

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Krisis moneter yang melanda Indonesia sejak awal Juli 1997, sementara ini telah berlangsung hampir dua tahun dan berakhir pada krisis ekonomi, yakni lumpuhnya kegiatan ekonomi karena semakin banyak perusahaan yang tutup dan meningkatnya jumlah pekerja yang menganggur. Memang krisis ini tidak seluruhnya disebabkan karena terjadinya krisis moneter saja, karena sebagian diperberat oleh berbagai musibah nasional yang datang secara bertubi-tubi di tengah kesulitan ekonomi seperti kegagalan panen padi di banyak tempat karena musim kering yang panjang dan terparah selama 50 tahun terakhir, hama, kebakaran hutan secara besar-besaran di Kalimantan dan peristiwa kerusuhan yang melanda banyak kota pada pertengahan Mei 1998 lalu dan kelanjutannya.¹

Untuk mengantisipasi adanya kecenderungan dunia usaha yang bangkrut yang akan berakibat pula pada tidak dapat dipenuhinya kewajiban-kewajiban yang sudah jatuh tempo, maka pemerintah melakukan perubahan-perubahan yang cukup signifikan dalam peraturan perundang-undangan, salah satunya adalah dengan melakukan revisi undang-undang kepailitan yang ada.²

Inisiatif pemerintah untuk merevisi undang-undang kepailitan, sebenarnya timbul karena adanya tekanan dari International Monetary Fund (IMF), yang mendesak supaya Indonesia menyempurnakan sarana hukum yang mengatur permasalahan pemenuhan kewajiban oleh debitor kepada kreditor. IMF merasa bahwa peraturan kepailitan yang merupakan warisan pemerintah kolonial Belanda selama ini kurang memadai dan kurang dapat memenuhi tuntutan zaman. Indonesia tidak mampu menolak desakan IMF yang seolah-olah mendikte tersebut. Setelah negara kita hampir bangkrut karena krisis ekonomi yang berkepanjangan, IMF bagaikan penolong bagi seseorang yang membutuhkan bahkan penolong

¹ Lepi T. Tarmidi, *Krisis Moneter Indonesia : Sebab, Dampak, Peran IMF dan Saran*, Tulisan ini merupakan revisi dan updating dari pidato pengukuhan Guru Besar Madya pada FEUI, 10 Juni 1998, 1

² Artomo Rooseno, *Akibat Hukum Putusan Pernyataan Pailit Bagi Debitor Terhadap Kreditor Pemegang Hak Tanggungan* (Semarang : Tesis Magister Kenotariatan Universitas Diponegoro, 2008), 13.

yang memberikan setetes air dipadang kehausan, penolong yang memberikan hujan ditengah-tengah musim kemarau. Namun untuk dapat menikmati bantuan IMF tersebut mau tidak mau Indonesia harus mengikuti aturan main yang telah disusun sedemikian rupa oleh IMF agar bantuan yang berupa hutang tersebut mengucur ke Indonesia untuk dapat mempertahankan napas ditengah-tengah kesulitan ekonomi yang menghimpit dan melanda Indonesia.³

Dengan makin terpuruknya kehidupan perekonomian nasional, sudah dapat dipastikan akan makin banyak dunia usaha yang ambruk dan rontok sehingga tidak dapat meneruskan kegiatannya termasuk dalam memenuhi kewajiban kepada kreditor. Keambrokan itu akan menimbulkan masalah besar jika aturan main yang ada tidak lengkap dan sempurna. Untuk itu perlu ada aturan main yang dapat digunakan secara cepat, terbuka dan efektif sehingga dapat memberikan kesempatan kepada pihak kreditor dan debitor untuk mengupayakan penyelesaian yang adil.

Salah satu sarana hukum yang menjadi landasan bagi penyelesaian utang piutang dan relevansinya dengan kebangkrutan dunia usaha adalah peraturan kepailitan, termasuk peraturan tentang penundaan kewajiban pembayaran utang. Kepailitan merupakan suatu proses dimana seorang debitur yang mempunyai kesulitan keuangan untuk membayar utangnya dinyatakan pailit oleh pengadilan, dalam hal ini adalah pengadilan niaga, dikarenakan debitur tersebut tidak dapat membayar utangnya, Harta debitur dapat dibagikan kepada para kreditor sesuai dengan peraturan perundangan yang berlaku.

Salah satu ruang lingkup pengaturan hukum ekonomi syariah di Indonesia terdapat dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) berdasarkan peraturan mahkamah agung (perma) Nomor 2 tahun 2008. Mengenai harta pailit, KHES menyebut bahwa Badan usaha yang berbadan hukum atau tidak berbadan hukum, dapat melakukan perbuatan hukum dalam hal tidak dinyatakan *taflis*/pailit berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap.⁴ Dalam KHES pasal 2 ayat 2 tersebut dapat diambil pengertian bahwa ketika badan

³Ahmad Yani dan Gumawan Wijaya, *Seri Hukum Bisnis, Kepailitan* (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2002), 1-2.

⁴KHES Pasal 2 ayat 2

usaha baik yang berbadan hukum maupun tidak berbadan hukum telah dinyatakan pailit tidak lagi dapat melakukan perbuatan hukum. Artinya, badan hukum tersebut mendapatkan pengampuan/terhalang untuk melakukan transaksi ekonomi (*mahjur 'alih*) dengan pihak lain.

Fiqih hukum ekonomi syari'ah juga membahas yang ada kaitannya dengan harta yang bisa ditagih oleh penjual (kreditur) dari orang pailit (debitur), maka hal ini tergantung kepada macam dan kadar barangnya. Tentang barang atau benda yang dipertukarkan (dalam jual beli) yang telah tiada, dan yang karena krediturnya berhak menuntut dari orang yang mengalami pailit, maka piutangnya menjadi tanggungan orang yang pailit. Akan halnya jika barang itu sendiri masih ada dan belum musnah, maka dalam hal ini Fuqoha' Amshor berselisih dalam empat pendapat⁵

Pertama, bahwa bagaimanapun juga pemilik barang lebih berhak atas barang tersebut. kecuali jika ia meninggalkannya dan memilih pembagian piutang. Pendapat ini dikemukakan oleh Imam Syafi'i, Ahmad dan Abu Tsaur. Hanafiyah berkata: barang siapa yang bangkrut (hakim sudah menyatakan kebangkrutannya) sedang ia mempunyai barang milik orang lain dengan jelas, maka orang yang memiliki harta seperti hutang, yang artinya tidak mempunyai hak atas harta itu dibanding orang-orang yang hutang lainnya. Apabila bangkrut sebelum memiliki harta tanpa izin penjual maka ia wajib mengembalikannya dan menahannya dengan harga dalam keadaan belum dimiliki.⁶

Selain Ulama Hanafiyah berkata, apabila Hakim sudah menyatakan kebangkrutannya, maka salah satu orang yang hutang memperoleh sebanyak hartanya (membagi harta yang telah dijual kepadanya sejumlah barang tersebut) maka baginya hak untuk memiliki sebagian. Sesuai dengan sabda Nabi yang diriwayatkan oleh Abu Hurairah yang intinya 'barang siapa yang menemukan hartanya pada orang yang pailit maka ia lebih berhak atas harta tersebut dari pada orang lain'.

⁵Ibnu Rusd, *Bidayatul Mujtahid wa Nihayatul Muqtasid*, (Masr jadidah: maktabah as surq ad dauliyah, 2010), 606

⁶Wahbah Zuhaily, *mausuah al fiqh al islam wa al qodoya al muashiroh*, (Damaskus: Daar al fiqr, 2010), 5, 346

Kedua, bahwa nilai barang harus dilihat pada saat diputuskan kepailitannya. Jika nilai tersebut lebih rendah dari harga semula, maka pemilik barang disuruh memilih antara mengambil barang tersebut atau ikut dalam pembagian piutang. Sedang apabila nilainya lebih banyak atau sama dengan harga semula, maka ia mengambil barang itu sendiri. Pendapat ini dikemukakan oleh Imam Malik dan pengikutnya.

Ketiga: bahwa barang tersebut harus dinilai pada waktu pailit jika nilainya sama atau kurang dari harga semula, maka barang tersebut diputuskan untuknya, yakni si penjual. Tetapi jika nilainya lebih banyak, maka penjual diberi sebanyak harga semula, kemudian para kreditur mengadakan pembagian pada kelebihannya. Pendapat ini dikemukakan oleh segolongan ahli atsar.

