

DISERTASI

**EKSISTENSI HUKUM KEPAILITAN DALAM
PEMBIAYAAN *MUSYARAKAH* PADA BANK
SYARIAH DI INDONESIA**

*THE EXISTENCE OF BANKRUPTCY LAW WITHIN
MUSYARAKAH FINANCING AT ISLAMIC BANK
IN INDONESIA*



Oleh :

M. Slamet Turhamun
201202026149

**PROGRAM DOKTOR ILMU HUKUM
UNIVERSITAS JAYABAYA
JAKARTA
2019**

LEMBAR PERSETUJUAN PROMOTOR

**EKSISTENSI HUKUM KEPAILITAN DALAM
PEMBIAYAAN *MUSYARAKAH* PADA BANK
SYARIAH DI INDONESIA**

***THE EXISTENCE OF BANKRUPTCY LAW WITHIN
MUSYARAKAH FINANCING AT ISLAMIC BANK
IN INDONESIA***

Disusun Oleh:

**M. Slamet Turhamun
201202026149**

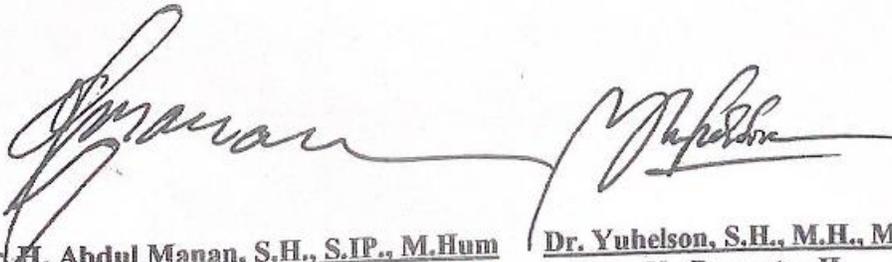
**Untuk Memenuhi Salah Satu Syarat Ujian Guna Memperoleh
Gelar Doktor Ilmu Hukum Pada Program Doktor Ilmu Hukum
Pada Program Pascasarjana Universitas Jayabaya**

Telah Disetujui Untuk: Ujian Terbuka

Oleh Tim Promotor



**Prof. Dr. Basuki Rekso Wibowo, S.H., M.S.
Promotor**



**Prof. Dr. H. Abdul Manan, S.H., S.IP., M.Hum
Ko-Promotor I**

**Dr. Yuhelson, S.H., M.H., M.Kn
Ko-Promotor II**

LEMBAR PERSETUJUAN

**EKSISTENSI HUKUM KEPAILITAN DALAM
PEMBIAYAAN *MUSYARAKAH* PADA BANK
SYARIAH DI INDONESIA**

*THE EXISTENCE OF BANKRUPTCY LAW WITHIN
MUSYARAKAH FINANCING AT ISLAMIC BANK
IN INDONESIA*

Disusun Oleh:

**M. Slamet Turhamun
201202026149**

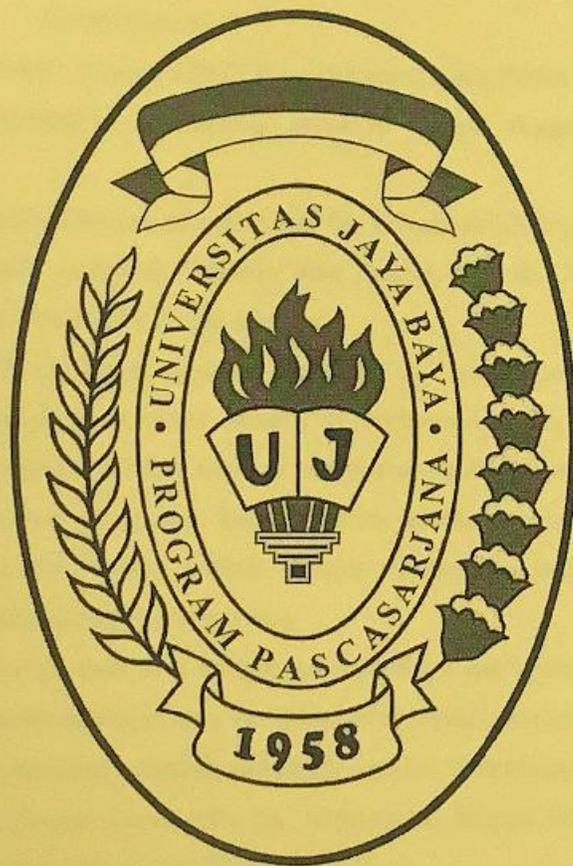
Telah disetujui untuk melaksanakan: Ujian Terbuka

Persetujuan pada tanggal: 30/7 - 2019

Ketua Program Doktor Ilmu Hukum



Prof. Dr. JH. Sinaulan, SH., M.Ag., M.Sc.



**PERNYATAAN KEASLIAN PENELITIAN
PROGRAM DOKTOR ILMU HUKUM
PASCASARJANA UNIVERSITAS JAYABAYA**

Saya yang bertanda tangan di bawah ini:

Nama : M. Slamet Turhamun

NIM : 201202026149

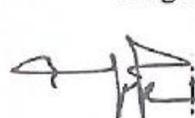
Mahasiswa Peserta Program Studi Ilmu Hukum Jenjang Strata Tiga (S3)

Program Pascasarjana Universitas Jayabaya Jakarta dengan ini menyatakan bahwa:

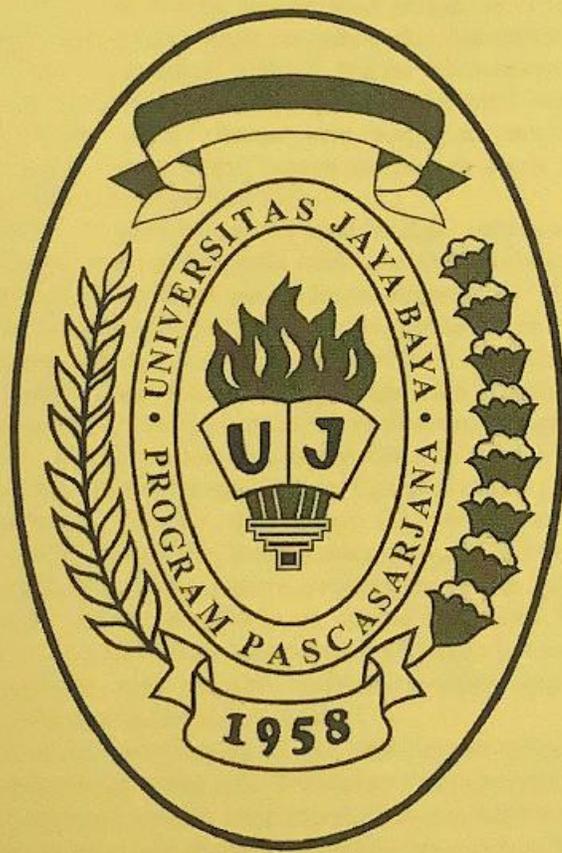
1. Karya ilmiah disertasi ini adalah asli dan belum pernah diajukan untuk mendapatkan gelar akademik Magister atau Doktor, baik di Universitas Jayabaya maupun di Perguruan Tinggi lainnya;
2. Karya tulis ini murni gagasan, rumusan, dan penelitian saya sendiri, tanpa bantuan pihak lain, kecuali arahan Tim Promotor dan Para Penguji;
3. Dalam disertasi ini tidak terdapat karya atau pendapat yang telah ditulis atau dipublikasikan orang lain, kecuali secara tertulis dengan jelas dicantumkan sebagai acuan dalam naskah dengan disebutkan nama pengarang dan dicantumkan dalam daftar pustaka;
4. Pernyataan ini saya buat dengan sesungguhnya dan apabila dikemudian hari terdapat penyimpangan dan ketidakbenaran dalam pernyataan ini, maka saya bersedia menerima sanksi akademik berupa pencabutan gelar yang telah diperoleh dengan karya tulis ini, serta sanksi lainnya sesuai dengan norma yang berlaku di Perguruan Tinggi ini.

Jakarta, 29 Juli 2019

Yang Membuat Pernyataan




M. Slamet Turhamun



ABSTRAK

Judul Disertasi : Eksistensi Hukum Kepailitan Dalam Pembiayaan *Musyarakah* Pada Bank Syariah di Indonesia
Kata Kunci : Sengketa, Kepailitan, Pembiayaan, *Musyarakah*, Bank Syariah

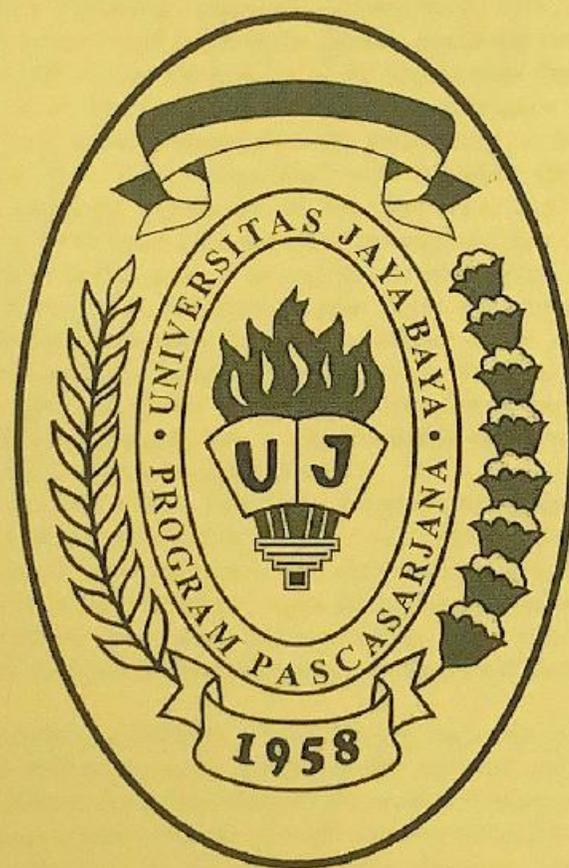
Penelitian ini dilatarbelakangi fenomena bahwa pengaturan akad pembiayaan *musyarakah* yang disertai dengan akad pengakuan utang pada pembiayaan *musyarakah* di bank syariah dapat mengakibatkan dipailitkannya debitur. Dalam konteks ini diasumsikan terjadi problem hukum dikarenakan substansi perjanjian pembiayaan *musyarakah* berubah dari prinsip bagi hasil menjadi utang-piutang, klausul “pengakuan utang” dalam akta perjanjian pembiayaan *musyarakah* berpotensi menjadi “pintu masuk” untuk melakukan upaya hukum penyelesaian sengketa kepailitan ke Pengadilan Niaga.

Penelitian ini bertujuan untuk menganalisis penerapan hukum kepailitan dalam pembiayaan *musyarakah* pada bank syariah di Indonesia, dan menemukan solusi penyelesaian kepailitan pembiayaan *musyarakah* pada bank syariah di Indonesia. Untuk mencapai tujuan penelitian tersebut, teori dasar (*grand theory*) yang digunakan dalam penelitian ini adalah teori kepastian hukum, teori menengah (*middle range theory*) menggunakan teori hukum kepailitan, dan teori terapan (*applied theory*) menggunakan teori hukum perjanjian syariah.

Metode yang digunakan dalam penelitian ini adalah yuridis-normatif dan deskriptif analitis, serta didukung dengan tiga pendekatan, yaitu: (1) pendekatan perundang-undangan (*statute approach*); (2) pendekatan sejarah (*historical approach*); dan (3) pendekatan kasus (*case approach*). Sumber data yang digunakan mencakup bahan hukum primer (*primary source or authorities*) dan bahan hukum sekunder (*secondary source or authorities*) serta bahan hukum tertier (*tertiary source or authorities*), seperti buku, peraturan perundang-undangan, dan putusan pengadilan yang relevan. Adapun analisis data dilakukan melalui kombinasi pendekatan induktif dan deduktif.

Penelitian ini menyimpulkan: (1) Pembiayaan *musyarakah* yang disertai dengan akad pengakuan utang yang diterapkan dalam perjanjian baku pembiayaan *musyarakah* pada bank syariah telah merubah esensi akad *musyarakah* itu sendiri dari akad pembiayaan yang didasarkan kepada prinsip bagi hasil keuntungan dan kerugian menjadi utang-utang, sehingga terbuka peluang dapat dipailitkannya nasabah pembiayaan *musyarakah*. Penerapan hukum terhadap penyelesaian sengketa kepailitan pembiayaan *musyarakah* saat ini hanya fokus kepada terpenuhinya syarat kepailitan pada akad pengakuan utang dengan tanpa mempertimbangkan eksistensi akad *musyarakah* yang merupakan akad utama dalam pembiayaan *musyarakah* pada bank syariah di Indonesia; (2) Sengketa kepailitan pembiayaan *musyarakah* menjadi kewenangan pengadilan agama karena pada dasarnya merupakan sengketa akad *musyarakah* bukan sengketa kepailitan. Kontrak baku pembiayaan *musyarakah* pada bank syariah di Indonesia yang mengkomulasikan dengan akad pengakuan utang berpotensi mengalihkan kompetensi absolut penyelesaian sengketa ekonomi syariah dari pengadilan

agama ke pengadilan niaga. Penyelesaian kepailitan ekonomi syariah belum tegas diatur dalam undang-undang, fatwa DSN-MUI, peraturan OJK, Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah, dan PERMA Nomor 14 Tahun 2016 Tentang Tata Cara Penyelesaian Perkara Ekonomi Syariah, sehingga perlu ada sinkronisasi peraturan perundangan terhadap penyelesaian kepailitan ekonomi syariah untuk mewujudkan kepastian hukum. Hal ini linier dengan adagium dalam bahasa Latin: *“Ad Limites Legis, Paving via Pro Justitia”* yang berarti *“Menembus Batas Hukum, Meretas Jalan Bagi Keadilan”*.



