

BAB I PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Allah menciptakan alam semesta beserta isinya dengan berbagai dimensi kehidupan yang menyertainya. Dalam dimensi kehidupan manusia tentu tidak terlepas dari keharusan berhubungan dengan manusia lainnya sebagai makhluk hidup sosial. Dalam melaksanakan interaksi antar sesama manusia inilah akhirnya menimbulkan hubungan sosial serta tidak terlepas pula dengan hubungan secara ekonomi. Dalam melaksanakan hubungan ekonomi tentu setiap orang menginginkan adanya keuntungan. Usaha untuk mencapai keuntungan ini disertai konsekuensi adanya resiko yang harus diterima. Semakin besar keuntungan yang diterima biasanya semakin besar resiko yang harus dihadapi. Dalam perjalanan sebuah usaha tidak selamanya akan berhasil dengan baik, dengan berbagai tantangan, hambatan dan persaingan yang semakin ketat, banyak usaha yang gagal mencapai keuntungan dan menderita kerugian. Masalah kerugian usaha ekonomi tentu menimbulkan masalah selanjutnya yaitu gagal bayar atas kewajiban atau hutang. Atas masalah gagal bayar atau hutang tersebut, yang memiliki kewajiban dan yang menuntut hak menginginkan penyelesaian secara damai.

Dalam perkembangannya mereka mempunyai keinginan yang sama yaitu ingin hidup dalam kondisi damai¹, bahagia dalam kemakmuran,

¹ Kondisi damai terjadi manakala kehidupan yang ganas telah dilepaskan, dan keadaan yang bebas memberi keamanan dan waktu luang, mengalihkan kekuatan mereka ke arah penonjolan diri-usaha untuk menghargai diri. G.W.F. Hegel, 2012, *Filsafat sejarah*, terjemahan dari *The Philosophy of History*, alih bahasa Cuk Ananta Wijaya, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, hlm.332-333.

kesejahteraan, keadilan, rasa aman serta dapat memenuhi kepentingan-kepentingannya dalam keserasian².

Dalam kenyataannya tidak semua masalah pemenuhan kewajiban bayar atau hutang dapat diselesaikan para pihak secara damai. Hal ini lebih rumit ketika kewajiban bayar atau hutang tersebut tidak hanya pada satu orang atau pihak saja, akan tetapi terhadap banyak orang atau pihak. Lebih rumit lagi jika ternyata subyek hukum yang harus memenuhi kewajiban bayar atau hutang tersebut bukan orang tetapi sebuah badan hukum. Hal-hal tersebut diatas yang menjadi awal tentang kepailitan. Kata “pailit” telah sering kita dengar. Banyak perusahaan maupun perorangan yang dinyatakan pailit oleh pengadilan karena tidak membayar utang-utangnya yang telah jatuh tempo.

Pembangunan hukum nasional dalam rangka mewujudkan masyarakat adil dan makmur berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 diarahkan pada terwujudnya sistem hukum nasional, yang dilakukan dengan pembentukan hukum baru, khususnya produk hukum yang dibutuhkan untuk mendukung pembangunan perekonomian nasional. Produk hukum nasional yang menjamin kepastian, ketertiban, penegakan, dan perlindungan hukum yang berintikan keadilan dan kebenaran diharapkan mampu mendukung pertumbuhan dan perkembangan perekonomian nasional, serta mengamankan dan mendukung hasil pembangunan nasional. Salah satu sarana hukum yang diperlukan dalam menunjang pembangunan perekonomian nasional adalah peraturan tentang kepailitan termasuk peraturan tentang penundaan kewajiban

² *Filsafat Hukum (Perkembangan & Dinamika Masalah)*, 2012, Rafika Aditama, Bandung, hlm.56.

pembayaran utang yang semula diatur dalam Undang-Undang tentang Kepailitan (Faillissements-verordening Staatsblad 1905:217 juncto Staatsblad 1906:348). Perkembangan perekonomian dan perdagangan serta pengaruh globalisasi yang melanda dunia usaha dewasa ini, dan mengingat modal yang dimiliki oleh para pengusaha pada umumnya sebagian besar merupakan pinjaman yang berasal dari berbagai sumber, baik dari bank, penanaman modal, penerbitan obligasi maupun cara lain yang diperbolehkan, telah menimbulkan banyak permasalahan penyelesaian utang piutang dalam masyarakat. Bahwa krisis moneter yang melanda negara Asia termasuk Indonesia sejak pertengahan tahun 1997 telah menimbulkan kesulitan yang besar terhadap perekonomian dan perdagangan nasional. Kemampuan dunia usaha dalam mengembangkan usahanya sangat terganggu, bahkan untuk mempertahankan kelangsungan kegiatan usahanya juga tidak mudah, hal tersebut sangat mempengaruhi kemampuan untuk memenuhi kewajiban pembayaran utangnya. Keadaan tersebut berakibat timbulnya masalah-masalah yang berantai, yang apabila tidak segera diselesaikan akan berdampak lebih luas, antara lain hilangnya lapangan kerja dan permasalahan sosial lainnya. Untuk kepentingan dunia usaha dalam menyelesaikan masalah utang-piutang secara adil, cepat, terbuka, dan efektif, sangat diperlukan perangkat hukum yang mendukungnya. Pada tanggal 22 April 1998 berdasarkan Pasal 22 ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 Dalam hal ihwal kegentingan yang memaksa, Presiden berhak menetapkan peraturan pemerintah sebagai pengganti undang-undang maka presiden telah menetapkan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-

Undang Nomor 1 Tahun 1998 tentang Perubahan Atas Undang-Undang tentang Kepailitan, yang kemudian berdasarkan Pasal 22 ayat (2) Undang-Undang Dasar 1945 Peraturan pemerintah itu harus mendapat persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat dalam persidangan yang berikut, maka ditetapkan menjadi Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998. Perubahan dilakukan oleh karena Undang-Undang tentang Kepailitan (Faillissements-verordenirng, Staatsblad 1905:217 juncto Staatsblad 1906:348) yang merupakan peraturan perundang-undangan peninggalan pemerintahan Hindia Belanda, sudah tidak sesuai lagi dengan kebutuhan dan perkembangan hukum masyarakat untuk penyelesaian utang-piutang. Perubahan terhadap Undang-Undang tentang Kepailitan tersebut di atas yang dilakukan dengan memperbaiki, menambah, dan meniadakan ketentuan-ketentuan yang dipandang sudah tidak sesuai lagi dengan kebutuhan dan perkembangan hukum dalam masyarakat, jika ditinjau dari segi materi yang diatur, masih terdapat berbagai kekurangan dan kelemahan. Putusan Pernyataan pailit mengubah status hukum seseorang menjadi tidak cakap untuk melakukan perbuatan hukum, menguasai, dan mengurus harta kekayaannya sejak putusan pernyataan pailit diucapkan. Syarat utama untuk dapat dinyatakan pailit adalah bahwa seorang Debitor mempunyai paling sedikit 2 (dua) Kreditor dan tidak membayar lunas salah satu utangnya yang sudah jatuh waktu. Dalam pengaturan pembayaran ini, tersangkut baik kepentingan Debitor sendiri, maupun kepentingan para Kreditornya. Dengan adanya putusan pernyataan pailit tersebut, diharapkan agar harta pailit Debitor dapat digunakan untuk membayar kembali seluruh utang Debitor

secara adil dan merata serta berimbang. Pernyataan pailit dapat dimohon oleh salah seorang atau lebih Kreditor, Debitor, atau jaksa penuntut umum untuk kepentingan umum. Kepailitan tidak membebaskan seorang yang dinyatakan pailit dari kewajiban untuk membayar utang-utangnya.

Undang-Undang baru tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang mempunyai cakupan yang lebih luas baik dari segi norma, ruang lingkup materi, maupun proses penyelesaian utang-piutang. Cakupan yang lebih luas tersebut diperlukan, karena adanya perkembangan dan kebutuhan hukum dalam masyarakat sedangkan ketentuan yang selama ini berlaku belum memadai sebagai sarana hukum untuk menyelesaikan masalah utang-piutang secara adil, cepat, terbuka, dan efektif. Beberapa pokok materi baru dalam Undang-Undang tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, ini antara lain: Pertama, agar tidak menimbulkan berbagai penafsiran dalam Undang-Undang ini pengertian utang diberikan batasan secara tegas. Demikian juga pengertian jatuh waktu. Kedua, mengenai syarat-syarat dan prosedur permohonan pernyataan pailit dan permohonan penundaan kewajiban pembayaran utang termasuk di dalamnya pemberian kerangka waktu secara pasti bagi pengambilan putusan pernyataan pailit dan/atau penundaan kewajiban pembayaran utang.

Pada tahun 1997 telah terjadi krisis ekonomi di Indonesia. Pengaruh gejolak ekonomi dan moneter tersebut diatas telah menimbulkan kesulitan perekonomian nasional yang sangat besar terutama terhadap kemampuan

dunia usaha dalam mengembangkan usahanya atau untuk mempertahankan kelangsungan kegiatan usahanya.

Lebih jauh lagi, gejala tersebut juga telah memberi pengaruh besar terhadap kemampuan dunia usaha untuk memenuhi kewajiban pembayaran mereka kepada para kreditornya.³

Krisis moneter membuat utang menjadi membengkak luar biasa sehingga mengakibatkan banyak sekali debitor tidak mampu membayar utang-utangnya. Disamping itu, kredit macet di perbankan Indonesia makin membumbung tinggi karena krisis moneter (sebelum krisis moneter, perbankan Indonesia telah menghadapi masalah kredit bermasalah atau *non-performing loans* yang memprihatinkan)⁴.

Terperosoknya nilai tukar rupiah setidaknya telah memunculkan efek negatif terhadap perekonomian nasional. Neraca pembayaran Negara menjadi negatif karena melonjaknya nilai tukar uang dalam valuta asing (valas). Utang perusahaan swasta dan pemerintah yang cukup besar telah memperberat beban neraca pembayaran, sementara kenaikan nilai ekspor sebagai akibat dari terdepresiasi rupiah tidak dapat segera dinikmati.

Kondisi krisis ekonomi tersebut mengakibatkan jumlah perusahaan dan perorangan yang tidak mampu membayar utang bukan main banyaknya. Ada ratusan bank yang dilikuidasi, dibekukan dan diambil alih oleh pemerintah melalui Badan Penyehatan Perbankan Nasional (BPPN). Berdasarkan data dari Badan Penyehatan Perbankan Nasional (BPPN) ada 28 bank yang dilikuidasi per 1 Nopember 1997 yaitu : Bank Andromeda, Bank Anrico, Bank Astria Raya, Bank Citrahasta Dharma Manunggal, Bank Dwipa Semesta, Bank Guna Internasional, Bank Harapan Sentosa, Bank Industri, Bank Jakarta, Bank Kosagraha Semesta, Bank Mataram Dhanarta,

³ Rachmadi Usman, *Dimensi Hukum Kepailitan di Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2004, hlm. 4

⁴ Sutedi Adrian, *Hukum Kepailitan*, Ghalia Indonesia, Bogor, 2009, hlm. 3

Bank Pasific, Bank Pinaesaan, Bank Umum Majapahit, Sejahtera Umum Bank, Bank Haga, South East Asia Bank, Bank Hokindo, Bank Kredit Asia, Bank Mega, Bank Mitra Perniagaan, Bank Subentra, Bank Utama, Bank Mestika, Bank Sinar Harapan Bali dan Bank Pengembangan Nasional.

Pencabutan itu diumumkan oleh Mensesneg Moerdiono, Menkeu Mari'e Muhammad, Menperindag Tunky Ariwibowo dan Gubernur Bank Indonesia Soedradjad Djiwandono di Gedung Utama Sekretariat Negara Jakarta pada hari Sabtu tanggal 1 Nopember 1997. Seluruh pencabutan itu dituangkan dalam Surat Menteri Keuangan RI No. Peng-86/MK/1997 tentang pencabutan usaha Bank Umum.

Penutupan bank-bank itu terhitung mulai Sabtu, 1 November 1997 pukul 13.00 WIB. Langkah ini semata-mata untuk menyehatkan sistem perbankan Indonesia. Untuk itu, pemerintah menyediakan dana Rp 2,3 trilyun sebagai dana talangan kepada para nasabah penyimpan dana di 16 bank itu. Jumlah yang akan diganti maksimal Rp 20 juta.

Kemudian ada juga 13 Bank dalam pengawasan Badan Penyehatan Perbankan Nasional (BPPN) per 4 April 1998 yaitu : Bank Dagang Negara Indonesia, Bank Exim, Bank Danamon, Bank Umum Nasional, Bank Tiara Asia, Bank Modern, Bank PDFCI, Bank BII, Bank LIPPO, Bank Niaga, Bank Bali, Bank Universal dan Bank Bumiputera.

Penutupan bank-bank tersebut yang merupakan paket reformasi ekonomi itu sebenarnya merupakan tuntutan dari IMF yang telah memberikan dana *bailout* sebesar USD 43 milyar disamping tuntutan

kepada pemerintahan rezim Suharto untuk menurunkan subsidi pangan dan energi serta menuntut Bank Indonesia untuk menaikkan iklim suku bunga.

Akan tetapi paket reformasi ekonomi tersebut gagal total. Penutupan bank-bank hasil kesepakatan dengan IMF telah memicu penarikan dana besar-besaran (*rush*) pada bank-bank lain. Industri perbankan selama tahun 1998 begitu hiruk-pikuk. Antrean panjang nasabah menyambut industri perbankan awal tahun 1998. Mereka benar-benar telah menempatkan kepercayaan pada bank di bawah telapak kaki. Milyaran rupiah ditarik dari dana nasabah di bank-bank yang lain sehingga membatasi kemampuan bank untuk memberikan pinjaman dan akhirnya banyak yang kolaps. Tindakan likuidasi tanpa memperhitungkan kepanikan nasabah, menjadi awal dari semua prahara perbankan itu.

Akibatnya, ada 38 bank yang dilikuidasi lagi oleh pemerintah per 13 Maret 1999 yaitu : Bank Aken, Bank Alfa, Bank Arya Panduarta, Bank Asia Pasific (Aspac), Bank Bahari, Bank Baja International, Bank Bepede Indonesia, Bank Budi International, Bank Bumi Raya Utama, Bank Central Dagang, Bank Ciputra, Bank Dagang dan Industri, Bank Dana Asia, Bank Danahutama, Bank Dewa Rutji, Bank Dharmala, Bank Ficorinvest, Bank Hastin International, Bank Indonesia Raya, Bank Indotrade, Bank Intan, Bank Kharisma, Bank Lautan Berlian, Bank Mashill Utama, Bank Metropolitan Raya, Bank Namura Internusa, Bank Orient, Bank Papan Sejahtera, Bank Pesona Kriyadana, Bank Sahid Gadjah Perkasa, Bank Sanho, Bank Sewu, Bank Sino, Bank Surya Perkasa, Bank

Tata, Bank Umum Servitia, Bank Uppindo dan Bank Yakin Makmur (Yama).

Untung ada jaminan atas simpanan nasabah, yang dikeluarkan pemerintah awal tahun 1998 juga. Kesulitan perbankan di satu sisi bisa tertolong karena tidak lagi harus dicecar nasabah panik. Namun demikian, jaminan itu tak kunjung bisa mengakhiri krisis perbankan yang sudah berkembang menjadi kronis.

Kata pailit berasal dari bahasa Prancis *failite* yang berarti kemacetan pembayaran. Secara tata bahasa, kepailitan berarti segala hal yang berhubungan dengan pailit.⁵

Istilah lain yang biasa digunakan ialah bangkrut. Hal tersebut mengacu hukum kepailitan negara Anglo Saxon yang menyebutnya *bankruptcy* yang berarti ketidakmampuan membayar utang. Kata *bankrupcy* tersebut kemudian diterjemahkan bangkrut dalam Bahasa Indonesia.⁶

Pengertian pailit tidak sama dengan bangkrut, karena bangkrut berarti ada unsur keuangan yang tidak sehat dalam suatu perusahaan. Selain itu, bangkrut lebih cenderung pada kondisi dimana suatu perusahaan mengalami kerugian secara terus menerus yang memungkinkan perusahaan itu gulung tikar, sehingga unsur utama dari kebangkrutan ialah kerugian.⁷

Perlu diketahui bahwa pailit bisa terjadi pada perusahaan yang kondisi keuangannya sehat, perusahaan tersebut dipailitkan karena tidak membayar utang yang telah jatuh tempo dari salah satu atau lebih kreditornya. Jadi, unsur utama dari kepailitan ialah adanya utang.

Secara etimologi istilah kepailitan berasal dari kata *pailit*. Kata kunci dari kepailitan adalah *utang, yang telah jatuh tempo dan dapat ditagih serta wajib untuk dibayar*. Jadi kepailitan dan utang seperti dua sisi dari mata

⁵ <http://djkan.depkeu.go.id>

⁶ Sentosa Sembiring, 2006. *Hukum Kepailitan dan Peraturan PerUndang-Undangan yang Terkait dengan Kepailitan*. Bandung : Nuansa Aulia. Hal 11.

⁷ Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional RI. <http://pusatbahasa.diknas.go.id/kbbi>

uang yang tidak dapat dipisahkan satu sama lain. Oleh karena itu pengertian kepailitan dan utang perlu dimuat dalam satu undang-undang kepailitan sebagai acuan formal yang mengikat masyarakat secara umum.

Istilah pailit berasal dari bahasa Belanda, *failliet* yang memiliki arti ganda yaitu sebagai kata benda dan sebagai kata sifat. Istilah *failliet* sendiri berasal dari bahasa Perancis yaitu *Failite* yang berarti pemogokan atau kemacetan pembayaran. Sedangkan orang yang mogok dan berhenti membayar dalam bahasa Perancis disebut *Le Faili*. Kata kerja *Failliet* artinya *gagal*. Sedangkan dalam bahasa Inggris dikenal dengan kata *to fail*, dengan arti yang sama. Untuk bahasa Latin istilah pailit disebut dengan *Failure*.

Menurut Subekti dan R Tjitrosoedibio⁸, Pailit adalah keadaan dimana seorang debitor telah berhenti membayar utang-utangnya. Setelah orang yang demikian atas permintaan para kreditornya atau atas permintaan sendiri oleh pengadilan dinyatakan pailit maka harta kekayaannya dikuasai oleh Balai Harta Peninggalan selaku curatrice (pengampu) dalam urusan kepailitan tersebut untuk dimanfaatkan bagi semua kreditor.

Sedangkan menurut Abdurrachman menyatakan bahwa; Pailit atau bangkrut adalah seseorang yang oleh suatu pengadilan dinyatakan bangkrut dan yang aktivanya atau warisannya telah diperuntukkan untuk membayar utang-utangnya⁹.

Dengan demikian Abdurrachman menyamakan istilah pailit dan bangkrut adalah sama. Istilah bangkrut memang lebih sering diucapkan dalam kehidupan sehari-hari dan lebih familier ketimbang istilah pailit. Istilah bangkrut dalam bahasa Inggris disebut *bangkrupt*. Kebangkrutan seseorang bukanlah merupakan kematian hak-hak keperdataannya. Hak-hak keperdataannya secara hukum tetap dihargai dan diakui.

⁸ Subekti dan R. Tjitrosoedibio, 1978, *Kamus Hukum*, Pradya Pramita, Jakarta, hlm. 89

⁹ Abdurrachman, 1991, A, *Ensiklopedia Ekonomi, Keuangan dan Perdagangan*, Pradya Pramita, Jakarta, hlm. 303

Selanjutnya menurut Henry Campbell Black menyatakan bahwa; *Bangkrut is the state or condition of a person (individual, partnership, corporation, municipality) who is unable to pay its debt as they are, or became due*¹⁰. Menurut Henry Campbell Black pengertian bangkrut/pailit dikaitkan dengan *ketidak mampuan* untuk membayar utang. Jadi bukan karena *ketidak mauan* untuk membayar dari debitor atas utang-utangnya yang telah jatuh tempo. Ketidak mampuan tersebut harus disertai dengan tindakan nyata yaitu mengajukan permohonan pailit kepada pengadilan niaga, baik atas inisiatif debitor maupun atas permintaan dirinya sendiri.