Keempat: bahwa bagaimanapun juga para kreditur itu harus mengikuti pemilik barang. Pendapat ini dikemukakan oleh Imam Abu Hanifah dan Ahli Kufah.

Ulama Syafi'iyah dan Hambali berpendapat bahwa apabila orang yang jatuh pailit itu mempunyai harta yang boleh dijual untuk membayar hutang-hutangnya, maka hakim boleh memaksa orang itu untuk menjual hartanya dan melunasi hutang-hutangnya. Apabila ia enggan untuk menjual harta itu atau tidak mau membayar hutangnya, sedangkan para pemberi hutang menuntut kepada hakim untuk melakukan penahanan terhadap orang pailit itu, maka hakim boleh melakukan penahanan sementara. Apabila dengan penahanan sementara ini hakim tidak boleh memaksa orang yang jatuh pailit menjual hartanya untuk membayar hutang itu, hakim boleh melakukan hukuman jasmani, seperti memukulnya, sampai ia mau menjual hartanya itu dan membayar hutang-hutangnya. Jika dalam pemeriksaan hakim, orang yang jatuh pailit itu menyatakan bahwa ia dalam kesulitan keuangan, maka pernyataannya ini tidak diterima, kecuali ada bukti-bukti yang kuat untuk mendukung pernyataannya itu

Akibat hukum selanjutnya jika ternyata hutang orang yang jatuh pailit itu berupa barang, seperti hewan ternak, kendaraan, dan peralatan rumah tangga, dan barang-barang itu masih utuh di tangannya, apakah pemilik barang boleh

mengambil barang-barang miliknya itu sebagai pembayar hutang. Dalam persoalan ini terdapat pula perbedaan pendapat ulama fiqh.

Ulama Hanafiyah menyatakan bahwa sekalipun barang-barang yang menjadi hutang orang pailit itu merupakan piutang salah seorang yang memberinya hutang, maka orang yang memberi piutang itu tidak boleh mengambil kembali barang-barang itu. Artinya, barang hutang, seperti furniture yang masih utuh di rumah orang yang jatuh pailit itu tidak boleh diambil oleh orang yang memberi hutang itu. Karena, dalam sebuah riwayat dikatakan bahwa: "Barang siapa yang menemukan hartanya di tangan orang yang pailit, maka barang itu menjadi milik semua orang yang memberi hutang ((HR ath-Thabrani dan Abi Hurairah).

Pengaturan dalam tataran hukum positif di Indonesia tentang kepailitan dijelaskan dalam Pasal 1 angka (1) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 menyatakan bahwa yang dimaksud dengan Kepailitan adalah 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.

Mengenai pelarangan penggunaan harta tersebut, dengan dijatuhkannya putusan pailit oleh Pengadilan Niaga, debitur demi hukum kehilangan haknya untuk berbuat sesuatu terhadap penguasaan dan pengurusan harta kekayaan yang termasuk dalam kepailitan terhitung sejak tanggal kepailitan itu. Kepailitan mengakibatkan seluruh harta kekayaan debitur serta segala sesuatu yang diperoleh selama kepailitan berada dalam sitaan umum sejak saat putusan pernyataan pailit diucapkan, kecuali⁷ :

- a. Benda termasuk hewan yang benar-benar dibutuhkan oleh debitur sehubungan dengan, pekerjaannya perlengkapannya, alat-alat medis yang dipergunakan untuk kesehatan, tempat tidur dan perlengkapannya yang dipergunakan oleh debitur dan keluarganya, yang terdapat ditempat itu yang diatur dalam Pasal 22a UU Nomor 37 Tahun 2004.

⁷Jono, *Hukum Kepailitan*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2008), 107.

- b. Segala sesuatu yang diperoleh debitur dari pekerjaannya sendiri sebagai penggajian dari suatu jabatan atau jasa, sebagai upah, pensiun, uang tunggu tunjangan, sejauh yang ditentukan oleh Hakim Pengawas. yang diatur dalam Pasal 22 b UU Nomor 37 Tahun 2004.
- c. Atau uang yang diberikan kepada debitur untuk memenuhi suatu kewajiban memberikan nafkah menurut Undang-Undang. yang diatur dalam Pasal 22c UU Nomor 37 Tahun 2004.

Dalam Undang-undang Nomor 37 Tahun 2004 menyatakan bahwa Pengadilan dengan putusan pernyataan pailit atau setiap waktu setelah itu, atas usul Hakim Pengawas, permintaan Kurator, atau atas permintaan seorang Kreditor atau lebih dan setelah mendengar Hakim Pengawas, dapat memerintahkan supaya Debitor Pailit ditahan, baik ditempatkan di Rumah Tahanan Negara maupun di rumahnya sendiri, di bawah pengawasan jaksa yang ditunjuk oleh Hakim Pengawas.⁸ Pada pasal 25 Undang-undang Nomor 37 Tahun 2004 dinyatakan bahwa semua perikatan Debitor yang terbit sesudah putusan pernyataan pailit tidak lagi dapat dibayar dari harta pailit, kecuali perikatan tersebut menguntungkan harta pailit.

Berdasarkan permasalahan yang telah dipaparkan di atas, maka Penuisan Tesis ini bermaksud melakukan penelitian dengan mengambil judul *Pelarangan Penggunaan Harta Pailit Menurut Hukum Ekonomi Syari'ah dan Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan dan penundaan Kewajiban Pembayaran Utang.*

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan pemaparan latar belakang di atas, peneliti menemukan masalah yang perlu dibandingkan antara Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang dengan hukum ekonomi syaria'ah. Namun dalam pandang hukum ekonomi syari'ah itu sendiri terdapat banyak perbedaan pendapat. Oleh karena itu, sebelum membandingkan dengan hukum Undang-undang kepailitan maka terlebih dahulu akan melakukan

⁸UU Nomor 37 Tahun 2004 tentang kepailitan dan penundaan pembayaran utang

perbandingan yang ada perbedaan dikalangan para pemikir ekonomi syari'ah yang pada nantinya akan dipilih pendapat yang lebih kuat/*rajih*, kemudian pendapat *rajih* tersebut dibandingkan dengan Undang-Undang kepailitan yang berlaku di Indonesia. Maka atas dasar perbedaan tersebut penulis tertarik untuk mengkaji lebih lanjut.

Adapun masalah yang diteliti, peneliti tuangkan dalam bentuk pertanyaan-pertanyaan sebagai berikut:

1. Bagaimana konsep kepailitan (*taflis*) menurut Hukum Ekonomi Syari'ah dan Undang-Undang Nomor37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang?
2. Bagaimana penerapan ketentuan mengenai pelarangan penggunaan harta pailit dalam Hukum Ekonomi Syari'ah dan Undang-Undang Nomor37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang?
3. Bagaimana kewenangan *muflis* dalam Hukum Ekonomi Syari'ah dan Undang-Undang Nomor37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang?

C. Tujuan dan Kegunaan Penelitian

1. Tujuan Penelitian

Mengacu pada rumusan yang telah dikemukakan di atas, peneliti bertujuan untuk menganalisis:

- a. Konsep kepailitan menurut Hukum Ekonomi Syariah dan Hukum Undang-Undang Di Indonesia;
- b. Penerapan ketentuan mengenai pelarangan penggunaan harta pailit dalam Hukum Ekonomi Syari'ah dan Hukum Undang-Undang di Indonesia;
- c. Kewenangan *muflis* dalam Hukum Ekonomi Syari'ah dan Hukum Undang-Undang di Indonesia.

2. Kegunaan Penelitian

Penelitian mengenai penggunaan harta pailit dalam hukum ekonomi syariah dan hukum perdata di Indonesia ini diharapkan memberi kegunaan secara teoritis dan praktis.

- a. Secara teoritis, hasil penelitian ini diharapkan dapat memberikan sumbangan yang bernilai ilmiah bagi pengembangan khazanah ilmu pengetahuan;
- b. Secara praktis, hasil penelitian ini diharapkan dapat menambah rujukan hukum material mengenai kepailitan bagi para hakim dalam memutuskan perkara ekonomi syariah di lingkungan peradilan agama. Bagi pengkaji hukum ekonomi syariah diharapkan dari penelitian ini dijadikan sumber rujukan dalam melakukan penelitian selanjutnya.