ABSTRACT

Title Disertation : *The Existence Of Bankruptcy Law Within Musyarakah Financing At Islamic Bank In Indonesia*
Keywords : *Dispute, Bankruptcy, Financing, Musyarakah, Islamic Bank.*

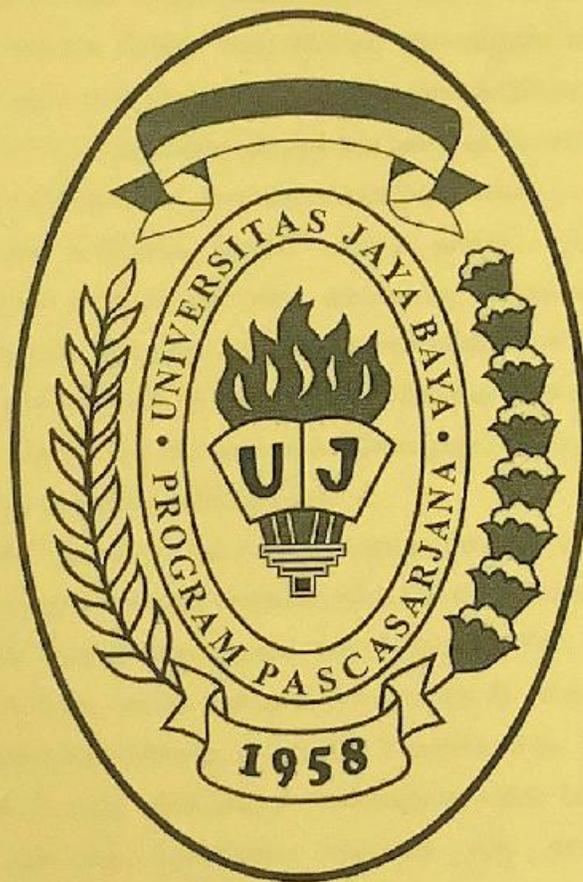
This background research is based on the phenomenon that the regulation of musyarakah financing contracts accompanied with a debt recognition agreement on musyarakah financing in Islamic banks can result in bankruptcy of the debtor. It can change the essence of the musyarakah financing contract into debt. There is a legal problems because the substance of the musyarakah financing agreement has changed from the principle of profit and loss-sharing to debt, because the "debt recognition" was included into the deed of the musyarakah financing agreement as the "entrance door" for making legal remedies in the bankruptcy dispute to the Commercial Court.

This aims of this study is to analyze the bankruptcy law arrangements in musyarakah financing in Indonesia Islamic banks, the implementation of law in the bankruptcy of musyarakah financing in Islamic banks, and find the solutions to resolve musyarakah bankruptcy financing in Indonesia Islamic banks. To achieve the objectives of this study, the theory of legal certainty is used to the grand theory; the bankruptcy law is used to middle range theory, and the theory of sharia treaty law is used to applied theory.

This research uses a juridical-normative and analytical descriptive and supported by three approaches, namely: (1) statute approach; (2) historical approach; and (3) case approach. The data sources consist of include primary source authorities and secondary source authorities as well as tertiary sources or authorities, such as books, laws and regulations, and it relevant court decisions. Thus, the data analysis is done through a combination of inductive and deductive approaches.

This study concludes as follows: (1) the inclusion of Acknowledgment of Debt in musyarakah financing applied in the standard contract of musyarakah financing at Islamic banks has changed the essence of musyarakah contract, from a contract based on the principle of profit and loss sharing to a contract based on loans. This can lead to the debtor being declared bankrupt. The current application of the law in resolving insolvency disputes focuses only on considering whether or not the bankruptcy requirements are met, without taking into account the existing musyarakah contract as the main agreement in musyarakah financing at Indonesia's Islamic banks; (2) the insolvency dispute on musyarakah financing becomes the jurisdiction of the Religious Courts because the underlying dispute is on musyarakah contract not on insolvency dispute. The standard contract of musyarakah financing at Indonesia's Islamic banks which includes the contract of Acknowledgment of Debt will potentially transfer the absolute jurisdiction of sharia economy dispute resolution from the Religious Courts to the Commercial Court. Resolution of insolvency disputes on sharia economy has not been firmly regulated by the laws, fatwa (legal opinions) of

National Sharia Board - Indonesian Ulama Council (DSN MUI), regulations of Financial Service Authority (OJK), Compilation of Sharia Economy Law, and Supreme Court Regulation (PERMA) Number 14 of 2016 on the Procedures of Resolving Sharia Economy Cases. Therefore, in order to realize legal certainty, a number of laws and regulations on bankruptcy resolution of sharia economy need to be synchronized. This is in line with the Latin adage that saying: "Ad Limites Legis, Paving via Pro Justitia" which means that "Breaking the Boundary of Law, Paving the Way for Justice".



KATA PENGANTAR

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

Segala puji dan syukur dipanjatkan ke hadirat Allah SWT, yang dengan segala kuasa dan iradah-Nya, serta dengan segala taufiq dan hidayah-Nya, alhamdulillah peneliti dengan susah payah mampu menyelesaikan tugas akhir studi pada Program Doktor Ilmu Hukum Pascasarjana Universitas Jayabaya Jakarta. Tak lupa pula shalawat dan salam semoga dilimpahkan kepada Nabi Muhammad SAW., yang selalu menjadi suri tauladan dan membawa ajaran mulia bagi peneliti pada khususnya dan semua umat pada umumnya.

Diantara kesibukan peneliti sebagai praktisi hukum, peneliti telah berupaya untuk mencari data yang mendukung penelitian ini baik literatur maupun penelitian lapangan, sehingga membutuhkan waktu yang cukup lama untuk menyusun disertasi ini, namun atas dukungan yang tulus dari istri, anak-anak, orang tua tercinta dan kolega membuat peneliti tetap bersemangat untuk menyelesaikan penyusunan disertasi ini.

Peneliti menyadari bahwa penyelesaian disertasi ini tidak terlepas dari bantuan dan arahan dari para promotor, oleh karena itu ucapan terima kasih yang sangat dalam disampaikan kepada yang terhormat Prof. Dr. Basuki Rekso Wibowo, S.H., M.S. selaku Promotor, dan Prof. Dr. H. Abdul Manan, S.H., S.IP. M.Hum., selaku Ko-Promotor I, serta Dr. Yuhelson, S.H., M.H., M.Kn., selaku Ko-Promotor II yang telah banyak meluangkan waktu kepada peneliti dalam bimbingan dan juga memberikan masukan yang sangat berharga demi terselesainya disertasi ini.

Pada gilirannya, peneliti ingin menyampaikan ucapan terima kasih yang sebanyak-banyaknya kepada semua pihak, utamanya keluarga peneliti, para dosen, teman sejawat, lembaga atau institusi yang telah memberikan bantuan baik moril maupun materil kepada peneliti sejak awal perkuliahan, pada Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Jayabaya Jakarta hingga penyelesaian disertasi ini. Secara khusus, rasa terima kasih juga ingin disampaikan kepada:

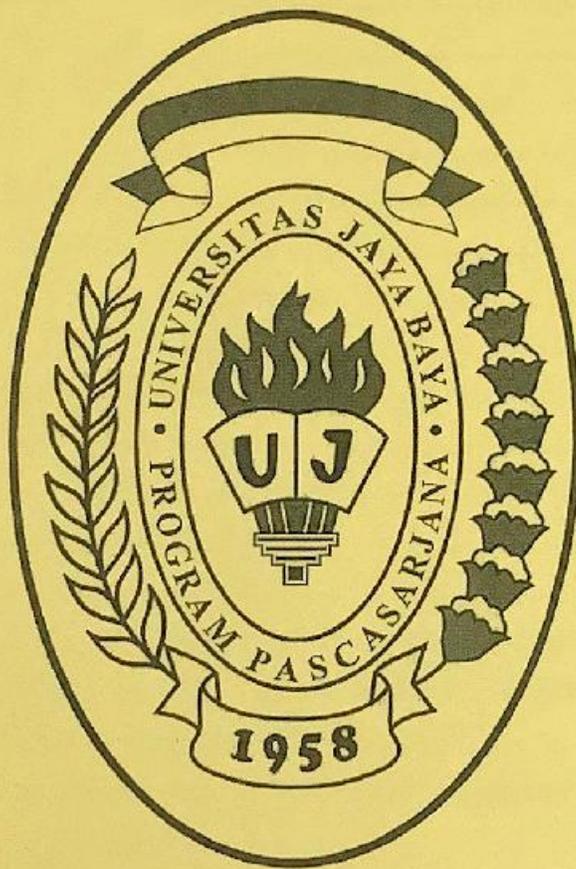
1. Ketua Yayasan Universitas Jayabaya, yang sangat terpelajar, Prof. Dr. Hj. Yuyun Moeslim, SR;
2. Rektor Universitas Jayabaya, yang sangat terpelajar, Prof. Dr. H. Amir Santoso, M.SoS, Sc., Ph.D;
3. Direktur Program Pascasarjana Universitas Jayabaya, yang sangat terpelajar, Bapak Letjen (Purn) Prof. Dr. H. Syarifudin Tippe, M.Si;
4. Ketua Program Doktor Ilmu Hukum, yang sangat terpelajar, Prof. Dr. JH. Sinaulan, SH, M.Ag., M.Sc.;
5. Tim penguji pada Ujian Usulan Penelitian, Ujian Hasil Penelitian, Ujian Tertutup dan Ujian Terbuka, yang telah memberikan masukan yang sangat berharga untuk disertasi ini.
6. Para Guru Besar dan Dosen Universitas Jayabaya yang tidak peneliti sebutkan satu persatu.
7. Keluarga besar, saudara serta semua pihak yang telah membantu penyelesaian disertasi ini.

Sebagai penutup dalam pengantar ini, peneliti juga ingin menyampaikan ucapan terima kasih kepada seluruh pihak yang telah membantu peneliti yang tak dapat peneliti sebutkan namanya satu persatu. Semoga Allah SWT memberikan ganjaran yang setimpal atas segala kebaikan dan pertolongannya bagi peneliti. Besar harapan hasil penelitian dapat bermanfaat bagi pengembangan Ilmu Hukum Islam. *Amiin ya rabbal 'alamiin...*

Jakarta, 29 Juli 2019



M. Slamet Turhamun

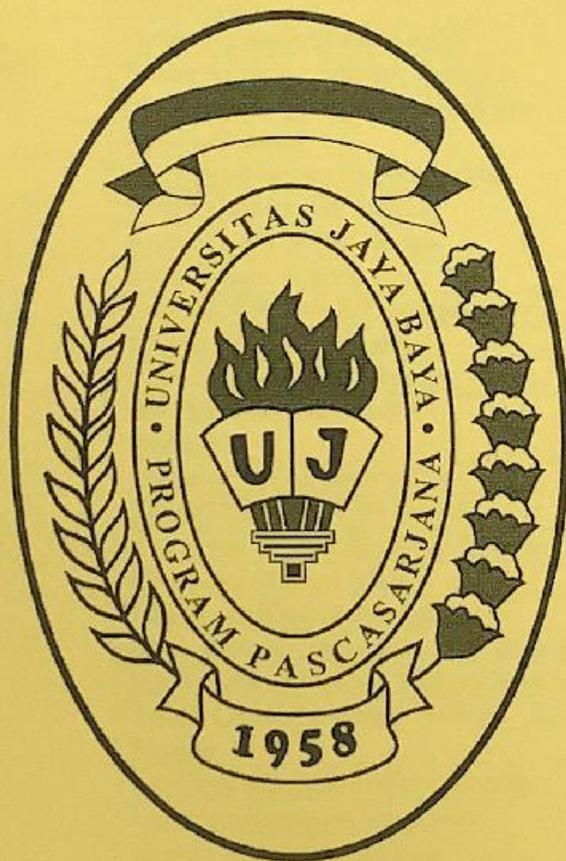


DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
LEMBAR PERSETUJUAN	ii
LEMBAR PERNYATAAN	iv
LEMBAR ABSTRAK	v
KATA PENGANTAR.....	ix
DAFTAR ISI	xi
DAFTAR SINGKATAN	xiv
BAB I PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang Masalah	1
B. Rumusan Masalah	16
C. Tujuan Penelitian	16
D. Kegunaan Penelitian	17
E. Kajian Penelitian Terdahulu	18
F. Kerangka Pemikiran	22
G. Metodologi Penelitian	71
BAB II DIMENSI NORMA HUKUM KEPAILITAN DALAM PEMBIAYAAN <i>MUSYARAKAH</i> PADA BANK SYARIAH DI INDONESIA	77
A. Kepailitan dalam Sistem Hukum di Indonesia	77
1. Pengertian Kepailitan	77
2. Sejarah Hukum Kepailitan di Indonesia	88
3. Penerapan Hukum Kepailitan di Indonesia	100
4. Penerapan Hukum Acara Kepailitan di Indonesia	117
B. Kepailitan dalam Perspektif Hukum Islam	141
1. Pengertian Pailit dalam Perspektif Hukum Islam	141
2. Batasan Harta Pailit dalam Hukum Islam	144
3. Penyelesaian Kepailitan dalam Hukum Islam	147
C. Pembiayaan <i>Musyarakah</i> pada Bank Syariah di Indonesia	151

