyah ad-Duwaliyyah*, disertasi Universitas al-Ḥājj Lakhḍar, Batnah, Aljazair (Tahun Akademik 1435-1436/2014-2015), hlm. 16-17.

⁷ United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Arbitration Rules*, revised 2013 (Vienna: United Nations Office Vienna, 2014), terdiri atas 43 pasal.

negara non-Islam yang signifikan dan *kedua*, kehadiran ekonomi dan bisnis Islam yang memerlukan infrastruktur berupa institusi penyelesaian sengketa berdasarkan ketentuan hukum Islam. Ada dua peraturan arbitrase Islam penting yang lahir dalam konteks modern, yaitu (1) Peraturan Arbitrase European Council for Fatwa and Research (ECFR),⁸ dan (2) Standar Syariah Nomor 32 Tentang Tahkim.⁹ Selain itu terdapat beberapa undang-undang arbitrase yang menyerap ketentuan-ketentuan hukum arbitrase Islam.¹⁰

Dalam perkembangan hukum arbitrase modern, salah satu doktrin hukum yang diadopsi adalah apa yang dikenal dengan arbitrase *ex aequo et bono*. Menurut doktrin ini, arbiter dapat memeriksa dan memutus sengketa yang diajukan kepadanya dengan tidak berdasarkan ketentuan hukum materiil dan formil yang berlaku, melainkan berdasarkan prinsip-prinsip keadilan dan kepatutan di luar koridor ketentuan hukum, seperti prinsip etika dan moral apabila sang arbiter diotorisasi oleh para pihak yang bersengketa. Doktrin ini diadopsi dalam UNCITRAL Arbitration Rules dan dalam Peraturan Arbitrase yang dikeluarkan oleh Badan Arbitrase Federasi Bola Basket International.¹¹ Memang diakui bahwa doktrin ini belum mendapat pemahaman yang sama, bahkan tidak jarang masih disalahpahami dan dipandang secara stereotip.¹²

Dalam hukum Islam setiap orang Muslim harus menerapkan hukum Islam sesuai dengan ketentuan dalam Al-Qur'an dan menegaskan kepatuhan kepada hukum syariah sebagai bagian dari realisasi iman. Pertanyaannya adalah apakah ada peluang dalam hukum arbitrase syariah bagi para pihak dan arbiter untuk mengesampingkan hukum syariah dalam proses arbitrase dan hanya berpegang kepada

⁸ Peraturan Arbitrase ini dapat dilihat dalam 'Abdullāh Ibn Yūsūf al-Jadī' (ed.), *al-Qarārāt wa al-Fatāwā as-Ṣādirah 'an al-Majlis al-Ūrūbī li al-Iftā' wa al-Buḥūs* (Beirut: Mu'assasat ar-Rayyān li at-Ṭibā'ah wa an-Nasyr wa at-Tawzī', 1434/2013), hlm. 327-336.

⁹ Hai'ah al-Muḥāsabah wa al-Murāja'ah li al-Mu'assasāt al-Māliyyah al-Islamiyyah, *Al-Ma'āyir asy-Syar'iyyah* (Manama, Bahrain: Hai'ah al-Muḥāsabah wa al-Murāja'ah li al-Mu'assasāt al-Māliyyah al-Islamiyyah, 1437/2015), Standar Syariah No. 32.

¹⁰ Misalnya *Nizām at-Taḥkīm* (Undang-undang Arbitrase) Kerajaan Arab Saudi yang diterbitkan tahun 1433 H / 2012 M.

¹¹ *UNCITRAL Arbitration Rules*, pasal 35.2; dan Basketball Arbitral Tribunal (BAT) Arbitration Rules, versi 2014, dikeluarkan oleh International Basketball Federation (*Fédération Internationale de Basketball*), pasal 15.1.

¹² Leon Trakman, "Ex Aequo et Bono: Demystifying an Ancient Concept," *Chicago Journal of International Law*, Vol. 8, No. 2 (2008), hlm. 622.

prinsip keadilan dan kepatutan? Dengan lebih tegas apakah hukum arbitrase syariah mengakui doktrin *ex aequo et bono*?

Tulisan ini mengkaji masalah tersebut dengan pendekatan usul fikih. Sumber-sumber kajiannya meliputi Al-Qur'an, kitab-kitab hadis, tafsir, fikih, kaidah fikih serta sejumlah pustaka lainnya yang terkait. Data studi ini berupa bahan hukum syariah primer (ayat, hadis, kaidah fikih, standar syariah no. 32, dan fatwa ECFR), bahan hukum syariah sekunder (berupa doktrin hukum dan pendapat para ulama pra-modern maupun modern seperti Ibn 'Abbas, Ibn Kasir, Rif'at Uṣmān) maupun bahan hukum tersier (*kamus Hukum, Black Law Dictionary, al-Kasysyāf, al-Baḥr al-Muḥīt*). Ruang lingkup kajiannya dibatasi pada penerapan *ex aequo et bono* pada penyelesaian sengketa melalui arbitrase.

Pengertian Arbitrase

Arbitrase adalah satu bentuk penyelesaian sengketa di luar jalur pengadilan dengan maksud untuk mempercepat dan mempermudah proses penyelesaiannya. Disamping itu diharapkan melalui arbitrase biaya penyelesaian sengketa dapat lebih murah, walaupun harus diakui bahwa biaya murah dan proses cepat itu tidak selalu merupakan kenyataan.¹³ Melalui arbitrase pihak-pihak yang bersengketa menyepakati untuk menyerahkan penyelesaian sengketa mereka kepada arbiter atau arbiter-arbiter yang akan memeriksa dan kemudian memberikan keputusan mengikat terhadap para pihak.

Istilah Indonesia "arbitrase" diserap dari bahasa Belanda *arbitrage*, yang secara harfiah berarti (1) penengahan, perwasitan, dan (2) perhitungan harga barang di berbagai tempat.¹⁴ Adalah arti pertama yang terkait dengan pengertian arbitrase sebagai suatu istilah hukum. Secara terminologis para ahli membuat definisi dan rumusan berbeda mengenai arbitrase, meskipun inti dan maksud umum dari berbagai definisi itu sama. Subekti mendefinisikan arbitrase sebagai, "pemutusan suatu sengketa oleh seorang atau beberapa orang yang ditunjuk oleh para pihak yang bersengketa sendiri di luar hakim atau pengadilan."¹⁵

¹³ Sutyoso, *Hukum Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa* (Yogyakarta: Gama Media, 2008), hlm. 113.

¹⁴ Rahajoekoesoemah, *Kamus Belanda Indonesia*, cet. ke-1 (Jakarta: PT Rineka Cipta, 1995), hlm. 89.

¹⁵ Subekti, *Aneka Perjanjian*, cet. ke-10 (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1995), hlm. 1.

Menurut Khoidin, “arbitrase atau sering juga disebut perwasitan adalah suatu prosedur penyelesaian sengketa di luar pengadilan yang berdasarkan persetujuan para pihak diserahkan kepada seorang wasit atau lebih.”¹⁶ Jadi menurut kedua definisi di atas, arbitrase adalah penyelesaian sengketa non-litigasi antara dua pihak oleh wasit atau penengah yang ditunjuk sendiri oleh para pihak yang bersengketa.

Dalam beberapa kamus hukum, arbitrase didefinisikan secara tidak jauh berbeda dengan definisi para ahli. Dalam *Kamus Hukum*, arbitrase didefinisikan dengan dua definisi. Definisi pertama mengutip secara *verbatim* pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, sedangkan definisi kedua menyatakan bahwa arbitrase adalah “suatu bentuk peradiln yang diselenggarakan oleh dan berdasarkan kehendak serta iktikad baik dari pihak-pihak yang berselisih agar perselisihan mereka tersebut diselesaikan oleh hakim (-hakim) yang mereka tunjuk dan angkat sendiri.”¹⁷ Sementara itu *Black Law Dictionary* menyatakan bahwa “arbitrase adalah pengajuan sengketa kepada orang ketiga yang tidak memihak, yang dipilih oleh para pihak bersengketa yang setuju untuk mengikatkan diri kepada keputusan arbiter yang dibuat setelah pemeriksaan dalam mana kedua pihak berhak untuk didengar keterangannya.”¹⁸ Adapun dalam Undang-Undang Arbitrase Indonesia ditegaskan bahwa arbitrase adalah, “cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar peradiln umum yang didasarkan kepada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa.”¹⁹

Dalam hukum Islam, arbitrase, yang disebut dengan istilah *tahkīm*, didefinisikan sebagai, “kesepakatan dua pihak atau lebih untuk menunjuk pihak lain guna menyelesaikan sengketa di antara mereka dengan suatu keputusan yang mengikat.”²⁰ Pasal 1790 dari *Majallah al-*

¹⁶ Khoidin, *Hukum Arbitrase Bidang Perdata*, cet. ke-1 (Yogyakarta: CV Aswaja Pressindo, 2013), hlm. 8.

¹⁷ *Kamus Hukum*, cet. ke-7 (Bandung: Citra Umbara, 2016), hlm. 29.

¹⁸ Dikutip dalam Sutiyoso, *Hukum Arbitrase*, hlm. 110.

¹⁹ Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

²⁰ Lihat Standar Syariah Nomor 32 Tentang *Tahkīm* angka 2.1, termuat dalam Hai’ah al-Muḥāsabah, *al-Ma’āyir asy-Syar’iyyah*, hlm. 803; lihat terjemahannya dalam Syamsul Anwar, “Integrasi dalam Hukum Islam Kontemporer: Studi dan Alih Bahasa Teks Standar Syariah tentang Tahkim,” dalam Akh. Minhaji dkk., *Antologi Hukum Islam* (Yogyakarta: Pascasarjana UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta: 2015), hlm. 65-66.

Aḥkām al-‘Adliyyah, kodifikasi hukum perjanjian syariah pertama (1869-1876), mendefinisikan *taḥkīm* (arbitrase) dengan menegaskan, “*Taḥkīm* merupakan tindakan dua pihak bersengketa untuk atas dasar kesepakatan bersama menunjuk seseorang sebagai arbiter guna menyelesaikan sengketa dan tuntutan mereka.”²¹

Dari keseluruhan definisi yang dikutip di atas dapat dilihat beberapa unsur penting yang mencirikan arbitrase (*taḥkīm*). Ciri-ciri dimaksud adalah,

1. arbitrase merupakan suatu bentuk penyelesaian sengketa,
2. sengketa itu menyangkut perkara perdata,
3. penyelesaiannya bersifat non-litigasi (di luar pengadilan),
4. berdasarkan kesepakatan para pihak yang dibuat tertulis,
5. penyelesaian dilakukan oleh arbiter yang ditunjuk oleh para pihak sendiri.