D. Kajian Pustaka

Penelitian tentang masalah tersebut sudah banyak dilakukan peneliti lain. Berdasarkan tinjauan pustaka, terdapat beberapa peneliti yang relevan dengan penelitian ini:

Dalam Penelitian Tesis yang dilakukan oleh Kurniawan dengan judul: “Pemberesan harta pailit Pada perusahaan perorangan (studi kasus pada PT. Sierad produce tbk)”. Penelitian ini bertujuan mengetahui dan menganalisis tentang pemberesan harta pailit pada perusahaan perorangan, mengetahui dan menganalisis akibat hukum dari pemberesan harta pailit pada perusahaan perorangan. Hasil penelitian menunjukkan pemohon memohon kepada Majelis Hakim yang memeriksa dan menangani perkara pailit, untuk mengangkat Kurator sesuai prosedur hukum, sebagai Kurator untuk mengurus dan membereskan harta pailit.

Kendala yang dihadapi dalam proses permohonan upaya hukum berikutnya adalah kendala yuridis yaitu faktor peraturan hukum dan penegak hukum dan kendala non yuridis yaitu faktor sarana atau fasilitas, ekonomi, sosial, dan kesadaran masyarakat. Penelitian ini berkesimpulan bahwa sita umum atas

semua kekayaan Debitur pailityang pengurusan dan pemberesannya dilakukan oleh Kurator di bawah pengawasan Hakim Pengawas.⁹

Dedi Tri Hartono dalam jurnal Ilmu Hukum Legal Opinion menulistentang: “Perlindungan Hukum Kreditor Berdasarkan Undang-Undang Kepailitan”. Hasil penelitian normatif dalam penulisan ini bahwa, di dalam perlindungan bagi kreditor berdasarkan undang-undang kepailitan yakni Kreditor dalam hal mengajukan permohonan pailit bagi debitor harus berdasarkan persetujuan bersama dengan kreditor lainnya. Pembatalan atas tindakan-tindakan hukum yang dilakukan debitor pailit yang dapat merugikan kreditor yaitu dengan cara Actio Paulina. Hambatan hambatan yang dihadapi oleh kreditor dalam hal kepailitan yakni, belum adanya dana untuk pemberesan harta pailit, tidak kooperatifnya debitor dalam hal kepailitan, Adanya debitor yang menjual atau aset sebelum adanya pernyataan pailit.¹⁰

Artomo Rooseno dalam Tesisnya melakukan penelitian tentang: “Akibat Hukum Putusan Pernyataan Pailit Bagi Debitor Terhadap Kreditor Pemegang Hak Tanggungan“. Hasil penelitian menjelaskan bahwa hakim Pengadilan Niaga dalam menetapkan putusan pernyataan pailit mendasarkan putusannya pada ketentuan Undang-undang Nomor 34 tahun 2004, dan para hakim tersebut menggunakan asas hukum *lex posteriori derogate legi priori* untuk menentukan ketentuan hukum mana yang harus diterapkan. Dengan demikian baik debitor pailit maupun kreditornya tunduk pada ketentuan-ketentuan kepailitan, sehingga kreditor pemegang hak tanggungan yang mempunyai kedudukan sebagai kreditor preferen hanya dapat melaksanakan hak eksekusinya atas benda yang dibebani hak tanggungan untuk selama jangka waktu dua bulan setelah menjalani masa penangguhan selama sembilan puluh hari sejak putusan pailit diucapkan.¹¹

Lily Marheni dalam tesisnya melakukan penelitian dengan judul: “Kedudukan Benda Jaminan yang dibebani Hak Tanggungan Apabila Terjadi

⁹Kurniawan, SH., “Pemberesan Harta Pailit Pada Perusahaan Perorangan (Studi Kasus Pada PT. Sierad Produce,Tbk” (Semarang:Tesis Program Studi Magister Kenotariatan Universitas Diponegoro, 2007), V. t.d.

¹⁰Dedy Tri Hartono, “Perlindungan Hukum Kreditor Berdasarkan Undang-Undang Kepailitan” (Palu: Jurnal Ilmu Hukum Legal Opinion, 2016), Edisi 1, Vol. 4, 1.

¹¹Artomo Rooseno, *Akibat Hukum Putusan Pernyataan Pailit*, 8.

Eksekusi dalam Hal Debitur Pailit dari Perspektif Hukum Kepailitan” hasil penelitian menjelaskan bahwa; (1) pengaturan hukum tentang eksekusi terhadap benda jaminan dalam hal debitur mengalami wanprestasi, prosesnya dilakukan melalui parate eksekusi dan eksekusi berdasarkan kekuatan eksekutorial sertifikat hak tanggungan dengan catatan debitur telah dinyatakan pailit oleh pengadilan, maka proses eksekusi dilakukan oleh kurator di bawah pengawasan hakim melalui tahapan proses hukum. (2) apabila debitur dinyatakan pailit, maka kedudukan benda jaminan yang dibebani hak tanggungan baik yang telah ada pada saat pailit ditetapkan serta kekayaan debitur yang akan ada, menjadi harta pailit (pasal 21 undang-undang No 37 Tahun 2004 tentang KPKPU) kecuali harta debitur yang secara limitatif telah ditentukan dalam Pasal 22 Undang-Undang No 37 Tahun 2004 Tentang KPKPU tidak termasuk sebagai harta pailit¹².

Dari kajian Pustaka di atas maka dapat dilihat dalam tabel berikut:

Tabel 1. Kajian Kepustakaan

No	Judul	Masalah	Teori	Metode	Kesimpulan
1	Pemberesan harta pailit Pada perusahaan perorangan (studi kasus pada PT. Sierad produce tbk	- bagaimana pemberesan harta pailit pada perusahaan perorangan - akibat hukum dari pemberesan harta pailit pada perusahaan perorangan.	Perbandingan	Deskriptif analistis	Pemohon memohon kepada majlis hakim yang memeriksa dan menangani perkara pailit untuk mengangkat kurator sesuai prosedur hukum sebagai kurator untuk mengurus dan membereskan harta pailit.
	Perlindungan hukum	Bagaimana bentuk	Harmoni sasi dan	Yuridis Normatif	Didalam perlindungan

¹² Lily Marheni, *Kedudukan Benda Jaminan Yang dibebani Hak Tanggungan Apabila Terjadi Eksekusi Dalam Hal Debitur Pailit Dari Perspektif Hukum Kepailitan*, (bali: Tesis Magister Univesitas Udayana Bali, 2007)

2	kreditor berdasarkan undang-undang kepailitan	perlindungan kreditor dalam hal kepailitan - Hambatan-hambatan yang dihadapi kreditor dalam hal kepailitan	singkronisasi		bagi kreditor berdasarkan undang-undang kepailitan yakni kreditor dalam hal mengajukan permohonan pailit bagi bagi debitor harus berdasarkan persetujuan bersama dengan kreditor lainnya. -Hambatan-hambatan yang dihadapi dalam kreditor dalam hal kepailitan yakni belum adanya dan untuk pemberesan harta pailit, tidak kooperatifnya debitor dalam hal kepailitan, adanya debitor yang menjual atau aset sebelum adanya pernyataan pailit.
3	Akibat hukum putusan pernyataan pailit bagi debitor terhadap kreditor pemegang hak tanggungan	Ketentuan hukum mana yang berlaku bagi kreditor pemegang hak tanggungan dalam hal ditetapkan putusan	<i>lex posterior i derogate legi priori</i>	Kepustakaan dan lapangan	-hakim Pengadilan Niaga dalam menetapkan putusan pernyataan pailit berdasarkan putusannya pada ketentuan Undang-undang Nomor 34 tahun

		<p>pernyataan pailit, apakah menggunakan UU kepailitan No 37 2004 atau UU Tanggungan No 4 Tahun 1996.</p>			<p>2004, dan para hakim tersebut menggunakan asas hukum <i>lex posteriori derogate legi priori</i> untuk menentukan ketentuan hukum mana yang harus diterapkan. Dengan demikian baik debitor pailit maupun kreditornya tunduk pada ketentuan-ketentuan kepailitan, sehingga kreditor pemegang hak tanggungan yang mempunyai kedudukan sebagai kreditor preferen hanya dapat melaksanakan hak eksekusinya atas benda yang dibebani haktanggungan untuk selama jangka waktu dua bulan setelah menjalani masa penangguhan selama sembilan puluh hari sejak putusan pailit diucapkan</p>
--	--	---	--	--	--