1.	Pengertian Pembiayaan <i>Musyarakah</i>	151
2.	Dasar Hukum Pembiayaan <i>Musyarakah</i>	157
3.	Aplikasi Pembiayaan <i>Musyarakah</i> di Bank Syariah	166
4.	Debitor Pailit dalam Pembiayaan <i>Musyarakah</i>	182
D.	Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah di Indonesia	192
1.	Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Melalui Jalur Litigasi	199
2.	Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Melalui Jalur Non-Litigasi	209
BAB III	PENYELESAIAN SENGKETA KEPAILITAN DALAM PEMBIAYAAN MUSYARAKAH PADA BANK SYARIAH DI INDONESIA	223
A.	Pengaturan dan Penerapan Hukum Kepailitan dalam Pembiayaan <i>Musyarakah</i> di Bank Syariah	223
1.	Pengaturan Hukum dalam Pembiayaan <i>Musyarakah</i> di Bank Syariah	223
2.	Penerapan Hukum Kepailitan dalam Pembiayaan <i>Musyarakah</i> di Bank Syariah	239
B.	Penyelesaian Sengketa Kepailitan di Indonesia	254
1.	Kepailitan dalam Perjanjian Utang-Piutang	254
2.	Kepailitan dalam Pembiayaan <i>Musyarakah</i>	263
3.	Perkembangan Kasus Sengketa Kepailitan Pembiayaan <i>Musyarakah</i> di Bank Syariah	272
4.	Penyelesaian Sengketa Kepailitan Pembiayaan <i>Musyarakah</i> Melalui Pengadilan	280
BAB IV	ANALISIS PENERAPAN HUKUM KEPAILITAN DALAM PEMBIAYAAN MUSYARAKAH PADA BANK SYARIAH DI INDONESIA	289
A.	Analisis Terhadap Penerapan Hukum Kepailitan dalam Pembiayaan <i>Musyarakah</i> pada Bank Syariah di Indonesia	289

1. Mekanisme Penentuan Bagi Hasil dalam Pembiayaan <i>Musyarakah</i> di Bank Syariah	289
2. Penyelesaian Sengketa Hukum Kepailitan dalam Pembiayaan <i>Musyarakah</i> di Bank Syariah	304
B. Solusi Penyelesaian Kepailitan dalam Pembiayaan <i>Musyarakah</i> pada Bank Syariah di Indonesia	319
1. Perubahan Kontrak Baku Pembiayaan <i>Musyarakah</i> pada Bank Syariah	319
2. Pengadilan yang Berwenang dalam Menyelesaikan Kepailitan Pembiayaan <i>Musyarakah</i> di Bank Syariah..	339
BAB V PENUTUP	367
A. Kesimpulan	367
B. Saran/Rekomendasi	368
DAFTAR PUSTAKA	370
DAFTAR RIWAYAT HIDUP	386



DAFTAR SINGKATAN

ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
ALCO	<i>Asset and Liability Committee</i>
AMDAL	Analisis Mengenai Dampak Lingkungan
BAPEPAM	Badan Pengawas Pasar Modal
BASYARNAS	Badan Arbitrase Syariah Nasional
BANI	Badan Arbitrase Nasional Indonesia
BI	Bank Indonesia
BPRS	Bank Pembiayaan Rakyat Syariah
BUMN	Badan Usaha Milik Negara
BUMD	Badan Usaha Milik Daerah
BUS	Bank Umum Syariah
BW	<i>Burgerlijk Wetboek Voor Indonesie</i>
DPR	Dewan Perwakilan Rakyat
FV	<i>Faillissements Verordening</i>
HIR	<i>Het Herziene Indonesisch Reglement</i>
IMF	<i>International Monetary Fund</i>
IMBT	<i>Ijarah Muntahiyah Bit Tamlik</i>
KHES	Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah
KHI	Kompilasi Hukum Islam
KMA	Keputusan Mahkamah Agung
KUHD	Kitab Undang-Undang Hukum Dagang
KUHP	Kitab Undang-Undang Hukum Perdata
KUHPer	Kitab Undang-Undang Hukum Acara Perdata
LKMS	Lembaga Keuangan Mikro Syariah
LPS	Lembaga Penjamin Simpanan
MPR	Majelis Perwakilan Rakyat
MARI	Mahkamah Agung Republik Indonesia
NPF	<i>Non Performing Financing</i>
NPL	<i>Non Performing Loan</i>
OJK	Otoritas Jasa Keuangan
PA	Peradilan Agama
PU	Peradilan Umum
PTUN	Peradilan Tata Usaha Negara
PM	Peradilan Militer
PHK	Pemutusan Hubungan Kerja
PO	<i>Purchase Order</i>
PPAP	Penyisihan Penghapusan Aktiva

	Produktif
PKPU	Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang
PERMA	Peraturan Mahkamah Agung
POJK	Peraturan Otoritas Jasa Keuangan
PBI	Peraturan Bank Indonesia
PERPU	Peraturan Pengganti Undang-Undang
PP	Peraturan Pemerintah
RBg	<i>Rechtsreglement Bitengewesten</i>
RV	<i>Reglement op de Rechts Vordering</i>
SEMA	Surat Edaran Mahkamah Agung
SE OJK	Surat Edaran Otoritas Jasa Keuangan
SE BI	Surat Edaran Bank Indonesia
UNCITRAL	<i>United Nations Commission on International Trade Law</i>
UUPS	Undang-Undang Perbankan Syariah
UUPA	Undang-Undang Peradilan Agama
UUK	Undang-Undang Kepailitan
UUS	Unit Usaha Syariah
WTO	<i>World Trade Organization</i>
WB	<i>World Bank</i>

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Dinamika hukum ekonomi Islam di Indonesia dalam realitasnya saat ini menunjukkan perkembangan yang signifikan. Upaya untuk mendorong pengembangan ekonomi syariah dilaksanakan dengan memperhatikan bahwa sebagian masyarakat muslim Indonesia pada saat ini sangat menantikan suatu sistem ekonomi untuk mengakomodasi kebutuhan mereka terhadap layanan jasa ekonomi dan keuangan yang sesuai dengan prinsip syariah (*Islamic economic system*).

Ekonomi dalam Islam sesungguhnya bermuara kepada akidah Islam yang bersumber dari syariatnya, ekonomi Islam datang karena tuntutan dari kesempurnaan Islam itu sendiri.¹ Implementasi sistem ekonomi ini membutuhkan ilmu ekonomi Islam yang merupakan ilmu pengetahuan sosial yang mempelajari masalah-masalah ekonomi rakyat yang diilhami oleh nilai-nilai Islam² Dan menurut Kursyid Ahmad: *Islamic economics is a systematic effort to try to understand the economic's problem and man's behaviour in relation to that problem from an Islamic perspective.*

Ilmu ekonomi Islam adalah sebuah usaha sistematis untuk memahami masalah-masalah ekonomi dan tingkah laku manusia secara relasional dalam perspektif Islam.³ Atau ilmu yang mempelajari aktivitas atau perilaku manusia secara aktual dan *empirical*, baik dalam produksi, distribusi maupun konsumsi

¹ Abdul Manan, *Hukum Ekonomi Syariah Dalam Perspektif Kewenangan Peradilan Agama*, Kencana, 2012, hlm. 32

² Mustafa Edwin Nasution, (*et al.*), *Pengenalan Eksklusif Ekonomi Islam*, Kencana, Jakarta, 2006, hlm. 15

³ Mustafa Edwin Nasution, *Op.cit.*, hlm. 17

berdasarkan syariat Islam yang bersumber al-Quran dan al-Sunnah serta Ijma' para ulama dengan tujuan untuk mencapai kebahagiaan dunia dan akhirat.

Di antara prinsip-prinsip perjanjian bisnis dalam ekonomi Islam adalah setiap individu harus siap dengan segala resiko terkait dengan usahanya. Secara teoritis, dalam konsep hukum ekonomi Islam sekurang-kurangnya terdapat dua bentuk perjanjian bisnis, yaitu investasi dan pembiayaan. Investasi umumnya bersifat penyertaan modal yang didasarkan kepada prinsip bagi hasil keuntungan dan kerugian (*profit and loss-sharing*) atau lebih dikenal dengan istilah *nisbah*. Dalam hal pembiayaan terdapat dua prinsip, pertama adalah didasarkan kepada prinsip bagi hasil keuntungan dan kerugian (*profit and loss-sharing* atau *nisbah*) seperti akad *mudharabah* dan *musyarakah*. kemudian yang kedua adalah didasarkan kepada prinsip jual beli atau sewa yang sudah jelas dan tegas menggunakan skema pendapatan tetap melalui prinsip *margin* atau *fee*, seperti akad *murabahah*, *istishna*, *salam*, dan *ijarah*.⁴

Dalam operasionalnya di lembaga keuangan syariah bank dan non bank, praktik pembiayaan yang didasarkan kepada prinsip bagi hasil keuntungan dan kerugian (*profit and loss-sharing* atau *nisbah*) menggunakan akad *mudharabah* atau *musyarakah*. Dalam teorinya, penentuan persentase bagi hasil keuntungan dan kerugian pada akad *mudharabah* atau *musyarakah* ditetapkan melalui skema *nisbah* secara fluktuatif karena keduanya sangat tergantung kepada hasil usaha atau keuntungan yang diperoleh (*uncertainty return*, *unexpected return*, atau *unrevenue sharing*). Namun demikian untuk menghindari risiko rugi atau kredit

⁴ Deni K. Yusup, *Pembiayaan Musyarakah dan Tantangan Kemitraan Usaha di Lembaga Keuangan Mikro Syariah*, Laporan Penelitian Kompetitif Individu pada Fakultas Syariah dan Hukum UIN Sunan Gunung Djati Bandung, 2015, hlm. 2-5.

macet, pada kenyataannya baik bank maupun non bank (kreditor) banyak menerapkan kebijakan kepada nasabah (debitor) untuk memberikan keuntungan senantiasa dihitung melalui skema *flate ratio and fix income rate (certainty return, expected return, atau revenue sharing)*.

Dalam konteks sebagaimana diuraian di atas, sebagian kasus pembiayaan bermasalah atau kredit macet di bank syariah yang menggunakan akad *mudharabah* atau *musyarakah*, baik karena sebab debitor melakukan *wanprestasi* atau mengalami *gagal bayar* tentu akan berpotensi menimbulkan sengketa dan bahkan dibawa ke ranah hukum (pengadilan). Atas dasar itu, untuk menghindari kerugian yang lebih besar, maka dalam kondisi tertentu pihak kreditor (bank) mengatasi manajemen risiko bisnis tersebut, salah satunya melakukan upaya hukum gugatan kepailitan ke pengadilan dengan harapan pengadilan mengabulkan gugatan dan debitor dinyatakan pailit. Di sinilah terjadi problem hukum karena seolah-olah terjadi perubahan substansi perjanjian pembiayaan *mudharabah* dan *musyarakah* yang semula didasarkan kepada prinsip bagi hasil keuntungan dan kerugian, tampaknya dapat berubah menjadi perjanjian utang-piutang dengan memasukan klausul “pengakuan utang” dalam akta perjanjian pembiayaan sebagai “pintu masuk” untuk melakukan upaya hukum penyelesaian sengketa kepailitan.

Apabila dikembalikan kepada tujuan awal pembiayaan kerjasama bisnis tentu tidak ada keuntungan yang diperoleh seseorang tanpa adanya resiko. Hal ini merupakan implementasi dari prinsip “*di mana ada manfaat, maka di situ ada resiko*” dalam pelaksanaan suatu usaha. Prinsip tersebut semestinya diterapkan dalam melakukan kerjasama bisnis dalam bentuk pembiayaan berdasarkan akad

musyarakah. Pembiayaan ini lazim dilakukan antara bank syariah dengan debitor untuk melakukan usaha berdasarkan amanah atau kepercayaan.

Kaitannya dengan istilah debitor dan kreditor sebenarnya tidak tepat digunakan dalam pembiayaan *musyarakah*, karena kedudukannya setara dan usaha yang dijalankan bersifat kemitraan, yaitu bank syariah/kreditor maupun debitor memberikan kontribusi dana dan pekerjaan dalam usaha tersebut dan masing-masing pihak sebagai mitra akan berbagi keuntungan dan kerugian bersama, sebagaimana maksud ketentuan angka 3 dalam Fatwa Dewan Syariah Nasional (DSN) Nomor: 08/DSN-MUI/IV/2000 tentang Pembiayaan *Musyarakah*. Namun karena dalam praktiknya mitra bisnis bank syariah dalam pembiayaan ini lebih diposisikan sebagai debitor, sedangkan bank syariah sendiri diposisikan sebagai kreditor. Oleh karenanya agar tidak terjadi salah persepsi awal, maka peneliti menggunakan istilah “debitor” kepada mitra bank syariah dalam pembiayaan *musyarakah* ini.

Musyarakah pada prinsipnya merupakan akad kerjasama antara dua belah pihak atau lebih untuk suatu usaha tertentu dimana masing-masing pihak memberikan kontribusi dana dengan kesepakatan bahwa keuntungan dan risiko akan ditanggung bersama sesuai dengan kesepakatan⁵ Dalam akad *musyarakah*, keuntungan harus dikuantifikasi dengan jelas untuk menghindari perbedaan dan sengketa pada waktu alokasi keuntungan atau penghentian *musyarakah*.