Sedangkan arti kata pailit dalam bahasa Arab adalah *falasa* (kata kerja), *aflas* (*superlative degree*) dan *fuluus* (bentuk *masdar* atau *infinitive*). Seseorang dikatakan pailit jika sebelumnya ia memiliki uang (*dirham*) banyak kemudian uang tersebut habis. Jika lafal *falasa* diganti dengan *alfanasa* (*laam* diganti dengan *nun*) maka ini berarti *kefakiran yang sangat*. Dalam kamus *al-Muhiith*, *al Falasa* bentuk jamaknya adalah *aflasa* dan *fuluusan*, yang artinya adalah seseorang dikatakan pailit jika ia tidak memiliki harta lagi. Dengan demikian pailit pada hakekatnya adalah perubahan seseorang dari kehidupan yang tadinya mudah (memiliki harta) menjadi kehidupan yang susah karena ia sudah tidak memiliki harta lagi dan Hakim menetapkannya sebagai orang yang pailit¹¹.

Terdapat beberapa pengertian kepailitan menurut ahli hukum Islam yaitu :

¹⁰ Henry Campbell Black, 1990, *Black's Law Dictionary*, Sixth edition, St. Paul; West Publishing Co., p. 147

¹¹ Abdul Ghafar Sholih, 1980, *Al Aflaas fi al-Syari'ah al-Islamiyah, Diraasah Muqaaranah*, As Sa'adah, Mesir, Cairo, p. 87

Pertama, *ungkapan tentang kondisi seorang debitor yang tidak dapat membayar utangnya secara lazim.*

Kedua, dikatakan pailit karena *jumlah utangnya jauh melebihi jumlah hartanya* atau dalam ungkapan lain *seorang yang seluruh hartanya tidak cukup untuk membayar utangnya.*

Ketiga, Kepailitan adalah *larangan yang dikeluarkan seorang hakim terhadap debitor pailit untuk tidak mengelola hartanya, seperti di dalam .rahn* (harta seseorang yang menjadi jaminan atas perikatannya)¹².

Sedangkan menurut *Uniform Commercial Code* negara Amerika Serikat menentukan seseorang dianggap *insolvent* baik dalam keadaan berhenti membayar atau tidak dapat membayar utangnya yang telah jatuh tempo (*equity test*) atau *insolvent* sebagaimana yang dimaksudkan dalam *Federal Bankruptcy Law*, yaitu *balance sheet test*¹³.

Sebagai suatu persyaratan yang harus digunakan untuk menentukan apakah debitor dapat dinyatakan pailit atau tidak dapat dinyatakan pailit, Jerman menggunakan *balance sheet test*¹⁴ dan Perancis menggunakan *liquidity test*¹⁵.

Pengertian pailit merujuk aturan lama yaitu pasal 1 ayat (1) Peraturan Kepailitan atau Faillissement Verordening Staatsblad 1905-217 jo 1906-348 menyatakan bahwa; *setiap berutang (debitur) yang ada dalam keadaan berhenti membayar, baik atas laporan sendiri maupun atas*

¹² Siti Anisah, 2008, *Perlindungan Kepentingan Kreditor dan Debitor dalam Hukum Kepailitan di Indonesia*, Total Media, Yogyakarta.

¹³ Richard A. Mann & Michael J. Phillips, Juni 1985, *The Reclaiming Cash Seller and the Bankruptcy Code*, 39 Sw, L.J. 603, hlm. 638.

¹⁴ Untuk memahami lebih lanjut perkembangan Undang- undang Kepailitan di Jerman Lihat Klaus Kamlah, 1996, *The New German Insolvency Act : Insolvenzordnung*, 70 Am. Bankr. L.J. 417

¹⁵ Richard L. Koral & Marie-Christine Sordino, 1996 *The New Bankruptcy Reorganization Law In France : Ten Years Later*, 70 Am. Bankr. L.J. 437

permohonan seseorang atau lebih berpiutang (kreditur), dengan putusan hakim dinyatakan dalam keadaan pailit.

Ini agak berbeda pengertiannya dengan ketentuan yang baru yaitu dalam lampiran UU Nomor 4 Tahun 1998 pasal 1 ayat (1) yang menyebutkan; *debitor yang mempunyai dua atau lebih kreditor dan tidak membayar sedikitnya satu utang yang telah jatuh waktu dan dapat ditagih, dinyatakan pailit dengan putusan Pengadilan yang berwenang sebagaimana dimaksud dalam pasal 2, baik atas permintaan seorang atau lebih krediturnya.*

Sedangkan pengertian pailit menurut undang-undang terbaru yaitu UU Kepailitan Nomor 37 Tahun 2004 adalah : *sita umum atas semua kekayaan debitor pailit yang pengurusan dan pemberesannya dilakukan oleh Kurator dibawah pengawasan Hakim Pengawas sebagaimana diatur dalam Undang undang ini (pasal 1 ayat (1)).*

Pengertian pailit sebagaimana disebutkan dalam isi pasal 1 ayat (1) Undang undang Kepailitan Nomor 4 Tahun 1998 tersebut dalam undang undang Kepailitan Nomor 37 Tahun 2004 dimasukkan kedalam bagian satu yang mengatur tentang syarat untuk dapatnya dijatuhi kepailitan sebagaimana diatur dalam pasal 2 ayat (1) yang berbunyi; *debitor yang mempunyai dua atau lebih kreditor dan tidak membayar lunas sedikitnya satu utang yang telah jatuh waktu dan dapat ditagih, dinyatakan pailit dengan putusan pengadilan, baik atas permohonannya sendiri maupun atas permohonan satu atau lebih kreditornya.*

Dilihat dari beberapa arti kata atau pengertian kepailitan tersebut diatas maka sebenarnya esensi kepailitan secara singkat dapat dikatakan

sebagai *sita umum atas harta kekayaan debitor baik yang ada pada waktu pernyataan pailit maupun yang diperoleh selama kepailitan berlangsung untuk kepentingan pembayaran utang seluruh kreditor melalui putusan Pengadilan Niaga yang pengurusan dan pemberesannya dilakukan oleh Kurator dengan pengawasan oleh Hakim Pengawas yang ditunjuk oleh Pengadilan Niaga.*

Sedangkan awal dari hukum kepailitan sendiri menurut para sejarawan telah diatur didalam hukum Romawi sejak tahun 118 SM (Sebelum Masehi)¹⁶. Dengan kata lain, sejarah hukum kepailitan sudah bermula lebih dari 2.000 tahun. Pada zaman Romawi, apabila seseorang debitor tidak dapat melunasi utangnya maka pribadi debitor secara fisik yang harus bertanggung jawab.

Mendekati abad ke-2 Masehi, perbudakan debitor telah dihapuskan oleh kerajaan Romawi. Hukuman penjara terhadap debitor masih terus tetap berlangsung, namun kreditor tidak boleh memanfaatkan debitor yang dipenjarakan sebagai pelayan. Debitor hanya dapat ditahan sebagai jaminan utang sampai ada keluarga atau temannya yang bersedia untuk melunasi utang-utangnya. Dalam sistem hukum di Indonesia yang diambil dari negeri Belanda, lembaga menahan debitor sebagai jaminan utang juga dikenal yaitu apa yang disebut dengan *gijzeling* (penyanderaan).

Dalam perkembangannya, eksekusi sehubungan dengan cidera janji (wanprestasi) debitor terhadap pembayaran utangnya bukan lagi dilakukan

¹⁶ Epstein, David G., Steve H. Nickles., James J. White, 1993, *Bankruptcy*, St. Paul, Minn: West Publishing Co,

terhadap jasmaninya, tetapi terhadap harta kekayaannya. Penjualan harta debitor itu dipakai sebagai sumber pelunasan bagi utang-utangnya kepada para kreditor.

Dikenal adagium yang disebut *missio in bona* yang artinya bahwa harta kekayaan debitor dapat dijual untuk melunasi utang mereka kepada para kreditornya (*venditio bonorum*). Pembelinya (*bonorum emptor*) adalah seseorang yang memperoleh hak atas harta kekayaan debitor berdasarkan asas umum yang berkaitan dengan pelunasan utang terhadap kekayaan debitor tersebut.

Dari hasil penjualan harta kekayaan tersebut debitor akan melunasi utang-utangnya itu secara proporsional sesuai dengan besar kecilnya tagihan masing-masing kreditor. Asas umum yang menjadi dasar adalah asas yang menyatakan bahwa *setiap utang harus selalu dapat ditagih oleh kreditor dan harus dilunasi oleh debitor*. Selain itu, juga berlaku asas yang menyatakan bahwa *segala harta kekayaan debitor, baik yang telah ada maupun yang akan ada di kemudian hari, menjadi jaminan utang-utangnya kepada kreditornya*.

Kepailitan kini menjadi tren penyelesaian sengketa utang piutang yang paling banyak diminati karena dirasa lebih cepat sehingga hak para kreditor lebih terjamin.

Di Indonesia peraturan mengenai kepailitan diatur dalam Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang atau lebih dikenal dengan Undang-Undang Kepailitan (UUK). Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 Tentang

Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang merupakan penyempurnaan dari Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998. Undang-Undang tersebut perlu dikeluarkan karena perkembangan perekonomian yang semakin pesat sehingga semakin banyak permasalahan utang piutang yang timbul di masyarakat. Oleh karena itu, perlu diatur cara penyelesaian masalah utang piutang secara adil, cepat, terbuka, dan efektif. Dalam undang-undang tersebut kepailitan diartikan sebagai sita umum atas semua kekayaan Debitor Pailit yang pengurusan dan pemberesannya dilakukan oleh Kurator di bawah pengawasan Hakim Pengawas sebagaimana diatur dalam Undang-Undang ini.¹⁷

Kepailitan berawal dari debitor yang ternyata tidak melunasi utang pada waktunya karena suatu alasan tertentu, berakibat harta kekayaan debitor, baik yang bergerak maupun tidak bergerak, baik yang telah ada maupun yang akan ada di kemudian hari, yang menjadi agunan atas utangnya dapat dijual untuk menjadi sumber pelunasan utang-utangnya. Harta kekayaan debitor yang menjadi agunan tersebut tidak hanya digunakan untuk membayar utangnya, tetapi juga menjadi agunan bagi semua kewajiban lain yang timbul karena perikatan-perikatan lain maupun kewajiban yang timbul karena Undang-Undang, hal ini diatur dalam Pasal 1131 KUHPerdata.¹⁸

Keadaan sebagaimana tersebut di atas pernah dialami oleh sebagian besar para pelaku usaha di Indonesia. Krisis moneter yang terjadi sejak pertengahan tahun 1997 telah menimbulkan kesulitan yang besar terhadap perekonomian nasional khususnya dunia usaha. Kemampuan dunia usaha dalam mengembangkan kegiatannya menjadi sangat terganggu, terutama untuk memenuhi kewajiban pembayaran utang mereka. Keadaan ini telah melahirkan akibat berantai, dan apabila tidak segera diselesaikan akan

¹⁷ Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004

¹⁸ Sutan Remy Sjahdeini. 2002. *Hukum Kepailitan: Memahami Faillissementsverordening Juncto Undang-Undang No. 4 Tahun 1998*. Jakarta : Grafiti Hal 5

menimbulkan dampak yang lebih luas, antara lain hilangnya kesempatan kerja dan timbulnya kerawanan sosial lainnya. Akibat lainnya banyak perusahaan Indonesia yang terpaksa berutang kepada kreditor luar negeri, tetapi perusahaan tersebut ternyata tidak mampu membayar hutang kepada krediturnya saat jatuh tempo.

Ketika kewajiban itu tidak dapat dipenuhi maka salah satu solusi dari masalah ini ialah dipailitkan. Namun, sayangnya Indonesia pada saat itu hanya mempunyai *Faillissements Verordening* sebagai satu-satunya peraturan yang mengatur tentang kepailitan. Pengaturan kepailitan dalam *Faillissements Verordening* tersebut dirasa tidak memadai lagi dengan situasi saat itu karena kurang memberikan keseimbangan kepada debitor dan kreditor dalam menghadapi kepailitan, memberikan kepastian proses, baik menyangkut waktu, tata cara, tanggung jawab pengelolaan harta pailit, forum yang lebih profesional dan lain-lain. Atas desakan dari para kreditor luar negeri pemerintah Indonesia akhirnya mengeluarkan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu) Nomor 1 Tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-Undang Kepailitan (*Faillissements Verordenin*) yang diundangkan pada tanggal 22 april 1998 melalui Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 87/1998 dan berlaku secara efektif 120 hari terhitung sejak tanggal diundangkannya yaitu tanggal 20 Agustus 1998. Perpu tersebut kemudian disahkan menjadi Undang-Undang Nomor 4/PRP/1998. Maksud dari pembentukan Perpu ini adalah berusaha mengatasi gejolak-gejolak moneter beserta akibat yang berat terhadap perekonomian Indonesia saat itu yang berpengaruh besar pada

kemampuan dunia usaha dalam hal kewajiban pembayaran utang mereka. Penyempurnaan terhadap Undang-Undang Kepailitan tersebut juga dimaksudkan untuk mewujudkan penyelesaian masalah utang piutang secara cepat, adil, terbuka, dan efektif, diantaranya dengan membentuk Pengadilan khusus untuk menyelesaikan perkara kepailitan, yaitu Pengadilan Niaga.¹⁹

Kepailitan berhubungan erat dengan ketidakmampuan untuk membayar dari seorang debitor atas utang-utangnya yang telah jatuh tempo sebagaimana yang sudah penulis sampaikan di atas tadi. Ketidakmampuan tersebut harus disertai suatu tindakan nyata untuk mengajukan, baik yang dilakukan secara sukarela oleh debitor sendiri, maupun atas permintaan pihak ketiga. Maksud dari pengajuan permohonan tersebut sebagai bentuk pemenuhan asas publisitas dari keadaan tidak mampu membayar. Tanpa adanya permohonan tersebut ke Pengadilan, maka pihak ketiga yang berkepentingan tidak akan pernah tahu keadaan tidak mampu membayar dari debitor. Keadaan ini kemudian akan diperkuat dengan suatu putusan pernyataan pailit oleh hakim pengadilan, baik itu yang merupakan putusan mengabulkan ataupun menolak permohonan pernyataan pailit yang diajukan.²⁰

Menurut Joseph E. Stiglitz sebagaimana dikutip oleh Zulkarnain Sitompul, hukum kepailitan harus mengandung tiga prinsip yaitu²¹:

¹⁹ Rudy A Lontoh & et. al (editor). 2001. *Hukum Kepailitan: Penyelesaian Utang Piutang Melalui Pailit atau Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang*. Bandung : Alumni Hal 13

²⁰ Ahmad Yani & Gunawan Widjaja. 2004. *Seri Hukum Bisnis: Kepailitan*. Jakarta : Rajawali Pers. hal 11

²¹ Zulkarnain Sitompul, dalam artikelnya berjudul Perlukah PT DI dipailitkan. <http://zulsitompul.wordpress.com>

Pertama, peran utama kepailitan dalam ekonomi kapitalis modern adalah untuk menggalakkan reorganisasi perusahaan. Hukum Kepailitan harus memberikan waktu cukup bagi perusahaan untuk melakukan pembenahan perusahaan.

Kedua, meskipun tidak dikenal hukum kepailitan yang berlaku universal dan ketentuan kepailitan telah berkembang dari waktu ke waktu seiring dengan perubahan keseimbangan politik diantara para pelaku, transformasi struktural perekonomian dan perkembangan sejarah masyarakat, namun setiap hukum kepailitan bertujuan menyeimbangkan beberapa tujuan termasuk melindungi hak-hak kreditor dan menghindari terjadinya likuidasi premature.

Ketiga, Hukum kepailitan mestinya tidak hanya memperhatikan kreditor dan debitor tetapi yang lebih penting lagi adalah memperhatikan kepentingan *stakeholder* yang dalam kaitan ini yang terpenting adalah pekerja. Ketentuan kepailitan memang telah memberikan hak istimewa untuk pembayaran gaji buruh yang terutang. Akan tetapi bagaimana dengan hak-hak buruh lainnya. Disamping itu juga perlu dilihat apakah pailit menimbulkan dampak luas bagi konsumen atau menyebabkan terjadinya dislokasi ekonomi yang buruk.

Dengan kata lain kepailitan adalah *ultimumremedium*, upaya terakhir ketika debitor benar-benar tidak dapat membayar utangnya.

Tujuan dari kepailitan sebagaimana tertuang dalam undang-undang antara lain :

1. Menghindari perebutan harta debitor apabila dalam waktu yang sama ada beberapa kreditor yang menagih piutangnya.
2. Menghindari adanya kreditor pemegang hak jaminan kebendaan yang menuntut haknya dengan cara menjual barang milik debitor tanpa memperhatikan kepentingan Debitor atau para Kreditor lainnya.

3. Mencegah agar Debitor tidak melakukan perbuatan yang dapat merugikan kepentingan para Kreditor, atau debitor hanya menguntungkan kreditor tertentu.
4. Memberikan perlindungan kepada para kreditor konkuren untuk memperoleh hak mereka sehubungan dengan berlakunya asas jaminan.
5. Memberikan kesempatan kepada Debitor dan kreditor untuk berunding membuat kesepakatan restrukturisasi hutang

Dengan tetap memperhatikan tujuan di atas, pembentukan Undang-Undang sebagai dasar hukum kepailitan didasarkan pada beberapa asas antara lain :

1. Asas Keseimbangan

Undang-Undang ini mengatur beberapa ketentuan yang merupakan perwujudan dari asas keseimbangan, yaitu di satu pihak, terdapat ketentuan yang dapat mencegah terjadinya penyalahgunaan pranata dan lembaga kepailitan oleh Debitor yang tidak jujur, di lain pihak, terdapat ketentuan yang dapat mencegah terjadinya penyalahgunaan pranata dan lembaga kepailitan oleh Kreditor yang tidak beritikad baik.

2. Asas Kelangsungan Usaha

Dalam Undang-Undang ini, terdapat ketentuan yang memungkinkan perusahaan Debitor yang prospektif tetap dilangsungkan.

3. Asas Keadilan

Dalam kepailitan asas keadilan mengandung pengertian, bahwa ketentuan mengenai kepailitan dapat memenuhi rasa keadilan bagi para pihak yang berkepentingan. Asas keadilan ini untuk mencegah terjadinya Kesewenang-wenangan pihak penagih yang mengusahakan pembayaran atas tagihan masing-masing terhadap Debitor, dengan tidak mempedulikan Kreditor lainnya.

4. Asas Integrasi

Asas Integrasi dalam Undang-Undang ini mengandung pengertian bahwa sistem hukum formil dan hukum materilnya merupakan satu kesatuan yang utuh dari sistem hukum perdata dan hukum acara perdata nasional.

Pembahasan mengenai hukum kepailitan ini tidak terlepas dari ketentuan peraturan perundang-undangan lain di luar peraturan mengenai kepailitan. Sebagai contoh, jika debitor adalah perusahaan berbentuk Perseroan Terbatas (PT) maka harus dilihat peraturan yang mengatur tentang PT, misalnya tentang akibat kepailitan serta tanggung jawab pengurus PT. Begitu pula kepailitan suatu BUMN, harus dilihat pula peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang BUMN. Peraturan yang menjadi sumber hukum kepailitan tidak hanya dari Undang-Undang Kepailitan saja, akan tetapi harus diperhatikan pula peraturan lain yang masih relevan. Adapun sumber lainnya misalnya KUH Perdata Pasal 1131, 1132, 1133, 1134, 1139, 1149; Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007

tentang Perseroan Terbatas; Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan; dan peraturan perundang-undangan lain yang berhubungan dengan kepailitan.

Pasal 2 ayat (1) menyebutkan bahwa debitor yang mempunyai dua atau lebih Kreditor dan tidak membayar lunas sedikitnya satu utang yang telah jatuh waktu dan dapat ditagih, dinyatakan pailit dengan putusan Pengadilan, baik atas permohonannya sendiri maupun atas permohonan satu atau lebih kreditornya. Jadi, pada dasarnya setiap debitor dapat dinyatakan pailit sepanjang memenuhi ketentuan dalam Pasal 2 Undang-Undang Kepailitan. Berdasarkan ketentuan pasal tersebut di atas, maka syarat-syarat yuridis agar suatu perusahaan dapat dinyatakan pailit adalah sebagai berikut:²²

1. Adanya utang

Undang-Undang Kepailitan mengartikan utang dalam arti luas. Pengertian utang tidak terbatas pada utang yang timbul dari perjanjian utang piutang saja. Dalam Undang-Undang Kepailitan utang diartikan sebagai kewajiban yang dinyatakan atau dapat dinyatakan dalam jumlah uang baik dalam mata uang Indonesia maupun mata uang asing, baik secara langsung maupun yang akan timbul di kemudian hari atau kontinjen, yang timbul karena perjanjian atau undangundang dan yang wajib dipenuhi oleh Debitor dan bila tidak dipenuhi memberi hak kepada Kreditor untuk mendapat pemenuhannya dari harta kekayaan Debitor.