4	Kedudukan Benda Jaminan Yang dibebani Hak Tanggungan Apabila Terjadi Eksekusi Dalam Hal Debitur Pailit Dari Perspektif Hukum Kepailitan	<ul style="list-style-type: none"> - Bagaimana akah kedudukan benda jaminan yang telah dibebani dengan hak tanggungan apabila debitur dinyatakan pailit. - Bagaimana akah pengaturan hukum tentang eksekusi terhadap benda jaminan dalam hal debitur pailit. 	Harmoni sasi dan sinkronisasi	Normative , <i>Statute Approach.</i>	hukum eksekusi terhadap benda jaminan dalam hal debitur mengalami wanprestasi, diproses melalui parate eksekusi setelah dinyatakan pailit oleh hakim. (2)apabila debitur dinyatakan pailit, maka kedudukan benda jaminan yang dibebani hak tanggungan, menjadi harta pailit kecuali harta debitur yang secara limitatif telah ditentukan dalam Pasal 22 Undang-Undang No 37 Tahun 2004 Tentang KPKPU tidak termasuk sebagai harta pailit
---	---	--	-------------------------------	--------------------------------------	--

Adapun yang menjadi fokus peneliti pada Tesis ini adalah penganalisisan pada teori Hukum Ekonomi Syari'ah dan Undang-Undang Kepailitan serta perbandingan antara hukum ekonomi syari'ah dan Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang.

E. Kerangka Berfikir

1. Teori dan Konsep Sumber Hukum

Konsep dan teori sumber hukum kalau dilihat dari pengertian dan fungsinya mempunyai banyak arti, akan tetapi dalam hal ini yang dilihat adalah bagaimana bisa melihat posisi hukum islam sebagai hukum positif di indonesia, adapun pengertian sumber hukum positif dan pembagiannya adalah sebagai berikut :

a. Pengertian hukum positif

hukum positif adalah ilmu tentang hukum yang berlaku di suatu negara atau masyarakat tertentu pada saat tertentu. Dengan demikian dalam kehidupan masyarakat Indonesia hukum positif adalah hukum yang berlaku di Indonesia pada waktu ini. Jadi hukum yang dipelajari disini adalah hukum yang berkaitan dengan kehidupan manusia dalam masyarakat, bukan hukum dalam arti ilmu pasti dan ilmu yang dalam yang obyeknya benda mati

b. macam-macam hukum positif

1) tertulis

a) Hukum positif tertulis yang berlaku umum

Peraturan perundang-undangan; yaitu hukum positif tertulis yang dibuat, ditetapkan, atau dibentuk pejabat atau lingkungan jabatan yang berwenang menurut atau berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan tertentu dalam bentuk tertulis yang berisi aturan tingkah laku yang berlaku atau mengikat (secara) umum.

b) Hukum positif tertulis yang berlaku khusus

Peraturan kebijakan yaitu peraturan yang dibuat baik kewenangan atau materi muatannya tidak berdasar pada peraturan perundang-undangan, delegasi, atau mandat, melainkan berdasarkan wewenang yang timbul dari *Freis Ermessen* yang dilekatkan pada administrasi negara untuk mewujudkan suatu tujuan tertentu yang dibenarkan oleh hukum. Aturan kebijakan hanya didapati dalam lapangan administrasi negara, karena itu keientuan aturan kebijakan hanya dalam lapangan hukum administrasi negara. Termasuk kedalam kategori ini adalah "surat edaran, juklak, juknis." Pada saat ini didapati juga semacam aturan kebijakan yang dikeluarkan oleh badan yang bukan administrasi negara seperti Surat Edaran Mahkamah Agung.

Meskipun dari segi bentuk, menyerupai salah satu aturan kebijakan, Surat Edaran Mahkamah Agung tidak perlu dikategorikan sebagai aturan kebijakan. Pertama; Mahkamah Agung bukan administrasi negara. Kedua; wewenang Mahkamah Agung membuat surat edaran tidak didasarkan pada kebebasan bertindak, tetapi atas petunjuk undang-undang. Ketiga; Surat Edaran Mahkamah Agung berada dalam cakupan yang terbatas yaitu sebagai pedoman yang berisi petunjuk bagi badan peradilan tingkat rendah yang mandiri dalam menjalankan fungsi peradilan.

2) Tidak Tertulis

a) Adat

Hukum adat selain dapat digolongkan berdasarkan keragaman sebagaimana terdapat dalam lingkungan-lingkungan hukum (*rechtskring*), juga dapat dilihat dari perspektif lain, yakni dari bidang kajian, yaitu hukum adat mengenai tata susunan warga (hukum tata negara), hukum adat mengenai hubungan antar warga (hukum perdata), dan hukum adat tentang delik (hukum pidana). Berdasarkan hal tersebut dan untuk mengkaji hukum adat yang masih relevan, digunakan sebagai sumber pembentukan hukum nasional, peneliti terlebih dahulu menetapkan rambu-rambu sebagai berikut¹³ :

- 1) kajian dilakukan dengan terlebih dahulu melihat bidang-bidang hukum yang bersifat netral dan non netral (*sensitif*). Dimaksudkan dengan bidang hukum netral adalah bidang hukum yang tidak berkaitan langsung dengan aspek spiritual manusia, seperti hukum benda, hukum perjanjian dan bidang hukum ekonomi, sedangkan bidang hukum non netral adalah bidang hukum yang berkaitan erat dengan spiritual manusia seperti hukum perkawinan, hukum waris dan hukum tanah.
- 2) berlandaskan hukum adat yang tidak menghambat perkembangan masyarakat yang berkeadilan. Ketiga, hukum adat yang masih dianggap relevan tersebut diharapkan menjadi sumber pembentukan unifikasi dan kodifikasi di bidang

¹³ Lastuti Abu bakar, *Jurnal Dinamika Hukum, Revitalisasi Hukum Adat Sebagai Sumber Hukum Dalam Membangun Sistem Hukum Indonesia* Vol. 13 Nomor 2 Mei 2013

hukum tertentu. Berdasarkan rambu di atas, maka peneliti melakukan kajian terhadap hukum ketatanegaraan dan hukum perdata adat.

Eksistensi masyarakat adat di Indonesia diakui secara konstitusional sebagaimana diatur dalam UUD 1945 Amandemen ke-4 Pasal 18B ayat (2): “Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang”. Dalam tataran praktis misalnya UUD 1945 yang mengintrodusir Hak Menguasai Negara, diangkat dari Hak Ulayat, Hak Pertuanan yang secara tradisional diakui dalam hukum adat. Selain dilindungi oleh konstitusi, eksistensi masyarakat adat juga dilindungi dalam UU Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia sebagaimana diatur dalam Pasal 6 ayat (1) dan ayat (2) yang menentukan¹⁴: pasal (1) Dalam rangka penegakan Hak Asasi Manusia perbedaan dan kebutuhan, dalam masyarakat hukum adat harus diperhatikan dan dilindungi oleh hukum, masyarakat, dan pemerintah pasal (2) Identitas budaya masyarakat hukum adat termasuk hak atas tanah ulayat dilindungi, selaras dengan perkembangan jaman.

b) Keagamaan

Sepanjang sejarah perjalanan hukum di Indonesia, kehadiran hukum Islam dalam hukum nasional merupakan perjuangan eksistensi. Dalam bentangan sejarah itu pula, hukum Islam selalu mempertahankan eksistensinya, baik sebagai hukum positif atau tertulis, maupun tidak tertulis, dalam berbagai lapangan kehidupan hukum dan praktik hukum. Inilah yang disebut dengan teori eksistensi.¹⁵ Keberadaan hukum Islam dalam hukum nasional dapat dibedakan dalam empat bentuk :

- (1) Ada dalam arti sebagai bagian integral dari hukum nasional Indonesia.
- (2) Ada dalam arti diakui kemandirian, kekuatan, dan wibawanya oleh hukum nasional dan diberi status sebagai hukum nasional.

¹⁴Lihat UU Nomor 39 Tahun 1999 *tentang Hak Asasi Manusia* , dalam Pasal 6 ayat (1) dan ayat (2)

¹⁵Abdul Halim Barkatullah dan Teguh Prasetyo. 2006. *Hukum Islam Menjawab Tantangan Zaman yang Terus berkembang*. (Yogyakarta: Pustaka Pelajar). 70-71.