Resiko berbagi keuntungan dan kerugian bersama para pihak ini merupakan sifat dan karakteristik dari akad *musyarakah*, sehingga tidak ada istilah

⁵ Muhammad Syafi'i Antonio, *Bank Syariah dari Teori ke Praktek*, Gema Insani Press, Jakarta, 2001, hlm. 90.

utang piutang diantara mitra dalam *musyarakah*, lebih jauh dalam akad pembiayaan *musyarakah* tidak mempersyaratkan ada jaminan, bahkan adanya jaminan yang dijadikan syarat dalam akad *musyarakah* dapat mengakibatkan akad tersebut batal.⁶ Namun demikian pada praktiknya bank syariah dalam melakukan pembiayaan *musyarakah* mensyaratkan adanya jaminan dengan alasan sebagai salah satu unsur dari prinsip kehati-hatian.

Secara teoretis prinsip bagi hasil dan resiko (*profit and loss sharing*) merupakan inti atau karakteristik utama dari kegiatan perbankan syari'ah. Akan tetapi dalam kegiatan pembiayaan *bagi* hasil dan resiko produk *musyarakah* kurang diminati dalam kegiatan pembiayaan. Hal ini disebabkan oleh karena tingkat resiko pembiayaan *musyarakah* sangat tinggi (*high risk*) dan pengembaliannya tidak pasti, padahal bank merupakan lembaga bisnis, lembaga intermediasi dimana bank berfungsi sebagai perantara pihak yang kekurangan modal (*lack of fund*) dan pihak lain yang kelebihan modal (*surplus of fund*), di samping itu bank juga harus mengembalikan dana nasabah penabung setiap saat.⁷

Pelaku usaha/pihak perbankan sering memiliki kecenderungan untuk mengesampingkan hak-hak konsumen dan memanfaatkan kelemahan konsumennya (nasabah) tanpa harus mendapatkan sanksi hukum, kesadaran dan pengetahuan masyarakat konsumen yang sangat terbatas tidak mustahil dijadikan lahan bagi pelaku usaha dalam transaksi yang tidak mempunyai iktikad baik dalam

⁶Abdullah Saeed, *Islamic Banking And Interest: A Study of The Prohibition of Riba and Its Contemporary Interpretation: Bank Islam dan Bunga: Studi Kritis dan Interpretasi Kontemporer tentang Riba dan Bunga*, terjemahan M. Ufuqul Mubin (*at.al.*), Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2008, hlm. 110.

⁷ Peter Mahmud Marzuki, *Batas-Batas Kebebasan Berkontrak*, Artikel dalam *Jurnal Yuridika*, Volume 18 No. 3, Mei 2003, hlm. 30.

menjalankan usaha yaitu berprinsip mencari keuntungan yang sebesar-besarnya dengan memanfaatkan seefisien mungkin sumber daya yang ada.⁸ Semestinya bank bersama mitranya harus memahami betul tentang filosofi pembiayaan dengan sistem *musyarakah*, karena Islam memberikan solusi yang adil bagi kedua belah pihak dengan prinsip pertanggungjawaban yang jelas, bukan hanya ingin mendapatkan keuntungan sendiri sementara pihak yang lain mengalami kerugian.⁹

Fatwa DSN tentang Pembiayaan *Musyarakah* menentukan bahwa setiap mitra memberi wewenang kepada mitra yang lain untuk mengelola aset dan masing-masing telah diberi wewenang untuk melakukan aktifitas *musyarakah* dengan memperhatikan kepentingan mitranya, tanpa melakukan kelalaian dan kesalahan yang disengaja. Sehingga pada dasarnya dalam pembiayaan *musyarakah*, dana yang diberikan oleh bank syariah kepada nasabah bukanlah dalam bentuk pinjaman atau utang, akan tetapi merupakan dana kerja sama antara bank dengan nasabah yang berkedudukan sama sebagai *syarik* (pihak yang berserikat). Jadi dana tersebut setelah bercampur dengan dana milik nasabah akan menjadi dana/harta bersama yang kemudian akan dikelola bersama.

Mengenai proporsi keuntungan sudah dijelaskan oleh beberapa imam mazhab, Imam Malik dan Imam Syafi'i berpendapat bahwa proporsi keuntungan dibagi di antara mereka di mana sebelumnya menurut kesepakatan yang telah ditentukan sebelumnya saat akad dan disesuaikan dengan proporsi modal yang disertakan. Imam Ahmad berpendapat jika proporsi keuntungan dapat pula berbeda dari proporsi modal yang sudah disertakan masing-masing pihak. Selain

⁸*Ibid*, hlm. 193-194.

⁹*Ibid*, hlm. 30.

itu Imam Abu Hanifah yang menyatakan bahwa proporsi keuntungan bisa berbeda dari proporsi modal di dalam sebuah kondisi normal. Dalam perjalanan usaha atau bisnis kemungkinan yang akan terjadi adalah antara keuntungan atau kerugian.¹⁰ Apabila suatu usaha yang dijalankan debitor mengalami keuntungan, maka dari pihak kreditor maupun debitor akan mendapatkan hasil dari keuntungan tersebut yang sudah disepakati bersama sejak awal. Namun, apabila yang terjadi adalah usaha yang dijalankan debitor mengalami kerugian, maka dari pihak kreditor maupun debitor akan menanggung bersama kerugian tersebut sesuai kesepakatan bersama.

Pada praktiknya, bank syariah dalam menyalurkan pembiayaan *musyarakah* meskipun dalam pembuatan akad melandaskan syarat dan ketentuan sebagaimana Pasal 1320 dan Pasal 1338 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, namun kemudian mengkonstruksikan akad *musyarakah* sebagai utang atau dengan cara pembuatan akad *musyarakah* disertai dengan akta pengakuan utang, berangkat dari utang inilah debitor pada pembiayaan *musyarakah* dapat dipailitkan dengan permohonan pernyataan pailit oleh kreditor ke pengadilan niaga pada pengadilan negeri manakala debitor tidak dapat memenuhi ketentuan utangnya dengan menafikan eksistensi dari akad *musyarakah* sebagai akad pokok yang seharusnya resiko untung dan rugi ditanggung bersama, komulasi akad yang seperti ini merugikan debitor karena bank hanya mau keuntungannya saja dan tidak mau menanggung kerugian bersama.

Dari sudut pandang bisnis, kepailitan atau kebangkrutan merupakan suatu keadaan keuangan yang memburuk pada suatu perusahaan yang dapat membawa

¹⁰ Abdullah Saeed, *loc. cit.* hlm. 111.

akibat rendahnya kinerja untuk jangka waktu tertentu yang berkelanjutan, yang pada akhirnya menjadikan perusahaan tersebut kehilangan sumber daya dan dana yang dimilikinya. Sedangkan suatu perusahaan yang tidak mempunyai kekuatan membayar sedemikian besarnya hingga tidak mampu memenuhi segala kewajiban finansialnya yang segera harus dipenuhi kepada pihak luar (kreditor) dikatakan bahwa perusahaan tersebut adalah tidak likwid (*illikwid*).¹¹

Bahwa kesulitan keuangan (*financial distress*) sebagaimana dimaksud di atas dapat menyebabkan perusahaan akan menjadi pailit. Tetapi selain dalam keadaan tersebut, kondisi pailit juga dapat terjadi disebabkan oleh niat tidak baik dari pihak perusahaan yaitu, tidak mau membayar kewajiban kepada kreditornya sehingga terjadi pengkondisian diri seolah-olah perusahaan tersebut kegagalan bisnis padahal perusahaan tersebut dalam keadaan sehat. Dalam konteks inilah perusahaan seolah-olah mengalami kegagalan bisnis dan kemudian mengajukan pailit secara suka rela (*voluntary petition*) ke Pengadilan Niaga.

Tujuan ideal diberlakukannya undang-undang kepailitan adalah didasarkan kepada asas pemberian manfaat dan perlindungan hukum yang seimbang bagi para pihak yang terkait dan berkepentingan dengan kepailitan seorang atau suatu perusahaan. Oleh karena itu, undang-undang kepailitan yang baik seyogyanya tidak hanya memberikan manfaat dan perlindungan hukum bagi kreditor tetapi juga bagi debitor dan para *stakeholdernya*.

Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (UUK dan PKPU), seperti dalam Pasal 2 ayat (1) yang intinya debitor yang mempunyai dua kreditor bila salah satu yang

¹¹ Bambang Riyanto, *Dasar-dasar Pembelajaran Perusahaan*, Yogyakarta, Gajah Mada, 1979, hlm. 17.

mempunyai piutang sekecil apapun bila sudah jatuh tempo dan dapat ditagih maka dapat mempailitkan debitor yang kemungkinan usahanya masih sehat, yaitu debitor yang jumlah asetnya lebih besar dibandingkan dengan jumlah keseluruhan utang-utangnya.

Mengacu kepada syarat-syarat kepailitan sebagaimana disebutkan pada Pasal 2 ayat (1) UUK dan PKPU, boleh jadi kepastian hukum dan tujuan pelaksanaan hukum kepailitan yang adil akan sulit sekali tercapai. Undang-Undang ini secara kasat mata lebih memperhatikan dan melindungi kepentingan kreditor yang mempailitkan dari pada kepentingan debitor yang mengalami pailit. Padahal debitor juga hendaknya dilindungi dan diberikan perlindungan hukum yang seimbang. Namun faktanya kepentingan kreditor dan debitor dalam kasus-kasus kepailitan pada umumnya tidak memberikan jaminan asas manfaat dan perlindungan hukum yang seimbang yang menjamin keamanan investasi dan bisnis.

Apabila dihubungkan dengan upaya hukum dalam bidang penyelesaian sengketa ekonomi, kepailitan dapat dipahami sebagai eksekusi masal yang ditetapkan dengan keputusan hakim, yang berlaku serta merta dengan melakukan penyitaan atas semua harta orang yang dinyatakan pailit, maupun yang diperoleh selama kepailitan berlangsung untuk kepentingan semua kreditor, yang dilakukan dengan pengawasan pihak yang berwajib¹².

Pada dasarnya Undang-Undang Kepailitan adalah untuk menjamin dari kedua belah pihak yaitu kreditor dan debitor. Namun undang-undang ini masih belum memberikan perlindungan yang memadai terhadap debitor terutama debitor yang perusahaannya masih sehat (*solvent*) dan mempunyai prospek yang baik,

¹² Retnowulan Sutantio, *Kepailitan sebagai Upaya Hukum Terakhir*, Mahkamah Agung, Jakarta, 1999, hlm.6

selain itu undang-undang juga belum memberikan kesempatan yang baik terhadap debitor untuk merestrukturisasikan utang dan memperbaiki usahanya sebelum debitor dinyatakan pailit oleh pengadilan.

Menurut Hikmahanto Juwana, amandemen atas Undang-Undang Kepailitan sangat dominan melindungi kepentingan kreditor. Hal ini bisa dilihat dari syarat untuk dinyatakan pailit sebagaimana termaktub dalam Pasal 1 ayat (1) yaitu adanya dua atau lebih utang dan salah satunya telah jatuh tempo. Anehnya dalam amandemen terhadap Undang-Undang Kepailitan tersebut tidak satu ketentuanpun yang mensyaratkan bahwa debitor harus dalam keadaan tidak lagi mampu membayar (*insolvent*). Ini tentunya bertentangan dengan filosofi universal dari Undang-Undang Kepailitan yaitu untuk memberikan jalan keluar bagi debitor dan kreditor bilamana debitor sudah berada dalam keadaan tidak lagi mampu membayar utangnya.¹³

Penggunaan hukum kepailitan merupakan tindakan hukum yang terakhir yang dapat dilakukan apabila langkah-langkah yang berupa perdamaian¹⁴ ataupun restrukturisasi¹⁵ utang ternyata telah gagal untuk dilaksanakan. Undang-Undang Kepailitan tidak menyinggung mengenai sebab-sebab kepailitan dan penundaan

¹³ Hikmahanto Juwana, *Hukum Sebagai Instrumen Politik: Intervensi Atas Kedaulatan Dalam Proses Legislasi di Indonesia*, disampaikan dalam Orasi Ilmiah Dies Natalis Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara ke 50, tanggal 12 Januari 2004

¹⁴ Perdamaian (*accord*) dalam Undang-Undang Kepailitan dapat ditempuh sebelum keputusan kepailitan yaitu semasa dalam tahap Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (*Suspension of Payment*) dan setelah debitor dinyatakan pailit yang ditawarkan pada saat rapat verifikasi, Pasal 144 dan Pasal 222 ayat 3 UU No. 37 Tahun 2004

¹⁵ Restrukturisasi utang, menurut Remy Syahdeini dapat berbentuk: 1) memberikan *moratorium* (Penundaan Pembayaran Utang) kepada Debitor; 2) melakukan penjadwalan kembali pelunasan pinjaman; 3) melakukan persyaratan kembali perjanjian pinjaman; 4) melakukan restrukturisasi jumlah pinjaman, termasuk mengurangi jumlah pokok utang, menurunkan tingkat suku bunga dan memberikan tambahan utang (kredit injeksi); 5) memasukkan modal baru oleh para pemodal atau pemegang *wham bare*, Sutan Remy Syahdeini, *Undang-Undang Kepailitan: Dalam Perspektif Hukum, Politik, dan Ekonomi*, Makalah disampaikan dalam diskusi tentang Undang-Undang Kepailitan Dalam Perspektif Hukum, Politik, dan Ekonomi yang diselenggarakan oleh F-KP DPR-RI, Tgl. 7 Mei 1998, Jakarta.

dapat terjadi. Undang-Undang Kepailitan khususnya tidak membicarakan persoalan mengenai apakah debitor dapat dimintai pertanggungjawaban atas kekayaan finansialnya. Undang-Undang Kepailitan berbicara secara netral tentang kepailitan yang menyangkut debitor yang berada dalam keadaan berhenti membayar kewajibannya.¹⁶

Undang-Undang Kepailitan semestinya bertujuan untuk melindungi keberlanjutan usaha debitor ketika pihak debitor mengalami kesulitan keuangan. Praktik di Belanda nampaknya sejalan dengan serangkaian perkembangan Undang-Undang Kepailitan di negara-negara lain, seperti Amerika Serikat, Inggris, Australia maupun Jerman. Beberapa negara tersebut mengarahkan Undang-Undang Kepailitan kepada sebuah proses yang diciptakan untuk memaksimalkan nilai *on-going business* dan mempertahankan keuntungan sosial yang diberikan oleh eksistensi bisnis, serta mempertahankan nilai yang dimiliki oleh kreditor.¹⁷

Instrumen hukum kepailitan sangat penting, karena jika instrumen ini tidak ada, kesemrawutan setidak-tidaknya yang menyangkut pelaksanaan hak-hak ganti rugi akan timbul.¹⁸ Dalam rangka pembaharuan Hukum Investasi perlu dibuat pendekatan dengan pengkajian hukum yang bertujuan mencapai jaminan dan kepastian hukum bagi para pelaku bisnis.¹⁹ Di samping itu yang harus menjadi perhatian dalam pembaharuan hukum adalah sarana yang dapat memperlancar pertumbuhan sektor perekonomian.