²² Munir Fuady.1999.*Hukum Pailit dalam Teori dan Praktek*. Bandung : Citra Aditya Bakti hal 8-9

2. Minimal satu utang sudah jatuh tempo

Suatu utang yang jatuh tempo tentunya memberi hak bagi kreditor untuk menagih debitor seluruh jumlah utangnya. Menurut Jono, adanya persyaratan ini menunjukkan bahwa utang harus lahir dari perikatan yang sempurna. Dengan demikian utang yang lahir dari perikatan alamiah tidak dapat diajukan untuk permohonan pailit. Misalnya, utang yang lahir dari perjudian yang telah jatuh tempo, maka hal ini tidak melahirkan hak kepada kreditor untuk menagih utang tersebut. Dengan demikian meskipun debitor mempunyai kewajiban untuk melunasi utang itu, kreditor tidak mempunyai alas hak untuk menuntut pemenuhan utang tersebut yang berarti juga kreditor tidak berhak mengajukan permohonan pailit atas utang yang lahir dari perjudian.²³

3. Minimal satu utang dapat ditagih

Undang-Undang menentukan bahwasanya untuk mengajukan pailit bisa dengan cukup satu utang saja yang telah jatuh tempo. Namun apakah setiap utang yang jatuh tempo ini selalu dapat ditagih. Misalnya, dalam keadaan yang memaksa (*force majeure*) yang terjadi bukan kehendak debitor. Ini perlu dipertimbangkan sebagai dasar alasan putusan pailit.

4. Adanya debitor

Adanya debitor ini harus dapat dibuktikan, siapa dan berapa jumlah utangnya. Debitor inilah yang nanti akan mengalami keadaan pailit berdasarkan putusan pengadilan

²³ Munir Fuady.1999.*Hukum Pailit dalam Teori dan Praktek*. Bandung : Citra Aditya Bakti hal 8-9

5. Adanya kreditor

Undang-Undang Kepailitan pada Penjelasan Pasal 2 ayat (1) juga menyatakan bahwa kreditor yang dapat mengajukan permohonan pernyataan pailit ialah ketiga golongan kreditor, yaitu :

a. Kreditor Khusus (Separatis)

Kreditor khusus ialah kreditor yang mempunyai hak tanggungan, gadai, atau hak hak agunan atas kebendaan lainnya yang dapat mengeksekusi haknya sendiri, seolah-olah tidak terjadi kepailitan. Pemegang hak yang dapat mengeksekusi haknya tersebut, wajib memberikan pertanggung jawaban kepada kurator tentang hasil penjualan barang yang menjadi agunan dan menyerahkannya kepada kurator sisanya setelah dikurangi jumlah utang. Kreditor separatis ini diberikan kedudukan istimewa yang tidak dimiliki oleh kreditor lain yaitu²⁴:

- 1) Kedudukan terpisah
- 2) Kedudukan yang diprioritaskan

Kedudukan terpisah di sini maksudnya bahwa harta jaminan utang dipisahkan atau tidak termasuk ke dalam harta pailit, serta eksekusinya dapat dilakukan sendiri dan pada prinsipnya dalam melakukan eksekusi tersebut tanpa perlu campur tangan pihak kurator. Sedangkan kedudukan yang diprioritaskan dari kreditor separatis adalah menyangkut dengan pengembalian hutangnya yang terlebih dahulu diberikan kepadanya

²⁴ Munir Fuady. 2003. *Perseroan Terbatas Paradigma Baru*. Bandung : Citra Aditya Bakti hal. 225

dibandingkan dengan kreditor lainnya, khususnya jika pengembalian hutang tersebut diambil dari hasil eksekusi jaminan hutang yang bersangkutan. Para kreditor separatis tersebut utamanya merupakan pemegang jaminan hutang, khususnya jaminan hutang dengan hak kebendaan. Dengan demikian kreditor dengan jaminan pribadi (*personal guarante*) tidak merupakan kreditor separatis, sebab hutang dengan sistem jaminan pribadi tidak ada aset tertentu yang khusus ditunjuk untuk menjadi jaminan hutang tersebut.²⁵

b. Kreditor Istimewa (*Preferens*)

Kreditor istimewa ialah kreditor yang piutangnya mempunyai kedudukan istimewa. Kreditor tersebut berhak atas pelunasan yang didahulukan atas penjualan harta pailit. Timbulnya hak istimewa yang dimiliki oleh golongan kreditor ini karena hak tersebut telah diberikan oleh Undang-Undang. Pasal 1134 KUHPerdara menyebutkan bahwa hak istimewa ialah suatu hak yang oleh Undang-Undang diberikan kepada seorang berpiutang sehingga tingkatnya lebih tinggi dari pada orang berpiutang lainnya, semata-mata berdasarkan sifat piutangnya. Piutang-piutang yang diistimewakan terhadap benda-benda tertentu dapat dilihat di Pasal 1139 KUHPerdara antara lain :

- 1) Biaya perkara yang semata-mata disebabkan suatu penghukuman untuk melelang suatu benda bergerak maupun tak bergerak. Biaya ini dibayar dari pendapatan penjualan benda tersebut terlebih dahulu dari semua piutang-piutang lain-lainnya

²⁵ *Ibid*

yang diistimewakan, bahkan lebih dulu pula dari gadai dan hipotik.

- 2) Uang-uang sewa dari benda-benda tak bergerak, biaya-biaya perbaikan yang menjadi wajibnya si penyewa, beserta segala apa yang mengenai kewajiban memenuhi persetujuan sewa.
- 3) Harga pembelian benda-benda bergerak yang belum dibayar.
- 4) Biaya yang telah dikeluarkan untuk menyelamatkan suatu barang.
- 5) Biaya untuk melakukan pekerjaan ada suatu barang yang masih harus dibayar kepada seorang tukang.
- 6) Apa yang telah diserahkan oleh seorang pengusaha rumah penginapan sebagai demikian kepada seorang tamu.
- 7) Upah-upah pengangkutan dan biaya-biaya tambahan.
- 8) Apa yang harus dibayar kepada tukang-tukang batu, tukang-tukang kayu, dan lain-lain tukang untuk pembangunan, penambahan dan perbaikan-perbaikan benda-benda tak bergerak, asal saja piutangnya tidak lebih tua dari tiga tahun dan hak milik atas persil yang bersangkutan masih tetap pada si berpiutang.
- 9) Penggantian-penggantian serta pembayaran-pembayaran yang harus dipikul oleh pegawai-pegawai yang memangku suatu jabatan umum, karena segala kelalaian, kesalahan, pelanggaran, dan kejahatan-kejahatan yang dilakukan dalam jabatannya.

Kemudian selain itu, Pasal 1149 menyebutkan piutang-piutang yang diistimewakan atas semua benda bergerak dan tak bergerak pada umumnya, piutang-piutang tersebut dilunasi dari pendapatan penjualan benda-benda itu menurut urutan sebagai berikut :

- 1) Biaya-biaya perkara, yang semata-mata disebabkan pevelangan dan penyelesaian suatu warisan, biaya-biaya ini didahulukan daripada gadai gadai dan hipotek.
- 2) Biaya-biaya penguburan, dengan tak mengurangi kekuasaan hakim untuk menguranginya, jika biaya-biaya itu terlampau tinggi.
- 3) Semua biaya perawatan dan pengobatan dari sakit yang penghabisan.
- 4) Upah para buruh yang selama setahun yang lalu dan upah yang sudah dibayar dalam tahun yang sedang berjalan, beserta jumlah uang kenaikan upah.
- 5) Piutang karena penyerahan bahan-bahan makanan yang dilakukan kepada si berutang beserta keluarganya, selama waktu enam bulan yang terakhir.
- 6) Piutang-piutang para pengusaha sekolah berasrama untuk tahun yang penghabisan.
- 7) Piutang anak-anak yang belum dewasa dan orang-orang yang terampu terhadap sekalian wali dan para pengampu mereka.

c. Kreditor Konkuren

Kreditor konkuren merupakan kreditor yang tidak termasuk golongan khusus atau golongan istimewa. Pelunasan piutang-piutang mereka dicukupkan dengan sisa hasil penjualan atau pelepasan harta pailit sesudah diambil bagian golongan khusus dan golongan istimewa, sisa penjualan harta pailit itu dibagi menurut imbalan besar kecilnya piutang para kreditor konkuren itu.

6. Kreditor lebih dari satu

Kepailitan merupakan cara penyelesaian utang piutang secara bersama-sama yang melibatkan seluruh kreditor. Harta debitor nantinya akan disita seluruhnya yang kemudian akan dibagi menurut besar kecilnya utang. Debitor ini cuma memiliki satu kreditor saja, maka tidak harus dengan jalan kepailitan, tapi diselesaikan antara debitor dan kreditor yang bersangkutan baik melalui pengadilan atau di luar pengadilan atau bahkan dengan lembaga arbitrase, jadi harta debitor tidak harus disita seluruhnya.

7. Pernyataan pailit dilakukan oleh pengadilan khusus yang disebut dengan “Pengadilan Niaga”.

Pasal 1 angka 7 dengan jelas menetapkan bahwa yang dimaksud Pengadilan adalah Pengadilan Niaga dalam lingkungan peradilan umum. Pengadilan Niaga menjadi satu-satunya lembaga yang berwenang menangani perkara kepailitan. Sebagai bagian dari peradilan umum, Pengadilan Niaga juga berpuncak pada Mahkamah Agung sebagai lembaga peradilan tertinggi.

8. Permohonan pernyataan pailit diajukan oleh pihak yang berwenang :

1. Debitor atas permohonannya sendiri;
 2. Kreditor satu atau lebih baik kreditor konkuren, kreditor separatis maupun kreditor preferen. Kreditor separatis dan kreditor preferen, mereka dapat mengajukan permohonan pernyataan pailit tanpa kehilangan hak agunan atas kebendaan yang mereka miliki terhadap harta Debitor dan haknya untuk didahulukan
 3. Kejaksaan untuk kepentingan umum;
 4. Bank Indonesia dalam hal Debitor adalah bank;
 5. Badan Pengawas Pasar Modal dalam hal Debitor adalah Perusahaan Efek, Bursa Efek, Lembaga Kliring dan Penjaminan, Lembaga Penyimpanan dan Penyelesaian;
 6. Menteri Keuangan dalam hal Debitor adalah Perusahaan Asuransi, Perusahaan Reasuransi, Dana Pensiun, atau Badan Usaha Milik Negara yang bergerak di bidang kepentingan publik.
9. Syarat-syarat yuridis lainnya yang disebutkan dalam Undang Undang Kepailitan.

Apabila syarat-syarat di atas terpenuhi, hakim ”harus menyatakan pailit”, bukan “dapat menyatakan pailit”, sehingga dalam hal ini kepada hakim tidak diberikan ruang untuk memberikan “*judgement*” yang luas seperti pada perkara lainnya.²⁶ Hal tersebut diperkuat dengan ketentuan dalam Pasal 8 ayat (4), bahwa permohonan pernyataan pailit harus dikabulkan apabila terdapat fakta atau keadaan yang terbukti secara

²⁶ Munir Fuady, *Hukum Pailit dalam Teori dan Praktek .Op. Cit.*, hal 9

sederhana bahwa persyaratan untuk dinyatakan pailit sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (1) telah terpenuhi.

Kita lihat lagi persyaratan di atas, ternyata tidak satu pun terdapat syarat keadaan keuangan yang tidak sehat pada debitor yang hendak dipailitkan. Dalam hukum kepailitan di Indonesia, tidak memperhatikan kesehatan keuangan dari debitor. jadi meskipun keuangan debitor itu *solven* tetap bisa dipailitkan sepanjang sudah memenuhi syarat adanya utang yang tidak dibayar lunas serta adanya dua kreditor atau lebih. Inilah yang penulis maksud bedanya pailit dengan bangkrut sebagaimana telah penulis jelaskan di atas tadi. Pembuktian sederhana dalam perkara kepailitan hanya meliputi syarat adanya dua kreditor atau lebih serta minimal satu utang telah jatuh tempo dan dapat ditagih. Dengan demikian debitor dengan mudah dapat dinyatakan pailit.

Dari kasus yang pernah terjadi, misalnya PT. Dirgantara Indonesia. Perusahaan ini merupakan BUMN pertama yang pernah dinyatakan pailit, walaupun putusan pailit tersebut kemudian dibatalkan oleh Mahkamah Agung. Permohonan pernyataan pailit terhadap BUMN tersebut diajukan oleh golongan kreditor preferens yang menurut Pasal 1149 KUHPerdara juga meliputi para buruh/ karyawan perusahaan. Artinya bila gaji karyawan tidak segera dibayarkan dan mereka tidak bersabar maka, perusahaan berpotensi besar dapat dinyatakan pailit. Putusan kasasi Mahkamah Agung yang membatalkan putusan pernyataan pailit, biasanya berkuat pada syarat-syarat yang terdapat pada Pasal 2 saja. Dalam kasus PT. Dirgantara Indonesia tersebut Hakim Agung hanya mempertimbangkan tentang

kedudukan hukum para termohon kasasi/pemohon pailit yang tidak mempunyai kedudukan hukum sebagai pihak yang dapat mengajukan permohonan pailit.

Apabila dilihat dari filosofi Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 ini sebenarnya mempertimbangkan perkembangan perekonomian dan perdagangan serta pengaruh globalisasi yang melanda dunia usaha, dan mengingat modal yang dimiliki oleh para pengusaha pada umumnya sebagian besar merupakan pinjaman yang diperbolehkan, telah menimbulkan banyak permasalahan penyelesaian utang piutang dalam masyarakat. Disebutkan pula bahwa krisis moneter yang melanda negara Asia termasuk Indonesia sejak pertengahan tahun 1997 telah menimbulkan kesulitan yang besar terhadap perekonomian dan perdagangan nasional. Kemampuan dunia usaha dalam mengembangkan usahanya sangat terganggu, bahkan untuk mempertahankan kelangsungan kegiatan usahanya juga tidak mudah, hal tersebut sangat mempengaruhi kemampuan untuk memenuhi kewajiban pembayaran utangnya. Keadaan tersebut berakibat timbulnya masalah-masalah yang berantai, yang apabila tidak segera diselesaikan akan berdampak lebih luas, antara lain hilangnya lapangan kerja dan permasalahan sosial lainnya. Untuk kepentingan dunia usaha dalam menyelesaikan masalah utang-piutang secara adil, cepat, terbuka, dan efektif, sangat diperlukan perangkat hukum yang mendukungnya

Apabila diperhatikan maka filosofi Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 secara langsung atau tidak langsung masih dilatar belakangi krisis moneter yang melanda negara Asia termasuk Indonesia sejak

pertengahan tahun 1997, yang tentu saja sudah tidak tepat apabila diterapkan terus menerus dimasa yang bukan krisis moneter.

Dalam Bab II Kepailitan Bagian Kesatu Syarat Dan Putusan Pailit pasal 8 menjelaskan bagaimana beracara Kepailitan di Pengadilan Niaga yang sangat sederhana sehingga membuat kedudukan menjadi kurang adil dan kurang seimbang antara Debitor dan Kreditor.

Pengadilan hanya wajib memanggil Debitor, dalam hal permohonan pernyataan pailit diajukan oleh Kreditor, kejaksaan, Bank Indonesia, Badan Pengawas Pasar Modal, atau Menteri Keuangan. Pengadilan dapat memanggil Kreditor, dalam hal permohonan pernyataan pailit diajukan oleh Debitor dan terdapat keraguan bahwa persyaratan untuk dinyatakan pailit dilakukan oleh juru sita dengan surat kilat tercatat paling lambat 7 (tujuh) hari sebelum sidang pemeriksaan pertama diselenggarakan. maka Permohonan pernyataan pailit **harus** dikabulkan apabila terdapat fakta atau keadaan yang terbukti **secara sederhana** bahwa persyaratan untuk dinyatakan pailit sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (1) telah dipenuhi. Putusan Pengadilan atas permohonan pernyataan pailit harus diucapkan paling lambat 60 (enam puluh) hari setelah tanggal permohonan pernyataan pailit didaftarkan. Apabila hal tersebut terus diterapkan dimasa yang sudah bukan krisis moneter tentu sangat merugikan Debitor

Untuk melihat kondisi debitor salah satunya dapat dilihat dari keadaan keuangannya. Namun, Undang-Undang Kepailitan sama sekali tidak menyinggung tentang kondisi keuangan debitor sebagai syarat dijatuhkannya

putusan pailit, sehingga lembaga kepailitan yang seharusnya menjadi upaya terakhir sudah tidak diperhatikan justru menjadi upaya pertama sebagai peringatan terhadap debitor atau untuk menakut-nakuti debitor agar segera membayar utangnya.

Inilah yang melatarbelakangi penulisan penelitian ini yang berjudul “Rekonstruksi Syarat dan Putusan Pailit Berdasarkan Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang Yang Berbasis Nilai Keadilan ”, bahwa perhatian dan perlindungan terhadap Debitor yang memiliki kondisi keuangan yang mampu bayar merupakan salah satu hal yang mendesak, dan pemohon pengajuan Permohonan pailit yang terbatas perlu mendapat perhatian dalam Kepailitan di Indonesia.

B. Rumusan Masalah

Permasalahan yang diangkat dalam disertasi ini adalah :

1. Mengapa syarat dan putusan pailit terhadap debitor yang dinyatakan pailit belum berkeadilan?
2. Bagaimana kelemahan-kelemahan syarat dan putusan pailit terhadap debitor yang dinyatakan pailit ?
3. Bagaimana Rekonstruksi Syarat dan Putusan Pailit Yang Berbasis Nilai Keadilan ?

C. Tujuan Penelitian

Tujuan yang hendak dicapai dalam disertasi ini adalah :

1. Untuk mengkaji dan menganalisis syarat dan putusan pailit terhadap debitor yang dinyatakan pailit dalam Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang yang belum berkeadilan.
2. Untuk mengkaji kelemahan-kelemahan syarat dan putusan pailit terhadap debitor yang dinyatakan pailit dalam Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang .
3. Untuk merekonstruksi Syarat dan Putusan Pailit Yang Berbasis Nilai Keadilan.

D. Manfaat Penelitian

Penelitian ini dilakukan dalam rangka penyusunan disertasi oleh promovendus diharapkan memiliki 2 (dua) kegunaan, yakni kegunaan secara teoritis dan praktis, sebagai berikut:

1. Manfaat teoritis:
 - a. Penelitian ini diharapkan dapat menjadi bahan rujukan penelitian yang akan datang yang berkaitan Syarat dan Putusan Pailit Yang Berbasis Nilai Keadilan.
 - b. Penelitian ini diharapkan dapat menjadi bahan rujukan bagi pelaksanaan kegiatan pengkajian yang teraktualisasi dari kegiatan

pengajaran, diskusi dan seminar yang dilaksanakan di dunia akademis maupun praktis khususnya berkaitan dalam hukum kepailitan.

2. Manfaat praktis:

- a. Penelitian ini diharapkan dapat menjadi masukan-masukan pemikiran bagi pihak-pihak yang berkepentingan, masyarakat luas serta penentu kebijakan, dalam kaitannya dengan syarat pengajuan permohonan pailit dalam hukum kepailitan yang berbasis nilai-nilai keadilan.
- b. Penelitian ini diharapkan dapat menjadi sumber rujukan bagi pelaksanaan syarat pengajuan permohonan pailit dalam hukum kepailitan yang berbasis nilai-nilai keadilan dalam revisi Undang-Undang 37 tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang.

E. Kerangka Konseptual.

1. Konsep Rekonstruksi

Pengertian rekonstruksi adalah pengembalian seperti semula.²⁷ Rekonstruksi dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia berasal dari kata “konstruksi” berarti pembangunan yang kemudian ditambah imbuhan “re” pada kata konstruksi menjadi “rekonstruksi”, yang berarti pengembalian seperti semula.²⁸

²⁷ Dalam <https://kbbi.web.id/rekonstruksi>, diakses pada tanggal 27 Agustus 2018, jam : 12.43 WIB.