- (3) Ada dalam fungsinya sebagai penyaring (*filter*) bagi materi-materi hukum nasional Indonesia
- (4) ada dalam arti sebagai bahan utama dan unsur utama bagi pembentukan hukum nasional.

Dengan demikian, tampak bahwa hukum Islam merupakan bagian tak terpisahkan dari hukum nasional. Ia merupakan sub sistem dari sistem hukum nasional. Sebagai sub sistem, hukum Islam diharapkan dapat memberikan kontribusi yang dominan dalam rangka pengembangan dan pembaharuan hukum nasional yang mencerminkan kesadaran hukum masyarakat Indonesia. Hal ini dimungkinkan karena mayoritas penduduk Indonesia beragama Islam.

c) Yurisprudensi

keputusan pengadilan atau keputusan hakim yang terdahulu, yang dianggap tepat sehingga diikuti oleh pengadilan atau hakim lain.

d) Kebiasaan

perbuatan manusia mengenai hal tertentu yang dilakukan secara berulang ulang dan terhadapnya dipertalikan adanya ide hukum, sehingga perbuatan tersebut diterima dan dilakukan oleh suatu masyarakat.

2. Teori dan Konsep Perbandingan Hukum

a. Definisi Perbandingan Hukum

Istilah “perbandingan hukum” (bukan “hukum perbandingan”) itu sendiri telah jelas kiranya bahwa perbandingan hukum bukanlah hukum seperti hukum perdata, hukum pidana, hukum tata negara dan sebagainya¹⁶, melainkan merupakan kegiatan memperbandingkan sistem hukum yang satu dengan sistem hukum yang lain. Yang dimaksudkan dengan memperbandingkan di sini ialah mencari dan mensinyalir perbedaan-perbedaan serta persamaan-persamaan dengan memberi penjelasannya dan meneliti bagaimana berfungsinya hukum dan bagaimana pemecahan yuridisnya di dalam praktek serta faktor-faktor non-hukum yang mana saja yang mempengaruhinya¹⁷.

¹⁶Soerjono Soekanto, *Perbandingan hukum*, (Bandung : Melati,1989), 131

¹⁷Sunarjati Hartono, *Kapita selekta perbandingan hukum*, (Bandung :PT Citra Aditya Bakti, 1988), 54

Penjelasannya hanya dapat diketahui dalam sejarah hukumnya, sehingga perbandingan hukum yang ilmiah memerlukan perbandingan sejarah hukum. Jadi membandingkan hukum bukanlah sekedar untuk mengumpulkan peraturan perundang-undangan saja dan mencari perbedaan serta persamaannya saja. akan tetapi Perhatian yang paling mendasar dalam perbandingan hukum ditujukan kepada pertanyaan sampai seberapa jauh peraturan perundang-undangan atau kaidah yang tidak tertulis itu dilaksanakan di dalam masyarakat. Untuk itu dicarilah perbedaan dan persamaan. Dari perbandingan hukum ini dapat diketahui bahwa di samping banyaknya perbedaan juga ada kesamaannya.

Kemudian Terdapat berbagai istilah asing mengenai perbandingan hukum ini, antara lain: *comparative law*, *comparative jurisprudence*, *foreign law* (istilah Inggris); *droit compare* (istilah Perancis); *rechtsgelijking* (istilah Belanda) dan *rechverleichung* atau *vergleichende rechlehre* (istilah Jerman).¹⁸ Di dalam black`s *law dictionary* dikemukakan, bahwa *comparative jurisprudence* ialah suatu studi mengenai prinsip-prinsip ilmu hukum dengan melakukan perbandingan berbagai macam sistem hukum (*the study of principles of legal science by the comparison of various system of law*). Ada pendapat yang membedakan antara *comparative law* dengan *foreign law*, yaitu:

- 1) Comparative law Mempelajari berbagai sistem hukum asing dengan maksud untuk membandingkannya.
- 2) Foreign law Mempelajari hukum asing dengan maksud semata-mata mengetahui sistem hukum asing itu sendiri dengan tidak secara nyata bermaksud untuk membandingkannya dengan sistem hukum yang lain.

b. Sejarah dan Perkembangan Perbandingan Hukum

Akibat dari pengaruh globalisasi dunia, dengan perkembangan pergaulan Internasional yang pesat dan perkembangan teknologi informasi, maka kebutuhan untuk mengetahui hukum dari sistem hukum lain di dunia ini semakin terasa, sehingga akhir-akhir ini perkembangan pengetahuan tentang perbandingan hukum

¹⁸Barda Nawawi Arda Nawawi Arief, *Perbandingan Hukum Pidana* (Jakarta : PT Raja Grafindo Persada, 2002), 3.

sangat cepat. Bahkan dalam kurikulum-kurikulum fakultas hukum sudah lama diajarkan tentang perbandingan hukum ini sebagai suatu mata kuliah. Hal ini memang perlu untuk memperluas cakrawala berpikir dari para mahasiswa fakultas hukum tersebut. Hal yang sama juga diperlukan terhadap pengetahuan tentang sejarah hukum. Sebagaimana diketahui bahwa di zaman Romawi, ahli hukum Romawi kurang tertarik dengan sistem hukum selain dari hukum Romawi. Menurut mereka, tidak ada satupun hukum di dunia ini yang dapat dibandingkan dengan hukum Romawi. Dan anggapan seperti itu kelihatannya memang benar adanya. Hal yang sama juga terdapat dalam pendapat orang-orang Inggris terhadap hukum Inggris. Di Romawi, Cicero pernah mengatakan bahwa semua sistem hukum di luar sistem hukum Romawi adalah membingungkan dan banyak yang aneh-aneh¹⁹.

Hanya setelah era klasik di zaman Romawi, yakni sekitar abad III atau IV Masehi, ada kajian komparatif dari para yuris di Romawi, yang membandingkan dengan mempertentangkan antara hukum Romawi dengan hukum Yahudi seperti yang diajarkan oleh Nabi Musa. Kajian seperti itu terdapat dalam buku dengan judul *Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum*. Dalam hal ini dengan buku tersebut, yang ditunjukkan bahwa hukum Romawi berbeda dengan hukum Yahudi, tetapi tidak terlalu berbeda dengan sistem hukum kristiani (biblical law).

Perkembangan ilmu dan pikiran tentang perbandingan hukum mengalami kemunduran di abad pertengahan. Karena, di abad pertengahan, pemikiran tentang hukum (terutama hukum yang sekuler) tidak berkembang. Karena itu, pemikiran terhadap perbandingan hukum karenanya juga tidak berkembang di Eropa daratan. Kemudian di Inggris seorang ahli hukum yaitu Fortescue (yang meninggal tahun 1485) pernah menulis dua buku yang berkaitan dengan perbandingan hukum dengan judul sebagai berikut : *De laudibus legum angliae, The governance of england*. Sayangnya, kedua buku tersebut tidak ditulis secara objektif, melainkan

¹⁹ Munir Fuady, *Perbandingan Ilmu Hukum*, (Bandung : PT Refika Aditama, 2007), 6.

hanya semata-mata untuk menunjukkan bahwa hukum Inggris lebih superior dari hukum Perancis²⁰.

c. Perbandingan Hukum Sebagai Suatu Metode Penelitian/Keilmuan

Mengenai perbandingan hukum sebagai metode penelitian, Soerjono Soekanto menegaskan, “ bahwa dalam penelitian hukum normatif perbandingan hukum merupakan suatu metode.” Dijelaskan selanjutnya :

- 1) Di dalam ilmu hukum dan praktek hukum metode perbandingan sering diterapkan. Namun, dalam penelitian yang dilakukan oleh ahli-ahli hukum yang tidak mempelajari ilmu-ilmu sosial lainnya, metode perbandingan dilakukan tanpa sistematis atau pola tertentu.
- 2) Oleh karena itu, penelitian-penelitian hukum yang mempergunakan metode perbandingan biasanya merupakan penelitian sosiologi hukum, antropologi hukum, psikologi hukum dan sebagainya yang merupakan penelitian hukum empiris.
- 3) Walaupun belum ada kesepakatan, namun ada beberapa model atau paradigma tertentu mengenai penerapan metode perbandingan hukum, salah satunya yaitu : Constantinesco, ia mempelajari proses perbandingan hukum dalam tiga fase:
 - 1) Fase pertama, mempelajari konsep-konsep (yang diperbandingkan) dan menerangkannya menurut sumber aslinya (*studying the concepts and examining them at their original source*), serta mempelajari konsep-konsep itu di dalam kompleksitas dan totalitas dari sumber-sumber hukum dengan pertimbangan yang sungguh-sungguh, yaitu dengan melihat hirarki sumber hukum itu dan menafsirkannya dengan menggunakan metode yang tepat atau sesuai dengan tata hukum yang bersangkutan (*studying the concepts in the complexity and the totality of the source of law under consideration, looking at the hierarchy of the sources of law and interpreting the concepts to be compared using the method proper to that legal order*).
 - 2) Fase kedua, memahami konsep-konsep yang diperbandingkan, yang berarti, mengintegrasikan konsep-konsep itu ke dalam tata hukum mereka sendiri,

²⁰Munir Fuady, *Perbandingan Ilmu Hukum*, 6-7

dengan memahami pengaruh-pengaruh yang dilakukan terhadap konsep-konsep itu dengan menentukan unsur-unsur dari sistem dan faktor di luar hukum, serta mempelajari sumber-sumber sosial dari hukum positif.