Pengertian Arbitrase *Ex Aequo Et Bono*

Frasa *ex aequo et bono* berasal dari bahasa Latin yang berarti berdasarkan keadilan dan kepatutan. Sesuatu yang diputuskan *ex aequo et bono* (berdasarkan keadilan dan kepatutan) adalah sesuatu yang diputuskan dengan berpijak kepada apa yang dipandang adil dan patut.²² Asas *ex aequo et bono* dapat diterapkan dalam penyelesaian perkara melalui jalur litigasi (digunakan oleh hakim di pengadilan) dan dapat digunakan dalam penyelesaian sengketa melalui jalur non-litigasi (seperti arbitrase dan perdamaian). Kajian ini dibatasi pada penggunaan prinsip *ex aequo et bono* dalam arbitrase.

Terkait dengan arbitrase, frasa *ex aequo et bono* berarti tidak hanya sekedar memutus sengketa berdasarkan keadilan dan kepatutan, tetapi terkandung di dalamnya pengertian pengesampingan ketentuan hukum substantif (materiil) dan ketentuan-ketentuan hukum acara (formil). Atau seperti dikatakan oleh Christoph Schreuer, “Ide pokok yang asasi

²¹ *Majallah al-Aḥkām al-‘Adliyyah* (Beirut: al-Maṭba‘ah al-Adabiyah, 1302 H), hlm. 260 (pasal 1790). Mengenai berbagai pengertian arbitrase (*taḥkīm*) dalam hukum Islam lihat Syamsul Anwar, “Tinjauan Usul Fikih terhadap Perkembangan Hukum Arbitrase Syariah Kontemporer,” penelitian tidak diterbitkan (Yogyakarta: Fakultas Syariah dan Hukum, 2016), hlm. 36-38.

²² Bharti Sharma, “A Critical Study on Power of ICJ to Decide a Case *Ex Aequo et Bono* Under Article 38 (2),” *International Journal of Multidisciplinary and Academic Research (SSIJMAR)*, Vol. 5, No. 2 (April 2016), hlm. 2.

[dari *ex aequo et bono*, pen.] adalah membebaskan pembuat keputusan dari kekakuan hukum positif dan mengizinkannya membuat pertimbangan berdasarkan maslahat, keadilan dan kepatutan (*equity, justice, and fairness*).²³ Hal ini sejalan dengan apa yang dikemukakan oleh Taida Begic bahwa, “Keputusan *ex aequo et bono* adalah suatu keputusan mengenai suatu kasus di mana majelis arbitrase berusaha mencari solusi yang adil dan baik di luar ranah hukum berdasarkan otorisasi dari para pihak.”²⁴ Pernyataan sealur ditemukan pula dalam Basketball Arbitral Tribunal Rules (didirikan tahun 2006 dan diakui secara resmi oleh Federasi Basket Internasional). Pasal 15.1 menegaskan, dan sekaligus mendefinisikan arbitrase *ex aequo et bono*, sebagai berikut, “Jika para pihak tidak menyetujui lain, arbiter memutus sengketa *ex aequo et bono* (berdasarkan keadilan dan kepatutan) dengan menerapkan pertimbangan-pertimbangan umum keadilan dan kepatutan tanpa merujuk kepada hukum nasional atau internasional tertentu mana pun.”²⁵ Tegasnya, sebagaimana dikemukakan oleh Mark C Hilgard dan Ana Elisa Bruder, memberi keputusan *ex aequo et bono* adalah (1) memberi keputusan sesuai dengan pengertian majelis arbiter sendiri mengenai keadilan dengan memperhatikan spesifisitas kasus, (2) tidak terikat kepada hukum yang berlaku, (3) tidak terikat kepada provisi tertentu kontrak dan kebiasaan pedagang [menurut beberapa peraturan arbitrase dan beberapa sistem hukum nasional], dan (4) memutus berdasarkan asas di luar hukum.²⁶

Dalam bahasa Inggris terdapat beberapa istilah yang dikaitkan bahkan diidentikkan dengan istilah arbitrase berdasarkan keadilan dan kepatutan (*arbitration ex aequo et bono*). Di antaranya adalah arbitrase berdasarkan asas umum hukum (*arbitration based on general principles of law*), arbitrase berdasarkan kemaslahatan (*arbitration in equity*), dan arbitrase damai (*amiable composition*).

Mengenai istilah-istilah ini tidak ditemukan keseragaman pendapat. Beberapa ahli memandangnya sebagai variasi istilah yang

²³ Christoph Schreuer, “Decision *Ex Aequo et Bono* Under ICSID Convention,” *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, Vol. 11: 1 (01 Maret 1996), hlm. 37.

²⁴ Taida Begic, *Applicable Law in International Investment Disputes* (Utrecht: Eleven International Publishing, 2005), hlm. 219.

²⁵ Basketball Arbitral Tribunal Rules, versi 1 Mei 2014 (FIBA), Pasal 15.1.

²⁶ Mark C. Hilgard dan Ana Elisa Bruder, “Unauthorized Amiable Compositeur?,” *Dispute Resolution International*, Vol. 8, No. 1 (May 2014), hlm. 52.

maksudnya sama, yaitu menjadi klausul pembebas dari kekakuan peraturan hukum positif. Dengan kata lain, istilah-istilah tersebut menggambarkan kewenangan majelis arbitrase untuk menggunakan kriteria ekstra legal dalam menyelesaikan sengketa. Esensi istilah-istilah itu sama di seluruh dunia, yaitu menyelesaikan suatu sengketa berdasarkan keadilan dan kepatutan.²⁷

Pada sisi lain terdapat beberapa ahli lain yang berpendapat bahwa istilah-istilah itu berbeda pengertiannya. Dalam pandangan mereka ini, arbitrase berdasarkan *general principles of law* (asas-asas umum hukum) bukan arbitrase *ex aequo et bono*, melainkan merupakan arbitrase biasa, yakni arbitrase berdasarkan hukum, terutama apabila asas-asas umum hukum itu tertuang dalam peraturan hukum positif, seperti asas janji itu mengikat, asas kebebasan berkontrak, asas iktikad baik, pelarangan penyalahgunaan hak, dan semacamnya.²⁸ Asas-asas umum hukum itu adalah prinsip-prinsip abstrak hukum yang dirumuskan secara *a priori*, diterima dalam banyak sistem hukum dan berkembang dalam waktu yang lama dalam sejarah,²⁹ atau meminjam kalimat Gaillard, “berakar dalam banyak sistem hukum nasional yang teridentifikasi melalui studi perbandingan hukum.”³⁰ Beberapa ahli berpendapat bahwa dalam hal para pihak bersengketa tidak menentukan pilihan hukumnya sementara beberapa sistem hukum dalam kasus-kasus seperti itu memberikan kewenangan kepada para arbiter untuk memutus berdasarkan hukum atau berdasarkan kaidah-kaidah hukum yang mereka pandang sesuai, dalam kasus seperti ini pemilihan prinsip-prinsip umum hukum itu termasuk ke dalam pilihan hukum yang diberikan undang-undang kepada para arbiter. Dengan kata lain, keharusan arbiter untuk menentukan hukum atau kaidah hukum yang yang dipandang sesuai, dalam hal para pihak bersengketa tidak menentukan pilihan hukum mereka, termasuk ke dalam pengertian memutuskan sengketa berdasarkan hukum atau kaidah hukum yang dipandang layak.³¹ Jadi menurut mereka yang berpendapat seperti ini, pemutusan sengketa

²⁷ *Ibid.*, hlm. 52.

²⁸ Betaszczak dan Kolber, “General Principle of Law and Equity as a Basis for Decision Making in Arbitration,” *Comparative Law Review*, Vol. 15 (2013), hlm. 190, 191, dan 194.

²⁹ *Ibid.*, hlm. 190.

³⁰ Gaillard, “General Principles of Law in International Commercial Arbitration,” *World Arbitration & Mediation Review*, Vol. 5: 2 (2011), hlm. 162.

³¹ *Ibid.*, hlm. 166.

berdasarkan prinsip umum hukum adalah memutuskan perkara berdasarkan hukum itu sendiri. Dengan demikian berbeda dengan pemutusan sengketa secara *ex aequo et bono* yang merupakan ekstra legal.

Mengenai arbitrase berdasarkan keadilan (*arbitration in equity*) terdapat perbedaan pendapat mengenai pengertiannya. Menurut Professor Menezes Cordeiro, sebagaimana dikutip oleh António Sampaio Caramelo, terdapat dua pengertian *arbitration in equity* (arbitrase berdasarkan keadilan), yaitu:

1. dalam arti lemah: arbitrase dalam mana, meskipun dimulai dari ketentuan hukum yang berlaku, dibenarkan melakukan koreksi terhadap kekakuan peraturan umum hukum dalam menghadapi situasi konkret yang khusus;
2. dalam arti kuat: arbitrase dalam mana dilakukan penyisihan terhadap ketentuan hukum yang berlaku dan mencari solusi berdasarkan apa yang disebut keadilan dalam situasi konkret.³²

Mereka yang memegang arti pertama (arti lemah), jelas membedakan antara arbitrase *in equity* dan arbitrase *ex aequo et bono* karena arbitrase *ex aequo et bono* mengandung pemutusan sengketa secara ekstra legal (dengan mengesampingkan hukum positif) sementara arbitrase berdasarkan keadilan dalam arti lemah (pertama) tidak bersifat ekstra legal. Ada pula yang mengartikan arbitrase *in equity* sebagai upaya pengisian *gap* di kala terjadinya kekosongan hukum berdasarkan prinsip keadilan dan itu adalah bagian dari hukum itu sendiri, sementara pengertian *ex aequo et bono* adalah proses pembuatan keputusan berdasarkan prinsip-prinsip moral atau sosial yang berada di luar ranah dan wilayah hukum.³³ Lebih lanjut ada yang berpendapat bahwa perbedaan antara arbitrase berdasarkan keadilan dan *ex aequo et bono* terlalu dibesar-besarkan sehingga melupakan unsur bersama antara keduanya, yaitu upaya memberikan keadilan kepada para pihak. Bahkan bagi sebagian yang lain kedua pengertian itu tidak berbeda, melainkan sama.³⁴ Secara umum konsep tersebut menggambarkan arbitrase

³² António Sampaio Caramelo, "Arbitration in Equity and *Amiable Composition* under Portuguese Law," *Journal of International Arbitration*, Vol. 25: 5 (2008), hlm. 571.

³³ Trakman, "Ex Aequo et Bono," hlm. 627-628; Alexander J. Bělohávek, "Application of Law in Arbitration, *Ex Aequo et Bono* and *Amiable Compositeur*," *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration* (Huntington, New York: JuristNet, LCC, 2013), hlm. 41.

³⁴ Trakman, "Ex Aequo et Bono," hlm. 628. Beberapa ahli hukum Arab tidak membedakan istilah arbitrase *ex aequo et bono* (*at-tahkīm al-muṭlaq*) dan arbitrase *amiable*

berdasar keadilan sebagai suatu proses pemutusan kasus di mana arbiter dalam membuat keputusan mengenai kasus tersebut berusaha menemukan solusi yang adil dan patut.³⁵ Pencarian solusi yang adil tersebut bisa dilakukan di luar ketentuan hukum, seperti di dalam prinsip moral, sosial atau dengan melihat kondisi riil permasalahan dalam konteksnya di lapangan.