¹⁶ Mr. J.B. Huizink, *Insolventie*, terjemahan Linus Doludjawa, Kluwer Deventer, 1995, hlm. 1

¹⁷ Siti Anisah, *Perlindungan Kepentingan, Kreditor dan Debitor dalam Hukum Kepailitan di Indonesia*, Total Media, Yogyakarta, 2008, hlm. 8

¹⁸ Mr. J.B. Huizink, *Insolventie, Op.Cit.*, hlm. 1

¹⁹ Bismar Nasution, "Implikasi AFTA Terhadap Kegiatan Investasi dan Hukum Inventasi Indonesia", *Jurnal Hukum Bisnis*, Volume 22, Jakarta, 2003 hlm. 2

Burg's menentukan bahwa terdapat 5 (lima) unsur yang harus dikembangkan supaya hukum tidak menghambat ekonomi, yaitu: "stabilitas" (*stability*), "prediksi" (*predictability*), "keadilan" (*fairness*), "pendidikan" (*education*) dan "pengembangan khusus dari sarjana hukum" (*the special development abilities of the lawyer*)²⁰ J.D. Ny. Hart juga mengemukakan konsep hukum sebagai dasar pembangunan ekonomi, yaitu: *predictability, procedural capability, codification of goals, education, balance, definition and clarity of status* serta *accommodation*".²¹ Selain itu, mulai diciptakan infrastruktur hukum yang menjadi landasan dari sistem perekonomian masa depan yang lebih terbuka, *fair* dan *competitive*.²² Parameter ekonomi sebagai satu-satunya cara mengukur keberhasilan ekonomi cenderung tidak fair, dan karenanya dibutuhkan suatu hubungan saling mendukung antara hukum dan ekonomi.²³ Badan peradilan perlu memperhitungkan untung rugi (*cost benefit analysis*) akibat putusannya, misalnya apakah putusannya akan memperlancar atau menghambat proses ekonomi.²⁴

Dasar diajukanya perkara kepailitan adalah karena adanya utang piutang antara debitor dan kreditor, utang tersebut lahir karena adanya perjanjian atau undang-undang. Sedangkan syarat kepailitan sebagaimana Pasal 2 (ayat 1) UUK dan PKPU, yaitu: 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. Jika dihubungkan dengan

²⁰ *Ibid.*, hlm. 49

²¹ *Ibid.* hlm. 50.

²² T. Mulya Lubis, *Mencari Keseimbangan Baru*, Komisi Hukum Nasional, Anggota Kelompok Kerja, Selasa, Tgl. 16 Juni 1998.

²³ Charles Himawan, *Hukum sebagai Panglima*, Buku Kompas, Jakarta, 2003, hlm. xxii.

²⁴ *Ibid.*, hlm. 69.

pembiayaan *musyarakah* maka jelas perbedaan komponen dasar dari keduanya bertolak belakang, sebagaimana dapat digambarkan sebagai berikut:

Pembiayaan Musyarakah	Kepailitan
1. Penyertaan modal 2. Hubungan kemitraan 3. Bagi hasil (untung/rugi)	1. Utang 2. Kreditor dan Debitor 3. Pembayaran utang

Konstruksi akad pembiayaan *musyarakah* yang dikumulasikan dengan akad utang menyebabkan debitor dalam pailit tidak mendapatkan kesempatan yang cukup untuk mempertahankan isi akad musyarakahnya, karena harus terlebih dahulu menghadapi permohonan pailit dari kreditor yang diajukan ke pengadilan niaga pada pengadilan negeri yang karena kompetensi absolutnya tidak mengadili tentang sengketa akad *musyarakah* karena merupakan kompetensi absolut pengadilan agama. Jika debitor dinyatakan pailit, maka semakin tidak ada ruang bagi debitor untuk mempertahankan eksistensi akad *musyarakah* karena selain kehilangan hak penguasaan atas hartanya juga telah kehilangan hak melakukan perbuatan hukum karena telah berpindah kekuasaannya kepada kurator.

Dalam penyelesaian perkara kepailitan di pengadilan niaga belum sepenuhnya menganut asas bahwa pernyataan pailit adalah sebagai upaya terakhir (*ultimum remedium*) yang sebelumnya debitor diberi kesempatan merestrukturisasi utangnya, atau lebih jauh di depan sidang debitor dan kreditor mendapatkan kesempatan mengkaji ulang atas perjanjian pokok yang dibuat, sehingga terhadap perjanjian utang sebagai asesor dari akad pembiayaan *musyarakah* tidak layak untuk dipailitkan, karena pada akad pembiayaan *musyarakah* antara bank syariah

dan mitranya pada dasarnya bersama menanggung resiko termasuk jika terjadi kerugian dan sesama orang yang berserikat tidak dapat saling mempailitkan.

Terkait pernyataan di atas, sekurang-kurangnya ada 2 (dua) putusan perkara kepailitan dalam pembiayaan *musyarakah* yang telah selesai diperiksa sampai pada tingkat kasasi yang dapat dijadikan sebagai objek penelitian, yaitu Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor: 622 K/Pdt.Sus/2012 tanggal 28 Januari 2013 dan Nomor: 354 K/Pdt.Sus-Pailit/2014 tanggal 28 November 2014,²⁵ kedua putusan tersebut sama sekali tidak mempertimbangkan eksistensi akad *musyarakah* sebagai akad pokoknya, hal ini tentunya akan merugikan kepentingan debitor karena tidak dapat lagi melanjutkan usahanya karena telah dinyatakan pailit dengan segala akibat hukumnya.

Sebagai sebuah karya ilmiah yang fokus kajian penelitian ini pada eksistensi kepailitan bukan merupakan hal yang baru. Dari hasil penelitian dan pengamatan peneliti belum ada satupun karya ilmiah maupun hasil penelitian yang membahas secara khusus dan spesifik mengenai eksistensi kepailitan dalam pembiayaan *musyarakah*. Meskipun peneliti tidak menemukan karya ilmiah maupun penelitian dengan kajian yang persis sama dengan penelitian yang akan diteliti, namun peneliti menemukan beberapa karya ilmiah atau penelitian sebelumnya yang membahas kepailitan secara umum antara lain:

Pertama, penelitian yang ditulis oleh M. Hadi Shubhan dengan judul *Prinsip Hukum Kepailitan di Indonesia* pada Disertasi S3 Ilmu Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, Tahun 2006. Dalam penelitian tersebut dijelaskan

²⁵ Editor, Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor: 622 K/Pdt.Sus/2012 tanggal 28 Januari 2013 dan Nomor: 354 K/Pdt.Sus-Pailit/2014 tanggal 28 November 2014. Lihat dalam <https://putusan.mahkamahagung.go.id/putusan/21428a963326e5f03c69a0ea3c5a6a59> [diakses tanggal 09/01/2018, pukul 20.19]

bahwa hukum kepailitan di Indonesia bersifat ambigu karena ada yang tertulis ada pula yang tidak tertulis. Hukum kepailitan hanya diaplikasikan untuk mempailitkan subyek hukum tanpa mempertimbangkan solvabilitas keuangan dan sekaligus menjadi alat untuk menagih utang, serta tidak mengatur penghapusan utang.

Kedua, penelitian yang ditulis oleh Siti Anisah dengan judul *Perlindungan Kepentingan Kreditor dan Debitor Dalam Hukum Kepailitan di Indonesia* pada Disertasi S3 Ilmu Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, Tahun 2008. Penelitian ini hanya mengkaji perlunya mencantumkan persyaratan *insolvency test* dalam penyempurnaan Undang-Undang Kepailitan dengan mengacu kepada *Chapter 11 Bankruptcy Code* di Amerika Serikat, terutama untuk memberikan kesempatan kepada debitor agar tetap mengurus perusahaan, agar debitor memiliki itikad baik, jujur, dan mampu memenuhi kewajibannya kepada kreditor.

Ketiga, penelitian yang dilakukan oleh Jamaluddin Samosir dengan judul *Kepastian Hukum Terhadap Kreditor Separatis Dikaitkan Dengan Masa Stay Dan Insolvensi* pada Disertasi S3 Ilmu Hukum Universitas Jayabaya, Jakarta, Tahun 2016. Penelitian ini lebih banyak mengkaji kritik hukum terhadap Pasal 56 ayat (1) tentang masa *Stay* dan Pasal 59 ayat (1) yang menentukan bahwa kreditor separatis harus melaksanakan haknya dalam jangka waktu 2 (dua) bulan setelah dimulainya keadaan *insolvensi* yang dapat menyebabkan hilangnya hak preferen kreditor separatis dan membatasi hak kreditor separatis.

Dibandingkan dengan ketiga penelitian di atas, penelitian ini akan lebih difokuskan untuk mengkaji seputar eksistensi kepailitan dalam usaha berdasarkan akad pembiayaan *musyarakah* pada bank syariah di Indonesia, yang pada prinsipnya antara kreditor dan debitor sebagai pihak yang berserikat dengan resiko *profit and loss sharing*. Selain itu, penelitian ini juga lebih menekankan pada penggu-

naan norma-norma hukum tertulis dan tertulis, serta didukung hasil wawancara dan penerapan teori-teori hukum alat untuk merumuskan hipotesis dan sekaligus menjadi tolak ukur dalam pembuktian hipotesis sampai dengan merumuskan kesimpulan.

Berdasarkan latar belakang sebagaimana telah dikemukakan di atas, maka peneliti tertarik untuk melakukan penelitian lebih lanjut yang akan dituangkan dalam bentuk disertasi dengan judul: *Eksistensi Hukum Kepailitan dalam Pembiayaan Musyarakah pada Bank Syariah di Indonesia*.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang masalah di atas, fokus utama yang menjadi masalah dalam penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Bagaimana penerapan hukum kepailitan dalam pembiayaan *musyarakah* pada bank syariah di Indonesia?
2. Bagaimana solusi penyelesaian kepailitan pembiayaan *musyarakah* pada bank syariah di Indonesia?

C. Tujuan Penelitian

Berdasarkan rumusan masalah di atas, tujuan penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Untuk menganalisis dan menemukan penerapan hukum dalam kepailitan pembiayaan *musyarakah* pada bank syariah di Indonesia;
2. Untuk menganalisis dan menemukan solusi penyelesaian kepailitan pembiayaan *musyarakah* pada bank syariah di Indonesia.

D. Kegunaan Penelitian

Hasil yang diharapkan dari penelitian ini sekurang-kurangnya memiliki kegunaan sebagai berikut:

1. Kegunaan Teoretis

Penelitian ini diharapkan dapat memberikan kontribusi dalam pengembangan wawasan keilmuan di bidang hukum ekonomi syariah, memperkaya literatur hukum seputar kepailitan dalam pembiayaan *musyarakah* dan menghadirkan perspektif teoretis baru tentang eksistensi kepailitan dalam pembiayaan *musyarakah* pada bank syariah di Indonesia. Selain itu, hasil penelitian ini diharapkan dapat menjadi landasan atau acuan bagi peneliti lain untuk melakukan penelitian lebih lanjut.

2. Kegunaan Praktis

Penelitian ini diharapkan dapat memberikan manfaat praktis bagi para pemangku kepentingan, khususnya pemerintah, praktisi perbankan syariah, dan masyarakat umum. Bagi pemerintah, penelitian ini diharapkan dapat menjadi rujukan doktrinal dalam pengembangan regulasi ekonomi syariah di Indonesia, khususnya terkait hukum kepailitan pada pembiayaan *musyarakah*. Bagi praktisi ekonomi syariah, penelitian ini diharapkan dapat menjadi pedoman umum dalam penyusunan draf hukum akad syariah khususnya pada pembiayaan *musyarakah* dan menjadi rujukan dalam penyelesaian sengketa ekonomi syariah dalam perkara kepailitan pada pembiayaan *musyarakah*. Bagi masyarakat, penelitian ini diharapkan dapat menjadi panduan praktis dalam kegiatan transaksi bisnis di lembaga perbankan dan keuangan syariah dan dalam penyelesaian sengketa kepailitan pada pembiayaan *musyarakah*.