²⁸ Dalam <http://digilib.iain-palangkaraya.ac.id/16/3/Bab%202%20Kajian%20Pustaka.pdf>, diakses pada tanggal 27 Agustus 2018, jam : 12.53 WIB.

Dalam Black Law Dictionary disebutkan *reconstruction is the act or process of rebuilding, recreating, or reorganizing something*. Rekonstruksi di sini dimaknai sebagai proses membangun kembali atau menciptakan kembali atau melakukan pengorganisasian kembali atas sesuatu.²⁹

Berikut adalah beberapa pengertian dari rekonstruksi menurut para ahli, yakni:³⁰

a. B.N. Marbun

Rekonstruksi adalah pengembalian sesuatu ketempatnya yang semula, penyusunan atau penggambaran kembali dari bahan-bahan yang ada dan disusun kembali sebagaimana adanya atau kejadian semula.

b. James P. Chaplin

Reconstruction merupakan penafsiran data psikoanalitis sedemikian rupa, untuk menjelaskan perkembangan pribadi yang telah terjadi, beserta makna materinya yang sekarang ada bagi individu yang bersangkutan.

c. Ali Mudhofir

Rekonstruksionisme adalah salah satu aliran dalam filsafat pendidikan yang bercirikan radikal. Bagi aliran ini persoalan-persoalan pendidikan dan kebudayaan dilihat jauh ke depan dan bila perlu diusahakan terbentuknya tata peradaban yang baru.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Dalam <https://leviyamani.wordpress.com/2013/04/14/pengertian-rekonstruksi/>, diakses pada tanggal 27 Agustus 2018, jam : 12.57 WIB.

Rekonstruksi berasal dari kata konstruksi, konstruksi sendiri adalah susunan dan hubungan kata dalam kalimat atau kelompok kata. Makna suatu kata ditentukan oleh konstruksi dalam kalimat atau kelompok kata.³¹ Rekonstruksi juga dimaknai sebagai proses membangun kembali atau menciptakan kembali atau melakukan pengorganisasian kembali atas sesuatu.³²

Menurut Andi Hamzah pengertian dari rekonstruksi adalah penyusunan kembali, reorganisasi, usaha memeriksa kembali kejadian terjadinya delik dengan mengulangi peragaan seperti kejadian yang sebenarnya, hal ini dilakukan baik oleh penyidik maupun oleh hakim untuk memperoleh keyakinan.³³

Sehingga dalam hal ini dapat ditarik kesimpulan bahwa rekonstruksi adalah penyusunan kembali guna untuk memperbaiki hal-hal yang tidak benar atau salah akan sesuatu yang telah ada dengan tujuan untuk penyempurnaan kembali.

Rekonstruksi secara terminologi memiliki berbagai macam pengertian, dalam perencanaan pembangunan nasional sering dikenal dengan istilah rekonstruksi. Rekonstruksi memiliki arti bahwa “re” berarti pembaharuan sedangkan “konstruksi” sebagaimana penjelasan di atas memiliki arti suatu sistem atau bentuk.

³¹ Alwi Hasan, 2007, *Kamus Besar Bahasa Indonesia Edisi Keempat*, Balai Pustaka, Jakarta, hlm. 453.

³² Bryan A. Gamer, 1999, *Black' Law Dictionary*, West Group, ST. Paul Minn, hlm. 1278.

³³ Gesied Eka Ardhi Yunatha, 2010, *Pelaksanaan Rekonstruksi Dalam Proses Penyidikan Guna Mengungkap Pemenuhan Unsur Delik Pencurian Dengan Kekerasan*, Universitas Sebelas Maret, Surakarta, hlm. 76.

Merenkonstruksi adalah membentuk kembali, membangun kembali dapat berupa fakta-fakta ataupun ide-ide atau melakukan *remodel*. Rekonstruksi berasal dari kata *reconstruction* yang diberi pengertian tentang penyusunan kembali, pembangunan kembali atau menata ulang dan dapat juga diberikan reorganisasi. Pengertian rekonstruksi (*reconstruction*) adalah sebagai “*the act or process of building recreating, reorganizing something*”.³⁴

Kata rekonstruksi menurut Kamus Umum Bahasa Indonesia adalah mengembalikan sebagai semula atau penyusunan (penggambaran) kembali.³⁵ Kata rekontruksi berasal dari bahasa Inggris “*Recontruction*” yang berarti pengembalian seperti semula atau penyusunan (penggambaran) kembali. Secara istilah rekontruksi adalah perumusan atau penyusunan kembali suatu konsep dikembalikan kepada asalnya.³⁶

Salah satunya seperti yang disebutkan rekonstruksi itu mencakup 3 (tiga) poin penting, yaitu pertama, memelihara inti bangunan asal dengan tetap menjaga watak dan karakteristiknya. Kedua, memperbaiki hal-hal yang telah runtuh dan memperkuat kembali sendi-sendi yang telah lemah. Ketiga, memasukkan beberapa pembaharuan tanpa mengubah watak dan karakteristik aslinya. Dari sini dapat dipahami bahwa pembaharuan bukanlah menampilkan sesuatu yang benar-benar baru. Namun demikian

³⁴ Henry Campbell Black, 1990, *Black's Law Dictionary*, West Publising Co, Edisi ke-enam, Minnessotta, hlm 1272

³⁵ Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, 1994, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Edisi kedua, Cetakan ketiga, Jakarta, Balai Pustaka, hlm.829.

³⁶ Lihat pengertian rekontruksi dalam <http://www.artikata.com/arti-347397-rekontruksi.php>. diakses pada tanggal 30 Mei 2017 jam 19.00 WITA.

lebih tepatnya merekonstruksi kembali kemudian menerapkannya dengan realita saat ini.³⁷

2. Konsep Pengajuan Pailit

Untuk dapat dinyatakan pailit, seorang debitor harus memenuhi syarat-syarat sebagai berikut :³⁸

- a. Debitor memiliki dua atau lebih kreditor;
- b. Tidak membayar sedikitnya satu utang yang telah jatuh tempo/waktu dan dapat ditagih; dan
- c. Atas permohonannya sendiri maupun atas permintaan seorang atau lebih kreditornya.

Pernyataan pailit diperiksa secara sederhana (*sumir*), yaitu bila dalam mengambil keputusan tidak diperlukan alat-alat pembuktian seperti diatur dalam Buku IV KUHPerdara, cukup bila peristiwa itu telah terbukti dengan alat-alat pembuktian yang sederhana.

Tentang syarat-syarat untuk pengajuan pailit dalam UU Kepailitan Nomor 4 Tahun 1998 diatur dalam Pasal 1, sementara itu menurut Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan dan PKPU diatur dalam Pasal 2 Ayat (1). Namun pada prinsipnya keduanya mengatur hal yang sama, hanya beda penempatan pasal saja.

Lahirnya pasal tersebut diatas sebenarnya dalam rangka untuk memberikan perlindungan hukum lebih kepada kreditor atau para kreditor dibandingkan dengan ketentuan kepailitan yang lama (Pasal 1 Fv), dimana

³⁷ Yusuf Qardhawi dalam *Problematika Rekonstruksi Ushul Fiqih*, 2014 Al-Fiqh Al-Islâmî bayn Al-Ashâlah wa At-Tajdid, Tasikmalaya.

³⁸ Rahayu Hartini, *Hukum Kepailitan*, Bayu Media, 2003, hlm. 19.

terdapat celah hukum yang sering kali dimanfaatkan oleh debitor yang nakal karena syaratnya hanya *debitor dalam keadaan berhenti membayar*, tanpa ada penjelasan lebih lanjut, maka kemudian disalah artikan. Harusnya untuk debitor yang benar-benar tidak mampu membayar, bukan debitor yang tidak mau membayar kemudian minta dijatuhi kepailitan.³⁹

Dalam Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan dan PKPU, pengaturan tentang syarat pengajuan pailit diatur dengan lebih tegas semata-mata untuk menghindari adanya :⁴⁰

- a. Perebutan harta debitor apabila dalam jangka waktu yang sama ada beberapa kreditor yang menagih piutangnya dari debitor;
- b. Kreditor pemegang hak jaminan kebendaan yang menuntut haknya dengan cara menjual barang milik debitor tanpa memperhatikan kepentingan debitor atau para kreditor lainnya;
- c. Kecurangan-kecurangan yang dilakukan oleh seorang kreditor atau debitor sendiri. Misalnya, debitor berusaha untuk memberi keuntungan kepada seorang atau beberapa orang kreditor tertentu sehingga kreditor lainnya dirugikan, atau adanya perbuatan curang dari debitor untuk melarikan semua harta kekayaannya dengan maksud untuk melepaskan tanggung jawabnya terhadap para kreditornya.

Dalam melakukan rekonstruksi mengambil International Wisdom dari beberapa Negara seperti Belanda yang menerapkan Pengujian umum

³⁹ Rahayu Hartini, *Penyelesaian Sengketa Kepailitan di Indonesia. Dualisme Kewenangan Pengadilan Niaga & Lembaga Arbitrase*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2009, hlm. 77.

⁴⁰ Rahayu Hartini, *Op Cit*, hlm. 36-37.

pengadilan yang akan dilakukan sebelum menyatakan debitor dalam keadaan pailit adalah untuk mengetahui apakah fakta-fakta dan keadaan yang ada memenuhi alat bukti yang cukup untuk menunjukkan bahwa debitor sudah berhenti membayar utang-utangnya

Di Thailand debitor harus terlebih dahulu terbukti bangkrut dibawah hukum thailand apabila melaukan hal-hal yang merugikan asset yang dimiliki dan terdapat batas nilai utang

Negara Amerika Serikat yang terdapat pembatasan jumlah Kreditor dan nilai utang yang bisa diajukan pailit sehingga ada kepastian

3. Konsep Nilai Keadilan

Keadilan yang merupakan tujuannya bersumber pada dasar negara Pancasila. Pancasila sebagai dasar negara atau falsafah negara (*fiolosophische grondslag*) sampai sekarang tetap dipertahankan dan masih tetap dianggap penting bagi negara Indonesia. Bangsa Indonesia merupakan pendukung nilai-nilai Pancasila (*subscriber of values Pancasila*). Bangsa Indonesia yang berketuhanan, yang berkemanusiaan, yang bersatu, yang berkerakyatan, dan yang berkeadilan sosial. Sebagaimana tercantum dalam dalam tujuan negara dalam alinea ke empat Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 dengan dasar Pancasila dalam mewujudkan tujuan negara Indonesia tersebut. Adapun alinea ke empat tersebut adalah “Kemudian daripada itu untuk membentuk suatu pemerintah negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan

umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial, maka disusunlah kemerdekaan kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang-Undang Dasar negara Indonesia, yang terbentuk dalam suatu susunan negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat dengan berdasar kepada Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang adil dan beradab, persatuan Indonesia, dan kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan, serta dengan mewujudkan suatu keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia."

Sebagai pendukung nilai, bangsa Indonesia-lah yang menghargai, mengakui, serta menerima Pancasila. Pengakuan, penghargaan, dan penerimaan Pancasila sebagai sesuatu yang bernilai itu akan tampak merefleksikan dalam sikap, tingkah laku, dan perbuatan bangsa Indonesia. Kalau pengakuan, penerimaan, atau penghargaan itu direfleksikan dalam sikap, tingkah laku, serta perbuatan manusia dan bangsa Indonesia dalam hal ini sekaligus adalah pengembannya dalam sikap, tingkah laku, dan perbuatan manusia Indonesia. Oleh karenanya Pancasila sebagai suatu sumber hukum tertinggi secara irasional dan sebagai rasionalitasnya adalah sebagai sumber hukum nasional bangsa Indonesia.

Pandangan keadilan dalam hukum nasional bangsa Indonesia tertuju pada dasar negara, yaitu Pancasila, yang mana sila kelimanya berbunyi : "Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia". Yang menjadi persoalan sekarang adalah apakah yang dinamakan adil menurut konsepsi hukum nasional yang bersumber pada Pancasila.

Menurut Kahar Masyhur dalam bukunya mengemukakan pendapat-pendapat tentang apakah yang dinamakan adil, terdapat tiga hal tentang pengertian adil.⁴¹

- (1) “Adil” ialah : meletakkan sesuatu pada tempatnya.
- (2) “Adil” ialah : menerima hak tanpa lebih dan memberikan orang lain tanpa kurang.
- (3) “Adil” ialah : memberikan hak setiap yang berhak secara lengkap tanpa lebih tanpa kurang antara sesama yang berhak dalam keadaan yang sama, dan penghukuman orang jahat atau yang melanggar hukum, sesuai dengan kesalahan dan pelanggaran”.

Untuk lebih lanjut menguraikan tentang keadilan dalam perspektif hukum nasional, terdapat hal penting tentang adil dan keadilan sosial. Adil dan keadilan adalah pengakuan dan perlakuan seimbang antara hak dan kewajiban. Apabila ada pengakuan dan perlakuan yang seimbang hak dan kewajiban, dengan sendirinya apabila kita mengakui “hak hidup” maka sebaliknya harus mempertahankan hak hidup tersebut dengan jalan bekerja keras, dan kerja keras yang dilakukan tidak pula menimbulkan kerugian terhadap orang lain, sebab orang lain itu juga memiliki hak yang sama (hak untuk hidup) sebagaimana halnya hak yang ada pada diri individu.⁴²

Dengan pengakuan hak hidup orang lain, dengan sendirinya diwajibkan memberikan kesempatan kepada orang lain tersebut untuk mempertahankan hak hidupnya. Konsepsi demikian apabila dihubungkan dengan sila kedua dari Pancasila sebagai sumber hukum nasional bangsa Indonesia, pada hakikatnya menginstruksikan agar senantiasa melakukan perhubungan yang serasi antar manusia secara individu dengan kelompok individu yang lainnya sehingga tercipta hubungan yang adil dan beradab.

⁴¹ Kahar Masyhur, 1985, *Membina Moral dan Akhlak*, Jakarta, Kalam Mulia, hlm.71.

⁴² Suhrawardi K. Lunis, 2000, *Etika Profesi Hukum*, Cetakan Kedua, Jakarta, Sinar Grafika, hlm. 50.

Hubungan adil dan beradab dapat diumpamakan sebagai cahaya dan api, bila apinya besar maka cahayanya pun terang : jadi bila peradabannya tinggi, maka keadilanpun mantap.⁴³

Lebih lanjut apabila dihubungkan dengan “keadilan sosial”, maka keadilan itu harus dikaitkan dengan hubungan-hubungan kemasyarakatan. Keadilan sosial dapat diartikan sebagai :⁴⁴

- (1) Mengembalikan hak-hak yang hilang kepada yang berhak.
- (2) Menumpas keaniayaan, ketakutan dan perkosaan dan pengusaha-pengusaha.
- (3) Merealisasikan persamaan terhadap hukum antara setiap individu, pengusaha-pengusaha dan orang-orang mewah yang didapatnya dengan tidak wajar”.

Keadilan sosial menyangkut kepentingan masyarakat dengan sendirinya individu yang berkeadilan sosial itu harus menyisihkan kebebasan individunya untuk kepentingan individu yang lainnya

Hukum nasional hanya mengatur keadilan bagi semua pihak, oleh karenanya keadilan didalam perspektif hukum nasional adalah keadilan yang menseserasikan atau menselaraskan keadilan-keadilan yang bersifat umum diantara sebagian dari keadilan-keadilan individu. Dalam keadilan ini lebih menitikberatkan pada keseimbangan antara hak-hak individu masyarakat dengan kewajiban-kewajiban umum yang ada didalam kelompok masyarakat hukum.

Keadilan adalah suatu nilai yang berlaku Universal. Satu negara telah menerapkan nilai keadilan, indikatornya adalah “apabila setiap orang

⁴³ Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, 1982, *Renungan Tentang Filsafat Hukum*, Jakarta, Rajawali, 1982, hlm.83.

⁴⁴ Kahar Masyhur, *Loc. Cit*, hlm. 71

dalam negara telah menerima apa yang menjadi haknya” maka keadilan telah terlaksana dengan baik di negara tersebut.

Suatu hak yang diberikan kepada seseorang karena dia Manusia, maka hak itu dikenal dengan “*Human Rights*” (Hak Asasi Manusia), apabila diberikan oleh konstitusi (UUD) maka “*Constitutional Rights*” Hak Konstitusional, kalau hak itu timbul karena peraturan perundang-undangan khusus untuk orang tertentu maka disebut “*Legal Rights/ Individual Rights*” (hak atas tanah diatur dalam UUPA, hak mendapat upah diatur dalam UU Perburuhan. dll) Bagi kita orang Islam misal fakir miskin mendapat hak menerima zakat dan sedekah. Jadi dalam nilai Keadilan hak tidak diminta tetapi harus diberikan. Yang dituntut adalah kewajiban.

Keadilan adalah salah satu topik dalam filsafat yang paling banyak dikaji. Teori-teori hukum alam yang mengutamakan *the search for justice* sejak Socrates hingga Francois Geny tetap mempertahankan keadilan sebagai mahkota hukum.⁴⁵ Masalah keadilan adalah sebuah masalah yang menarik untuk ditelaah lebih dalam karena banyak hal yang terkait di dalamnya, baik dengan moralitas, sistem kenegaraan, dan kehidupan bermasyarakat. Rawls di dalam teori keadilannya secara garis besar melihat keadilan masyarakat lebih pada aspek bentuk pendistribusian keadilan dalam masyarakat, ia mengadopsi prinsip maksimin, yaitu proses pemaksimalan dari sebuah hal yang minimum dalam suatu masyarakat yang dilakukan oleh setiap individu yang berada pada posisi awal di mana pada posisi tersebut belum terdapat tawar-menawar akan peran dan status seorang

⁴⁵ Theo Huijbers, 1995, *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*, cet. viii ,Yogyakarta, Kanisius, hlm. 196.

anggota masyarakat. Prinsip ini berusaha menjawab sejauh mungkin tentang pemaksimalan suatu hal yang minimum yang berkaitan erat dengan keuntungan kalangan masyarakat bawah yang lemah. Selain itu adanya perbedaan strata sosial dan adanya kekuasaan yang menyebabkan lahirnya ketidasetaraan sosial tidak terkunci terus namun dapat terinformasikan secara luas sehingga hal tersebut menjadi acuan terjadinya persaingan yang berpangkal pada persamaan atau kesetaraan sosial, sehingga dengan kata lain dapat dikatakan bahwa ketidak setaraan sosial dan ekonomi disusun sedemikian rupa sehingga terdapat pemberian keuntungan terbesar bagi pihak yang kurang beruntung sesuai dengan prinsip penghematan yang adil, terdapat kesetaraan yang sama dalam pelekatan jawatan dan jabatan yang terbuka bagi setiap orang berdasarkan kondisi kesetaraan yang adil dalam hal kesempatan dalam pemerintahan.⁴⁶

F. Kerangka Teoritik

1. *Grand Theory* (Teori Utama) : Teori Keadilan

Grand Theory (Teori utama) adalah teori yang memiliki cakupan luas sebagai analisis bagi hasil-hasil penelitian. Dalam penelitian ini yang digunakan sebagai *Grand Theory* (teori utama) adalah Teori Keadilan.

Keadilan merupakan salah satu tujuan hukum selain kepastian hukum dan kemanfaatan hukum. Hakekat hukum bertumpu pada ide keadilan dan kekuatan moral. Ide keadilan tidak pernah lepas dari kaitannya dengan

⁴⁶ John Rawls, *Teori Keadilan*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2011), hlm 12.

hukum, sebab membicarakan hukum, secara jelas atau samar-samar senantiasa merupakan pembicaraan tentang keadilan pula.⁴⁷

Konsep adil dapat dirunut dari pengertian asalnya dalam bahasa, karena substansi keadilan memang bermula dari pengertiannya dalam bahasa. Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI), bahwa keadilan merupakan adjektiva yang menjelaskan nomina atau pronomina yang memiliki 3 (tiga) arti, yaitu Adil ialah berarti: 1. tidak berat sebelah; tidak memihak. 2. berpihak kepada yang benar; berpegang pada kebenaran. 3. sepatutnya; tidak sewenang-wenang.⁴⁸ Dan keadilan ialah sifat (perbuatan, perlakuan dan sebagainya) yang adil.⁴⁹

Keadilan itu mempunyai nama lain, yaitu keadilan sosial sebagaimana yang disebutkan oleh Ahmad Fadlil Sumadi, bahwa⁵⁰ keadilan sosial merupakan tampilan lain dari keadilan. Selanjutnya Ahmad Fadlil Sumadi menjelaskan, bahwa⁵¹ substansi keadilan harus diformulasikan pada tiga tingkat, yaitu *Pertama*; pada tingkat *outcome*. *Kedua*; pada tingkat prosedur. *Ketiga*; pada tingkat sistem. Pada tingkat *outcome*, keadilan berhubungan dengan pembagian (*distributive*) dan pertukaran (*comutative*), sehingga keadilan dalam hal ini berhubungan dengan suatu objek yang dalam praktiknya, antara lain, dapat berupa benda atau jasa.