Selain dari dua istilah di atas, juga dikenal istilah *amiable composition* (persetujuan secara damai). Istilah ini dipakai secara bersamaan dalam UNCITRAL Arbitration Rules yang berbunyi, “Majelis arbiter memutuskan perkara sebagai *amiable compositeur* atau *ex aequo et bono* hanya jika para pihak memberi kewenangan secara tegas kepada majelis arbiter untuk melakukan demikian.”³⁶ Di sini para ahli juga berbeda pendapat antara yang memandang istilah *amiable composition* sama dengan *ex aequo et bono* dan yang memandangnya berbeda. Rubino-Sammartano memandang kedua istilah itu mempunyai pengertian berbeda dalam konteks sistem hukum Itali yang membedakan antara menyelesaikan sengketa (*amiable composition*) dan memutus sengketa (*ex aequo et bono*).³⁷ Bagi Rubino-Sammartano keputusan arbiter sebagai *amiable compositeur* bukanlah keputusan dalam arti sesungguhnya dan keseluruhan proses arbitrase kehilangan sifat perlawanannya, melainkan lebih merupakan *quasi*-keputusan.³⁸ Perbedaan itu dibuktikan oleh penggunaan kata “atau”, tidak “dan”, dalam UNCITRAL Arbitration Rules dimaksud. Tetapi yang lain menegaskan bahwa penyebutan kedua istilah tersebut dalam UNCITRAL Arbitration Rules bukan saja karena beberapa sistem hukum menggunakan satu atau yang lain dari istilah itu, tetapi juga karena beberapa sistem hukum membedakan antara keduanya, sehingga pembedaan istilah tersebut dalam UNCITRAL Arbitration Rules tidak relevan.³⁹ Penggunaan kedua istilah itu dalam UNCITRAL

composition (at-tahkīm bi aṣ-ṣulḥ). Para penulis dalam buku *at-Taḥkīm al-Muṭlaq fī asy-Syarī’ah wa al-Qānūn* tidak membedakan antara kedua istilah tersebut. Lihat misalnya al-Maḥmaṣānī, “Mizāt at-Taḥkīm al-Muṭlaq,” dalam Anonim, *at-Taḥkīm al-Muṭlaq fī Ḍau’ asy-Syarī’ah wa al-Qānūn* (Beirut: Ma’had Ṭarabulus al-Jāmi’ī li ad-Dīrāsāt al-Islāmiyyah, 1421/2000), hlm. 72.

³⁵ Begic, *Applicable Law*, hlm. 219.

³⁶ UNCITRAL Arbitration Rules, pasal 35.2.

³⁷ Begic, *Applicable Law*, hlm. 221.

³⁸ Bělohlávek, “Application of Law,” hlm. 30.

³⁹ Begic, *Applicable Law*, hlm. 222.

Arbitration Rules bertujuan agar dapat menampung berbagai sistem hukum yang menggunakan salah satu dari kedua istilah itu, bukan untuk membedakannya. Istilah *amiable composition* berasal dari konsep hukum Perancis. Dalam sistem hukum ini konsep tersebut menunjukkan pengertian sebagai suatu prosedur dalam mana para arbiter membuat keputusan berdasarkan hukum dan prinsip-prinsip hukum, tetapi mereka dapat mengubah akibat dari penerapan suatu peraturan hukum tertentu dalam kerangka mendapatkan keadilan. Sementara pembuatan keputusan berdasarkan keadilan hanyalah satu dimensi saja dari proses pembuatan keputusan tersebut, yaitu suatu proses pencarian hukum dan keadilan untuk memperoleh satu solusi yang seadil mungkin. Tetapi harus dicatat bahwa dalam berbagai doktrin dan sistem hukum yang berbeda, konsep asli ini telah mengalami transformasi dari pengertian aslinya dalam hukum Perancis.⁴⁰ Perlu dicatat bahwa Bělohávek yang dikutip di atas menyamakan antara konsep *ex aequo at bono* dan konsep arbitrase *in equity* (berdasarkan keadilan) dan membedakannya dengan konsep *amiable composition*.

Dari apa yang dikemukakan di atas dapat dilihat bahwa ada sejumlah istilah yang digunakan untuk menggambarkan kemungkinan pemberian keputusan arbitrase tanpa mengacu kepada peraturan-peraturan hukum. Hanya saja para ahli berbeda pendapat dalam merumuskan pengertian dan muatan istilah-istilah tersebut. Tetapi terlepas dari perbedaan dimaksud, pengesampingan ketentuan hukum dalam keputusan *ex aequo et bono* tidak dapat melanggar ketentuan hukum yang memuat ketertiban umum. Selain itu dalam berbagai peraturan arbitrase yang ada, penggunaan prinsip *ex aequo et bono* oleh arbiter harus diotorisasi oleh para pihak di dalam persetujuan arbitrase yang mereka buat.

Kemunculan dan Perkembangan Sikap terhadap Arbitrase *Ex Aequo Et Bono*

Bila dilihat dari perspektif historis, penggunaan arbitrase *ex aequo et bono* merupakan bentuk awal arbitrase yang muncul ke dalam sejarah. Penyelesaian sengketa berdasar prinsip ini telah ada sebelum sistem peradilan negara dikenal, bahkan sebelum negara itu sendiri ada. Dalam tahap perkembangan masyarakat yang masih primitif, penyelesaian

⁴⁰ Bělohávek, "Application of Law," hlm. 32.

sengketa dalam suatu suku berdasarkan keadilan adalah praktik yang umum berlaku dalam mana para pihak yang bersengketa mendatangi kepala suku atau orang bijak di kalangan suku itu untuk meminta penyelesaian perkara mereka. Kepala suku atau orang bijak tersebut memutuskan dengan pengetahuannya dan kemampuannya mengabstraksikan nilai-nilai keadilan di dalam masyarakatnya. Cara-cara ini kemudian dalam perkembangannya, ketika lahir berbagai keluarga besar hukum di dunia, mendapat pengaturan seksama melalui hukum dalam pengertian sesungguhnya demi memberi kepastian bagi pencari keadilan melalui institusi tersebut.⁴¹ Arbitrase kemudian menjadi arbitrase berdasarkan hukum, sedangkan arbitrase bebas tinggal sebagai sisa arbitrase masa lalu yang belum terjangkau oleh pengaturan melalui hukum.

Ketika diatur dalam hukum, terjadi perbedaan dalam berbagai sistem hukum mengenai pengaturan *tahkīm* tersebut. Ada kelompok negara-negara yang sistem hukumnya menganut dualisme arbitrase, yaitu menganut dua macam arbitrase yang dapat dilakukan: arbitrase berdasarkan hukum dan arbitrase *ex aequo et bono* yang keduanya diatur secara eksplisit dalam hukum. Termasuk ke dalam kategori ini adalah Perancis dan beberapa negara Eropa Kontinental serta negara-negara bekas jajahan Perancis termasuk sebagian besar negara-negara Arab.⁴² Indonesia juga termasuk ke dalam kelompok ini.⁴³ Ada pula negara yang menganut sistem *tahkīm* tunggal, tanpa membedakan antara *tahkīm* biasa (berdasarkan hukum) dan *tahkīm* bebas (berdasarkan keadilan dan kepatutan).⁴⁴ Tetapi dalam sistem ini lembaga arbitrase

⁴¹ ‘Abd al-Ḥamīd Al-Aḥḍab, “at-Taḥkīm bi aṣ-Ṣulḥ fi asy-Syar’ al-Islāmī,” dalam Anonim, *at-Taḥkīm al-Muṭlaq*, hlm. 183-184.

⁴² Pasal 39 ayat (4) Undang-Undang Mesir No. 27 Tahun 1994 Tentang *Tahkīm* menegaskan, “Apabila kedua pihak bersengketa menyepakati untuk mengotorisasi bertindak sebagai *amiable compositeur*, majelis arbitrase dapat memutuskan obyek sengketa berdasarkan kaidah keadilan dan kepatutan tanpa terikat kepada ketentuan hukum.”

⁴³ Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, pasal 56 ayat (1) menegaskan, “Arbiter atau majelis arbitrase mengambil putusan berdasarkan ketentuan hukum atau berdasarkan keadilan dan kepatutan.” Penjelasan ayat ini menegaskan bahwa apabila para pihak memberi kebebasan kepada arbiter untuk memberi putusan berdasarkan keadilan dan kepatutan, maka peraturan perundangan dapat dikesampingkan kecuali dalam beberapa kasus tertentu, hukum yang memaksa harus diterapkan dan tidak dapat disimpangi.

⁴⁴ Al-Aḥḍab, “at-Taḥkīm bi aṣ-Ṣulḥ,” hlm. 192-195.

tidak ditempatkan di bawah pembinaan dan pengawasan pengadilan, dan pengadilan tidak dapat campur tangan terhadapnya. Dengan demikian arbitrase biasa (berdasarkan hukum) dan arbitrase bebas (berdasarkan prinsip keadilan) dapat berkembang secara bergandengan tanpa hukum menguatkan salah satunya. Termasuk ke dalam kategori ini adalah arbitrase dalam sistem hukum Amerika.⁴⁵

Lebih lanjut terdapat sistem hukum yang menganut sistem arbitrase tunggal, yaitu arbitrase berdasarkan hukum dan tidak mengakui arbitrase bebas. Termasuk dalam kategori ini adalah sistem hukum Inggris, Wales, dan Irlandia Utara yang sangat keberatan dan bahkan bermusuhan dengan arbitrase bebas, kecuali setelah diberlakukannya Undang-Undang Arbitrase Tahun 1996. Sebelum lahirnya undang-undang ini, para hakim Inggris sangat terikat kepada gagasan bahwa para arbiter harus memutus perkara dengan menerapkan suatu sistem hukum yang dikenali dengan jelas. Namun karena ada keinginan untuk menjadikan London sebagai tempat yang menarik bagi pelaksanaan arbitrase internasional, sistem peraturan hukum mengenai arbitrase diperbaharui, antara lain dengan mengadopsi ketentuan-ketentuan dalam UNCITRAL Arbitration Rules.⁴⁶ Termasuk yang diadopsi secara samar adalah prinsip arbitrase bebas (*ex aequo et bono*). Gagasan ini termaktub secara implisit dalam pasal 46 ayat (1) yang berbunyi,

Majelis arbitrase memutus sengketa,

1. sesuai dengan hukum yang dipilih oleh para pihak sebagai hukum yang berlaku terhadap substansi sengketa, atau;
2. jika para pihak menyetujui, sesuai dengan pertimbangan-pertimbangan lain yang mereka setujui atau disetujui oleh majelis arbitrase.⁴⁷

Dalam pasal ini tidak ada disebutkan secara eksplisit arbitrase *ex aequo et bono*, tetapi beberapa pakar menganggap hal itu sudah termasuk secara implisit dalam pernyataan ayat (1) (b) bahwa majelis arbitrase dapat memutus berdasarkan pertimbangan-pertimbangan lain yang bisa mencakup pertimbangan prinsip *amiable composition* atau *ex aequo et bono*. Beberapa ahli lain berpendapat bahwa ayat tersebut sama sekali tidak menyatakan penggunaan arbitrase berdasarkan *equity* atau *ex aequo et*

⁴⁵ *Ibid.*, hlm. 195-200.