E. Kajian Penelitian Terdahulu

Berdasarkan hasil penelusuran peneliti ditemukan beberapa penelitian sebelumnya yang membahas masalah hukum kepailitan, antara lain:

1. M. Hadi Shubhan, *Prinsip Hukum Kepailitan di Indonesia* pada Disertasi S3 Ilmu Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, Tahun 2006. Menurut peneliti ini di dalam hukum kepailitan di Indonesia, prinsip-prinsip umum kepailitan tersebut ada yang dinormakan dalam hukum positif, ada yang tidak dinormakan dalam hukum positif, serta ada yang dinormakan secara ambiguitas dalam hukum positif. Pengaturan hukum kepailitan di Indonesia lebih diarahkan untuk mempermudah mempailitkan subyek hukum tanpa mempertimbangkan solvabilitas keuangan subyek hukum tersebut, sehingga kepailitan lebih diposisikan sebagai alat untuk menagih utang. Dalam hukum kepailitan Indonesia tidak mengenal adanya penghapusan utang, sehingga utang dalam rejim hukum kepailitan Indonesia akan mengikuti terus terhadap debitor sampai debitor tersebut meninggal dunia dalam hal subyek hukum debitor pailit adalah *naturlijk person* atau bubar dalam hal subyek hukum debitor pailit adalah *rechtspersoon*.
2. Siti Anisah dengan judul *Perlindungan Kepentingan Kreditor dan Debitor Dalam Hukum Kepailitan di Indonesia* pada Disertasi S3 Ilmu Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, Tahun 2008. Menurut peneliti ini Undang-Undang Kepailitan Indonesia di masa depan seharusnya dibuat untuk melindungi kepentingan kreditor, debitor, dan kepentingan *stakeholders*. Untuk itu perlu mencantumkan persyaratan *insolvency test* dalam penyempurnaan Undang-Undang Kepailitan. Perubahan ketentuan penundaan kewajiban pembayaran utang sebaiknya mengacu pada *Chapter 11 Bankruptcy Code* di

Amerika Serikat, terutama untuk memberikan kesempatan kepada debitor agar tetap mengurus perusahaan (*Debitor in Possession*), yakni mereka yang dipandang mempunyai etika baik, jujur, dan bersedia bekerja sama selama pailit, namun ia tidak beruntung karena tidak dapat melunasi utang-utangnya.

3. Jamaluddin Samosir dengan judul *Kepastian Hukum Terhadap Kreditor Separatis Dikaitkan Dengan Masa Stay Dan Insolvensi* pada Disertasi S3 Ilmu Hukum Universitas Jayabaya, Jakarta, Tahun 2016. Menurut peneliti ini bahwa ketentuan Pasal 56 ayat (1) tentang masa *Stay* dan Pasal 59 ayat (1) yang menentukan bahwa kreditor separatis harus melaksanakan haknya dalam jangka waktu 2 (dua) bulan setelah dimulainya keadaan insolvensi merupakan ketentuan yang menyebabkan hilangnya hak preferen kreditor separatis dan membatasi hak kreditor separatis.
4. Wisnu Arditya, *Perlindungan Hukum Kreditor Dalam Kepailitan (Studi Kasus Terhadap Peninjauan Kembali Register Nomor: 07 PK/N/2004)*, Tesis Program Magister Kenotariatan Program Pascasarjana Universitas Diponegoro, Semarang, 2009. Hasil penelitian tesis ini menyimpulkan bahwa UUKPKPU yang menggantikan UUK belum sepenuhnya lengkap untuk dapat melindungi hak-hak kreditor, sehubungan dengan kasus PT.Tunas Sukses tidak ada kejelasan tentang pengembalian hutang secara penuh apabila ternyata harta kekayaan debitor pailit tidak cukup untuk membayar seluruh hutang-hutangnya, secara tidak langsung kreditor diharuskan untuk menerima kenyataan bahwa semua hutangnya tidak akan dapat dilunasi secara penuh oleh debitor pailit tanpa ada tindakan-tindakan dan solusi yang dapat dilakukan oleh kreditor sebelum permohonan kepailitan diajukan oleh debitor.

5. Doan Rakasiwi, *Wewenang Kurator Dalam Pelaksanaan Putusan Pailit Oleh Pengadilan*, Penelitian pada Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Surakarta, 2009. Hasil penelitian ini menyimpulkan bahwa kurator dituntut untuk memiliki integritas yang berpedoman pada kebenaran dan keadilan serta keharusan untuk menaati standar profesi dan etika. Hal ini ditujukan untuk menghindari adanya benturan kepentingan dengan debitur maupun kreditur. Namun pada prakteknya kinerja kurator menjadi terhambat oleh permasalahan seperti debitur pailit tidak mengacuhkan putusan pengadilan atau bahkan menolak untuk dieksekusi. Implikasinya, hampir sebagian besar kurator memiliki permasalahan dengan debitur (tidak kooperatif) dalam hal debitur tersebut menolak memberikan informasi dan dokumen, menolak menemui, bahkan menghalangi kurator memeriksa tempat usaha debitur.
6. Ghansam Anand, Kukuh Leksono S. Aditya, dan Bagus Oktafian Abrianto, *Problematika Aplikasi Ekonomi Syariah Dalam Rezim Hukum Kepailitan Di Indonesia*, Artikel hasil penelitian dalam *Jurnal Bina Mulia Hukum*, Volume 2, Nomor 1, September 2017. Hasil penelitian ini menyimpulkan bahwa perubahan esensi dari hubungan hukum demikian tampak dari unsur syarat mengajukan suatu permohonan kepailitan dalam UU Nomor 37 Tahun 2004 terpenuhi yakni adanya kreditor dan debitor. Setiap sengketa kepailitan syariah yang terjadi selalu menimbulkan upaya paksa untuk memunculkan kreditor dan debitur, padahal para pihak tersebut (kreditor dan debitur) tidak ada dalam setiap pembiayaan syariah. Untuk menjaga iktikad baik dari para pihak dan tidak ada yang dirugikan, karena belum adanya instrumen peraturan perundang-undangan yang jelas maka kepailitan syariah diselesaikan melalui cara-cara konvensional.

7. Immanuel Rahmani, *Perlindungan Hukum Kepada Pembeli Dalam Kepailitan Pengembang (Developer) Rumah Susun*, Artikel hasil penelitian dalam *Jurnal Hukum Bisnis Bonum Commune*, Volume I, Nomor 1, Agustus 2018. Hasil penelitian ini menyimpulkan bahwa seluruh kreditor dalam kepailitan memiliki perlindungan hukum yang sama, yang membedakan adalah hak mendahului dalam memperoleh pembayaran tagihan melalui penjualan aset-aset dari debitor pailit (boedel pailit). Dimana kreditor preferen adalah yang paling mendahului, seperti Upah buruh, tagihan-tagihan listrik, air, kebersihan, keamanan, dan pajak. Setelahnya adalah kreditor pemegang jaminan kebendaan, dan yang terakhir adalah kreditor konkuren, yang memperoleh pembayaran tagihan setelah semua pembayaran tagihan terpenuhi.
8. Siti Kadariah, Pangeran Harahap, dan Sukiati, *Analisis Penyelesaian Kepailitan Perbankan Syariah di Pengadilan Niaga Dalam Putusan Nomor: 01/Pdt-Susp KPU/2015/Pn Niaga Medan Ditinjau Dari Perspektif Ekonomi Islam*, artikel hasil penelitian dalam *Jurnal Penelitian Medan Agama*, Volume 9, Nomor 1, 2018. Hasil penelitian ini menyimpulkan bahwa Termohon PKPU memiliki utang yang jatuh tempo dan dapat ditagih, pemohon PKPU memperkirakan bahwa termohon tidak dapat melanjutkan membayar utangnya yang sudah jatuh tempo dan dapat ditagih, termohon PKPU mempunyai lebih dari 1(satu) kreditor. Ketiga hal yang menjadi pertimbangan penetapan kepailitan dan pengurusan harta debitor menurut hukum kepailitan dan PKPU tidak bertentangan dengan prinsip ekonomi Islam.

Perbedaan penelitian disertasi ini dengan semua kelima penelitian di atas adalah penelitian ini akan lebih difokuskan pembahasannya seputar pengaturan,

pelaksanaan dan solusi upaya hukum penyelesaian sengketa hukum kepailitan pembiayaan *musyarakah* pada bank syariah di Indonesia yang dituangkan menjadi judul disertasi tentang eksistensi hukum kepailitan dalam pembiayaan musyarakah pada bank syariah di Indonesia.

F. Kerangka Pemikiran

Dalam penelitian ini, peneliti juga menggunakan beberapa teori sebagai kerangka kerja teoretis (*theoretical framework*) untuk menganalisis masalah penelitian. Teori-teori dimaksud terdiri dari teori kepastian hukum sebagai *Grand Theory*, teori hukum kepailitan sebagai *Middle-Range Theory*, dan teori hukum perjanjian syariah sebagai *Applied Theory*.

1. Teori Dasar (*Grand Theory*): Teori Kepastian Hukum

Kepastian hukum bukanlah terletak pada batas daya berlakunya menurut wilayah atau golongan masyarakat tertentu. Hakekatnya adalah suatu kepastian, tentang bagaimana para warga masyarakat menyelesaikan masalah hukum, bagaimana peranan dan kegunaan lembaga hukum bagi masyarakat, apakah hak dan kewajiban para warga masyarakat, dan seterusnya.²⁶

Berkaitan dengan penyelesaian masalah hukum yang terjadi di antara para warga masyarakat dan bagaimana peran dan kegunaan lembaga hukum bagi masyarakat, menurut teori konvensional, tujuan hukum adalah untuk mewujudkan keadilan (*rechtsgerechtigheit*), kemanfaatan (*rechtsutiliteit*), dan kepastian hukum (*rechtszekerheid*).²⁷

²⁶Soerjono Soekanto, *Penegakan Hukum*, Jakarta: Binacipta, 1983, hlm. 42

²⁷Ahmad Ali, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, Jakarta: PT. Gunung Agung Tbk, 2002, hlm. 85.

Menurut Satjipto Rahardjo, hukum melindungi kepentingan seseorang dengan cara mengalokasikan suatu kekuasaan kepadanya untuk bertindak dalam rangka kepentingan tersebut. Pengalokasian kekuasaan ini dilakukan secara terukur, dalam arti, ditentukan keluasaan dan kedalamannya. Kekuasaan yang demikian itulah yang disebut hak. Tetapi tidak setiap kekuasaan dalam masyarakat bisa disebut sebagai hak, melainkan hanya kekuasaan tertentu yang menjadi alasan melekatnya hak itu pada seseorang.²⁸

Salah satu filosofi hukum kepailitan ialah adanya nilai keadilan sehingga hukum dapat memberikan tujuan yang sebenarnya yaitu memberi manfaat, kegunaan dan kepastian hukum. Konsep Kepastian Hukum ini merupakan konsekuensi dari konsep Negara Hukum. Dalam kepastian teori kepastian hukum sebagai tujuan pembangunan sistem hukum ini. Mochtar Kusumaatmadja menurut analisisnya terakhir, tujuan pokok dari hukum apabila hendak direduksi pada satu hal adalah ketertiban (*order*).²⁹ Tegasnya:

“Ketertiban adalah tujuan pokok dan pertama dari segala hukum. Kebutuhan terhadap ketertiban ini, syarat pokok (fundamental) bagi adanya suatu masyarakat manusia yang teratur.”

“Tanpa kepastian hukum dan ketertiban masyarakat yang dijelmakan olehnya, manusia tidak mungkin mengembangkan bakat-bakat dan kemampuan yang diberikan Tuhan kepadanya secara optimal di dalam masyarakat tempat ia hidup.”

Apabila diperhatikan, Pembukaan dan Batang Tubuh Undang Undang Dasar 1945 (UUD 1945), memperlihatkan bahwa Negara Republik Indonesia yang berdiri sejak tanggal 17 Agustus 1945 adalah negara yang berdasarkan atas hukum. Negara Indonesia adalah negara hukum. Cita-cita negara hukum secara

²⁸Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bakti, Cet. V, 2000, hlm. 53.

²⁹Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep-Konsep Hukum dalam Pembangunan*, Bandung: Alumni Cet. II, 2006, hlm. 3.

tegas dirumuskan dalam Pasal 1 ayat (3) UUD 1945, yang menyatakan: “Negara Indonesia adalah Negara Hukum”. Demikian pula Pembukaan UUD 1945 alinea keempat menyatakannya: “...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, ...”. Dengan diembannya tugas Negara dalam menyelenggarakan kesejahteraan umum tersebut, maka menjadi pentinglah arti pembentukan peraturan perundang-undangan.