⁴⁷ Satjipto Rahardjo, 1982, *Ilmu Hukum*, Alumni, Bandung, hlm. 45.

⁴⁸ Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, 2005, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 7.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Ahmad Fadlil Sumadi, 2012, *Hukum Dan Keadilan Sosial*, Materi Perkuliahan Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Islam Sultan Agung, Tanpa Penerbit, Jakarta, hlm. 5.

⁵¹ *Ibid.*, hlm. 5-6.

Sementara itu prosedur berhubungan dengan cara penentuan dan sistem yang berhubungan dengan kait-mengait antar-struktur yang berlaku. Dalam keadilan pembagian dan pertukaran, yaitu keadilan pada tingkat pertama yang terkait dengan *outcome*, dalam aras praktiknya sering terjadi *unequal* dalam prosesnya.

Dalam keadilan prosedural, yaitu keadilan pada tingkat kedua yang berhubungan dengan cara penentuan, yang terkait dengan proses dan perlakuan terhadap orang-orang yang terlibat di dalamnya, mensyaratkan adanya tiga komponen, yaitu *Pertama*: sifat aturan dari prosedur yang berlaku adalah formal. *Kedua*; penjelasan terhadap prosedur dan pengambilan keputusan. *Ketiga*; perlakuan interpersonal. Secara substansial keadilan prosedural lebih ditentukan oleh komponen kedua dan ketiga, karena berdasarkan kedua komponen tersebut keadilan prosedural mewujudkan keadilan yang dapat terlihat oleh masyarakat, yang bahkan pada akhirnya menjadikan *looking fair* lebih penting daripada *being fair*.

Dalam keadilan sistem, yaitu keadilan pada tingkat ketiga yang berhubungan dengan sistem, yang merupakan tingkat ketiga yang berhubungan dengan sistem, yang merupakan pola yang menjadi dasar prosedur, distribusi dan pertukaran pada dasarnya merupakan kebijakan umum yang direalisasikan sebagai dasar dalam menentukan prosedur dan *outcome*.

Keadilan merupakan salah satu tujuan hukum selain kepastian hukum dan kemanfaatan hukum. Hakekat hukum bertumpu pada ide

keadilan dan kekuatan moral. Ide keadilan tidak pernah lepas dari kaitannya dengan hukum, sebab membicarakan hukum, secara jelas atau samar-samar senantiasa merupakan pembicaraan tentang keadilan pula.⁵²

Kahar Masyhur menyatakan apa yang disebut adil adalah sebagai berikut:⁵³

- 1) Adil ialah meletakkan sesuatu pada tempatnya;
- 2) Adil ialah menerima hak tanpa lebih dan memberikan hak orang lain tanpa kurang;
- 3) Adil ialah memberikan hak setiap yang berhak secara lengkap tanpa kurang antara sesama yang berhak, dalam keadaan yang sama, dan penghukuman orang jahat atau yang melanggar hukum, sesuai dengan kesalahan dan pelanggarannya.

Orang dapat menganggap keadilan sebagai sebuah gagasan atau realitas absolut dan mengasumsikan, bahwa pengetahuan dan pemahaman tentangnya hanya bisa didapatkan secara parsial dan melalui upaya filosofis yang sangat sulit. Atau orang dapat menganggap, bahwa keadilan sebagai hasil dari pandangan umum agama atau filsafat tentang dunia secara umum. Jadi, orang dapat mendefinisikan keadilan dalam satu pengertian atau pengertian lain dari pandangan ini.

Keadilan secara umum diartikan sebagai perbuatan atau perlakuan yang adil. Sementara adil adalah tidak berat sebelah, tidak memihak dan berpihak kepada yang benar. Keadilan menurut kajian filsafat adalah apabila dipenuhi 2 (dua) prinsip, yaitu : *Pertama*, tidak merugikan seseorang, dan *Kedua*, perlakuan kepada tiap-tiap manusia apa yang menjadi

⁵² Satjipto Rahardjo, 1982, *Ilmu Hukum*, Alumni, Bandung, hlm. 45.

⁵³ Kahar Masyhur, 1985, *Membina Moral dan Akhlaq*, Kalam Mulia, Jakarta, hlm. 71.

haknya. Jika kedua ini dapat dipenuhi barulah itu dikatakan adil. Dalam keadilan harus ada kepastian yang sebanding, dimana apabila digabung dari hasil gabungan tersebut akan menjadi keadilan.

Pada prakteknya, pemaknaan keadilan modern dalam penanganan permasalahan-permasalahan hukum ternyata masih debatable. Banyak pihak merasakan dan menilai bahwa lembaga pengadilan telah bersikap kurang adil karena terlalu syarat dengan prosedur, formalistis, kaku, dan lamban dalam memberikan putusan terhadap suatu perkara. Agaknya aktor tersebut tidak lepas dari cara pandang hakim terhadap hukum yang amat kaku dan normatif-prosedural dalam melakukan konkretisasi hukum. Idealnya hakim harus mampu menjadi *living interpretator* yang mampu menangkap semangat keadilan dalam masyarakat dan tidak terbelenggu oleh kekakuan normatif prosedural yang ada dalam suatu peraturan perundang-undangan bukan lagi sekedar sebagai *la bouche de la loi* (corong undang-undang).

Lebih lanjut dalam memaknai dan mewujudkan keadilan, teori Hukum Alam sejak Socrates hingga Francois Geny yang tetap mempertahankan keadilan sebagai mahkota hukum. Teori Hukum Alam mengutamakan “*the search for justice*”.⁵⁴ Terdapat macam-macam teori mengenai keadilan dan masyarakat yang adil. Teori-teori ini menyangkut hak dan kebebasan, peluang kekuasaan, pendapatan dan kemakmuran.

⁵⁴ Theo Huijbers, 1995, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah*, Cet VIII, Kanisius, Yogyakarta, hlm. 196.

a. Teori Keadilan dalam Filsafat Hukum Islam

Masalah keadilan menurut hukum Islam, tidak terlepas dari filsafat hukum Islam dan teori mengenai tujuan hukum Islam, yang pada prinsipnya adalah bagaimana mewujudkan “*kemanfaatan*” kepada seluruh umat manusia, yang mencakupi “*kemanfaatan*” dalam kehidupan di dunia maupun di akherat.

Tujuan mewujudkan “*kemanfaatan*” ini, sesuai dengan prinsip umum Al-Qur’an:

- 1) *al-Asl fi al-manafi al-hall wa fi al-mudar al man’u* (segala yang bermanfaat dibolehkan, dan segala yang *mudarat* dilarang);
- 2) *la darara wa la dirar* (jangan menimbulkan kemudaratan dan jangan menjadi korban kemudaratan);
- 3) *ad-Darar yuzal* (bahaya harus dihilangkan).⁵⁵

Lebih lanjut dalam gagasan Islam tentang keadilan dimulai dari diskursus tentang keadilan *Illahiyah*, apakah rasio manusia dapat mengetahui baik dan buruk untuk menegakkan keadilan di muka bumi tanpa bergantung pada wahyu atau sebaliknya manusia itu hanya dapat mengetahui baik dan buruk melalui wahyu (Allah).

Pada optik inilah perbedaan-perbedaan teologis di kalangan cendekiawan Islam muncul. Perbedaan-perbedaan tersebut berakar pada dua konsepsi yang bertentangan mengenai tanggung jawab manusia untuk menegakkan keadilan *Illahiah*, dan perdebatan tentang

⁵⁵ Achmad Ali, 2012, *Menguak Teori Hukum dan Teori Peradilan*, Cetakan IV, Prenada Media Group, Jakarta, hlm. 216 - 217.

hal itu melahirkan dua mazhab utama teologi dialektika Islam, yaitu : *mu'tazilah* dan *asy'ariyah*.

Mu'tazilah pengertiannya adalah bahwa manusia sebagai yang bebas, bertanggung jawab di hadapan Allah yang adil. Selanjutnya, baik dan buruk merupakan kategori-kategori rasional yang dapat diketahui melalui nalar, yaitu tak bergantung pada wahyu. Allah telah menciptakan akal manusia sedemikian rupa sehingga mampu melihat yang baik dan buruk secara objektif.⁵⁶

b. Teori Keadilan Pancasila

Negara Pancasila adalah negara kebangsaan yang berkeadilan sosial, yang berarti bahwa negara sebagai penjelmaan manusia sebagai Makhluk Tuhan yang Maha Esa, sifat kodrat individu dan makhluk sosial bertujuan untuk mewujudkan suatu keadilan dalam hidup bersama (keadilan sosial). Keadilan sosial tersebut didasari dan dijiwai oleh hakikat keadilan manusia sebagai makhluk yang beradab (Sila Kedua). Manusia pada hakikatnya adalah adil dan beradab, yang berarti harus adil terhadap diri sendiri, adil terhadap Tuhannya, adil terhadap orang lain dan masyarakat serta adil terhadap lingkungannya.⁵⁷

Berkaitan dengan keadilan sosial dimaksud, pandangan keadilan dalam hukum secara harfiahnya mempunyai makna yang

⁵⁶ <http://diqa-butar-butar.blogspot.com/2011/09/teori-teori-keadilan.>, diunduh pada tanggal 15 Maret 2017, jam : 19.00 WIB.

⁵⁷ <http://kartikarahmah2406.wordpress.com/2012/12/02/teori-keadilan-sosial>, diunduh pada tanggal 15 Maret 2017, jam : 19.00 WIB.

sempit, yakni apa yang sesuai dengan hukum dianggap adil sedang yang melanggar hukum dianggap tidak adil. Jika terjadi pelanggaran hukum, maka harus dilakukan pengadilan untuk memulihkan keadilan. Dalam hal terjadinya pelanggaran pidana atau yang dalam bahasa sehari-hari disebut “*kejahatan*” maka harus dilakukan pengadilan yang akan melakukan pemulihan keadilan dengan menjatuhkan hukuman kepada orang yang melakukan pelanggaran pidana atau kejahatan tersebut.

Pandangan keadilan dalam hukum nasional bersumber pada dasar negara. Pancasila sebagai dasar negara atau falsafah negara (*fiolosophische grondslag*) sampai sekarang tetap dipertahankan dan masih tetap dianggap penting bagi negara Indonesia. Secara aksiologis, bangsa Indonesia merupakan pendukung nilai-nilai Pancasila (*subscriber of values Pancasila*). Bangsa Indonesia yang berketuhanan, yang berkemanusiaan, yang bersatu, yang berkerakyatan, dan yang berkeadilan sosial.

Sebagai pendukung nilai, bangsa Indonesialah yang menghargai, mengakui, serta menerima Pancasila sebagai suatu bernilai. Pengakuan, penghargaan, dan penerimaan Pancasila sebagai sesuatu yang bernilai itu akan tampak merefleksikan dalam sikap, tingkah laku, dan perbuatan bangsa Indonesia. Kalau pengakuan, penerimaan, atau penghargaan itu direfleksikan dalam sikap, tingkah laku, serta perbuatan manusia dan bangsa Indonesia dalam hal ini sekaligus adalah pengembannya dalam sikap, tingkah laku, dan perbuatan manu-

sia Indonesia. Oleh karenanya Pancasila sebagai suatu sumber hukum tertinggi secara irasional dan sebagai rasionalitasnya adalah sebagai sumber hukum nasional bangsa Indonesia.

Pandangan keadilan dalam hukum nasional bangsa Indonesia tertuju pada dasar negara, yaitu Pancasila, yang mana sila kelimanya berbunyi : “Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia”, yang menjadi persoalan sekarang adalah apakah yang dinamakan adil menurut konsepsi hukum nasional yang bersumber pada Pancasila.

Untuk lebih lanjut menguraikan tentang keadilan dalam perspektif hukum nasional, terdapat diskursus penting tentang adil dan keadilan sosial. Adil dan keadilan adalah pengakuan dan perlakuan seimbang antara hak dan kewajiban.

Konsepsi demikian apabila dihubungkan dengan Sila Kedua dari Pancasila sebagai sumber hukum nasional bangsa Indonesia, pada hakikatnya menginstruksikan agar senantiasa melakukan perhubungan yang serasi antar manusia secara individu dengan kelompok individu yang lainnya sehingga tercipta hubungan yang adil dan beradab.

Lebih lanjut apabila dihubungkan dengan “keadilan sosial”, maka keadilan itu harus dikaitkan dengan hubungan-hubungan kemasyarakatan. Keadilan sosial dapat diartikan sebagai :

- 1) Mengembalikan hak-hak yang hilang kepada yang berhak;
- 2) Menumpas keaniayaan, ketakutan dan perkosaan dan pengusaha-pengusaha;

- 3) Merealisasikan persamaan terhadap hukum antara setiap individu, pengusaha-pengusaha dan orang-orang mewah yang didapatnya dengan tidak wajar”.

Keadilan sosial menyangkut kepentingan masyarakat dengan sendirinya individu yang berkeadilan sosial itu harus menyisihkan kebebasan individunya untuk kepentingan Individu yang lainnya.

Hukum nasional hanya mengatur keadilan bagi semua pihak, oleh karenanya keadilan didalam perspektif hukum nasional adalah keadilan yang mensesikan atau mensesarkan keadilan-keadilan yang bersifat umum diantara sebagian dari keadilan-keadilan individu. Dalam keadilan ini lebih menitikberatkan pada keseimbangan antara hak-hak individu masyarakat dengan kewajiban-kewajiban umum yang ada didalam kelompok masyarakat hukum.⁵⁸

c. Teori Aristoteles

Teori-teori Hukum Alam sejak Socrates hingga Francois Geny, tetap mempertahankan keadilan sebagai mahkota hukum. Teori Hukum Alam mengutamakan “*the search for justice*”⁵⁹ Terdapat macam-macam teori mengenai keadilan dan masyarakat yang adil. Teori-teori ini menyangkut hak dan kebebasan, peluang kekuasaan, pendapatan dan kemakmuran.

⁵⁸ <http://ugun-guntari.blogspot.com/2011/02/teori-keadilan-perspektif-hukum>, diunduh pa-da tanggal 16 Maret 2017, jam : 07.30 WIB.

⁵⁹ Theo Huijbers, 1995, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah*, Cet. VIII, Kanisius, Yogyakarta, hlm. 196.

Menurut Aristoteles dalam bukunya *nicomachean ethics*, bahwa⁶⁰ hukum hanya bisa ditetapkan dalam kaitannya dengan keadilan. Yang sangat penting dari pandangan Aristoteles ialah, bahwa keadilan mesti dipahami dalam pengertian kesamaan. Namun demikian, Aristoteles membuat perbedaan penting antara kesamaan numerik dan kesamaan proporsional. Kesamaan numerik mempersamakan setiap manusia sebagai satu unit. Inilah yang sekarang biasa dipahami, bahwa semua warga adalah sama di depan hukum. Kesamaan proporsional memberi tiap orang apa yang menjadi haknya sesuai dengan kemampuannya, prestasinya, dan sebagainya.

Dengan perkataan lain, bahwa Aristoteles memberikan kontribusi yang sangat besar terhadap Filsafat Hukum, yaitu menurut Aristoteles, bahwa keadilan dapat dibedakan menjadi dua macam yaitu:

- a. Keadilan Korektif, keadilan dengan menyamakan antara prestasi dan kontra prestasi. Keadilan ini didasarkan pada transaksi baik yang sukarela maupun yang tidak, misalnya dalam perjanjian tukar menukar.
- b. Keadilan diskriptif, yaitu keadilan yang membutuhkan distribusi atas penghargaan.⁶¹ Dengan perkataan lain sebagaimana yang

⁶⁰ Carl Joachim Friedrich, 2004, *Filsafat Hukum Perspektif Historis*, Nuansa dan Nusamedia, Bandung, h. 24.

⁶¹ Dardji Darmodiharjo dan Sudharto, 1995, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, h. 154.

telah disebutkan oleh Moedjono⁶² dalam bukunya yang berjudul “Pengantar Ilmu Hukum Dan Pengantar Tata Hukum Indonesia”, tentang pendapat Aristoteles, bahwa keadilan yaitu “memberikan kepada setiap orang, apa yang menjadi haknya”. Selanjutnya ia membedakan adanya 2 (dua) macam keadilan:

- 1) Keadilan Distributif; memberikan kepada setiap orang jatah berdasarkan jasanya. Jadi memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi haknya berdasarkan kepada azas keseimbangan.
- 2) Keadilan Kumulatif; memberikan kepada setiap orang bagian yang sama. Jadi memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi haknya berdasarkan kepada azas kesamaan.”

Keadilan korektif ialah berlaku dalam hukum publik, sedangkan keadilan diskriptif atau distributif adalah berlaku dalam hukum perdata dan pidana. Keadilan diskriptif atau distributif dan keadilan korektif sama-sama rentan terhadap problema kesamaan atau kesetaraan dan hanya bisa dipahami dalam kerangkanya. Dalam wilayah keadilan diskriptif atau distributif, hal yang penting ialah, bahwa imbalan yang sama-rata diberikan atas pencapaian yang sama rata. Pada keadilan korektif yang menjadi persoalan ialah bahwa ketidaksetaraan yang disebabkan oleh misalnya, pelanggaran kesepakatan, dikoreksi dan dihilangkan.

Keadilan distributif menurut Aristoteles berfokus pada distribusi, honor, kekayaan, dan barang-barang lain yang sama-sama bisa didapatkan dalam masyarakat. Dengan mengesampingkan “pembuktian” matematis, jelaslah, bahwa apa yang ada dibenak Aristoteles ialah distribusi kekayaan dan barang berharga lain berdasarkan nilai yang berlaku di kalangan warga.

⁶² Moedjono, 1974, *Pengantar Ilmu Hukum Dan Pengantar Tata Hukum Indonesia*, Bagian I, Yayasan penerbitan FKIS-IKIP, Yogyakarta, hlm. 9.

Distribusi yang adil boleh jadi merupakan distribusi yang sesuai dengan nilai kebaikannya, yakni nilainya bagi masyarakat.⁶³

Di sisi lain, keadilan korektif berfokus pada pembetulan sesuatu yang salah. Jika suatu pelanggaran dilanggar atau kesalahan dilakukan, maka keadilan korektif berusaha memberikan kompensasi yang memadai bagi pihak yang dirugikan; jika suatu kejahatan telah dilakukan, maka hukuman yang sepatutnya perlu diberikan kepada pelaku. Bagaimanapun, ketidakadilan akan mengakibatkan terganggunya “kesetaraan” yang sudah mapan atau telah terbentuk. Keadilan korektif bertugas membangun kembali kesetaraan tersebut. Dari uraian ini nampak, bahwa keadilan korektif merupakan wilayah peradilan sedangkan keadilan distributif merupakan bidangnya pemerintah.⁶⁴

Dalam membangun argumennya, Aristoteles menekankan perlunya dilakukan pembedaan antara vonis yang didasarkan keadilan pada sifat kasus dan yang didasarkan pada watak manusia yang umum dan lazim, dengan vonis yang berlandaskan pandangan tertentu dari komunitas hukum tertentu. Pembedaan ini jangan dicampuradukkan dengan pembedaan antara hukum positif yang ditetapkan dalam undang-undang dan hukum adat. Karena, berdasarkan pembedaan Aristoteles, dua penilaian yang terakhir itu dapat menjadi sumber pertimbangan yang hanya mengacu pada komunitas tertentu, sedangkan keputusan serupa yang lain, kendati diwujudkan dalam bentuk perundang-undangan, tetap merupakan hukum alam jika bisa didapatkan dari fitrah umum manusia.⁶⁵

Sifat dasar manusia adalah berkeinginan untuk mempertahankan hidup dan mengejar kehidupan yang lebih baik. Kebahagiaan hidup, akan dapat tercapai apabila didasarkan atas keseimbangan, baik itu antara

⁶³ *Ibid.*, hlm. 25.