⁴⁶ Hilgard dan Bruder, "Unauthorized Amiable Compositeur?," hlm. 57-58.

⁴⁷ Arbitration Act 1996, pasal 46 ayat (1) (a) dan (b).

bono karena kedua istilah tersebut tidak pernah menjadi bagian dari sistem hukum dan praktik arbitrase Inggris.⁴⁸

Perlu dicatat bahwa hingga sekarang penggunaan prinsip *ex aequo et bono* tidak jarang dicap negatif atau disalahpahami atau bahkan keduanya karena dianggap bahwa tindakan memutus perkara berdasarkan pertimbangan apa yang adil dan baik itu adalah tindakan di luar hukum, atau lebih parah lagi, tindakan mengabaikan hukum. Ini menjadi sebab mengapa pihak-pihak baik swasta maupun pemerintah yang membuat persetujuan internasional menghindari penggunaan prinsip *ex aequo et bono* dalam penyelesaian sengketa mereka, sehingga perjanjian-perjanjian yang tidak mencantumkan secara eksplisit penggunaan asas ini tidak mungkin diproses *ex aequo et bono*. Tetapi perkembangan pesat dalam hubungan internasional yang ditandai dengan meningkatnya perselisihan investasi dan komersial menggugah kembali perhatian terhadap pentingnya asas *ex aequo et bono*. Tidak jarang para pihak dalam hubungan hukum mereka menemui sedikit atau tidak adanya hukum dalam permasalahan mereka atau menghadapi situasi ketidakpercayaan salah satu atau kedua pihak terhadap hukum atau penerapannya terhadap kasus yang mereka alami.

Selain itu kenyataan tumbuhnya kebutuhan untuk penyelesaian cepat dalam perselisihan di bidang hukum yang sedang tumbuh seperti hukum internet, hak kekayaan intelektual, perselisihan pemerintah versus investor membuat pakar-pakar terkemuka di bidang tersebut menjadi tumpuan harapan lebih besar untuk memberi penyelesaian melalui keahlian mereka daripada penerapan hukum konvensional di pengadilan formal. Juga kebutuhan untuk menjaga hubungan baik yang telah lama berkembang antara dua pihak, tetapi tetap tidak dapat dihindarkan adanya perbedaan kepentingan, membuat pilihan penggunaan *ex aequo et bono* lebih menguntungkan dibandingkan dengan berperkara menggunakan ketentuan hukum yang kaku yang dapat merusak hubungan baik tersebut. Oleh karenanya penerapan arbitrase *ex aequo et bono* semakin mendapat arti penting.⁴⁹

***Ex Aequo et Bono* dan Hukum Islam**

Terkait dengan hukum Islam dan asas *ex aequo et bono*, ada dua masalah berbeda yang harus dicermati. *Pertama*, masalah pemilihan

⁴⁸ Hilgard dan Bruder, "Unauthorized Amiable Compositeur?," hlm. 58.

⁴⁹ Trakman, "Ex Aequo et Bono," hlm. 622-624.

hukum syariah dalam arbitrase sebagai alternatif terhadap hukum positif yang berlaku, apakah ini dapat dikatakan sebagai bentuk penerapan asas *ex aequo et bono*? Kedua, masalah apakah hukum Islam sendiri mengakui asas *ex aequo et bono*?

1. Penerapan syariah dan arbitrase *ex aequo et bono*

Dapat tidaknya penerapan hukum Islam dalam arbitrase dikatakan sebagai bentuk arbitrase *ex aequo et bono* ditentukan oleh sistem hukum negara di mana arbitrase dilakukan. Apabila arbitrase dilakukan di negara di mana hukum Islam tidak diakui sebagai bagian dari sistem hukum yang berlaku, maka penerapan syariat Islam oleh arbiter atas otorisasi para pihak bersengkata atau atas pilihan para pihak sendiri dipandang sebagai bentuk arbitrase *ex aequo et bono*. Contohnya di negara-negara Barat yang memiliki komunitas minoritas muslim, misalnya di Inggris, Amerika, Canada, dan lain-lain. Masyarakat minoritas muslim di negeri-negeri tersebut tetap ingin hidup sesuai dengan ajaran agama yang mereka yakini, termasuk dalam penyelesaian sengketa yang terjadi di kalangan mereka. Untuk memenuhi keperluan ini banyak bermunculan di negara-negara tersebut badan arbitrase yang menerapkan syariah atas dasar arbitrase *ex aequo et bono*. European Council for Fatwa and Research (ECFR), sebuah asosiasi masyarakat muslim Eropa yang berkedudukan di Irlandia, dalam salah satu putusannya mendorong masyarakat muslim Eropa untuk menggunakan arbitrase berdasarkan prinsip syariah guna menyelesaikan sengketa yang terjadi di antara mereka sejauh tidak bertentangan dengan hukum yang berlaku dalam masyarakat setempat.⁵⁰ Namun memang pada sisi lain isu arbitrase syariah di negara-negara ini menjadi kontroversi yang mengundang perdebatan hangat.⁵¹

Di negara-negara Arab yang tidak menjadikan hukum syariah sebagai bagian dari sistem hukumnya, seperti Libanon misalnya, pemilihan syariah untuk menjadi hukum yang digunakan dalam penyelesaian sengketa melalui arbitrase juga dipandang sebagai arbitrase *ex aequo et bono*, karena syariah bukan hukum dalam pengertian ketat dari istilah hukum itu sendiri dan bukan bagian dari pranata hukum

⁵⁰ Putusan 32 (9/1) pada Sidang Rutin Ke-9 European Council for Fatwa and Research (ECFR) di Paris 1423/2002, butir 1.

⁵¹ Mengenai hal ini lihat Jessie Brechin, "A Study of the Use of Sharia Law in Religious Arbitration in the United Kingdom and the Concerns That This Raises for Human Rights," *Ecclesiastical Law Journal*, Vol. 15 (2013), hlm. 293-315.

yang diakui di negara tersebut. Tetapi dalam negara yang konstitusinya menyatakan bahwa syariat Islam adalah sumber hukum tertinggi, seperti beberapa negara Timur Tengah, maka arbitrase yang menggunakan hukum Islam bukan arbitrase *ex aequo et bono*, melainkan arbitrase biasa (arbitrase berdasarkan hukum).⁵²

Di Indonesia, apabila ada para pelaku bisnis syariah yang bersepakat mengajukan penyelesaian sengketa bisnis mereka ke lembaga penyelesaian sengketa konvensional seperti BANI dengan meminta para arbiter untuk menerapkan hukum syariah, maka ini menurut penulis adalah arbitrase biasa (arbitrase berdasarkan hukum), bukan arbitrase *ex aequo et bono*. Hal itu karena hukum Islam merupakan bagian integral dari sistem hukum Indonesia di mana banyak materi substantif hukum Islam diadopsi dalam sejumlah peraturan perundangan khususnya mengenai ekonomi dan bisnis syariah. Bahkan seandainya para pelaku bisnis syariah yang mengajukan penyelesaian perkara mereka ke badan arbitrase konvensional itu tidak memberi otorisasi kepada para arbiter untuk menggunakan hukum syariah, para arbiter tersebut, menurut penulis, tetap wajib menerapkan ketentuan hukum syariah untuk penyelesaian perkara bisnis syariah yang mereka tangani. Hal ini didasarkan kepada sifat dari kegiatan ekonomi dan bisnis Islam (syariah) itu sendiri termasuk tentunya penyelesaian sengketanya yang didasarkan kepada prinsip syariah. Lagi pula, hal itu sesuai dengan semangat yang terkandung dalam penjelasan pasal 56 ayat (1) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa yang menegaskan bahwa, “dalam hal arbiter tidak diberi kewenangan untuk memberikan putusan berdasarkan keadilan dan kepatutan, maka arbiter hanya dapat memberi keputusan berdasarkan kaidah hukum materiil sebagaimana dilakukan oleh hakim.” Bagaimana hakim memutuskan perkara sengketa ekonomi syariah berdasarkan hukum materiil? Penyelesaian sengketa bisnis syariah oleh hakim dilakukan di dan menjadi kewenangan Peradilan Agama,⁵³ dan hakim Pengadilan Agama menyelesaikan sengketa ekonomi syariah sesuai dengan ketentuan hukum Islam. Ini artinya para arbiter, sekalipun tidak diotorisasi oleh para pihak, juga

⁵² Wāfi, “*Taḥkīm asy-Syarī’ah al-Islāmiyyah fī Naẓar al-Qānūn al-Miṣrī wa al-Lubnānī*,” dalam Anonim, *at-Taḥkīm al-Muṭlaq*, hlm. 261-262.

⁵³ Ini sesuai dengan ketentuan pasal 49 UU No. 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama sebagaimana telah diubah oleh UU No. 3 Tahun 2006 Tentang Perubahan UU No. 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama.

wajib menyelesaikan sengketa ekonomi syariah sesuai dengan ketentuan hukum syariah (Islam) sebagaimana dilakukan oleh hakim di Pengadilan Agama.

2. Kedudukan asas *ex aequo et bono* dalam hukum Islam

Terkait masalah kedua, yaitu apakah hukum Islam sendiri mengakui doktrin *ex aequo et bono*, yakni apakah hukum Islam mengakui pembebasan arbiter dari menerapkan syariat Islam dalam arbitrase syariah, maka untuk masalah ini dapat dilihat dari beberapa sudut; baik dari teks-teks syariah sendiri, kaidah fikih, pendapat para fukaha, doktrin arbitrase modern, dan pendapat pemikir Muslim kontemporer. Dari sudut teks-teks syariah, terdapat sejumlah ayat dan hadis yang memberikan penekanan teologis kuat atas kewajiban mematuhi hukum syariah dan memperkecil walaupun tidak meniadakan peluang untuk menyisihkan ketentuan syariah dalam berbagai kegiatan ekonomi dan bisnis syariah termasuk penyelesaian sengketanya. Di antaranya ayat-ayat sebagai berikut:

- a. *Sesungguhnya kami telah menurunkan kepadamu al-Kitab (Al-Quran) dengan membawa kebenaran agar kamu memberi keputusan di antara manusia dengan apa yang telah diajarkan Allah kepadamu. (Q.S. an-Nisa [4]: 105).*⁵⁴
- b. *Dan tidaklah pantas bagi mukmin laki-laki dan perempuan apabila Allah dan Rasul-Nya telah menetapkan suatu ketetapan akan ada pilihan lain bagi mereka dalam urusan mereka. (Q.S. al-Ahzab [33]: 36).*
- c. *Kemudian Kami jadikan engkau (Muhammad) mengikuti suatu syariat mengenai urusan-urusan, maka ikutilah syariat itu dan janganlah engkau ikuti keinginan orang-orang yang tidak mengetahui (Q.S. al-Jatsiyah [45]: 18).*
- d. *Itulah batas-batas (hukum) Allah. Siapa yang taat kepada Allah dan Rasul-Nya, Dia akan memasukkannya ke dalam surga-surga yang mengalir di bawahnya sungai-sungai, mereka kekal di dalamnya. Itulah kemenangan yang agung. Dan siapa yang menentang Allah dan Rasul-Nya dan melanggar batas-batas hukum-Nya, niscaya Allah memasukkannya ke dalam api neraka; dia kekal di dalamnya dan dia akan mendapat azab yang menghinakan. (Q.S. an-Nisa [4]: 13-14).*

⁵⁴ Lihat juga Q.S. al-Maidah [5]: 44-50.