Proses pembentukan hukum, diawali dengan suatu perencanaan yang didasarkan pada suatu situasi kenyataan kehidupan yang diarahkan pada suatu tujuan yang tidak yuridis, yaitu kepentingan, nilai yang akan dicapai di waktu yang akan datang atau kepentingan dan nilai yang akan diamankan, dengan mengadakan suatu struktur organisasi yang disingkat dengan hukum.³⁰ Hukum merupakan seperangkat aturan yang mengatur kehidupan manusia senantiasa tumbuh dan berkembang sejalan dengan perkembangan masyarakat, semakin kompleks kehidupan masyarakat, maka semakin dirasakan perlunya hukum yang dapat menjamin ketertiban, keamanan atau keadilan atas berbagai aktifitas atau transaksi yang dilakukan. Dengan demikian perkembangan hukum pada prinsipnya tergantung pada kondisi struktur/budaya dan tuntunan masyarakat itu sendiri, disamping dipengaruhi oleh penguasa yang berwenang, aparat penegak hukum, maupun lembaga hukum lainnya.³¹

³⁰Roeslan Saleh, *Penjabaran Pancasila dan UUD 1945 dalam Perundang-undangan RI Umumnya tentang Hak Asasi Manusia Khususnya*, 1995, hlm. 69

³¹Sunarjati Hartono, *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*, Bandung: Alumni, 1999, hlm. 37

Konsep Negara hukum berawal dari konsep Negara sebagai “Penjaga Malam” (*Naachtwakerstaat*) yang dikemukakan oleh Immanuel Kant. Negara hanya bertugas membuat dan mempertahankan hukum yang sifatnya menjaga keamanan dan keselamatan warganya, tanpa ampur tangan di bidang ekonomi. Dalam perkembangannya, konsep ini kurang memuaskan, karena tanpa campur tangan Negara di bidang ekonomi, individu yang mempunyai kemampuan lebih tinggi akan selalu menang dalam persaingan dengan individu yang kurang mampu. Hal ini akan menciptakan jurang pemisah yang cukup dalam yang pada akhirnya akan menimbulkan gejolak sosial.

Untuk mengatasi hal tersebut, dikemukakan konsep baru, yaitu konsep Negara Kesejahteraan (*Welfaarestaat*) oleh F.J. Stahl yang mengatakan bahwa untuk mencapai dan menciptakan kemakmuran seluruh rakyatnya, harus ada campur tangan lebih luas terutama di bidang ekonomi. Campur tangan tersebut harus telah diatur terlebih dahulu di dalam peraturan perundang-undangan agar pemerintah tidak berbuat sewenang-wenang atau melampaui batas-batas kekuasaannya. Apabila timbul perselisihan antara pemerintah dengan rakyat, akan diselesaikan oleh suatu peradilan administrasi yang berdiri sendiri.³²

Secara garis besar dikenal dua sistem hukum yang dianut oleh bangsa-bangsa di dunia, yaitu *Civil Law System* oleh negara-negara Eropa Kontinental dan *Common Law System* oleh negara-negara Anglo Saxon. Perbedaan di antara kedua sistem hukum tersebut terletak pada penekanan sendi utama dalam pembentukan hukumnya. *Civil Law System* menitikberatkan peraturan perundang-undangan, sedangkan *Common Law System* lebih menitikberatkan yurisprudensi sebagai sendi utama pembentukan hukumnya.

³²Nazmi Yunas, *Konsepsi Negara Hukum*, Padang: Angkasa Raya, 1992, hlm. 20-22

Secara historis, Indonesia bersentuhan dengan *Civil Law System* yang dianut oleh bangsa Belanda, akibatnya peraturan perundang-undangan merupakan sendi utama di dalam pembentukan hukum nasional. Hal ini bukan berarti Indonesia mengabaikan yurisprudensi, karena perkembangan selanjutnya kedua system hukum tersebut berusaha untuk saling didekatkan dan dilakukan harmonisasi satu sama lain, termasuk juga hukum adat.

Berkaitan dengan peraturan perundang-undangan dan yurisprudensi, ada tiga aliran, yaitu legisme, *freie rechtslehre*, dan *rechtsvinding*. Legisme berpendapat bahwa satu-satunya hukum adalah Undang-Undang, sedangkan di luar Undang-Undang tidak ada hukum. Kekurangan aliran ini adalah permasalahan hukum yang timbul kemudian tidak dapat dipecahkan oleh Undang-Undang yang telah dibentuk. Berbeda dengan legisme dimana hakim terkait sekali dengan Undang-Undang, maka hakim pada aliran *freie rechtslehre* bebas menentukan/menciptakan hukum dengan melaksanakan Undang-Undang atau tidak.

Sedangkan aliran *rechtsvinding* atau penemuan hukum merupakan aliran di antara kedua aliran tersebut. Aliran *rechtsvinding* tetap berpegang pada Undang-Undang, tetapi tidak seketat aliran legisme, karena hakim mempunyai kebebasan. Kebebasan yang dimaksud tidak seperti kebebasan dalam *free rechtslehre*, melainkan dengan kebebasan yang terikat (*gebonden vrijheid*) dan keterikatan yang bebas (*vrijegebondenheid*) yang berarti bahwa setiap hakim dalam menafsirkan atau menambah Undang-Undang tidak boleh sewenang-wenang. Ada berbagai pembatasan mengenai kebebasan tersebut.³³

Indonesia merupakan negara hukum yang bertujuan untuk mewujudkan masyarakat yang adil dan makmur berdasarkan Pancasila dan UUD 1945.

³³Soeroso, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: Sinar Grafika, 1993, hlm. 87-93

Karenanya, peraturan perundang-undangan mempunyai peran seperti dikemukakan dalam konsep negara kesejahteraan. Indonesia juga termasuk negara yang menganut aliran *rechtsvinding*, di mana hakim dalam memutuskan perkara harus berpegang pada Undang-Undang (Pasal 20 *Algemene Bepalingen*), namun pengadilan juga tidak boleh menolak suatu perkara dengan dalih tidak ada hukumnya atau hukumnya kurang jelas (Pasal 16 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman).

Kepastian hukum merupakan salah satu asas, nilai atau tujuan hukum. Menurut Gustav Radbruch, hukum hendaknya bertujuan untuk mewujudkan keadilan (*Gerechtigkeit*), kepastian (*Rechtssicherheit*) dan kemanfaatan (*Zweckmatigkeit*).³⁴ Ketiga nilai tersebut merupakan nilai aksiologis yang harus diwujudkan oleh hukum. Namun demikian, ketiga tujuan hukum ini kerap menjadi lokus perdebatan dalam wacana filsafat hukum. Keadilan dan kepastian, misalnya, kerap dipahami sebagai dua prinsip yang saling berseberangan. Oleh karena itu, filsafat hukum acapkali dimaknai sebagai pencarian atas keadilan yang berkepastian atau kepastian yang berkeadilan. Pemikiran Radbruch sendiri seringkali ditafsirkan secara berbeda oleh para ahli hukum. Beberapa ahli memandang Radbruch sebagai pendukung *legal positivism* yang lebih menekankan kepastian hukum, sementara ahli lain memandang Radbruch sebagai pendukung *natural law* yang lebih menekankan keadilan.³⁵

Jika membaca karya-karya Radbruch, dapat dikatakan bahwa Radbruch pada awalnya memang lebih menekankan kepastian hukum dan, oleh karena itu,

³⁴ Gustav Radbruch, "Legal Philosophy", dalam: Emil Lask, Gustav Radbruch & Jean Dabin, *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin*, (trans.) Kurt Wilk, Harvard University Press, Cambridge, 1950.

³⁵ Stanley L. Paulson, "Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views?", 15:3 *Oxford Journal of Legal Studies* (Autumn 1995), hlm. 489-500; dan H.L.A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", 71:4 *Harvard Law Review* (February 1958), hlm. 593-629.

ia dapat dianggap sebagai penganut *legal positivism*. Namun demikian, dalam karya pertama pasca perang, *Five Minutes of Legal Philosophy*, Radbruch mengelaborasi beberapa elemen yang biasanya diasosiasikan dengan hukum alam tradisional (*traditional natural law*). Dia menyimpulkan bahwa terdapat begitu banyak prinsip-prinsip tertentu yang lebih penting daripada undang-undang, sehingga undang-undang yang bertentangan dengan salah satu prinsip-prinsip ini akan menjadi tidak valid.³⁶ Demikian pula dalam karya berikutnya, Radbruch cenderung tertarik pada “*suprastatutory law*” dan menolak positivisme hukum, yang menyebabkan banyak sarjana untuk menafsirkan tulisannya yang berjudul *Statutory Non-Law and Suprastatutory Law* sebagai salah satu karya dalam tradisi hukum alam. Selain itu, Radbruch sangat kritis terhadap positivisme hukum di Jerman, lebih daripada karya-karya sebelumnya.

Dengan merujuk pada karya-karya Radbruch pasca perang, oleh para pendukung tesis transformasi berpendapat bahwa Radbruch telah mengubah pemikirannya dari positivisme hukum (*legal positivism*) ke hukum alam (*natural law*) setelah hidup selama dua belas tahun di era Nazi Jerman. Akibatnya, banyak sarjana percaya bahwa Radbruch menolak semua positivisme hukum yang pernah ditawarkannya termasuk kepastian hukum. Pendapat ini memang masuk akal. Namun demikian, jika mengamati perkembangan pemikiran Radbruch pasca-Perang secara komprehensif, kita akan menemukan kesimpulan berbeda terkait pandangan Radbruch seputar keadilan dan kepastian. Karya Radbruch pasca-perang merupakan koreksi terhadap karya sebelumnya, yang justru lebih memberikan penekanan pada kepastian hukum. Ini dapat dilihat dalam tulisan

³⁶ Gustav Radbruch, “Five Minutes of Legal Philosophy”, dalam: Joel Fienberg & Hyman Gross (eds.), *Philosophy of Law*, Wadsworth, Belmont, 1991, hlm. 29.

Radbruch berjudul *Statutory Lawlessness and Suprastatutory Law* sebagaimana telah disinggung di atas.

Dalam karya tersebut, Radbruch menyatakan bahwa “kepastian hukum bukan satu-satunya nilai yang harus ditegakkan oleh hukum, juga bukan nilai yang menentukan. Di samping kepastian hukum, terdapat dua nilai lain, yakni kemanfaatan (*utility*) dan keadilan (*justice*).”³⁷ Namun Radbruch menekankan bahwa kepastian hukum merupakan “*middle place* antara kedua nilai-nilai lain... karena kepastian hukum diperlukan tidak hanya untuk kepentingan publik, tetapi juga keadilan.”³⁸ Bahkan ketika menyoroiti fenomena pemerintahan Nazi yang ditandai oleh ketidakpastian hukum, Radbruch menyatakan:

*“Saya berpendapat bahwa setelah dua belas tahun menyangkal kepastian hukum, kita perlu lebih dari sebelumnya untuk mempersenjatai diri dengan legal form untuk melawan godaan yang dapat dengan mudah datang ke setiap orang yang telah hidup melalui tahun-tahun ancaman dan penindasan. Kita harus mencari keadilan, tapi pada saat yang sama harus menghadirkan kepastian hukum, sebab kepastian hukum itu sendiri merupakan komponen keadilan.”*³⁹

Dalam karya pasca perang itu, Radbruch bukan hanya mengoreksi pandangan sebelumnya, tetapi juga membatasi ruang lingkup aplikasinya. Radbruch mengungkapkan untuk pertama kalinya dua formula yang menggambarakan ketika hukum tidak lagi berlaku (*valid*) atau ketika ia tidak lagi memiliki sifat hukum. Radbruch menguraikan tentang perbedaan antara “waktu biasa” (*ordinary times*) yakni waktu untuk kepastian hukum dan waktu luar biasa (*extraordinary times*) yakni waktu untuk mempertimbangkan keadilan. Menurut Radbruch:

³⁷ Gustav Radbruch, “Statutory Lawlessness and Suprastatutory Law”, (trans.) Bonnie Litschewski Paulson & Stanley L. Paulson, 26:1 *Oxford Journal of Legal Studies* (2006), hlm. 6.

³⁸ *Ibid*, hlm. 6.

³⁹ *Ibid*, hlm. 10-11.

“Resolusi konflik antara keadilan dan kepastian hukum mungkin akan ditemukan dalam formula seperti ini: Preferensi harus diberikan kepada hukum positif (positive law), sebagaimana diberlakukan dan dijamin oleh kekuasaan negara, bahkan ketika hukum itu tidak adil (unjust) dan gagal memberikan manfaat (benefit) bagi rakyat, kecuali jika konflik dengan keadilan mencapai tingkat yang tak bisa ditoleransi, yakni situasi di mana undang-undang itu pada dasarnya merupakan “hukum cacat” (flawed law) dan karena itu harus mengejar keadilan... Hukum, termasuk hukum positif, tidak dapat didefinisikan selain sebagai sistem dan institusi yang maknanya adalah untuk melayani keadilan.”⁴⁰

Pernyataan di atas mempertegas sudut pandang Radbruch bahwa penegakan hukum harus didasarkan pada prinsip kepastian hukum, yang merefleksikan kehendak hukum positif. Namun kepastian hukum harus diabaikan jika ia secara radikal bertentangan dengan prinsip keadilan. Menurut Radbruch, kondisi itu terjadi ketika suatu undang-undang tidak lagi mencerminkan semangat keadilan, yang dalam bahasa Radbruch disebut dengan istilah “hukum cacat” (*flawed law*). Poin penting dalam pemikiran Radbruch adalah perbedaan antara waktu biasa dan waktu luar biasa. Waktu biasa adalah ketika suatu hukum positif mencerminkan keadilan masyarakat, sementara waktu luar biasa adalah ketika hukum positif tidak lagi mencerminkan keadilan masyarakat.