⁶⁴ *Ibid.*, hlm. 25.

⁶⁵ *Ibid.*, hlm. 26-27.

manusia dengan manusia, manusia dengan alamnya, manusia secara kelompok (bangsa dengan bangsa) dan manusia dengan Tuhannya.

Oleh karena itu, Soejono Koesoemo Sisworo menambahkan tentang teori keadilan, yaitu keadilan ontologis, sebagai berikut:⁶⁶ keadilan ialah keseimbangan batiniah dan lahiriah yang memberikan kemungkinan dan perlindungan atas kehadiran dan perkembangan kebenaran, yang beriklim toleransi dan kebebasan. Di samping keadilan ontologis sebagaimana di atas, Soejono Koesoemo Sisworo juga mengemukakan batasan kebenaran ontologis, yaitu kebenaran ialah hubungan persesuaian yang serasi antara proposisi dengan kenyataan yang dipertimbangkan dalam tingkat terakhir dengan hati nurani. Adapun makna dan fungsi kebenaran dan keadilan bagi dan dalam putusan peradilan adalah bercorak *indrovert*, yakni seharusnya menjadi sifat yang melekat dalam putusan termaksud dan bercorak *ekstravert*, yaitu merupakan ukuran/kriteria bagi putusan.⁶⁷

Kebenaran dan keadilan adalah nilai-nilai luhur dan mutlak percikan keagungan dari Tuhan Yang Maha Kuasa. Metode ontologis yang proporsional untuk karya hakim lewat putusan logis, rasional, intelektual, etis, irrasional dan divinatoris harus dihayati oleh hakim dan subyek penemu hukum yang lain (jaksa, advokat, notaris, sampai dengan aparaturnegara) dengan cara:⁶⁸

⁶⁶ Soejono Koesoemo Sisworo, tanpa tahun, *Beberapa Pemikiran Tentang Filsafat Hukum*, FH UNDIP, Semarang, hlm. 55.

⁶⁷ *Ibid.*, hlm. 55-56.

⁶⁸ Soejono Koesoemo Sisworo, tanpa tahun, *Beberapa Pemikiran Tentang Filsafat Hukum*, Semarang, FH UNDIP, hlm. 55.

- a. tekun *ajeg* melakukan *samadhi*/meditasi, berdoa dan kontemplasi;
- b. membiasakan tidak mementingkan diri sendiri;
- c. *heling*, percaya, mituhu;
- d. rela, ikhlas, *narima*, jujur, sabar, budi luhur.

Kemudian Lily Rasjidi mengemukakan pendapatnya, bahwa⁶⁹ hukum itu merupakan sesuatu yang abstrak, tetapi mempunyai nilai-nilai yang harus dijujung tinggi dan dihormati, hal ini senada dengan salah satu dari arti hukum, yaitu sebagai jalinan nilai-nilai dari konsepsi-konsepsi yang abstrak tentang apa yang dianggap baik dan buruk. Kemudian tujuan negara Indonesia yang termuat pada alinea Keempat Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 adalah:

- a. Melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia;
- b. Mewujudkan kesejahteraan umum;
- c. Mencerdaskan kehidupan bangsa;
- d. Ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial;

Selanjutnya Muchsin mengemukakan pendapatnya, bahwa identitas negara Indonesia dapat diidentifikasi dalam 6 (enam) poin pokok sebagai berikut:⁷⁰

- a. Indonesia sebagai negara republik;
- b. Indonesia sebagai negara demokrasi;
- c. Indonesia sebagai negara kesatuan;
- d. Indonesia sebagai negara kesejahteraan;
- e. Indonesia sebagai negara hukum;
- f. Indonesia sebagai negara Pancasila.

⁶⁹ Lily Rasjidi dan B. Arief Sidharta, 2004, *Filsafat Hukum, Madzhab dan Refleksinya*, Remaja Rosdakarya, Bandung, hlm. 26.

⁷⁰ Muchsin, Tanpa Tahun, *Nilai-Nilai Hukum Dalam Pembangunan Nasional Indonesia*, Tanpa Penerbit, Tanpa Tempat Penerbit, hlm. 2.

Kemudian Muchsin menjelaskan, bahwa⁷¹ Pernyataan Indonesia sebagai negara kesejahteraan adalah tercermin dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 alinea keempat, bahwa Pemerintah Negara Indonesia melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum. Demikian pula dalam produk hukumnya juga ditujukan untuk mensejahterakan masyarakat menuju masyarakat yang adil dan makmur.

Lalu Muchsin menjelaskan pula, bahwa nilai hukum dapat diartikan sebagai suatu sifat atau kualitas hukum itu sendiri. Faktor-faktor yang mempengaruhi nilai hukum dalam berlakunya di masyarakat adalah:⁷²

a. Faktor filosofis.

Hukum itu harus memuat nilai-nilai tentang kebenaran, kebijaksanaan, dan keadilan. Selain itu hukum harus diarahkan kepada perwujudan masyarakat yang adil dan makmur, memberikan kesejahteraan rakyat baik lahir maupun batin.

b. Faktor sosiologis.

Hukum itu harus aspiratif terhadap dinamika yang berkembang di masyarakat, menumbuhkan iklim demokrasi, dan sebagai sarana untuk melakukan perubahan sosial masyarakat ke arah lebih baik.

c. Faktor yuridis.

Hukum itu harus ada kesesuaian dengan hukum yang lebih tinggi dan ada kesesuaian dengan hukum yang sederajat. Konkretnya dalam pembentukan hukum itu harus memperhatikan norma hukum yang lebih tinggi supaya tidak terjadi penyimpangan, dan norma hukum yang sederajat supaya tidak terjadi pertentangan.

Pada hakekatnya hukum merupakan alat atau sarana untuk mengatur dan menjaga ketertiban guna mencapai suatu masyarakat yang berkeadilan dalam menyelenggarakan kesejahteraan sosial yang berupa sanksi bagi yang melanggarnya, baik itu untuk mengatur masyarakat maupun aparat pemerintah sebagai penguasa.⁷³

⁷¹ *Ibid.*, hlm. 4.

⁷² *Ibid.*, hlm. 7.

⁷³ *Ibid.*, hlm. 2.

Hukum itu merupakan sesuatu yang abstrak tetapi mempunyai nilai-nilai yang harus dijunjung tinggi dan dihormati, hal ini senada dengan salah satu dari arti hukum, yaitu sebagai jalinan nilai-jalinan nilai dari konsepsi-konsepsi yang abstrak tentang apa yang dianggap baik dan buruk.⁷⁴

2. Middle Teori Penegakan Hukum

Manusia pada hakekatnya adalah makhluk sosial yang artinya dimana manusia tidak dapat hidup sendiri senantiasa membutuhkan manusia yang lain dalam menjalankan hidupnya walaupun manusia tersebut memiliki sekian banyak kelebihan pada diri pribadinya namun sebagaimana kodrat yang dimiliki manusia tetap membutuhkan interaksi dengan manusia yang lainnya. tidak ada manusia dapat hidup sendirian di muka bumi ini. Dengan kodrat lain yang dimiliki oleh manusia yaitu adanya limpahan akal, pikiran dan nafsu yang dimiliki oleh setiap manusia yang tentunya juga berbeda antara manusia yang satu dengan manusia yang lain, dimana terkadang untuk mewujudkan keinginan dan harapan terjadi persinggungan bahkan bertolak belakang dengan keinginan dan harapan yang dimiliki oleh manusia yang lain. Sehingga harus ada instrumen yang mampu menengahi perbedaan antara keinginan dan harapan yang saling bertolak belakang antara manusia yang satu dengan manusia yang lain. Salah satu instrumen yang dipandang mampu untuk menjadi penengah atau solusi dari permasalahan yang timbul antara manusia dalam suatu kelompok adalah keberadaan hukum. Pelaksanaan hukum dapat berlangsung secara normal, damai, tetapi dapat terjadi juga karena pelanggaran hukum. Dalam hal ini

⁷⁴ Lily Rasjidi dan B. Arief Sidharta, 1994, *Filsafat Hukum, Madzah dan Refleksinya*, Remaja Rosdakarya, Bandung, hlm. 26.

hukum yang telah dilanggar itu harus ditegakkan. Penegakan hukum adalah suatu proses untuk mewujudkan keinginan keinginan hukum (yaitu pikiran-pikiran badan pembuat Undang-undang yang di rumuskan dalam peraturan-peraturan hukum.⁷⁵ Melalui penegakan hukum inilah hukum itu menjadi kenyataan menegakkan hukum ada tiga unsur yang selalu harus diperhatikan, yaitu: kepastian hukum (*rechtssicherheit*), kemanfaatan (*zweckmassigkeit*) dan keadilan (*gerechtigkeit*).⁷⁶

Selain itu hukum berfungsi sebagai salah satu bentuk dari perlindungan terhadap kepentingan manusia khususnya bagi manusia yang berbentuk kelompok agar segala kepentingan dari kelompok manusia tersebut terlindungi dan tidak terjadi persinggungan antar kepentingan manusia yang satu dengan manusia yang lain maka keberadaan dari hukum harus di laksanakan.

Salah satu tujuan dari hukum adalah mewujudkan keadilan pada manusia yang hidup berkelompok dengan manusia yang lainnya karena itulah Hukum harus dilaksanakan dan ditegakkan. Keadilan dapat terwujud jika hukum diterapkan sebagaimana yang telah di atur oleh hukum itu sendiri. Bagaimana hukumnya itulah yang harus berlaku; pada dasarnya tidak dibolehkan menyimpang : *fiat justitia et pcreat mundus* (meskipun dunia ini runtuh hukum harus ditegakkan). Jika keadilan sudah dapat diwujudkan dalam diri pribadi setiap manusia maka dengan sendirinya rasa keadilan dalam masyarakat juga akan terbentuk. Hukum bertugas menciptakan kepastian hukum karena bertujuan ketertiban masyarakat dan

⁷⁵ . Satjipto Rahardjo, Masalah Penegakan Hukum, Sinar Baru, Bandung, 1983, hal. 24

⁷⁶ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum, Suatu Pengantar*, Yogyakarta:Liberty, 1996, hal. 134

menciptakan keadilan demi sejahteranya kelompok masyarakat. Masyarakat sangat berkepentingan bahwa dalam pelaksanaan atau penegakan hukum keadilan diperhatikan. Dalam pelaksanaan atau penegakan hukum harus adil. Hukum itu bersifat umum, mengikat setiap orang, bersifat menyamaratakan. Kepastian hukum merupakan perlindungan hukum terhadap tindakan sewenang-wenang yang dilakukan oleh kelompok manusia tertentu yang memiliki kekuasaan dan kewenangan yang besar dalam suatu kelompok masyarakat, yang berarti bahwa seseorang akan dapat memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu. Masyarakat mengharapkan adanya kepastian hukum, karena dengan adanya kepastian hukum masyarakat akan lebih tertib rasa adil dapat terpenuhi dan kesejahteraan masyarakat dapat terwujud.

Langkah ideal untuk menegakkan hukum adalah memadupadankan ketiga unsur tersebut diantaranya kepastian hukum, kemanfaatan dan keadilan. Ketiga unsur itu harus mendapat perhatian secara proporsional seimbang. Akan tetapi dalam aplikasinya untuk memadupadankan hal tersebut tidak semudah saat membicarakannya.

Secara konseptual, maka inti dan arti penegakan hukum terletak pada kegiatan menyasikan hubungan nilai-nilai yang terjabarkan di dalam kaidah-kaidah yang mantap dan menegawantah sikap tindak sebagai rangkaian penjabaran nilai tahap akhir, untuk menciptakan, memelihara dan mempertahankan kedamaian pergaulan hidup. Konsepsi yang mempunyai

dasar filosofis tersebut, memerlukan penjelasan lebih lanjut, sehingga akan tampak lebih konkrit.⁷⁷

2.1 Teori Stufenbau

Teori Stufenbau adalah teori mengenai sistem hukum oleh Hans Kelsen yang menyatakan bahwa sistem hukum merupakan sistem anak tangga dengan kaidah berjenjang di mana norma hukum yang paling rendah harus berpegangan pada norma hukum yang lebih tinggi, dan kaidah hukum yang tertinggi (seperti konstitusi) harus berpegangan pada norma hukum yang paling mendasar (*grundnorm*). Menurut Kelsen norma hukum yang paling dasar (*grundnorm*) bentuknya tidak kongkrit (abstrak)⁷⁸.

Hans Kelsen mengembangkan sebuah Teori Hukum Murni (*General Theory of Law and State*). Aliran Teori Hukum Murni merupakan suatu pengembangan dari teori mazhab positivisme, yang menitikberatkan pada inti ajarannya mengenai hukum dapat dibuat dari Undang-Undang. Menurut W. Friedman, inti ajaran Teori Hukum Murni adalah :

1. Tujuan teori hukum, seperti tiap ilmu pengetahuan adalah untuk mengurangi kekacauan dan kemajemukan menjadi kesatuan.
2. Teori hukum adalah ilmu pengetahuan mengenai hukum yang berlaku, bukan mengai hukum yang seharusnya.
3. Hukum adalah ilmu pengetahuan normatif, bukan ilmu alam.
4. Teori hukum sebagai teori tentang norma-norma, tidak ada hubungannya dengan daya kerja norma-norma hukum.
5. Teori hukum adalah formal, suatu teori tentang cara menata, mengubah isi dengan cara yang khusus.
6. Hubungan antara teori hukum dan sistem yang kas dari hukum positif ialah hubungan apa yang mungkin dengan hukum yang nyata.⁷⁹

⁷⁷ Soerjono Soekanto, *Faktor-Faktor Yang mempengaruhi Penegakan Hukum*, Jakarta PT. Raja Grafindo Persada, 2002, hal. 3

⁷⁸ https://id.wikipedia.org/wiki/Teori_Stufenbau, diakses tgl 22 mei 2019.

⁷⁹ https://id.wikipedia.org/wiki/Teori_Stufenbau, diakses tgl 22 mei 2019

Selain ajaran Hukum Murni, Hans Kelsen mengemukakan teori Hierarki Norma Hukum (*Stufenbau Theory - Stufenbau des Recht*). Ajaran Stufenbau berpendapat bahwa sistem hukum itu merupakan suatu hierarki dari hukum. Pada hierarki itu, suatu ketentuan hukum tertentu bersumber pada ketentuan yang lebih tinggi. Dan ketentuan yang tertinggi ini ialah *Grundnorm* atau norma dasar yang bersifat hipotetis. Ketentuan yang lebih rendah merupakan kongkretisasi dari ketentuan yang lebih tinggi.

Teori *Stufenbau* dari Hans Kelsen dapat dipergunakan untuk membenarkan hal ini dengan asumsi adanya suatu *Grundnorm* yang berada pada posisi teratas dari tingkatan-tingkatan atau katagori yang ada di bawahnya. *Grundnorm* ibarat bahan bakar yang menggerakkan seluruh sistem⁸⁰, dan berakibat satu sama lain saling mengikat dan melengkapi. Oleh Satjipto Rahardjo, berdasarkan teori *Stufenbau* Hans Kelsen, maka semakin tinggi posisi dalam orde normatif, akan semakin kaya dengan kandungan moral atau asas-asas umum dan semakin rendah posisi itu, menjadi semakin konkret dan makin tipis kandungan moralnya⁸¹

Atas teori dasarnya Hans Kelsen, yang dalam implementasinya dapat dipergunakan untuk mengukur taraf sinkronisasi dari produk hukum yang tersebar dan berkaitan langsung dengan inisiasi suatu rancangan perundang-undangan. Secara teoretis sesuai ajaran "*Stufenbau des Rechts*" dari Kelsen, sebagaimana juga Hans Nawiasky menyebut dengan istilah "*Die Stufenordnung der Rechtsnormen*" mengatakan bahwa perundang-undangan

⁸⁰Achmad Ali, 2002, *Menguak tabir Hukum: Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis*, Gunung Agung, Jakarta, hal. 273.

⁸¹Satjipto Rahardjo, 2009. *Mendudukan Undang-Undang Dasar*, Penerbit Genta Publishing, Yogyakarta, hal. 26

itu mempunyai jenjang urutan yang tersusun, mulai dari atas sampai ke bawah yang terdiri dari 4 (empat) kelompok²⁶, yaitu:

Kelompok I	<i>Staats fundamentalnorm</i> (norma fundamental negara)
Kelompok II	<i>Staats grundgesetz</i> (aturan dasar/aturan pokok negara)
Kelompok III	<i>Formell Gesetz</i> (Undang-Undang Formal)
Kelompok IV	<i>Verordnung & Autonome Satzung</i> (aturan pelaksana & aturan otonom)

Kekuatan mengikat masing-masing peraturan menurut jenjangnya, berlakulah asas hukum *lex superior derogat legi inferiori*. Artinya ketentuan yang lebih tinggi jenjangnya mempunyai kekuatan yang lebih tinggi jika dibandingkan dengan ketentuan yang lebih rendah jenjangnya. Dapat pula diartikan manakala terjadi ketentuan yang lebih rendah jenjangnya tidak sesuai, bertentangan atau tidak senafas dengan ketentuan yang lebih tinggi jenjangnya maka ketentuan yang lebih rendah senafas dengan ketentuan yang lebih tinggi jenjangnya maka ketentuan yang lebih rendah tidak mempunyai kekuatan mengikat karena tidak taat asas.

Salah satu ahli yang mengembangkan teori ini adalah Hans Nawiasky. Nawiasky sendiri merupakan murid dari Hans Kelsen. Dalam teori yang disebut *theori von stufenufbau der rechtsordnum* terdapat susunan norma sebagai berikut :

²⁶ Jazim Hamidi, menegaskan bahwa norma fundamental negara merupakan norma yang tertinggi di suatu negara yang tidak dibentuk oleh norma lain. Norma ini ditetapkan lebih dahulu oleh masyarakat; Aturan dasar/aturan pokok negara merupakan aturan yang bersifat pokok, masih umum dan masih dalam garis besar dan masih norma tunggal yang belum disertai norma sekunder; Undang-undang formal merupakan norma yang kongkrit, terperinci dan langsung berlaku bagi masyarakat dan tidak lagi berisi norma tunggal. selain itu disamping berisi norma primer dapat pula dibuat dengan norma sanksi dan sementara peraturan pelaksana berfungsi menyelenggarakan ketentuan-ketentuan Undang-Undang. Jazim Hamidi, 2006. *Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan dalam Sorotan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004*, Tata Nusa, Jakarta, hal. 4-5.

- a. *Staatsfundamentalnorm* (norma fundamental negara) atau *grundnorm* (menurut Hans Kelsen).
- b. *Staatsgrundgezets* (aturan Dasar/ pokok negara).
- c. *Formell gezets* (UU formal)
- d. *Verordnung* dan *Autonome Satzung* (aturan pelaksana dan aturan otonom)⁸².

Staatsfundamentalnorm adalah norma yang merupakan dasar bagi pembentukan konstitusi atau Undang-Undang Dasar atau (*staatsverfassung*) dari suatu negara, posisi hukum dari *staatsfundamentalnorm* adalah sebagai syarat bagi berlakunya suatu konstitusi.