- e. Dalam hadis Nabi saw ditegaskan, “...*klausul apa pun yang tidak terdapat dalam kitab Allah adalah batal, sekalipun berjumlah seratus klausul.*”⁵⁵
- f. *Dalam Piagam Madinah yang dibuat oleh Nabi saw bersama orang-orang Muslim dan non-Muslim Madinah ditegaskan, “Dan masalah atau perselisihan apa pun yang terjadi di antara para penyepakat Piagam ini, maka penyelesaiannya dikembalikan kepada Allah azza wa jalla dan Muhammad Rasulullah saw.*”⁵⁶

Ayat dan hadis di atas serta sejumlah ayat dan hadis lainnya secara keseluruhan menekankan kewajiban mematuhi ketentuan syariah. Selain dari ayat dan hadis, terdapat pula kaidah-kaidah fikih yang menegaskan keharusan memberi keputusan itu sejalan dengan hukum syariah dan tidak menyimpanginya. Di antaranya kaidah, “Setiap keputusan yang bertentangan dengan *naş* (Al-Quran dan Hadis), ijmak, atau tidak berdasarkan dalil (syar’i), atau bertentangan dengan kaidah-kaidah fikih atau qiyas yang jelas, maka keputusan itu batal.”⁵⁷ Dalam kaidah fikih lainnya yang dibawakan oleh al-Manjūr (w. 995/1587), dinyatakan, “Keputusan hakim batal dalam empat hal: apabila bertentangan dengan ijmak, kaidah fikih, qiyas jali, dan *naş* yang *şarīh*.”⁵⁸ Kaidah-kaidah ini menunjukkan bahwa seorang hakim termasuk arbiter tidak mungkin membuat keputusan dengan mengesampingkan hukum syariah.

Hal itu semua membawa para fukaha di masa lampau membuat penegasan yang konsekuensinya tidak memberi peluang pemuatan sengketa *ex aequo et bono*, dalam arti menyisihkan hukum Islam dan membuat keputusan di luar kerangka norma syariah. Ibn ‘Abbās (w. 68/688), seorang Sahabat Nabi saw, menegaskan, “Barang siapa mengingkari hukum Allah, maka dia kafir; dan barang siapa tidak

⁵⁵ Hadis riwayat al-Bukhārī dan Muslim. Lihat al-Bukhārī, *Şaḥīḥ al-Bukhārī* (Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyyah, 1425/2004), hlm. 386-387, hadis no. 2155; Muslim, *Şaḥīḥ Muslim*, diedit Muḥammad Fu’ād ‘Abd al-Bāqī (Beirut: Dār al-Fikr li aṭ-Ṭibā’ah wa an-Nasyr wa at-Tauzī’, 1412/1992), I: 713, hadis no. 1504: 8.

⁵⁶ Ibn Hisyām, *as-Sīrah an-Nabawiyyah*, diedit Muşṭafā as-Saqā, Ibrāhīm al-Abyārī dan ‘Abd al-Ḥafīz Syalābī (Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyyah, 1428/2007), hlm. 202.

⁵⁷ Al-Maqqarī, *al-Kulliyāt al-Fiqhiyyah*, diedit Muḥammad Ibn al-Hādī Abū al-Ajfan (Tunis: ad-Dār al-‘Arabiyyah li al-Kitāb, 1997), hlm. 184.

⁵⁸ Al-Manjūr, *Syarḥ al-Manhaj al-Muntakhab ilā Qawā’id al-Mazhab*, diedit Muḥammad asy-Syaikh Muḥammad al-Amīn (Mekah: Dār ‘Abdillah asy-Syanqīṭī li aṭ-Ṭibā’ah wa an-Nasyr wa at-Tauzī’, t.t.), hlm. 147.

memutuskan perkara berdasarkan hukum Allah, tetapi Dia mengakuinya, maka dia zalim dan fasik.”⁵⁹ Abū al-Laiṣ as-Samarqandī (w. 375/985) menegaskan, “Sesungguhnya tidak boleh seseorang memutuskan hukum di antara dua orang [yang bersengketa] dengan hukum selain hukum Allah.”⁶⁰ Sementara itu Ibn Kaṣīr (w. 774/1373), ketika menafsirkan Q.S. al-Maidah [5]: 50, menegaskan, “Allah mengingkari orang yang keluar dari menerapkan hukum Allah ... dan mengambil berbagai pendapat dan pandangan yang dibuat tidak berdasarkan syariat Allah.”⁶¹ Apa yang dikemukakan di atas menunjukkan bahwa kecil sekali, bahkan tidak ada, peluang dalam doktrin hukum Islam untuk memberi keputusan hukum berdasarkan asas *ex aequo et bono*, dalam pengertian menyisihkan hukum syariah dan memberi keputusan berdasarkan prinsip lain.

Dalam doktrin *taḥkīm* syariah kontemporer, tidak tampak adanya peluang *taḥkīm* bebas (arbitrase *ex aequo et bono*) dalam pengertian mengabaikan hukum syariah dan mengambil hukum atau prinsip lain. Hal ini dapat dilihat dalam keputusan Akademi Fikih Islam Internasional OKI (Organisasi Kerjasama Islam). Keputusan ini mendefinisikan *taḥkīm* (arbitrase) dengan menyatakan, “*Taḥkīm* adalah kesepakatan dua pihak dalam suatu sengketa tertentu untuk menunjuk orang yang akan memberi penyelesaian sengketa mereka dengan

⁵⁹ Jārullāh Abū al-Qāsim Maḥmūd Ibn ‘Umar Az-Zamakhsyari, *al-Kasysyāf ‘an Ḥaqāiq Gawāmiḍ at-Tanzīl wa ‘Uyūn al-Aqāwīl fi Wujūb at-Ta’wīl*, diedit ‘Ādil Muḥammad ‘Abd al-Maujūd dan ‘Alī Muḥammad Mu’awwaḍ (Riyad: Maktabah al-‘Ubaikān Maktabat al-‘Ubaikān, 1418/1998), II: 243; Muḥammad Ibn Yūsūf Abū Ḥayyān, *Tafsīr al-Baḥr al-Muḥīṭ*, diedit ‘Ādil Muḥammad ‘Abd al-Maujūd dan ‘Alī Muḥammad Mu’awwaḍ (Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyyah, 1413/1993), III: 505; Ibrāhīm Ibn ‘Umar al-Biqā‘ī, *Nazm ad-Durar fi Tanāsub al-Āyāt wa as-Suwar* (Kairo: Dār al-Kitāb al-Islāmī, t.t.), VI: 146.

⁶⁰ Abū al-Laiṣ Naṣr Ibn Muḥammad Ibn Ahmad Ibn Ibrāhīm As-Samarqandī, *Tafsīr as-Samarqandī (Baḥr al-‘Ulūm)*, diedit ‘Alī Muḥammad Mu’awwaḍ, ‘Ādil Muḥammad ‘Abd al-Maujūd dan Zakariyyā ‘Abd al-Majīd an-Nūṭī (Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyyah, 1413/1993), II: 296.

⁶¹ Abū al-Fidā’ Ismā‘īl Ibn Kaṣīr, *Tafsīr al-Qur’ān al-‘Aẓim*, diedit Muṣṭafā as-Sayyid Muḥammad, dkk. (Kairo: Mu’assasah al-Qurṭubah li aṭ-Ṭab’ wa an-Nasyr wa at-Tauzī’ dan Maktabah Aulād asy-Syaikh li at-Turās, 1421/2000), VI: 251; lihat juga Muḥammad Sayyid Ṭanṭāwī, *at-Tafsīr al-Wasīṭ li al-Qur’ān al-Karīm* (Kairo: Maṭba’ah as-Sa’ādah, 1407/1986), VI: 246.

keputusan mengikat yang menerapkan syariat Islam.”⁶² *Tahkīm* yang tidak menerapkan hukum Islam bukanlah *tahkīm* yang syar’i.

Ketentuan dalam Peraturan Prosedur Badan Arbitrase Muamalat Indonesia (BAMUI) yang kini menjadi Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS) tidak sama sekali menyinggung arbitrase *ex aequo et bono*. Memang pasal 26 ayat (1) menegaskan, “Arbiter tunggal atau Arbiter Majelis harus memutus berdasar kepatutan dan keadilan sesuai dengan ketentuan hukum yang berlaku bagi perjanjian yang menimbulkan sengketa dan disepakati para pihak.”⁶³ Ungkapan “memutus berdasar kepatutan dan keadilan” dalam ayat tersebut berarti memutus *ex aequo et bono*. Tetapi dilihat dari bunyi keseluruhan ayat, yang dimaksud dengan ungkapan tersebut bukanlah keputusan *ex aequo et bono* sebagaimana lazimnya dipahami, yakni arbitrase bebas dengan tidak menerapkan ketentuan hukum yang berlaku, melainkan berdasarkan prinsip non-hukum. Maksud dari frasa berdasar kepatutan dan keadilan dalam ayat tersebut adalah agar keputusan yang diberikan dibuat dengan seadil-adilnya dan sesuai dengan kepatutan sebagaimana mestinya setiap keputusan.

Ketentuan hukum dalam Standar Syariah Nomor 32 yang dirumuskan oleh Dewan Syariah Accounting and Auditing of Islamic Financial Institutions (AAOIFI) juga cenderung tidak memberi peluang bagi arbitrase *ex aequo et bono*. Standar tersebut menegaskan, “Arbiter wajib menerapkan Syariat Islam, dan apabila arbiter dibatasi dengan hukum tertentu, ia wajib menghindari pelanggaran ketentuan Syariat.”⁶⁴ Ketentuan ini dengan jelas mewajibkan kepada arbiter untuk menggunakan hukum Islam dan dalam hal para pihak memilih menggunakan hukum lain, bilamana mereka bukan orang yang tunduk kepada hukum Syariah, maka arbiter harus menghindari pertentangan dengan Syariah. Ketentuan yang paralel dengan ini tidak ada dalam Peraturan Tahkim European Council for Fatwa and Research.

Akan tetapi dalam kedua peraturan arbitrase syariah modern ini, terdapat ketentuan yang merujuk kepada *tahkīm* bebas, yaitu angka 5.3 Fatwa ECFR dan angka 10:3 Standar Syariah Nomor 32. Ketentuan

⁶² Putusan-putusan Akademi Fikih Islam Internasional dapat dilihat dalam website resmi Akademi tersebut <http://www.ifa-aifi.org/2002.html> dan diterbitkan secara lengkap dalam az-Zuhāfi, *Mausū’ah*, IX: 612.