- 3) Fase ketiga, melakukan penjajaran (menempatkan secara berdampingan) konsep-konsep itu untuk diperbandingkan (the juxtaposition of the concepts to be compared). Fase ketiga ini merupakan fase yang agak rumit di mana metode-metode perbandingan hukum yang sesungguhnya digunakan. Metode-metode ini ialah melakukan deskripsi, analisa dan eksplanasi yang harus memenuhi kriteria-kriteria/bersifat kritis, sistematis dan membuat generalisasi dan harus cukup luas meliputi pengidentifikasian hubungan-hubungan dan sebab-sebab dari hubungan-hubungan itu²¹.

d. Kegunaan atau Manfaat Perbandingan Hukum

Menurut Soerjono Soekanto kegunaan atau manfaat perbandingan Hukum:

- 1) Memberikan pengetahuan tentang persamaan dan perbedaan antara berbagai bidang tata hukum dan pengertian- pengertian dasarnya.
- 2) Pengetahuan tentang persamaan tersebut pada nomor 1 akan mempermudah mengadakan :
 - a) keseragaman hukum (unifikasi).
 - b) kepastian hukum dan kesederhanaan hukum.
 - c) Pengetahuan tentang perbedaan yang ada memberikan pegangan atau pedoman yang lebih mantap, bahwa dalam hal-hal tertentu keanekaragaman hukum merupakan kenyataan dan hal yang harus diterapkan.
 - d) Perbandingan hukum (PH) akan dapat memberikan bahan-bahan tentang faktor-faktor hukum apakah yang perlu dikembangkan atau dihapuskan secara berangsur-angsur demi integritas masyarakat, terutama pada masyarakat majemuk seperti Indonesia.
 - e) Perbandingan hukum memberikan bahan-bahan untuk pengembangan hukum antar tata hukum pada bidang-bidang di mana kodifikasi dan unifikasi terlalu sulit untuk diwujudkan

²¹ Arda Nawawi Arief, *Perbandingan Hukum Pidana*, 9-10.

- f) Dengan pengembangan perbandingan hukum, maka yang menjadi tujuan akhir bukan lagi menemukan persamaan dan/atau perbedaan, akan tetapi justru pemecahan masalah-masalah hukum secara adil dan tepat.
- g) Mengetahui motif-motif politis, ekonomis, sosial dan psikologis yang menjadi latar belakang dari perundangundangan, yurisprudensi, hukum kebiasaan, traktat dan doktrin yang berlaku di suatu negara.
- h) Perbandingan hukum tidak terikat pada kekakuan dogma.
- i) Penting untuk melaksanakan pembaharuan hukum.
- j) Di bidang penelitian, penting untuk lebih mempertajam dan mengarahkan proses penelitian hukum.
- k) Di bidang pendidikan hukum, memperluas kemampuan untuk memahami sistem-sistem hukum yang ada serta penegakannya yang tepat dan adil²².

Selain manfaat perbandingan hukum yang sudah dijelaskan seperti di atas, perbandingan hukum memberikan faedah-faedah sebagai berikut²³ :

1) Faedah untuk bidang kultural

Mempelajari ilmu perbandingan hukum membawa faedah untuk bidang kultural karena bagi seorang yang mempelajari ilmu perbandingan hukum, berarti dia telah memiliki pemahaman tentang hukum diberbagai negara, sehingga dia dapat lebih luas dan kritis dalam memahami hukum di negaranya sendiri.

2) Faedah untuk bidang profesional

Dengan faedah untuk bidang profesional, yang dimaksudkan adalah bahwa pemahaman tentang hukum dari negara lain dapat membantu pihak-pihak profesional dalam menjalankan tugasnya.

3) Faedah untuk bidang keilmuan

Dengan faedah untuk bidang keilmuan, dimaksudkan adalah bahwa untuk mendapatkan prinsip-prinsip umum dari berbagai sistem hukum yang ada,

²²Arda Nawawi Arief, *Perbandingan Hukum Pidana*, 18-19.

²³Munir Fuady, *Perbandingan Ilmu Hukum*, 19-21

sehingga hal tersebut berguna bagi pengembangan ilmu hukum untuk mencari suatu yang baik, atau untuk dapat dilakukan harmonisasi hukum, atau bahkan untuk mendapati suatu unifikasi dari berbagai sistem hukum yang ada.

4) Faedah untuk bidang internasional

Faedah Internasional dari ilmu perbandingan hukum adalah mempelajari perbandingan hukum dalam rangka dapat merumuskan berbagai kebijaksanaan atau naskah Internasional.

5) Faedah untuk bidang transnasional

Yang dimaksudkan adalah manfaat bagi pihak-pihak yang harus memberlakukan hukum asing, seperti jika terjadi penanaman modal asing, jika arbitrase atau pengadilan harus menerapkan hukum asing, atau jika terjadi perbuatan hukum lainnya yang tergolong ke dalam wilayah hukum perdata Internasional, atau hukum pidana Internasional.

e. Macam-Macam Penelitian Perbandingan Hukum

Pada dasarnya penelitian perbandingan hukum dapat dibedakan dalam dua kelompok, yaitu penelitian perbandingan hukum fungsional dan penelitian perbandingan hukum struktural :

1) Penelitian Perbandingan Hukum Fungsional

Penelitian ini tugasnya adalah mencari cara bagaimana suatu peraturan atau pranata hukum dapat menyelesaikan suatu masalah sosial atau ekonomi, atau bagaimana suatu pranata hukum atau pengaturan suatu pranata sosial atau ekonomi dapat menghasilkan perilaku yang diinginkan. Oleh karena itu, menurut FW. Grosheide dan FJ., van der Velden metode penelitian perbandingan hukum fungsional digunakan untuk mencari jawaban mengenai bagaimana hukum mengatur suatu hubungan atau masalah sosial²⁴.

Apabila penelitian perbandingan hukum menggunakan metode penelitian fungsional, ia juga akan memerlukan dan menggunakan metode-metode penelitian yang digunakan oleh peneliti di bidang sosiologi hukum. Hanya saja baginya

²⁴ Sunaryati Hartono, *Penelitian Hukum Di Indonesia Pada Akhir Abad Ke-20*, (Bandung: Penerbit Alumni, 1994), 171-172.

penelitian sosiologi hukum dan metode penelitian sosialnya hanya merupakan alat atau unsur pembantu saja.

2) Penelitian Perbandingan Hukum Struktural

Penelitian perbandingan hukum struktural atau sistematik terutama berusaha untuk menyusun suatu sistem tertentu yang digunakan sebagai referensi dalam mengadakan perbandingan-perbandingan. Sistem termasuk dapat saja berupa sistem yang konkrit, abstrak, konseptual, terbuka maupun tertutup.