2.2 Teori Sistem Hukum Lawrence M.Friedman

Menurut L.M. Friedman ada tiga elemen dari sistem hukum, yaitu:

- a. *Structure*;
- b. *Substance*;
- c. *Legal culture*.⁸³

Struktur adalah menyangkut lembaga-lembaga yang berwenang membuat dan melaksanakan undang-undang (lembaga pengadilan dan lembaga legislatif). Aspek kedua, adalah substansi, yaitu materi atau bentuk dari peraturan perundang-undangan, dan aspek ketiga dari sistem hukum adalah apa yang disebut sebagai sikap orang terhadap hukum dan sistem hukum, yaitu menyangkut kepercayaan akan nilai, pikiran atau ide dan harapan mereka. Struktur hukum yang baik tidak akan berjalan dengan baik kalau tidak ditunjang oleh adanya substansi hukum yang baik pula. Demikian pula substansi hukum yang baik tidak

⁸² Norma Fundamental negara, <http://id.wikipedia.org/wiki>,

⁸³Teguh Prasetyo, Abdul Halim Barkatullah, *Filsafat, Teori & Ilmu Hukum Pemikiran Maju Menuju Masyarakat yang Berkeadilan dan Bermartabat*, (Depok :Rajawali Pers), 2012, halaman halaman 312.

akan dapat dirasakan manfaatnya kalau tidak ditunjang oleh struktur yang baik. Selanjutnya struktur dan substansi kalau tidak didukung oleh budaya hukum masyarakat dengan baik pula.⁸⁴ Dengan kata lain, hukum akan berperan dengan baik manakalah ketiga aspek subsistem yang struktur, substansi dan budaya hukum itu saling berinteraksi dan memainkan peran sesuai fungsinya, sehingga hukum akan berjalan secara serasi dan seimbang, sesuai dengan fungsinya. Ibarat seekor ikan, ia akan hidup dengan baik manakala ditunjang oleh kualitas air kolam yang baik dan makanan yang baik pula. Apabila ketiga subsistem hukum tidak berfungsi dengan baik, maka akan muncul problem dalam upaya memfungsikan hukum sebagai sarana pembaharuan dan pembangunan masyarakat itu sendiri.⁸⁵

L.M. Friedman mengemukakan bahwa struktur adalah salah satu dasar dan elemen nyata dari sistem hukum, substansi adalah elemen lainnya. L.M. Friedman menerangkan bahwa ketika seorang pengamat mencoba untuk menjelaskan sebuah system hukum secara menyeluruh kemungkinan ia akan berbicara tentang dua elemen ini. Struktur sebuah sistem adalah kerangka badannya; ia adalah bentuk permanennya, tubuh insttusionaI dari sistem tersebut, tulang-tulang keras yang kaku yang menjaga agar proses mengalir dalam batas-batasnya. Struktur sebuah sistem yudisial terbayang ketika kita berbicara tentang jumlah para hakim, yuridiksi pengadilan, bagaimana pengadilan yang lebih tinggi berada di atas pengadilan yang lebih rendah, dan orang-orang yang

⁸⁴*Ibid.*, halaman 312.

⁸⁵*Ibid.*, halaman 312-313.

terkait dengan berbagai jenis pengadilan. Sementara substansi tersusun dari peraturan-peraturan dan ketentuan mengenai bagaimana institusi-institusi itu harus berperilaku.⁸⁶

Nyawa dan realitas pada sistem hukum menurut L.M. Friedman bersumber dari sosial eksternal. Sistem hukum tidak terisolasi atau terasing. Ia bergantung secara mutlak pada input-input dari luar. Tanpa ada pihak-pihak yang berperkara, tidak akan ada pengadilan. Tanpa masalah dan kehendak untuk menyelesaikannya, tidak akan ada orang yang berperkara. Semua elemen sosial ini mencairkan kekakuan dan menggerakkan sistem.⁸⁷ L.M. Friedman selanjutnya menerangkan:

”Kekuatan-kekuatan sosial terus-menerus menggerakkan hukum merusak di sini, memperbaharui di sana; menghidupkan di sini, mematikan di sana; memilih bagian mana dari hukum yang akan beroperasi, bagian mana yang tidak; mengganti, memintas, dan melewati apa yang muncul; perubahan-perubahan apa yang akan terjadi secara terbuka atau diam-diam. Karena tidak ada istilah lain yang lebih tepat lagi, kita bias namakan sebagian dari kekuatan-kekuatan itu sebagai kultur hukum. Kultur hukum adalah elemen sikap dan nilai sosial.”⁸⁸

L.M. Friedman mengemukakan empat fungsi sistem hukum, yaitu:

1. Sebagai bagian dari sistem kontrol sosial (*social control*), yang mengatur perilaku manusia;
2. Sebagai sarana untuk menyelesaikan sengketa (*dispute settlement*);
3. Sebagai sistem hukum memiliki fungsi sebagai *social engineering function*;

⁸⁶Lawrence M. Friedman, 2017, *Sistem Hukum Perspektif Ilmu Sosial*, Bandung; Nusa Media, halaman 15-16, terjemahan M. Khozim dari buku Lawrence M. Friedman, *The Legal System A Social Science Perspective*, (New York; Russel Sage Foundation, 1975).

⁸⁷*Ibid.*, halaman 16-17.

⁸⁸*Ibid.*, halaman 17.

4. Sebagai *social maintenance*, yaitu fungsi yang menekankan penerapan hukum sebagai pemeliharaan ”*status quo*” yang tidak menginginkan perubahan.⁸⁹

3. Applied Teory *Hukum Progresif*

Teori Hukum Progresif merupakan bentuk dari perkembangan hukum modern dicetuskan oleh Satjipto Rahardjo dimana keberadaan hukum progresif merupakan jawaban terhadap pelaksanaan hukum di Indonesia saat ini dimana hukum yang berlaku sekedar terbatas pada tekstual saja yang bersumber pada isi dari pasal dalam suatu hukum saja sedangkan pada hukum progresif didasarkan pada kontekstual tidak hanya berdasar pada isi peraturan perundang-undangan namun juga melihat pada kondisi riil sosial masyarakat, dengan harapan keberadaan dari hukum tersebut lebih membumi dan terwujudnya keadilan dalam masyarakat sesuai dengan tujuan dari hukum itu sendiri yaitu mewujudkan keadilan bagi masyarakat. dinyatakan bahwa pemikiran hukum perlu kembali pada filosofis dasarnya yaitu hukum untuk manusia, bukan sebaliknya sehingga manusia menjadi penentu dan titik orientasi hukum. Hal ini mengingat di samping kepastian dan keadilan hukum juga berfungsi untuk kesejahteraan hidup manusia atau memberikan kemanfaatan kepada masyarakat. Sehingga boleh dikatakan bahwa berhukum adalah sebagai medan dan perjuangan manusia dalam konteks mencari kebahagiaan hidup.⁹⁰ Satjipto Rahardjo menyatakan baik faktor; peranan manusia, maupun masyarakat, ditampilkan kedepan, sehingga hukum lebih tampil sebagai medan pergulatan dan

⁸⁹Lawrence M. Friedman, *Opcit.*, halaman 5-6 dalam Teguh Prasetyo, Abdul Halim Barkatullah, *Opcit.*, halaman 311-312.

⁹⁰ Sabian Usman, *Dasar-Dasar Sosiologi Hukum*, Yogyakarta: Pustaka Belajar, 2009, hal.1

perjuangan manusia. Hukum dan bekerjanya hukum seyogianya dilihat dalam konteks hukum itu sendiri. Hukum tidak ada untuk diri dan keperluannya sendiri, melainkan untuk manusia, khususnya kebahagiaan manusia.⁹¹

Menurut Satjipto Rahardjo penegakan hukum progresif adalah menjalankan hukum tidak hanya sekedar kata-kata hitam-putih dari peraturan (*according to the letter*), melainkan menurut semangat dan makna lebih dalam (*to very meaning*) dari Undang-Undang atau hukum. Penegakan hukum tidak hanya kecerdasan intelektual, melainkan dengan kecerdasan spiritual. Dengan kata lain, penegakan hukum yang dilakukan dengan penuh determinasi, empati, dedikasi, komitmen terhadap penderitaan bangsa dan disertai keberanian untuk mencari jalan lain daripada yang biasa dilakukan.⁹²

Bagi hukum progresif proses perubahan tidak lagi berpusat pada peraturan, tetapi pada kreativitas pelaku hukum mengaktualisasikan hukum dalam ruang dan waktu yang tepat. Para pelaku hukum progresif dapat melakukan perubahan dengan melakukan pemaknaan yang kreatif terhadap peraturan yang ada, tanpa harus menunggu perubahan peraturan (*changing the law*). Peraturan buruk tidak harus menjadi penghalang bagi para pelaku hukum progresif untuk menghadirkan keadilan untuk rakyat dan pencari keadilan, pada titik inilah menurut Satjipto Rahardjo hukum harus dibiarkan mengalir begitu saja menggeser paradigma hukum positivisme untuk

⁹¹ Satjipto Rahardjo, *Biarkan Hukum Mengalir Catatan Kritis Tentang Pergulatan Manusia dan Hukum*, Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2007, hal. ix

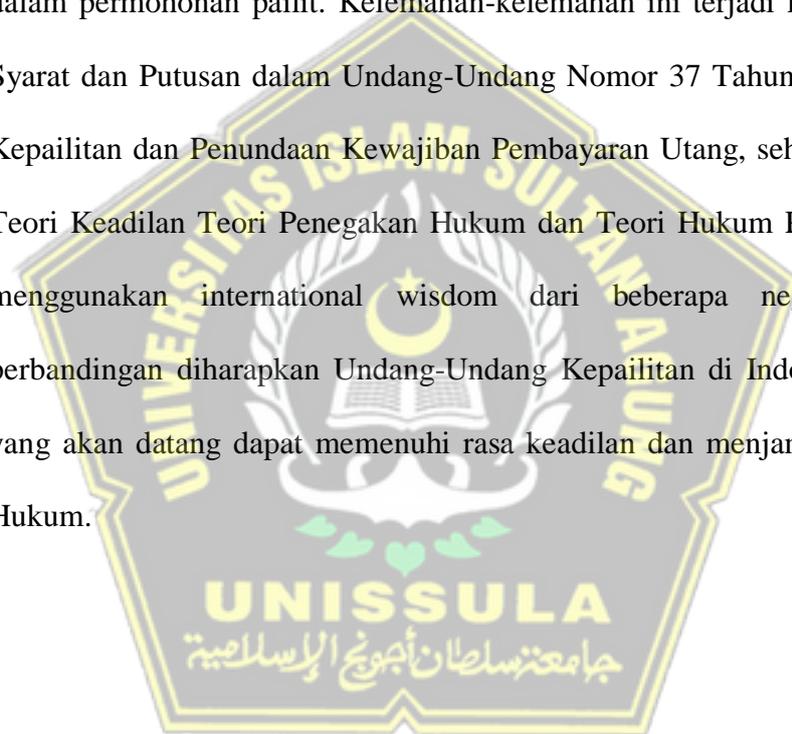
⁹² Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Suatu Tinjauan Sosiologis*, Yogyakarta : Gents Publishing, 2009, hal. xiii

menemukan tujuannya sendiri. Agar hukum dirasakan manfaatnya, maka dibutuhkan jasa pelaku hukum yang kreatif menterjemahkan hukum itu dalam kepentingan-kepentingan sosial yang memang harus dilayaninya.

G. Kerangka Pemikiran

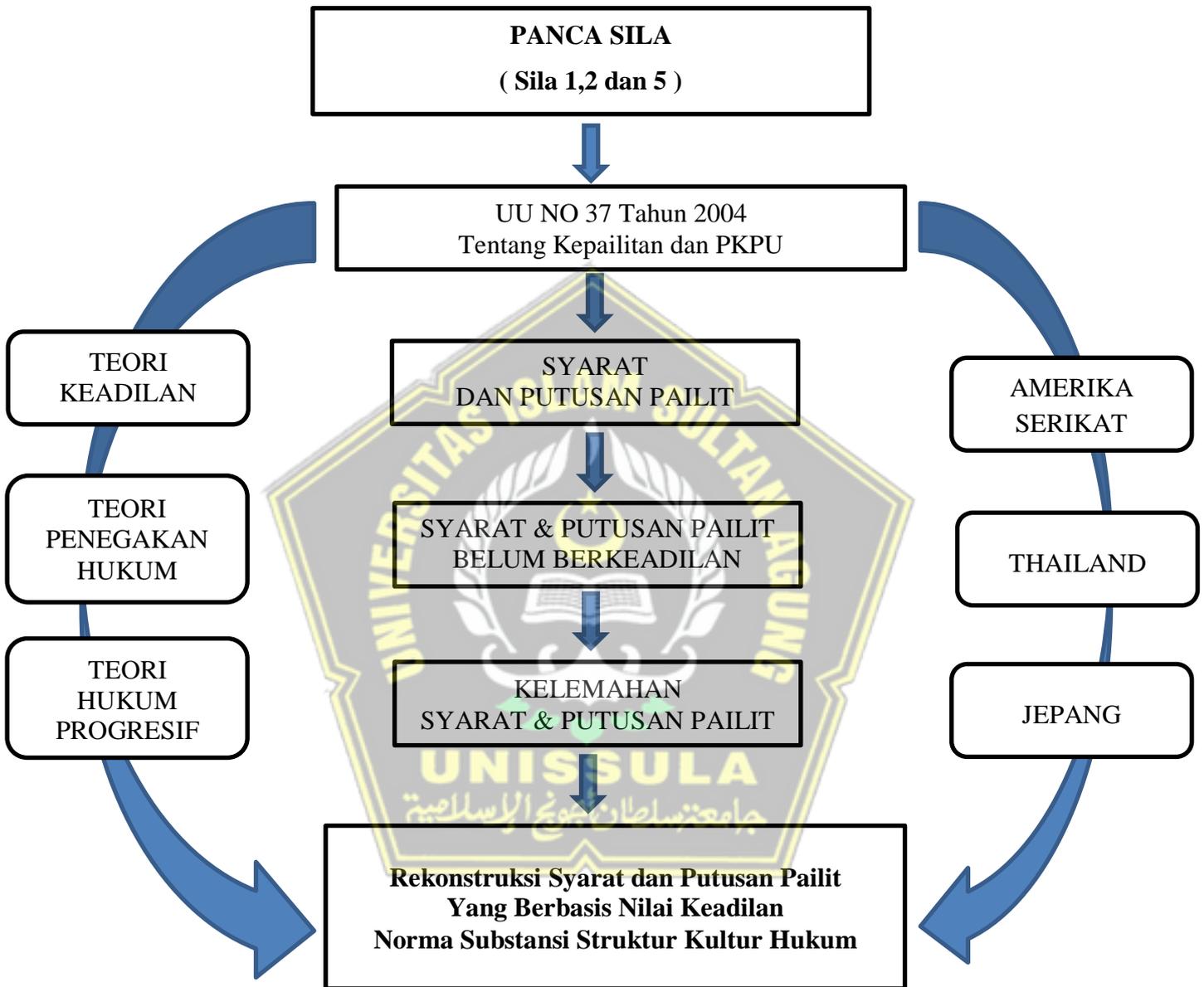
Pancasila sebagai *Grundnorm* ibarat bahan bakar yang menggerakkan seluruh sistem dan berakibat satu sama lain saling mengikat dan melengkapi. Berkaitan dengan Kepailitan ada beberapa sila yang menonjol diantaranya sila Satu, sila dua dan sila lima yang seharusnya nilai-nilainya mewarnai Peraturan dibawahnya. Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang salah satunya mengatur mengenai Syarat dan Putusan Pailit, dalam syarat dan putusan pailit hanya memuat Debitor yang mempunyai dua atau lebih Kreditor dan tidak membayar lunas sedikitnya satu utang yang telah jatuh waktu dan dapat ditagih, dinyatakan pailit dengan putusan Pengadilan, baik atas permohonannya sendiri maupun atas permohonan satu atau lebih kreditornya dan atas syarat yang sederhana tersebut maka Permohonan pernyataan pailit **harus** dikabulkan apabila terdapat fakta atau keadaan yang terbukti secara sederhana bahwa persyaratan untuk dinyatakan pailit sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (1) telah dipenuhi. Dengan mudahnya syarat pailit dan adanya pernyataan pailit **harus** dikabulkan apabila terdapat fakta atau keadaan yang terbukti secara sederhana maka tidak seimbang kedudukan Debitor dan Kreditor. Hal ini pernah dialami PT Dirgantara Indonesia yang di pailitkan beberapa karyawan karena Pesangon

dan gaji yang belum terbayarkan dalam putusan Putusan Pengadilan Niaga Jakarta Pusat Nomor 41/Pailit/2007/PN. Niaga/jkt.Pst. Putusan Pengadilan Niaga Jakarta Pusat Nomor 48/PAILIT/2012/PN.NIAGA.JKT.PST antara PT Telkomsel dengan PT Prima Jaya Informatika dan Putusan Pailit Perusahaan Asuransi Jiwa Manulife Indonesia Pengadilan Niaga Jakarta Pusat Nomor 10/PAILIT/2002/PN.NIAGA.JKT.PST. dimana asset atau kekayaan perusahaan yang di pailitkan jauh diatas nilai yang menjadi Utang dalam permohonan pailit. Kelemahan-kelemahan ini terjadi karena adanya Syarat dan Putusan dalam Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, sehingga dengan Teori Keadilan Teori Penegakan Hukum dan Teori Hukum Progresif serta menggunakan international wisdom dari beberapa negara sebagai perbandingan diharapkan Undang-Undang Kepailitan di Indonesia dimasa yang akan datang dapat memenuhi rasa keadilan dan menjamin Kepastian Hukum.



Bagan kerangka pemikiran disertasi

Tabel 1
Kerangka Pemikiran Disertasi



H. Metode Penelitian Disertasi

1. Paradigma Penelitian

Paradigma merupakan pola atau model tentang bagaimana suatu distruktur (bagian dan hubungannya) atau bagaimana bagian-bagian

berfungsi (perilaku yang di dalamnya ada konteks khusus atau dimensi waktu). Thomas Samuel Kuhn dalam bukunya *The Structure of Scientific Revolutions*, mendefinisikan “paradigma ilmiah” sebagai contoh yang diterima tentang praktek ilmiah sebenarnya, contoh; termasuk hukum, teori, aplikasi, dan instrumentasi secara bersama-sama, yang menyediakan model yang darinya muncul tradisi yang koheren dari penelitian ilmiah. Penelitian yang pelaksanaannya didasarkan pada paradigma bersama komitmen untuk menggunakan aturan dan standar praktek ilmiah yang sama.⁹³

Paradigma penelitian yang digunakan dalam disertasi ini adalah Paradigma Konstruktivisme, yaitu pendekatan secara teoritis untuk komunikasi yang dikembangkan tahun 1970-an oleh Jesse Delo dan rekan-rekan sejawatnya. Teori konstruktivisme menyatakan bahwa individu melakukan interpretasi dan bertindak menurut berbagai kategori konseptual yang ada dalam pikirannya. Menurut teori ini, realitas tidak menunjukkan dirinya dalam bentuknya yang kasar, tetapi harus disaring terlebih dahulu melalui bagaimana cara seseorang melihat sesuatu.

Konstruktivisme menolak pandangan positivisme yang memisahkan subjek dan objek komunikasi. Dalam pandangan konstruktivisme, bahasa tidak lagi hanya dilihat sebagai alat untuk memahami realitas objektif belaka dan dipisahkan dari subjek sebagai penyampai pesan. Konstruktivisme justru menganggap subjek sebagai faktor sentral dalam kegiatan komunikasi serta hubungan-hubungan sosialnya. Subjek memiliki

⁹³ Lexy J. Moleong, 2012, *Metodologi Penelitian Kualitatif*, Remaja Rosdakarya, Bandung, hlm.49.

kemampuan melakukan kontrol terhadap maksud-maksud tertentu dalam setiap wacana.

Teori konstruktivisme menyatakan bahwa individu menginterpretasikan dan beraksi menurut kategori konseptual dari pikiran. Realitas tidak menggambarkan diri individu namun harus disaring melalui cara pandang orang terhadap realitas tersebut. Teori konstruktivisme dibangun berdasarkan teori yang ada sebelumnya, yaitu konstruksi pribadi atau konstruksi personal (*personal construct*) oleh George Kelly. Ia menyatakan bahwa orang memahami pengalamannya dengan cara mengelompokkan berbagai peristiwa menurut kesamaannya dan membedakan berbagai hal melalui perbedaannya.

Paradigma konstruktivisme ialah paradigma dimana kebenaran suatu realitas sosial dilihat sebagai hasil konstruksi sosial, dan kebenaran suatu realitas sosial bersifat relatif. Paradigma konstruktivisme ini berada dalam perspektif interpretivisme (penafsiran) yang terbagi dalam tiga jenis, yaitu interaksi simbolik, fenomenologis dan hermeneutik. Paradigma konstruktivisme dalam ilmu sosial merupakan kritik terhadap paradigma positivis. Menurut paradigma konstruktivisme realitas sosial yang diamati oleh seseorang tidak dapat digeneralisasikan pada semua orang, seperti yang biasa dilakukan oleh kaum positivis. Konsep mengenai konstruksionis diperkenalkan oleh sosiolog *interpretative*, Peter L. Berger bersama Thomas Luckman. Dalam konsep kajian komunikasi, teori

konstruksi sosial bisa disebut berada diantara teori fakta sosial dan defenisi sosial.⁹⁴

Paradigma konstruktivisme yang ditelusuri dari pemikiran Weber, menilai perilaku manusia secara fundamental berbeda dengan perilaku alam, karena manusia bertindak sebagai agen yang mengkonstruksi dalam realitas sosial mereka, baik itu melalui pemberian makna maupun pemahaman perilaku menurut Weber, menerangkan bahwa substansi bentuk kehidupan di masyarakat tidak hanya dilihat dari penilaian objektif saja, melainkan dilihat dari tindakan perorang yang timbul dari alasan-alasan subjektif. Weber juga melihat bahwa tiap individu akan memberikan pengaruh dalam masyarakatnya.