⁶³ Lihat Peraturan Prosedur BAMUI, pasal 26 ayat (1).

⁶⁴ Angka 9.4 Standar Syariah Nomor 32. Lihat Hai’ah al-Muḥāsabah, *al-Ma’āyir asy-Syar’iyah*, hlm. 433.

tersebut berbunyi, “Dalam *tahkīm* tidak diharuskan menerapkan hukum acara yang berlaku di pengadilan dan arbiter juga tidak harus mengikuti peraturan perundangan sepanjang tidak merupakan ketertiban umum.”⁶⁵ Ketentuan ini jelas sekali menegaskan pengakuan terhadap asas *ex aequo et bono* yang memberi peluang penyisihan (pengesampingan) hukum positif. Namun dalam hal ini jelas pula bahwa ketentuan hukum yang dikesampingkan itu, karena mengikuti prinsip *ex aequo et bono*, adalah kaidah hukum materiil dan formil konvensional dalam arti peraturan perundangan positif yang berlaku dalam suatu negara di mana umat Islam hidup, dan bukan ketentuan hukum syariah. Ketentuan Standar Syariah ini justru tampaknya ingin memberi peluang untuk menerapkan syariat Islam melalui otorisasi arbiter dalam akad *tahkīm* untuk mengesampingkan ketentuan hukum positif selama bukan merupakan ketertiban umum. Ketentuan ini tidak menyangkut penyisihan syariat Islam dalam *tahkīm* dengan menggunakan prinsip *ex aequo et bono*.

Apabila kita melihat dari sudut peraturan perundangan arbitrase Islam, kita dapat mengambil Undang-Undang Arbitrase Arab Saudi sebagai contoh. Undang-undang ini diterbitkan berdasarkan Ordonansi Kerajaan No. M/34 Tanggal 24 Jumadil Awal 1433 H (2012 M). Undang-undang ini dapat dipandang sebagai undang-undang arbitrase Islam dengan beberapa alasan, yaitu: *pertama*, berdasarkan sistem ketatanegaraan Arab Saudi, sebagaimana dinyatakan pada pasal 1 Undang-Undang Dasar Arab Saudi Tahun 1412 H, Kitab Allah swt dan Sunnah Rasul saw adalah supra-konstitusi yang menjadi sumber dan sekaligus batu uji bagi undang-undang dasar dan semua peraturan perundangan di Kerajaan tersebut. Semua peraturan perundangan di negara tersebut harus sesuai dengan syariat Islam. *Kedua*, pasal 2 Undang-Undang *Tahkīm* (Arbitrase) Arab Saudi sendiri menegaskan bahwa penerapan undang-undang tersebut tidak boleh mengurangi ketentuan-ketentuan syariat Islam. *Ketiga*, pasal 38 ayat (1) Undang-undang ini menegaskan bahwa penerapan hukum yang dipilih oleh para pihak atau dipilih oleh majelis arbiter sendiri, ketika para pihak tidak menentukan hukum yang wajib diterapkan, tidak boleh mengurangi ketentuan syariat Islam. *Keempat*, pasal 50 ayat (2) Undang-undang ini menyatakan bahwa hakim yang berwenang memeriksa gugatan

⁶⁵ Peraturan Arbitrase yang difatwakan oleh European Council for Fatwa and Research, angka 5.3. Lihat dalam al-Jadī (ed.), *al-Qarārāt*, hlm. 331; dan Standar Syariah Nomor 32 angka 10.3. dalam Hai'ah al-Muḥāsabah, *al-Ma'āyir asy-Syar'iyah*, hlm. 434.

pembatalan keputusan arbitrase menyatakan keputusan arbitrase batal apabila mengandung hal-hal yang bertentangan dengan syariat Islam. *Kelima*, pasal 55 ayat (2) menyatakan bahwa pengadilan yang berwenang tidak boleh mengeluarkan perintah eksekusi putusan *tahkīm* sebelum memastikan bahwa keputusan tahkim tersebut tidak mengandung hal-hal yang bertentangan dengan syariat Islam. Atas dasar alasan-alasan ini, maka Undang-undang *Tahkīm* Arab Saudi dapat dipandang sebagai undang-undang arbitrase Islam.

Terkait asas *ex aequo et bono*, pasal 38 ayat (2) Undang-undang ini menegaskan, “Apabila kedua pihak menyepakati secara tegas untuk mengotorisasi *tahkīm* bebas, maka majelis arbitrase dapat memutuskan dengan berdasarkan kaidah-kaidah keadilan dan kepatutan.”⁶⁶ Pasal ini jelas mengandung pengakuan terhadap asas *ex aequo et bono* dalam *tahkīm* (arbitrase) dengan ketentuan tidak boleh bertentangan dengan hukum Islam. Dengan demikian ketentuan ayat (2) ini juga harus dipahami dalam alur semangat yang sama, yakni arbitrase dengan menyisihkan ketentuan hukum positif (konvensional), bukan mengesampingkan hukum Islam, dan tidak boleh bertentangan dengan syariat Islam. Jadi seperti halnya ketentuan Fatwa ECFR dan Standar Syariah Nomor 32 yang disinggung di atas, penerapan asas *ex aequo et bono* dalam Undang-Undang Arbitrase Arab Saudi ini dapat diartikan mengesampingkan ketentuan hukum positif dan memberi peluang penerapan syariat Islam dalam *tahkīm*.

Dapatkah Syariat Islam dikesampingkan dalam arbitrase? Ini yang akan dijawab dalam uraian selanjutnya. Dari sudut pandang ahli-ahli hukum Islam modern, tampaknya mereka juga cenderung berpendapat bahwa penerapan asas *ex aequo et bono* tidak mengesampingkan hukum Islam. Hal ini dapat dilihat dalam penegasan Prof. Dr. Ra’fat ‘Uṣmān, misalnya, yang menyatakan,

“Tidak ada perbedaan antara *tahkīm* biasa dan *tahkīm* bebas [dalam syariat Islam], karena *tahkīm* adalah semacam pernyataan mengenai hukum syar’i tentang masalah yang diajukan. Apabila kita memerlukan suatu ketentuan hukum mengenai suatu masalah, kita harus tunduk kepada hukum syara’, dan tidak ada perbedaan antara *tahkīm* yang satu dengan *tahkīm* lain. Tidak ada dalam syara’ *tahkīm* bebas yang terlepas dari ikatan syara’.

⁶⁶ Ordonansi Kerajaan [Arab Saudi] Nomor M/34 Tahun 1433 H Tentang Undang-Undang Tahkim, pasal 38 ayat (2).

Setiap perkara atau perselisihan di antara dua orang atau lebih yang diperiksa, maka terhadapnya harus diterapkan ketentuan-ketentuan hukum syariah.”⁶⁷

Gālib Ṣubḥī al-Maḥmaṣṣānī dapat dipandang sejalan dengan pendapat di atas. Ia menegaskan, “Otorisasi yang diberikan kepada para arbiter untuk melakukan perdamaian tidak menjadikan *taḥkīm* dalam perspektif syariah menjadi *taḥkīm* bebas (*arbitrase ex aequo et bono*) dalam pengertian yang dikenal dalam hukum modern, tetapi tetap merupakan perjanjian perdamaian yang tunduk sepenuhnya kepada ketentuan syariah mengenai perdamaian.”⁶⁸ Ia juga menegaskan bahwa pemberian kewenangan kepada arbiter untuk melakukan arbitrase sebagai *amiable compositeur* dengan menerapkan asas keadilan dan kepatutan dalam syariat Islam tidak ada efeknya karena *naṣ-naṣ* Al-Qur’an dan as-Sunnah itu mengikat dan tidak dapat disimpangi.⁶⁹

Pada sisi lain terdapat juga pandangan yang melihat kemungkinan adanya peluang *taḥkīm* bebas dalam hukum Islam. Di antaranya adalah ‘Abd al-Ḥamīd al-Aḥḍab, guru besar Fakultas Hukum di Beirut dan sekretaris jenderal Badan Arbitrase Arab-Eropa. Menurutnya syariat Islam mengenal *taḥkīm amiable composition* dalam ayat 35 surat an-Nisa’ yang memerintahkan menghadirkan dua arbiter untuk menyelesaikan sengketa rumah tangga antara suami dan istri adalah tentang *taḥkīm* bebas. Pada ayat 58 dari surat yang sama yang memerintahkan memberikan keputusan dengan adil adalah menyangkut *taḥkīm* berdasarkan hukum. Tetapi kemudian al-Aḥḍab menyatakan bahwa sebenarnya hukum Islam tidak mengambil sikap yang tegas dalam hal perbedaan antara *taḥkīm* bebas (berdasarkan keadilan) dan *taḥkīm* biasa (berdasarkan hukum). Apalagi jika diingat bahwa hukum Islam pra-modern menetapkan ketentuan-ketentuan hukum untuk zamannya yang sulit diukur dengan hukum zaman sekarang.⁷⁰ Penegasan bahwa ayat 35 an-Nisa’ menyatakan *taḥkīm amiable composition (ex aequo et bono)* dalam arti sebagaimana dimaksud dalam hukum modern sulit diterima. Lebih logis apa yang dikemukakan al-Maḥmaṣṣānī di atas, yaitu bahwa perintah menghadirkan satu arbiter dari masing-masing pihak bukan

⁶⁷ ‘Uṣmān, “Wujūb at-Taḥkīm asy-Syarī’ah al-Islāmiyyah wa Wasā’iluhā,” dalam Anonim, *at-Taḥkīm al-Muṭlaq*, hlm. 284.

⁶⁸ Gālib Ṣubḥī Al-Maḥmaṣṣānī, “an-Nizām al-‘Āmm wa at-Taḥkīm al-Muṭlaq,” dalam Anonim, *at-Taḥkīm al-Muṭlaq*, hlm. 74.

⁶⁹ *Ibid.*, hlm. 75.

⁷⁰ Al-Aḥḍab, “at-Taḥkīm bi aṣ-Ṣulh,” hlm. 184-185.

untuk memberi keputusan hukum, melainkan lebih merupakan juru damai yang menengahi kedua suami-istri yang berselisih. Sedangkan ayat 58 dari surat yang sama menegaskan perintahkan agar membuat keputusan hukum dengan seadil-adilnya, bukan berarti menyisihkan hukum syariah untuk menerima prinsip keadilan dalam kerangka norma yang lain.