Konsep (Inggris : concept, Latin : conceptus dari concipere (yang berarti memahami, menerima, menangkap) merupakan gabungan dari kata con (bersama) dan capere (menangkap, menjinakkan). Konsep memiliki banyak pengertian. Konsep dalam pengertian yang relevan adalah unsur-unsur abstrak yang mewakili kelas-kelas fenomena dalam suatu bidang studi yang kadangkala menunjuk pada hal-hal yang universal yang diabstraksikan dari hal-hal yang partikular. Salah satu fungsi logis dari konsep ialah memunculkan, objek-objek yang menarik perhatian dari sudut pandangan praktis dan sudut pengetahuan dalam pikiran dan atribut-atribut tertentu. Berkat fungsi tersebut, konsep-konsep berhasil menggabungkan kata-kata dengan objek-objek tertentu. Penggabungan itu memungkinkan ditentukannya arti kata-kata secara tepat dan menggunakannya dalam proses pikiran²⁵.

Kemudian yang menjadi objek perbandingan hukum ialah (sistem atau bidang) hukum di negara yang mempunyai lebih dari satu sistem hukum (misalnya hukum perdata dapat diperbandingkan dengan hukum perdata tertulis) atau bidang-bidang hukum di negara yang mempunyai satu sistem hukum (seperti misalnya syarat causalitas dalam hukum pidana dan perdata, konstruksi perwakilan dalam hukum perdata dan pidana atau sistem (bidang) hukum asing diperbandingkan dengan sistem (bidang) hukum sendiri (misalnya law of contract dibandingkan dengan hukum perjanjian).

Dalam memperbandingkan hukum dikenal dua cara memperbandingkan secara makro dan secara mikro:

²⁵ Ibrahim, *Teori & Metodologi Penelitian*, 306.

- a. Perbandingan secara makro adalah suatu cara memperbandingkan masalah-masalah hukum pada umumnya.
- b. Perbandingan secara mikro adalah suatu cara memperbandingkan masalah-masalah hukum tertentu.

Tidak ada batasan tajam antara perbandingan secara makro dan mikro. Hukum yang telah diketahui yang akan diperbandingkan disebut *comparatum*,²⁶ sedangkan hukum yang akan diperbandingkan dengan yang telah diketahui disebut *comparandum*. Setelah diketahui dua hukum itu perlu ditetapkan apa yang akan diperbandingkan itu, misalnya mengenai perjanjian, perkawinan dan sebagainya. Ini disebut *tertium comparatum*. Maka dalam penulisan ini yang akan dibandingkan itu adalah antara hukum yang ada di Indonesia dengan hukum Islam yaitu pengkajian dari kitab-kitab Fikih yang ada kaitannya dengan kepailitan.

Untuk menjelaskan masalah penelitian ini digunakan beberapa penjelasan teoritis yang terkait langsung dengan penelitian ini, yang dimaksud dengan harta orang pailit adalah sebagaimana yang disebut dalam pasal 21 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 yaitu seluruh kekayaan Debitor pada saat putusan pernyataan pailit diucapkan serta segala sesuatu yang diperoleh selama kepailitan.

Berdasarkan Pasal 1 angka (1) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 menyatakan bahwa yang dimaksud dengan Kepailitan adalah 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.

Sedangkan yang dimaksud dengan hukum ekonomi syariah dalam penelitian ini adalah Peraturan Mahkamah Agung Nomor 02 tahun 2008 tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah. Selain PERMA Nomor 02 tahun 2008 tersebut, penulis juga akan memperkaya dengan beberapa literature fikih baik yang klasik maupun kontemporer.

Dalam fikih Islam kondisi dimana seseorang tidak memiliki harta disebut *iflaas*. Orang yang pailit disebut *muflis*, sedangkan keputusan hakim yang

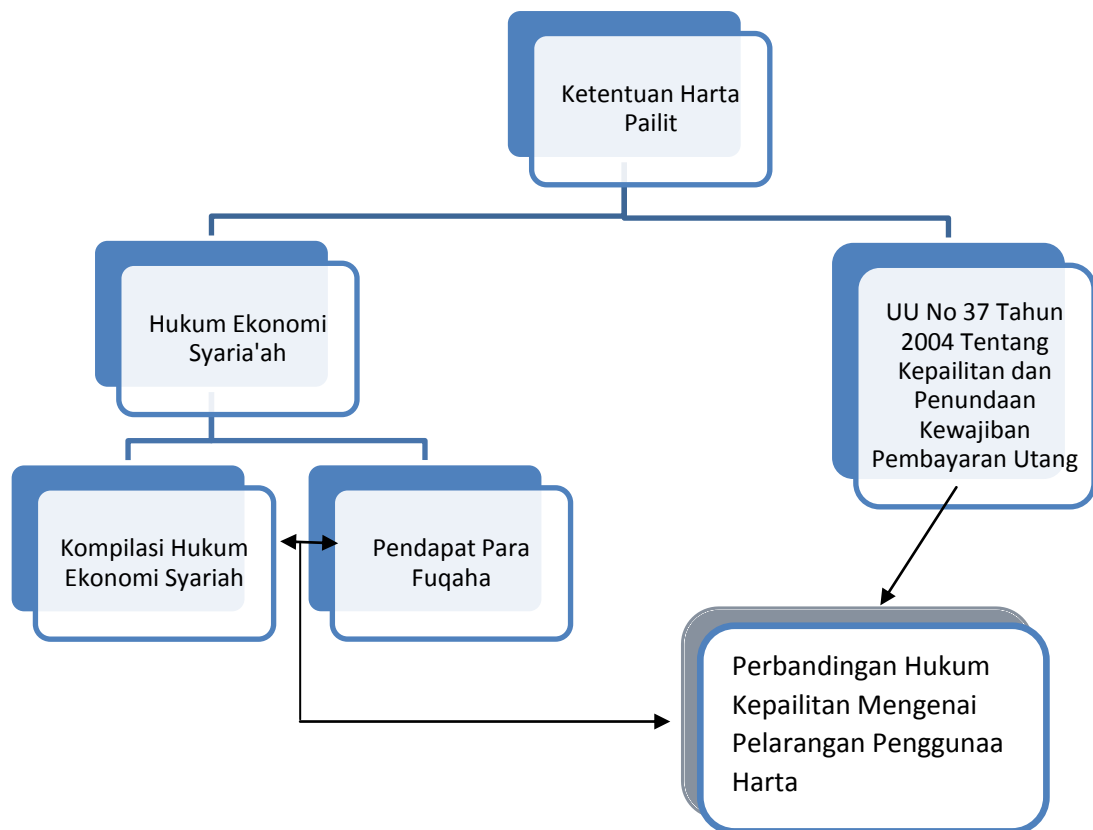
²⁶ Sunarjati, *perbandingan hukum*, 121

menyatakan seseorang dalam keadaan pailit disebut *tafliis*. Kata *tafliis* sering diartikan sebagai larangan kepada seseorang bertindak atas hartanya. Larangan itu dibuat karena yang bersangkutan terbelit utang yang lebih banyak dari hartanya.

Pailit adalah kondisi bangkrutnya seseorang atau badan hukum. Dalam hukum positif Indonesia, yakni Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (PKPU), kepailitan diartikan sebagai sita umum atas semua kekayaan debitor pailit. Berdasarkan Undang-Undang ini, 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.

Adapaun yang dimaksud dengan hukum perdata di Indonesia dalam penelitian ini adalah peraturan perundang-undangan mengenai kepailitan yang telah diterbitkan oleh pemerintah Indonesia. Beberapa peraturan perundang-undangan mengenai kepailitan yang telah diterbitkan oleh pemerintah Indonesia tersebut antara lain: UU Nomor 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran, UU Nomor 40 Tahun 2007 Tentang Perseroan Terbatas, UU Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan, UU Nomor 42 Tahun 1992 Tentang Jaminan Fiducia, Pasal- Pasal yang Terdapat Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (BW) yaitu Pasal 1131-1134, Dan beberapa Undang-Undang Lainnya yang mengatur Mengenai BUMN (UU Nomor 19 Tahun 2003), Pasar Modal (UU Nomor 8 Tahun 1995), Yayasan (UU Nomor 16 Tahun 2001) Koperasi (UU Nomor 25 Tahun 1992).