Paradigma konstruktivis dipengaruhi oleh perspektif interaksi simbolis dan perspektif strukturan fungsional. Perspektif interaksi simbolis ini mengatakan bahwa manusia secara aktif dan kreatif mengembangkan respons terhadap stimulus dalam dunia kognitifnya. Dalam proses sosial, individu manusia dipandang sebagai pencipta realitas sosial yang relatif bebas di dalam dunia sosialnya. Realitas sosial itu memiliki makna manakala realitas sosial tersebut dikonstruksikan dan dimaknakan secara subjektif oleh individu lain, sehingga memantapkan realitas itu secara objektif.

⁹⁴ Eriyanto. *Analisis Wacana, Pengantar Analisis Isi Media*. Yogyakarta : LKIS, 2004, hlm.13

2. Jenis Penelitian

Pokok permasalahan dalam penelitian ini adalah bagaimana upaya persyaratan pengajuan permohonan pailit diformulasikan berdasarkan nilai-nilai keadilan. Bertolak dengan tujuan penelitian tersebut, pokok permasalahan dalam penelitian ini yang berkaitan dengan persoalan nilai keadilan dalam syarat pengajuan permohonan pailit maka hukum dipahami sebagai nilai dan asas-asas kebenaran serta keadilan yang bersifat universal. Bertolak dari permasalahan dan tujuan dari penelitian ini, maka metode yang digunakan untuk menyusun disertasi ini adalah penelitian yuridis sosiologis atau *socio-legal research* atau *sociolegal studies*.

Mengutip pendapat Wheeler dan Thomas, studi sosiolegal adalah suatu pendekatan alternatif yang menguji studi doktrinal terhadap hukum.⁹⁵ Karakteristik metode penelitian sosiolegal dapat diidentifikasi melalui dua hal berikut; *pertama*, studi sosiolegal melakukan studi tekstual, Pasal-Pasal dalam peraturan perundang-undangan dan kebijakan dapat dianalisis secara kritis dan dijelaskan makna dan implikasinya terhadap subyek hukum (termasuk kelompok terpinggirkan), dalam hal ini dapat dijelaskan bagaimanakah makna yang terkandung dalam Pasal-Pasal tersebut merugikan atau menguntungkan kelompok masyarakat tertentu dan dengan cara bagaimana. Oleh karena itu studi sosiolegal juga berurusan dengan jantung persoalan dalam studi hukum, yaitu membahas konstitusi sampai peraturan perundang-undangan pada tingkat yang paling rendah, *kedua*, studi sosiolegal mengembangkan berbagai metode baru hasil perkawinan

⁹⁵ Sulistyowati Irianto, *Memperkenalkan Studi Sosiolegal dan Implikasi Metodologisnya*, dalam Sulistyowati Irianti & Shidarta, 2011, *Metodologi Penelitian Hukum-Konstelasi dan Refleksi*, Yayasan Pustaka Obor Indonesia, Jakarta, hlm.175.

antara metode hukum dengan ilmu sosial, seperti penelitian kualitatif sosiolegal.⁹⁶

Berdasarkan paparan di atas, penelitian ini menelaah unsur-unsur hukum dengan tujuan menghasilkan kaidah-kaidah hukum maupun tata hukum dengan cara mengidentifikasi Pasal-Pasal terhadap syarat pengajuan permohonan pailit seperti yang dirumuskan dalam Pasal 2 Undang-undang nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang yang meliputi masyarakat hukum, subyek hukum, hak dan kewajiban, peristiwa hukum, hubungan hukum dan obyek hukum, dengan merumuskan terlebih dahulu kaidah hukumnya kemudian menarik asas-asas untuk pengkajian, perbandingan, analisis dan perumusan.

3. Sifat Penelitian

Spesifikasi penelitian ini adalah bersifat deskriptif sesuai dengan masalah dan tujuan dalam penelitian ini. Deskriptif ini bukan dalam arti yang sempit, artinya dalam memberikan gambaran tentang fenomena yang ada dilakukan sesuai dengan metode penelitian. Fakta-fakta yang ada digambarkan dengan suatu interpretasi, evaluasi dan pengetahuan umum, karena fakta tidak akan mempunyai arti tanpa interpretasi, evaluasi dan pengetahuan umum.⁹⁷

Secara harafiah menurut Sumadi Suryabrata penelitian deskriptif adalah penelitian yang bermaksud membuat pencandraan (deskripsi) mengenai situasi-situasi atau kejadian-kejadian.⁹⁸ Bersifat deskriptif analitis

⁹⁶ *Ibid.*, hlm.177-178.

⁹⁷ I.S. Susanto, 1990. *Kriminologi*. Fakultas Hukum Undip, Semarang. hlm. 15

⁹⁸ Sumadi Suryabrata, 2010, *Metodologi Penelitian*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm.76.

di sini dimaksudkan karena penelitian bertujuan menggambarkan dan mengkritisi nilai dan norma hukum yang berkaitan dengan syarat pengajuan permohonan pailit.

4. Metode pendekatan

Metode pendekatan terdiri dari pendekatan yuridis normatif atau yuridis sosilogi atau *social legal reseach*.⁹⁹Metode pendekatan dalam penelitian ini adalah pendekatan yuridis normatif.

Nama lain dari penelitian hukum normative ini adalah penelitian hukum doktriner, juga disebut sebagai penelitian perpustakaan atau studi dokumen. Disebut penelitian hukum doktriner karena penelitian ini dilakukan atau ditujukan hanya pada peraturan-peraturan yang tertulis atau bahan-bahan hukum yang lain. Sedang disebut sebagai penelitian perpustakaan ataupun studi dokumen disebabkan penelitian ini lebih banyak dilakukan terhadap data yang bersifat sekunder yang ada diperpustakaan.¹⁰⁰

5. Sumber Data

Sumber data dalam penelitian ini nantinya adalah pada sumber data primer, yakni data yang diperoleh secara langsung dari sejumlah responden. Disamping itu selain sumber data primer terdapat juga sumber data penelitian yaitu sumber data sekunder yang berupa :

⁹⁹Program Doktor (S3) Ilmu Hukum Unissula, *Op.cit.*, halaman 6-7.

¹⁰⁰Ali Murthado, Mustafa Kamal Rokan, *Metodologi Penelitian Hukum Suatu Pemikiran dan Penerapan*, (Medan:Wal Ashri Publishing), 2008, halaman 27.

a. Bahan Hukum Primer:

1). Peraturan Perundang-undangan di Indonesia:

- a). Norma Dasar Pancasila.
- b). Undang-Undang Dasar 1945.
- c). Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (Kepailitan & PKPU).
- d). Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUH Perdata).
- e). Kitab Undang-undang Hukum Dagang (KUH Dagang).
- f). Undang-undang Nomor 1 Tahun 1995 Tentang Perseroan Terbatas.
- g). Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 Tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan;
- h). Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman.
- i). PP Nomor 68 Tahun 1996 Tentang Likuidasi Bank.
- j). PP Nomor 80 Tahun 1998 Tentang Perhitungan Jumlah Hak Suara Kreditor.

2). Peraturan Perundang-undangan yang mengatur Kepailitan di beberapa negara yang menganut hukum kepailitan Islam, Amerika Serikat dan Inggris.

b. Bahan hukum sekunder

- 1). Disertasi.

- 2). Jurnal-jurnal hukum yang berkaitan dengan *Kepailitan dan Perjanjian*.
- 3). Artikel yang berkaitan dengan *Kepailitan dan Perjanjian*.
- 4). Kamus hukum.
- 5). Putusan pengadilan, khususnya Pengadilan Niaga.

c. Bahan hukum Tersier

- 1). Bibliografi,
- 2). Indeks komulatif.

6. Teknik Pengumpulan Data

Metode pengumpulan data untuk data primer melalui :

- a. Eksplorasi, yaitu mengamati dari Debitor Kreditor dan Hakim pada Pengadilan Niaga.
- b. Wawancara

Wawancara merupakan proses interaksi dan komunikasi antara peneliti dan pihak yang diteliti Debitor Kreditor dan Hakim dan bertujuan untuk mengetahui pola dan perilaku dari proses kepailitan.

Wawancara ini dapat dilakukan dengan panduan daftar pertanyaan (*quesioner*) atau tanya jawab langsung secara bebas terpimpin, terbuka, pedoman wawancara telah tersedia yaitu secara *purposive sampling* (jumlah sampling tidak ditentukan) jadi caranya dengan *snowball sampling* sehingga berhenti wawancara setelah peneliti memiliki keyakinan.

c. Studi Pustaka

Metode Pengumpulan Data Sekunder yang terdiri dari bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier ini dilakukan dengan penelitian Kepustakaan (*Library Research*). Studi ini dilakukan dengan jalan meneliti dokumen-dokumen yang berkaitan dengan materi penelitian, yaitu dengan mengumpulkan data dan informasi baik yang berupa buku-buku, karangan ilmiah, peraturan perundang-undangan dan bahan hukum tertulis lainnya yang terkait dengan materi penelitian ini yaitu dengan jalan mencari, mempelajari dan mencatat serta menginterpretasikan hal-hal yang berkaitan dengan materi penelitian.¹⁰¹

7. Analisis Data

Data-data yang terkumpul akan dianalisis secara kualitatif Induktif. Metode yang dipakai untuk menggambarkan suatu kondisi yang sedang berlangsung dengan tujuan agar dapat mendapatkan data seteliti mungkin tentang materi penelitian sehingga mampu menggali yang sifatnya ideal dan kemudian dipaparkan dan dijelaskan secara mendalam dalam bentuk uraian kalimat yang disusun secara ilmiah, guna mengungkap perlindungan hukum bagi pengusaha swasta dalam pengadaan barang dan jasa di pemerintahan berbasis keadilan.

¹⁰¹ Zainuddin Ali, 2010. *Metode Penelitian Hukum*. Sinar Grafika. Jakarta, hal.. 255

I. Sistematika Penulisan

Sistematika penulisan disertasi ini terdiri dari tiga bagian yaitu bagian awal, isi dan akhir. Adapun sistematika disertasi selengkapnya sebagai berikut.

Bagian awal terdiri dari halaman judul, halaman pengesahan, halaman pernyataan, abstrak/*abstract*, halaman persetujuan, halaman dewan penguji, ringkasan disertasi, halaman motto dan persembahan, kata pengantar, daftar isi, daftar tabel, glossary.

Di bagian isi terdapat enam bab, yang terdiri dari pendahuluan, kajian pustaka, pembahasan rumusan masalah pertama sampai ketiga, Rekonstruksi atas permasalahan dan bab penutup.

Bab I Pendahuluan, menjelaskan tentang latar belakang masalah permasalahan, tujuan penelitian, manfaat penelitian, kerangka pemikiran, kerangka teori, kerangka konseptual, metode penelitian, sistematika penulisan, orisinalitas/keaslian.

Bab II Kajian Pustaka, membahas teori-teori dan konsep yang berkaitan dengan syarat dan putusan pailit dalam Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang.

Bab III Dasar hukum sSyarat dan putusan pailit dalam Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang serta Pelaksanaan syarat dan Putusan Pailit di Indonesia menurut Undang-Undang No.37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang;

BAB IV Kelemahan-Kelemahan Substansi, Struktur dan Kultur syarat dan putusan pailit dalam Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang yang berlaku di Indonesia.

Bab V Rekonstruksi Syarat dan Putusan Pailit Berdasarkan Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang yang berbasis nilai keadilan.

Bab VI Penutup berisi kesimpulan dan saran-saran serta menjelaskan implikasi kajian disertasi.

Pada bagian akhir penelitian merupakan daftar sumber pustaka, yang terdiri dari daftar buku-buku, peraturan perundang-undangan, majalah, jurnal serta tulisan yang bersumber dari internet.



J. Jadwal Penelitian Desertasi

Penelitian ini akan dilaksanakan dalam waktu 6 (enam) - 12 (dua belas) bulan dengan tahapan penelitian sebagai berikut:

Tabel 2
Jadwal Penelitian Desertasi

NOMOR	KEGIATAN	WAKTU
1	Persiapan	(1 - 2 bulan)
	a. Pembuatan Proposal	
	b. Konsultasi dan Bimbingan	
	c. Ujian Proposal	
	d. Perbaikan Proposal	
NOMOR	KEGIATAN	WAKTU
2	Pelaksanaan	(1 - 2 bulan)
	a. Pengambilan data dan bahan hukum primer	
	b. Pengambilan data dan bahan hukum sekunder serta tersier	
3	Pengolahan Data	(1 - 2 bulan)
	a. Analisis Data	
	b. Interpretasi Data	
4	Penulisan Desertasi	(6 - 8 bulan)
	a. Konsep Penulisan Desertasi	
	b. Konsultasi Desertasi	
	c. Ujian Desertasi	
	d. Perbaikan Desertasi	
e. Penggandaan		

K. Orisinalitas Desertasi

Beberapa penelitian yang telah dilakukan berkenaan dengan Kepailitan antara lain:

Tabel 3
Orisinalitas Desertasi

No.	Peneliti Tahun Instansi	Jenis Judul	Hasil Studi	Novelty Kebaruan
1.	HOTMAN PARIS HOTAPEA 2011 Universitas Padjajaran Bandung	Disertasi Kepailitan Berdasarkan Obligasi Dijamin (Guaranteed Secured Note) yang Diterbitkan Oleh Perusahaan Special Purpose Vehicle (SPV) di Luar Negeri Serta Dijamin Oleh Perusahaan Indonesia. ¹⁰²	1. Perdagangan obligasi tanpa warkat dengan <i>sistem book entry sistem</i> sebagai masalah utama sering dilakukan diberbagai lembaga <i>depository</i> dan <i>clearing clearstream</i> akibatnya menimbulkan masalah hukum baru dan dualisme di berbagai putusan di pengadilan; 2. Sering terjadi kesalahan atau penyalahgunaan asas pembuktian sederhana untuk kasus-kasus utang kepailitan yang didasarkan pada Obligasi Dijamin; 3. Pasal 8 ayat (4) UU Kepailitan tahun 2004 dihapus karena Pengadilan Niaga dan Mahkamah Agung banyak mengeluarkan putusan yang menolak permohonan kepailitan dan permohonan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang	Merekonstruksi syarat dan putusan pailit dalam Undang-Undang No 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan PKPU agar ada keseimbangan keadilan antara Debitor dan Kreditor dan kepastian hukum serta kelangsungan usaha yang terjaga

¹⁰² Hotman Paris Hotapea, 2011, *Kepailitan Berdasarkan Obligasi Dijamin (Guaranteed Secured Note) yang Diterbitkan Oleh Perusahaan Special Purpose Vehicle (SPV) di Luar Negeri Serta Dijamin Oleh Perusahaan Indonesia*, Disertasi, Bandung, Program Studi Doktor Ilmu Hukum Universitas Padjajaran,

			<p>(PKPU) dengan alasan pasal 8 ayat (4) UU nomor 37 tahun 2004 tentang kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang. Pengadilan Niaga seharusnya tidak boleh menolak mengadili dengan alasan bukan perkara sumir (tidak sederhana) dan harus memutus berdasarkan substansi kasus;</p> <p>4. Menyarankan agar pemerintah dan Dewan Perwakilan Rakyat menyempurnakan syarat-syarat kepailitan di dalam pasal 2 ayat (1) dan pasal 222 UU Kepailitan 2004, khususnya tentang pengertian dan unsur dari kata “dapat ditagih” dari suatu utang.</p>	
2.	ASRA 2014 UII	<p>Disertasi</p> <p>Corporate Rescue : Key Concept dalam Kepailitan Korporasi¹⁰³</p>	<p>1. Pailitnya perusahaan-perusahaan nasional yang masih prospektif, seperti PT. TELKOM, PT. Prudential Life, dsb di Pengadilan Niaga banyak mengundang pertanyaan dan kritikan dari berbagai pihak. Sebab perusahaan yang dikenai putusan pailit dinilai masih layak, atau mampu bangkit dan meneruskan kembali usahanya. Hal ini disebabkan karena Undang-Undang Kepailitan Indonesia yang berasal dari</p>	<p>Tidak bagaimana hakim menangani perkara pailit tetapi berusaha merubah syarat dan putusan pailit dalam Undang-Undang No 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan PKPU agar ada keseimbangan keadilan antara Debitor dan Kreditor dan</p>

¹⁰³ Asra, 2014, *Corporate Rescue : Key Concept dalam Kepailitan Korporasi*, Disertasi, Yogyakarta, Program Studi Doktor Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia.

			<p>warisan Belanda yaitu Faillissements Verordening (FV) yang kemudian diganti dengan Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 menganut paradigma lama yang kini dinilai kurang relevan;</p> <p>2. Hakim dalam menerapkan Undang-Undang No. 37 Tahun 2004, seharusnya tidak menggunakan paradigma positivistic legalistic dalam mengabulkan permohonan pailit terhadap korporasi. Sebaliknya hakim menerapkan paradigma nonpositivistic untuk menerapkan asas kelangsungan usaha jika perusahaan tersebut memang tidak patut dipailitkan. Perkara-perkara kepailitan juga sebaiknya ditangani oleh hakim-hakim yang telah dilatih berulang kali dan secara mendalam dalam hukum kepailitan dan hukum bisnis sehingga menjadi hakim khusus yang menangani perkara kepailitan.</p>	<p>kepastian hukum serta kelangsungan usaha yang terjaga</p>
3.	<p>AGUS WINOTO</p> <p>2012</p> <p>UNDIP</p>	<p>Tesis</p> <p>Akibat Hukum Kepailitan pada C.V. Yang Rencana Perdamaianya Ditolak Pengesahannya oleh Pengadilan Niaga (Studi</p>	<p>1. Harta pailit Bagus Pribadi selaku pengurus/persero komplementer C.V. Taru Buana Klaten berada dalam keadaan insolvensi atau berada dalam keadaan berhenti membayar dan menjadi tugas Balai Harta Peninggalan Semarang selaku Kurator untuk</p>	<p>Penulis tidak membahas Perdamaian dalam pailit yang Ditolak Pengesahannya oleh Pengadilan Niaga sementara yang menjadi</p>

		Kasus Putusan Pengadilan Niaga Semarang Nomor : 03/Pailit/2010/PN Niaga Smg) ¹⁰⁴	melakukan pemberesan harta pailit sesuai yang diatur dalam Undang-undang Kepailitan dan PKPU; 2. Debitor pailit Bagus Pribadi selaku pengurus/persero komplementer C.V. Taru Buana Klaten tidak dapat lagi menawarkan perdamaian dalam kepailitan tersebut.	fokus adalah syarat pengajuan pailit agar berkeadilan dan ada kepastian hukum
4.	MOCHAMA D ROFIAN, S.E.,S.H.,M. H.,CLA Unissula 2019	Disertasi Rekonstruksi Kebijakan Penegakan Hukum Dalam Perkara Kepailitan Yang Berbasis Nilai Keadilan Berdasarkan Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan Dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang	Debitor yang mampu nyai tagihan senilai minimal 75% dari nilai kredit dan tidak membayar lunas sedikitnya dua utang yang telah jatuh waktu dan dapat ditagih, dengan memperhatikan kesehatan keuangan debitor, dapat dinyatakan pailit dengan putusan pengadilan, baik atas permohonannya sendiri maupun atas permohonan kreditor lainnya.	Syarat minimum dua kreditor dapat mengajukan permohonan pailit merugikan debitor, karena akan dengan mudah dipailitkan oleh para kreditor. Oleh karena bisa saja ada kreditor yang piutangnya belum jatuh tempo karena menjadi terpaksa ikut mengajukan permohonan pailit.

¹⁰⁴ Agus Winoto, 2012, *Akibat Hukum Kepailitan pada C.V. Yang Rencana Perdamaiannya Ditolak Pengesahannya oleh Pengadilan Niaga (Studi Kasus Putusan Pengadilan Niaga Semarang Nomor : 03/Pailit/2010/PN Niaga Smg)*, Tesis, Semarang, Program Studi Magister Kenotariatan Universitas Diponegoro, hlm.100.