Barangkali lebih tepat dikatakan dalam hukum Islam dikenal arbitrase *in equity* dalam pengertian mengisi kekosongan hukum berdasarkan prinsip kepatutan dan kemaslahatan, bukan penyisihan hukum syariah. Sulit dibayangkan kebolehan mengabaikan hukum syariah karena hal itu akan membawa konsekuensi teologis yang mendalam. Terdahulu telah dikutip ayat-ayat dan hadis-hadis yang mewajibkan mematuhi hukum Allah dan Rasul-Nya. Namun pada sisi lain tidak diingkari pula kemungkinan adanya kekosongan hukum Islam dalam sejumlah kasus di mana untuk memutusnya diperlukan ijtihad hukum berdasarkan sarana yang ada dengan mengingat tujuan hukum itu sendiri, yaitu mewujudkan kemaslahatan dan keadilan. Penerapan prinsip kepatutan dan keadilan, lebih tepatnya dalam hukum Islam kemaslahatan, merupakan hal yang tidak terhindarkan. Hanya saja penerapan tersebut bukan ditujukan untuk menyisihkan hukum syariah, tetapi justru untuk mewujudkan tujuan hukum syariah (*maqāsid syarī'ah*) itu sendiri. Namun juga dalam hukum Islam tidak diingkari upaya koreksi terhadap kekakuan ketentuan hukum yang ada berdasarkan prinsip *istihsān*.

Memang telah menjadi kesepakatan para ahli hukum Islam bahwa setiap keputusan perkara menurut hukum Islam harus didasarkan kepada ketentuan Syariah. Apabila ketentuan yang ada tidak lagi menjawab tuntutan kemaslahatan dan keadilan, maka norma baru perlu digali melalui ijtihad. Norma hukum Islam sendiri dapat dibedakan dalam dua kategori, yaitu *pertama*, kumpulan norma yang langsung merupakan wahyu ilahi dan ini dibedakan lagi menjadi norma yang membentuk ketertiban umum syar'ī seperti larangan transaksi riba, larangan berbisnis dengan barang-barang dan jasa yang diharamkan, larangan mengurangi timbangan, wajib memenuhi janji, larangan monopoli dan menimbun barang, dan norma-norma yang tidak merupakan ketertiban umum syariah seperti larangan Nabi saw terhadap pengangkatan perempuan menjadi pemimpin (yang merupakan norma kondisional yang tidak lagi relevan pada masa kini). *Kedua* adalah kumpulan norma hasil ijtihad sezaman yang tentu saja

dapat dikoreksi melalui ijtihad baru yang lebih mencerminkan perwujudan *maqāṣid syarī'ah*.

Dalam teori hukum Islam (usul fikih) terdapat mekanisme bagaimana menerapkan *naṣ-naṣ* syariah (peraturan hukum syariah yang bersumber langsung dari Al-Quran dan as-Sunnah). Misalnya prinsip *istiḥsān* (kebijaksanaan hukum), yaitu mekanisme menyimpangi *naṣ* hukum (peraturan syariah yang berasal dari wahyu) berdasarkan pertimbangan kemaslahatan dan keadilan. Ini mirip dengan apa yang dalam hukum Anglosaksen dikenal dengan prinsip *equity*. Begitu pula para teoretisi hukum Islam telah mengembangkan teori *maṣlaḥat* sebagai tujuan hukum yang maksudnya adalah untuk mengatasi kekakuan peraturan hukum tertentu dalam menghadapi kasus tertentu di suatu waktu. Begitu pula ada konsep *maṣlaḥat mursalah* untuk mengisi kekosongan hukum. Dalam kaitan ini pernyataan terkenal dari Ibn Qayyim al-Jauziyyah (w. 728/1328) sering dikutip,

“Dasar dan asas syariah itu adalah kearifan dan kemaslahatan manusia di dunia dan di akhirat. Syariah itu secara keseluruhan adalah keadilan, rahmat, kemaslahatan, dan kearifan. Segala sesuatu yang keluar dari keadilan ke arah ketidakadilan, dari rahmat kepada sebaliknya, dari kemaslahatan kepada kemudharatan, dan dari kearifan kepada kebodohan bukanlah bagian dari syariah, meskipun dipaksa-paksa untuk dimasukkan ke dalamnya.”⁷¹

Selain itu terdapat pula teori perubahan hukum yang didukung oleh kaidah fikih, “Tidak diingkari perubahan hukum karena perubahan zaman, tempat dan keadaan.”⁷² Untuk suatu ketentuan hukum dapat diubah harus dipenuhi empat syarat, yaitu (1) ada tuntutan mendesak untuk berubah, (2) ketentuan hukum itu tidak menyangkaut ibadah *mahḍah*, (3) ketentuan hukum itu bukan ketentuan hukum yang *qat’i*, dan (4) ketentuan baru hasil perubahan harus berdasarkan suatu dalil syar’i.⁷³

⁷¹ Ibn Qayyim al-Jauziyyah, *I’lām al-Muwaqqi’īn ‘an Rabb al-‘Ālamīn*, diedit Abū ‘Ubaidah Masyhūr Ibn Ḥasan ‘Alī Salmān (Riyad: Dār Ibn al-Jauzī li an-Nasyr wa at-Tauzī’, 1433/1212).

⁷² Ṣāliḥ Ibn Gānim As-Sadlān, *al-Qawā’id al-Fiqhiyyah al-Kubrā wa Mā Tafarra’a ‘anhā* (Riyad: Dār Balansiyyah li an-Nasyr wa at-Tauzī’, 1417 H), hlm. 426.

⁷³ Syamsul Anwar, “Āliyyāt Iktisyāf al-Aḥkām asy-Syar’iyyah wa Tagayyuhā: Dirāsah Uṣūliyyah ma’a Isyārah Khāṣṣah ilā Isykāliyyat at-Tauqīt al-Islāmī,” dalam Amin Abdullah, dkk., *Min Jāmi’ah Sunan Kalijaga al-Islāmiyyah al-Ḥukūmiyyah ilā al-‘Ālam* (Yogyakarta: Idea Press Yogyakarta, 2017), hlm. 251.

Penggunaan semua mekanisme penerapan hukum syariah di atas, yang berupa prinsip kebijaksanaan hukum, mekanisme pengisian kekosongan hukum, dan prosedur perubahan hukum, dalam rangka proses keputusan arbitrase syariah oleh arbiter tidaklah dapat dikatakan sebagai arbitrase *ex aequo et bono* dalam pengertian penyisihan hukum syariah untuk mengambil prinsip lain di luar kerangka hukum. Arbitrase dengan menggunakan semua mekanisme penerapan hukum di atas adalah arbitrase berdasarkan hukum syariah itu sendiri, karena semua mekanisme di atas bagian dari teori hukum syariah.

Dari apa yang dikemukakan di atas dapat disimpulkan bahwa peluang untuk *tahkīm ex aequo et bono* kalau pun dikatakan ada, namun tidak dalam pengertian sebagaimana dalam hukum modern, tetapi dalam pengertian pengisian kekosongan hukum dan koreksi terhadap ketentuan hukum yang kaku. Jadi proses pemutusan sengketa tetap dimulai dari mempertimbangkan ketentuan-ketentuan syariah dan di mana diperlukan ketika terjadi kekosongan hukum syariah dilakukan ijtihad guna mengisi kekosongan tersebut dengan menggunakan mekanisme ijtihad yang ada. Atau juga dapat dilakukan ijtihad terhadap ketentuan hukum baru, demi keadilan dan kepatutan, apabila ketentuan hukum yang ada sudah tidak sesuai dengan kemaslahatan baru. Koreksi ini dilakukan melalui mekanisme *istihsān* yang ditentukan dalam teori hukum Islam (usul fikih). Atau bahkan juga, hal itu dapat dilakukan melalui ijtihad guna membuat suatu perubahan norma hukum sesuai dengan prosedur perubahan hukum.

Penutup

Dari uraian yang dikemukakan di atas kiranya dapat ditarik beberapa butir pandangan yang merupakan inti sari dari kajian ini:

1. Arbitrase *ex aequo et bono* (berdasarkan keadilan dan kepatutan) telah diterima dalam hukum modern dalam mana arbiter dapat menyisihkan peraturan hukum materil dan formil yang berlaku dan memeriksa serta memberi keputusan hukum atas sengketa berdasarkan pertimbangan prinsip-prinsip di luar kerangka hukum sepanjang untuk itu arbiter diberi otorisasi oleh para pihak. Akan tetapi terdapat peraturan pada beberapa badan arbitrase yang memegang asas sebaliknya, yaitu bahwa arbitrase memutus perkara secara *ex aequo et bono*, kecuali jika dikehendaki lain oleh para pihak.
2. Dalam berbagai sistem dan doktrin hukum di dunia terdapat beberapa istilah yang sebanding dengan arbitrase *ex aequo et bono*,

seperti arbitrase *amiable composition*, arbitrase *in equity*, arbitrase berdasarkan *general principles of law*; dan para ahli hukum berbeda pendapat mengenai arti istilah-istilah tersebut antara yang menyatakan bahwa semua istilah itu merujuk kepada konsep yang sama dan yang menyatakannya merujuk kepada konsep berbeda.

3. Di negara-negara yang tidak menjadikan hukum syariah sebagai bagian dari sistem hukumnya, penggunaan hukum syariah oleh arbiter untuk memberi keputusan hukum atas otorisasi dari para pihak dipandang sebagai bentuk arbitrase *ex aequo et bono*. Akan tetapi di negara-negara yang menjadikan hukum Islam sebagai bagian dari sistem hukumnya penggunaan hukum syariah merupakan arbitrase biasa (arbitrase berdasarkan hukum).
4. Arbitrase *ex aequo et bono* dalam pengertian menyisihkan ketentuan hukum syariah sendiri dengan mengambil suatu prinsip lain di luar ketentuan syariah tidak mendapat tempat dalam hukum Islam dan para ahli hukum Islam cenderung berpendapat bahwa tidak dimungkinkannya mengabaikan hukum Islam dalam pemberian keputusan hukum melalui arbitrase.

Daftar Pustaka

- ‘Alī, Jawwād. *al-Mufaṣṣal fī Tārīkh al-‘Arab Qabla al-Islām*. Beirut: Dār as-Sāqī, 1422/2001.
- Al-Aḥḍab, ‘Abd al-Ḥamīd. “at-Taḥkīm bi aṣ-Ṣulḥ fī asy-Syar’ al-Islāmī.” Dalam Anonim, *at-Taḥkīm al-Muṭlaq fī Da’u’ asy-Syarī’ah wa al-Qānūn*. Beirut: Ma’had Ṭarabulus al-Jāmi’i li ad-Dirāsāt al-Islāmiyyah, 1421/2000.
- Anwar, Syamsul. “‘Āliyyāt Iktisyāf al-Aḥkām asy-Syar’iyyah wa Tagayyuhā: Dirāsah Uṣūliyyah ma’a Isyārah Khāṣṣah ilā Isykāliyyat at-Tauqīt al-Islāmī.” Dalam Amin Abdullah, dkk. *Min Jāmi’ah Sunan Kalijaga al-Islāmiyyah al-Ḥukūmiyyah ilā al-‘Ālam*. Yogyakarta: Idea Press Yogyakarta, 2017.
- _____. “Integrasi dalam Hukum Islam Kontemporer: Studi dan Alih Bahasa Teks Standar Syariah tentang Tahkim.” Dalam Akh. Minkhaji dkk. *Antologi Hukum Islam*. Yogyakarta: Pascasarjana UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta: 2015.
- _____. “Tinjauan Usul Fikih terhadap Perkembangan Hukum Arbitrase Syariah Kontemporer.” Penelitian tidak diterbitkan. Yogyakarta: Fakultas Syariah dan Hukum, 2016.