Adapun kerangka berfikir yang penulis gunakan dalam penelitian ini dengan mengkaji pelarangan penggunaan harta pailit dalam Hukum Ekonomi Syari'ah dan hukum perdata di Indonesia dapat dilihat dalam skema berikut:



Dari skema di atas dapat dijelaskan bahwa ketentuan pailit di Indonesia diatur oleh hukum perdata yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan yaitu UU No 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan dan penundaan Kewajiban Pembayaran Utang. Selain aturan tersebut, ketentuan pailit juga mengacu kepada pengaturan yang diatur dalam hukum Islam yang merupakan agama mayoritas di Indonesia yang terdapat dalam ruang lingkup Fikih/Hukum Ekonomi Syariah. Dalam Hukum Ekonomi Syariah, pengaturan tentang pailit dikaji berdasarkan kitab fikih klasik seperti kitab *Al umm* karya Imam Syafi'i, *mugni almuhtaj* karya Imam Syarbini, *madzahibul arbaah*, *Almughni* karya Ibnu Qudamah, *Bidayatul mujtahid wa nihayatul muqtasid* karya Ibnu Rusd dan lain-lain serta fikih kontemporer, seperti *mausu'ah fiqhu al islam wa adilatuhu* karya syeh Wahbah Zuhaily dan lain-lain.

F. Langkah-Langkah Penelitian

1. Jenis Penelitian dan Pendekatan Penelitian

Jenis penelitian dalam penyusunan tesis ini adalah penelitian *doctrinal legal research* (yuridis normatif). Penelitian ini memfokuskan pada perbandingan dan Kepailitan. Pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan perundang-undangan (*statue approach*) dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*). Pendekatan perundang-undangan adalah pendekatan berdasar pada sumber norma dan peraturan yang memberi ketentuan tentang Kepailitan dalam hukum ekonomi syari'ah Sedangkan pendekatan konseptual bertujuan untuk mengembangkan konsep, mendiskripsikan realitas, dan mengembangkan teori, serta mengembangkan pemahaman mengenai norma kepailitan.²⁷

2. Jenis Bahan Hukum

Secara umum, jenis bahan hukum dalam penelitian ini dibedakan menjadi dua yaitu:

a. Bahan Hukum Primer

Sumber bahan hukum primer dalam penelitian ini adalah data yang langsung diperoleh dari sumber asli dan terkait langsung dengan masalah penelitian. Dalam penelitian ini, data primera adalah Al-quran, Hadits, kitab-kitab klasik dan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah tentang Kepailitan.

b. Bahan Hukum Skunder

Sumber bahan hukum skunder dalam penelitian ini akan diperoleh melalui yaitu dengan menggunakan buku, jurnal penelitian, dan artikel yang membahas tentang Kefailitan serta catatan lain yang mempunyai relevansi dengan permasalahan.

3. Metode Penelitian dan Teknik Pengumpulan Bahan Hukum

a. Metode Penelitian

Metode penelitian dalam penelitian ini menggunakan metode studi dokumen/pustaka (*library research*) yaitu penelusuran peraturan yang mengatur tentang norma Kepailitan, yakni Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2008 tentang kompilasi hukum ekonomi syariah dan Undang-Undang Nomor 37

²⁷ Cik Hasan Basri, *Model Penelitian Fikih*, (Jakarta: Media Predana, 2003), cet.1, hlm. 26.

Tahun 2004 Tentang Kepailitan dan penundaan Kewajiban Pembayaran Utang. Karena dengan metode studi dokumen penulis mendapatkan bahan hukum mengenai norma Kepailitan untuk kemudian dilakukan penemuan hukum melalui penafsiran terhadap kitab-kitab fiqih klasik.

a. Teknik Pengumpulan Data

Teknik pengumpulan data adalah cara-cara yang dapat digunakan oleh peneliti untuk mengumpulkan data dan alat bantu yang dipilih dan digunakan oleh peneliti dalam kegiatannya mengumpulkan agar kegiatan tersebut menjadi sistematis dan dipermudah olehnya.²⁸ Selain melalui data-data yang dikumpulkan dari informasi di atas, penelitian ini juga menggunakan teknik lain untuk membantu mengumpulkan data-data yang berkaitan dengan pelarangan penggunaan harta pailit, diantaranya:

1) Observasi

Observasi merupakan pengamatan dan pencatatan yang sistematis terhadap gejala-gejala yang diteliti.²⁹ Observasi juga merupakan suatu cara untuk mendapatkan keterangan mengenai situasi dengan melihat dan mendengar apa yang terjadi, kemudian semuanya dicatat secara cermat, teknik observasi yang dilakukan peneliti ini menuntut adanya pengamatan yang baik terhadap penelitian.³⁰ Metode observasi dalam penelitian ini digunakan untuk mendapatkan data-data yang berkaitan dengan peraturan tentang pelarangan penggunaan harta pailit menurut undang-undang dan hukum ekonomi islam.

2) Wawancara

Wawancara adalah proses memperoleh keterangan untuk tujuan penelitian dengan cara tanya jawab, sambil berjabat muka antara si penanya atau pewawancara dengan si penjawab atau responden dengan menggunakan alat yang dinamakan interviewer guide.³¹ Wawancara dilakukan secara berencana kepada pihak-pihak yang berkompeten dalam berbagai persoalan yang terkait.

²⁸ Suharsmi Arikunto, *Prosedur Penelitian Suatu Pendekatan Praktek* (Jakarta: Rineka Cipta, 2002), 92.

²⁹ Husaini Usman, *Purnomo Setiady, Metodologi Penelitian Sosial*, (Jakarta: PT.Bumi Aksara: 2006), 54.

³⁰ Husaini Usman, *Purnomo Setiady, Metodologi Penelitian Sosial*, 43.

³¹ Moh. Nazir, *Metode Penelitian* (Jakarta : Ghalia Indonesia, 2003), 193.

3) Dokumentasi

Metode dokumentasi adalah cara pengumpulan data dengan mencari data mengenai hal-hal atau variabel yang berupa catatan, transkrip, buku, surat kabar, majalah prasasti, notulen, rapat, legger, agenda dan sebagainya.³² Dalam metode ini penulis gunakan untuk menguatkan data-data yang telah didapatkan.

1. Prosedur Analisis Data

Analisis data adalah proses mencari dan menyusun secara sistematis data yang diperoleh dari hasil wawancara, catatan lapangan, dan dokumentasi, dengan cara mengorganisasikan data ke dalam kategori, menjabarkan ke dalam unit-unit, melakukan sintesa, menyusun ke dalam pola, memilih mana yang penting dan yang akan dipelajari, dan membuat kesimpulan sehingga mudah dipahami oleh diri sendiri dan orang lain.³³ Model analisis data dalam penelitian ini berakaitan dengan kebenaran koherensi, kebenaran koherensi adalah mendapatkan sesuatu yang secara aksiologis merupakan nilai atau ketetapan/aturan sebagai referensi untuk ditelaah. Dalam hal demikian bukan fakta empiris yang diperoleh, melainkan kesuaian antara sesuatu yang hendak ditelaah dengan nilai atau ketetapan/aturan atau prinsip yang dijadikan referensi. Oleh karena itu, kebenaran koherensi merupakan kebenaran dari segi nilai, yang bukan sesuatu yang dapat dilihat secara kasat mata, melainkan dapat diterima nalar atau dapat diterima oleh pandangan masyarakat.³⁴

a. Reduksi data

Data yang diperoleh dari laporan jumlahnya cukup banyak, untuk itu maka perlu dicatat secara teliti dan rinci. Mereduksi data berarti merangkum, memilih hal-hal pokok, memfokuskan pada hal-hal yang penting, dicari tema dan polanya.

b. Penyajian Data

Penyajian data penelitian kualitatif bisa dilakukan dalam bentuk uraian singkat, bagan, hubungan antar kategori, dan sejenisnya.

c. Verifikasi atau penyimpulan Data

³² Suharsimi Arikunto, *Prosedur Penelitian Suatu Pendekatan Praktek*, 236

³³ Sugiyono, *Metode Penelitian Kuantitatif, Kualitatif dan R&D*, (Bandung : Alfabeta, 2008), cet. IV, 244.

³⁴ Sugiyono, *Metode Penelitian Kuantitatif, Kualitatif dan R&D* , 246-252.

Kesimpulan awal yang dikemukakan masih bersifat sementara, dan akan berubah bila ditemukan bukti-bukti yang kuat yang mendukung pada tahap berikutnya. Tetapi apabila kesimpulan yang dikemukakan pada tahap awal, didukung oleh bukti-bukti yang valid dan konsisten. Dan apabila menemukan bukti-butki yang berdekatan atau dapat dijadikan bahan untuk mengkaji kemanfaatan kepilitan maka kesimpulan tersebut menjadi kesimpulan akhir.