- Al-‘Awwā, Fāṭimah Muḥammad. *‘Aqd at-Taḥkīm fī asy-Syarī’ah wa al-Qānūn: Dirāsah li Taqṅīn al-Fiqh al-Islāmī wa Ta’šīr at-Tasyrī’ li Majallah al-Aḥkām al-‘Adliyyah*. Beirut: al-Maktab al-Islāmī, t.t.
- Anonim. *at-Taḥkīm al-Muṭlaq fī Ḍau’ asy-Syarī’ah wa al-Qānūn*. Beirut: Ma’had Ṭarabulus al-Jāmi’ī li ad-Dirāsātal-Islāmiyyah, 1421/2000.
- Begic, Taida. *Applicable Law in International Investment Disputes*. Utrecht: Eleven International Publishing, 2005.
- Bělohávek, Alexander J. “Application of Law in Arbitration, *Ex Aequo et Bono* and *Amiable Compositeur*.” *Czech (č) Central European Yearbook of Arbitration*. Huntington, New York: JuristNet, 2013.
- Betaszczak dan Kolber. “General Principle of Law and Equity as a Basis for Decision Making in Arbitration.” *Comparative Law Review*, Vol. 15 (2013).
- Al-Biqā’ī, Ibrāhīm Ibn ‘Umar. *Naẓm ad-Durar fī Tanāsub al-Āyāt wa as-Suwar*. Kairo: Dār al-Kitāb al-Islāmī, t.t.
- Brechin, Jessie, “A Study of the Use of Sharia Law in Religious Arbitration in the United Kingdom and the Concerns That This Raises for Human Rights,” *Ecclesiastical Law Journal*, 15 (2013).
- Al-Bukhārī. *Ṣaḥīḥ al-Bukhārī*. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyyah, 1425/2004.
- Caramelo, António Sampaio. “Arbitration in Equity and *Amiable Composition* under Portuguese Law,” *Journal of International Arbitration*, Vol. 25: 5 (2008).
- Ad-Dūrī, Qaḥṭān ‘Abd ar-Raḥmān. *‘Aqd at-Taḥkīm fī al-Fiqh al-Islāmī wa al-Qānūn al-Waḍ’ī*. Amman: Dār al-Furqān li an-Nasyr wa at-Tawzī, 1422/2002.
- Falāh. *Daur at-Taḥkīm fī Faḍḍ al-Munāza’āt at-Tijāriyyah ad-Duwaliyyah*. disertasi Universitas al-Ḥājj Lakhḍar, Batnah, Aljazair Tahun Akademik 1435-1436/2014-2015.
- Gaillard. “General Principles of Law in International Commercial Arbitration.” *World Arbitration & Mediation Review*, Vol. 5: 2 (2011).
- Abū Ḥayyān, Muḥammad Ibn Yūsūf. *Tafsīr al-Baḥr al-Muḥīṭ*. Diedit ‘Ādil Muḥammad ‘Abd al-Maujūd dan ‘Alī Muḥammad Mu’awwaḍ. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyyah, 1413/1993.

Hilgard, Mark C. dan Bruder, Ana Elisa. "Unauthorized Amiable Compositeur?." *Dispute Resolution International*. Vol. 8 No. 1 (May 2014).

Ibn Hisyām. *as-Sīrah an-Nabawiyah*. Diedit Muṣṭafā as-Saqā, Ibrāhīm al-Abyārī dan 'Abd al-Ḥafīz Syalabī. Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyyah, 1428/2007.

<http://www.iifa-aifi.org/2002.html>.

Al-Islamiyyah, Hai'ah al-Muḥāsabah wa al-Murāja'ah li al-Mu'assasāt al-Māliyyah. *Al-Ma'āyir asy-Syar'iyah*. Manama, Bahrain: Hai'ah al-Muḥāsabah wa al-Murāja'ah li al-Mu'assasāt al-Māliyyah al-Islamiyyah, 1437/2015.

Al-Jadī', 'Abdullāh Ibn Yūsūf (ed.). *al-Qarārāt wa al-Fatāwā aṣ-Ṣādīrah 'an al-Majlis al-Ūrūbī li al-Iftā' wa al-Buḥūs*. Beirut: Mu'assasat ar-Rayyān li aṭ-Ṭibā'ah wa an-Nasyr wa at-Tauzī', 1434/2013.

Al-Jauziyyah, Ibn Qayyim. *I'lām al-Muwaqq'īn 'an Rabb al-'Ālamīn*. Diedit Abū 'Ubaidah Masyhūr Ibn Hasan Āl Salmān. Riyad: Dār Ibn al-Jauzī li an-Nasyr wa at-Tauzī', 1433/1212.

Kamus Hukum. Cet. ke-7. Bandung: Citra Umbara, 2016.

Ibn Kašīr, Abū al-Fidā' Ismā'īl. *Tafsīr al-Qur'ān al-'Azīm*. Diedit Muṣṭafā as-Sayyid Muḥammad, dkk. Kairo: Mu'assasah al-Qurṭubah li aṭ-Ṭab' wa an-Nasyr wa at-Tauzī' dan Maktabah Aulād asy-Syaikh li at-Turās, 1421/2000.

Khoidin. *Hukum Arbitrase Bidang Perdata*. Cet. ke-1. Yogyakarta: CV Aswaja Pressindo, 2013.

Al-Maḥmaṣānī, Gālib Ṣubḥī. "Mizāt at-Taḥkīm al-Muṭlaq." Dalam Anonim, *at-Taḥkīm al-Muṭlaq fī Ḍau' asy-Syarī'ah wa al-Qānūn*. Beirut: Ma'had Ṭarabulus al-Jāmi'ī li ad-Dirāsatal-Islāmiyyah, 1421/2000.

_____. "an-Nizām al-'Āmm wa at-Taḥkīm al-Muṭlaq." Dalam Anonim, *at-Taḥkīm al-Muṭlaq fī Ḍau' asy-Syarī'ah wa al-Qānūn*. Beirut: Ma'had Ṭarabulus al-Jāmi'ī li ad-Dirāsatal-Islāmiyyah, 1421/2000.

Majallat al-Aḥkām al-'Adliyyah. Beirut: al-Maṭba'ah al-Adabiyyah, 1302 H.

Al-Manjūr. *Syarḥ al-Manhaj al-Muntakhab ilā Qawā'id al-Mazhab*. Diedit Muḥammad asy-Syaikh Muḥammad al-Amīn. Mekah: Dār 'Abdillāh asy-Syanqīṭī li aṭ-Ṭibā'ah wa an-Nasyr wa at-Tauzī', t. t.

- Al-Maqqarī. *al-Kulliyāt al-Fiqhiyyah*. Diedit Muḥammad Ibn al-Hādī Abū al-Ajfan. Tunis: ad-Dār al-‘Arabiyah li al-Kitāb, 1997.
- Muslim. *Ṣaḥīḥ Muslim*. Diedit Muḥammad Fu’ād ‘Abd al-Bāqī. Beirut: Dār al-Fikr li at-Ṭibā’ah wa an-Nasyr wa at-Tauzī’, 1412/1992.
- Ordonansi Kerajaan Arab Saudi Nomor M/34 Tahun 143 H Tentang Undang-Undang *Taḥkīm*.
- Rahajoekoesoemah. *Kamus Belanda Indonesia*. Cet. ke-1. Jakarta: PT Rineka Cipta, 1995.
- Roebuck, Derek. *Ancient Greek Arbitration*. Oxford, UK: Arbitration Press, 2001.
- _____ dan de Fumichon, Bruno de Loynes. *Roman Arbitration*. Oxford, UK: Arbitration Press, 2004.
- As-Sadlān, Ṣāliḥ Ibn Gānim. *al-Qawā’id al-Fiqhiyyah al-Kubrā wa Mā Tafarra’a ‘anhā*. Riyad: Dār Balansiyyah li an-Nasyr wa at-Tauzī’, 1417 H.
- As-Samarqandī, Abū al-Laiṣ Naṣr Ibn Muḥammad Ibn Ahmad Ibn Ibrāhīm. *Tafsīr as-Samarqandī (Baḥr al-‘Ulūm)*. Diedit ‘Alī Muḥammad Mu’awwad, ‘Ādil Muḥammad ‘Abd al-Maujūd dan Zakariyyā ‘Abd al-Majīd an-Nūṭī. Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyyah, 1413/1993.
- Schreuer, Christoph. “Decision *Ex Aequo et Bono* Under ICSID Convention.” *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*. Vol. 11: 1, 01 Maret 1996.
- Sharma, Bharti. “A Critical Study on Power of ICJ to Decide a Case *Ex Aequo at Bono* Under Article 38(2).” *International Journal of Multidisciplinary and Academic Research (SIJMAR)*. Vol. 5, No. 2, April 2016.
- Subekti. *Aneka Perjanjian*. Cet. ke-10. Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1995.
- Sutiyoso. *Hukum Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa*. Yogyakarta: Gama Media, 2008.
- Ṭanṭāwī, Muḥammad Sayyid. *at-Tafsīr al-Wasīṭ li al-Qur’ān al-Karīm*. Kairo: Maṭba’ah as-Sa’ādah, 1407/1986.
- Trakman, Leon. “*Ex Aequo et Bono*: Demystifying an Ancient Concept.” *Chicago Journal of International Law*. Vol. 8, No. 2, 2008.
- Undang-Undang Mesir Nomor 27 Tahun 1994 Tentang *Taḥkīm*.
- Undang-Undang RI Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

Undang-Undang RI Nomor 3 Tahun 2006 Tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama.

Usmān. “Wujūb at-Taḥkīm asy-Syarī’ah al-Islāmiyyah wa Wasā’iluha.” Dalam Anonim, *at-Taḥkīm al-Muṭlaq fī Ḍau’ asy-Syarī’ah wa al-Qānūn*. Beirut: Ma’had Ṭarabulus al-Jāmi’ī li ad-Dirāsāt al-Islāmiyyah, 1421/2000.

Wāfī. “Taḥkīm asy-Syarī’ah al-Islāmiyyah fī Naẓar al-Qānūn al-Miṣrī wa al-Lubnānī.” Dalam Anonim, *at-Taḥkīm al-Muṭlaq fī Ḍau’ asy-Syarī’ah wa al-Qānūn*. Beirut: Ma’had Ṭarabulus al-Jāmi’ī li ad-Dirāsāt al-Islāmiyyah, 1421/2000.

Az-Zamakhsyari, Jārullāh Abū al-Qāsim Maḥmūd Ibn ‘Umar. *al-Kasasyāf ‘an Ḥaḡāiq Gawāmiḍ at-Tanzīl wa ‘Uyūn al-Aḡāwīl fī Wujūb at-Ta’wīl*. Diedit ‘Ādil Muḥammad ‘Abd al-Maujūd dan ‘Alī Muḥammad Mu’awwad. Riyad: Maktabah al-‘Ubaikān Maktabat al-‘Ubaikān, 1418/1998.