Dengan demikian, karya Radbruch pasca perang menyediakan respon yang koheren untuk menyelesaikan konflik ekstrim antara undang-undang (*statute*) dan keadilan (*justice*). Radbruch menawarkan visi hukum alternatif yang menyediakan ruang baik untuk moralitas (keadilan) maupun positivitas (kepastian). Fleksibilitas teoritis ini melampaui pemisahan tradisional antara teori hukum alam (*natural law*) dan positivisme hukum (*legal positivism*), memungkinkan Radbruch untuk menemukan sebuah idiom yang memadai dalam upaya menegakkan keadilan hukum tanpa mengabaikan peran sentral kepastian hukum. Berdasarkan pemba-

⁴⁰ *Ibid*, hlm. 7.

caan tersebut, dapat disimpulkan bahwa kepastian hukum tetap menjadi aspek penting dalam teori hukum Radbruch.⁴¹

Dalam kajian teori hukum, kepastian hukum tidak hanya dipahami sebagai tujuan hukum, tetapi juga merupakan salah satu asas penting dalam hukum. Menurut Bellefroid, asas hukum adalah norma dasar yang dijabarkan dari hukum positif, yang oleh ilmu hukum tidak dianggap berasal dari aturan-aturan yang lebih umum. Dengan demikian, asas hukum merupakan kristalisasi hukum positif dalam suatu masyarakat.⁴²

Paton memposisikan asas hukum sebagai meta-norma hukum yang memberikan arah, tujuan, serta penilaian fundamental bagi keberadaan suatu norma hukum. Bahkan asas hukum merupakan jantung norma hukum. Hal ini karena asas hukum merupakan landasan yang paling luas bagi lahirnya suatu norma hukum. Artinya, setiap norma hukum dapat dikembalikan pada asas-asas hukum. Di samping itu, asas hukum juga merupakan alasan bagi lahirnya suatu norma hukum atau merupakan *ratio legis* dari norma hukum. Asas hukum tidak akan pernah habis kekuatannya dengan melahirkan norma hukum, melainkan tetap ada dan akan terus melahirkan norma-norma hukum baru.⁴³

Menurut Shidarta, kepastian hukum berkaitan erat dengan asas kebenaran, yaitu sesuatu yang secara ketat dapat disilogismekan secara legal-formal. Melalui logika deduktif, aturan-aturan hukum positif ditempatkan sebagai premis mayor, sedangkan peristiwa konkret menjadi premis minor. Melalui sistem logika tertutup

⁴¹ Frank Haldemann, "Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law", 18:2 *Ratio Juris* (June 2005), hlm. 163; dan H. Leawoods, "Gustav Radbruch: An Extraordinary Legal Philosopher", 2 *Washington University Journal of Law & Policy* (2000), hlm. 499.

⁴² Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum: Suatu Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 2003, hlm. 34.

⁴³ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000, hlm.45.

akan serta merta dapat diperoleh konklusinya. Konklusi itu harus sesuatu yang dapat diprediksi, sehingga semua orang wajib berpegang kepadanya. Dengan pegangan inilah masyarakat menjadi tertib. Oleh sebab itu, kepastian hukum akan mengarahkan masyarakat kepada ketertiban.⁴⁴

Kepastian hukum juga berhubungan erat dengan asas kepercayaan. Asas kepercayaan termasuk salah satu asas hukum yang paling mendasar dalam hukum perdata maupun hukum publik. Dalam hukum publik, implementasi dari asas kepercayaan adalah dengan melaksanakan secara pasti, konsisten dan konsekuen peraturan perundang-undangan yang berlaku. Sedangkan dalam hukum perdata terwujud dengan melaksanakan secara penuh segala kesepakatan atau perjanjian yang dibuat oleh para pihak dalam hubungan keperdataan baik lisan maupun tulisan dan/atau dituangkan dalam akta otentik, sehingga tidak memunculkan perbuatan wanprestasi.⁴⁵

Menurut J.J. Bruggink, asas kepastian hukum merupakan fondasi, kaidah penilaian dan kaidah hukum tertinggi dalam suatu sistem hukum untuk mengukur dan menilai sejauhmana kepastian suatu keputusan yang dipakai dalam suatu sistem hukum.⁴⁶ Asas kepastian hukum menjadi pengarah dan pemandu apakah suatu keputusan hukum yang bersifat konkrit telah dapat menjamin hak-hak dan kewajiban setiap orang. Jika dikaitkan dengan hukum positif, maka asas kepastian hukum semakin tampak signifikansinya terutama ketika suatu rumusan peraturan

⁴⁴ Shidarta, "Putusan Hakim: Antara Keadilan, Kepastian Hukum, dan Kemanfaatan", Makalah disampaikan dalam *Seminar Penguatan Pemahaman Hak Asasi Manusia Untuk Hakim Seluruh Indonesia*, diselenggarakan oleh Komisi Yudisial dan Pusat Studi Hak Asasi Manusia Universitas Islam Indonesia (PUSHAM-UII), Hotel Grand Angkasa Medan, 2 - 5 Mei 2011, hlm. 3.

⁴⁵ Jazim Hamidi, *Penerapan Asas-Asas Umum Penyelenggara Pemerintahan Yang Layak di Lingkungan Peradilan Administrasi Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999, hlm. 36.

⁴⁶ J.J. H. Bruggink, *Refleksi tentang Hukum*, (terj.) Arief Sidharta, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999, hlm. 123.

perundang-undangan dibuat untuk menetapkan apakah suatu perbuatan dapat dikategorikan sebagai perbuatan melanggar hukum dan sebagainya. Selain itu, asas kepastian hukum juga menempati posisi penting dalam suatu sistem hukum ketika para praktisi hukum pengacara, hakim, kepolisian dan sebagainya menentukan status seseorang dalam hukum.

Asas kepastian hukum dalam suatu sistem hukum memiliki bentuk dan kedudukan. Dari segi bentuknya, asas kepastian hukum terdiri dari dua macam, yakni asas kepastian hukum dalam arti formil dan asas kepastian hukum dalam arti materil. Asas hukum dalam arti formil adalah suatu keputusan yang dikeluarkan harus cukup jelas bagi yang bersangkutan. Artinya setiap keputusan hukum harus jelas menurut isi rumusan maupun pengertiannya dan tidak bergantung pada penafsiran orang lain.⁴⁷ Dengan demikian, asas kepastian hukum formil adalah asas kepastian yang mencerminkan asas legalitas. Sedangkan asas hukum materil berkaitan erat dengan asas kepercayaan yang merupakan salah satu asas hukum yang paling mendasar dalam hukum perdata. Implementasi dari asas kepercayaan adalah bahwa dalam hukum terdapat harapan masyarakat yang sedapat mungkin harus dipenuhi baik dalam wujud sebagai janji-janji, keterangan-keterangan, aturan-aturan dan sebagainya.⁴⁸

Sudut pandang di atas sejalan dengan pendapat Aulis Aarnio dan Alexander Peczenik,⁴⁹ yang membuat perbedaan antara kepastian hukum formal (*formal legal certainty*) dan kepastian hukum substantif (*substantive legal certainty*); antara prediktabilitas (*predictability*) dan akseptabilitas (*acceptability*)

⁴⁷ Jazim Hamidi, *Op.cit.*, hlm. 36.

⁴⁸ Philipus M. Hadjon dkk., *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Gajah Mada University Press, Yogyakarta, 2001, hlm. 272-273.

⁴⁹ Aulis Aarnio, *The Rational as Reasonable: The Treatise on Legal Justification*, D. Riedel Publishing Company, Dordrecht, Holland, 1987, hlm. 3; dan Alexander Peczenik, *On Law and Reason*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, Holland, 1989, hlm. 31.

pengambilan keputusan hukum (*legal decision-making*). Kepastian hukum formal menyiratkan bahwa hukum, khususnya adjudikasi, harus dapat diprediksi; hukum harus memenuhi persyaratan kejelasan (*clarity*), kemantapan (*stability*), dan dapat dipahami (*intelligibility*) sehingga mereka yang peduli dapat mengkalkulasi, dengan akurasi relatif, konsekuensi hukum dari tindakan mereka serta hasil dari proses hukum. Kepastian hukum substantif terkait dengan penerimaan rasional (*rational acceptability*) terhadap pengambilan keputusan hukum. Kepastian hukum juga membutuhkan keseimbangan antara stabilitas dan fleksibilitas. Dikotomi antara prediktabilitas dan akseptabilitas berkaitan dengan pembagian klasik antara norma-norma yang berlaku (*valid norms*) dan keberlakuan norma-norma tersebut sebagai tindakan (*validity as action*). Ini menyangkut perbedaan antara apa yang valid dalam dirinya sendiri (*valid in itself*) dan apa yang dapat memperoleh validitas sebagai sebuah tindakan yang dilakukan (*validity as an act performed*). Prediktabilitas berkaitan dengan aspek formal kepastian hukum, sementara akseptabilitas berkaitan dengan aspek substantif kepastian hukum. Prediktabilitas formal menunjukkan bahwa hukum itu tidak berubah-ubah, independen, *pre-established*, dan *pre-settled*. Akseptabilitas substantif yang menyangkut aspek hukum dan adjudikasi yang lebih fleksibel; ia mengacu pada sensitivitas-konteks, fluiditas dan reflektivitas hukum. Kedua nilai ini hadir secara bersamaan dalam gagasan kepastian hukum.⁵⁰

Menurut Satjipto Raharjo,⁵¹ hukum memiliki batas kemampuan dalam menetapkan sesuatu, karena itu asas kepastian hukum sangat dibutuhkan dalam pembentukan suatu produk hukum. Menurutnya hukum memiliki batas kemam-

⁵⁰ Elina Paunio, "Beyond Predictability—Reflections on Legal Certainty and the Discourse Theory of Law in the EU Legal Order", 10:11 *German Law Journal* (2009), hlm. 1469.

⁵¹ Satjipto Raharjo, *Hukum dan Masyarakat*, Angkasa, Bandung, 1980, hlm. 121.

puan menguasai objeknya, yakni masyarakat. Selanjutnya Jan Michiel Otto telah memperluas pengertian kepastian hukum menjadi lima aspek, yakni: (1) tersedianya aturan yang jernih, konsisten dan mudah diakses; (2) diterapkan oleh instansi penguasa secara konsisten; (3) diterima oleh kebanyakan warga masyarakat dengan cara menyesuaikan perilaku mereka; (4) diterapkan oleh hakim dalam penyelesaian sengketa; dan (5) dilaksanakannya putusan pengadilan secara konkret.⁵²

Menurut Van Apeldoorn, kepastian hukum meniscayakan adanya suatu kejelasan skenario perilaku yang bersifat umum dan mengikat semua warga masyarakat termasuk konsekuensi hukumnya. Kepastian hukum dapat juga berarti hal yang dapat ditentukan hukum dalam hal-hal yang konkret.⁵³ Kepastian hukum pada dasarnya merupakan pelaksanaan hukum yang sesuai dengan peraturan perundang-undangan, sehingga masyarakat dapat memastikan bahwa hukum dilaksanakan secara konsisten. Kepastian hukum adalah jaminan bahwa hukum dijalankan, dan kepastian hukum merupakan perlindungan *justiciable* terhadap tindakan sewenang-wenang, yang berarti bahwa seseorang akan dapat memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu.⁵⁴

Menurut Philipus Hadjon, di Nederland, daya ikat aturan kebijaksanaan sudah diterima secara umum, sehingga segala keputusan pejabat administrasi negara yang bersifat pengaturan maupun penetapan tetap dipatuhi sebagai putusan hukum.⁵⁵ Sebagai negara hukum, Indonesia sudah sepatutnya menjunjung tinggi

⁵² Jan Michiel Otto, *Kepastian Hukum di Negara Berkembang*, (terj.) Tristam Moeliono, Komisi Hukum Nasional, Jakarta, 2003, hlm. 5.

⁵³ Van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1990, hlm. 24-25.

⁵⁴ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum, Op.cit.*, hlm. 160.

⁵⁵ Philipus Hadjon dkk., *Op.cit.*, hlm. 272-273.

asas kepastian hukum dalam proses penegakan hukum. Scheltema, sebagaimana dikutip Arif Sidharta, menyatakan bahwa salah satu unsur yang niscaya dalam suatu negara hukum adalah berlakunya asas kepastian hukum.⁵⁶ Tanpa kepastian hukum, maka sendi-sendi negara hukum akan rapuh dan pada gilirannya akan menciptakan kekacauan dan kesewenang-wenangan dalam penegakan hukum.

2. Teori Menengah (*Middle Range Theory*): Teori Hukum Kepailitan

Menurut Subekti dan R. Tjitrosoedibio pailit adalah keadaan di mana 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.⁵⁷

Dalam Pasal 1 angka 1 Undang-undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, 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.

Fungsi hukum kepailitan di sini antara lain untuk melindungi kepentingan kreditor, mengembalikan tagihan piutang kreditor dari harta debitor, juga menciptakan kondisi *financial fresh start* bagi debitor.⁵⁸ Sebenarnya menurut hukum kepailitan di Indonesia, *financial fresh start* tidak diberikan kepada debitor, baik debitor perorangan maupun debitor badan hukum setelah tindakan pemberesan

⁵⁶ B. Arief Sidharta, "Kajian Kefilsafatan tentang Negara Hukum", 2:3 *Jurnal Hukum Jentera* (November 2004), hlm. 124-125.

⁵⁷ Subekti dan R. Tjitrosoedibio, *Kamus Hukum*, Pradya Pramita, Jakarta, 1978, hlm. 89

⁵⁸ Bernard Nainggolan, *Peranan Kurator dalam Pemberesan Boedel Pailit*, Alumni, Bandung, 2014, hlm. 6-7

oleh kurator selesai dilakukan. Artinya, apabila setelah tindakan pemberesan atau likuidasi terhadap harta kekayaan debitor selesai dilakukan oleh kurator dan ternyata masih terdapat utang-utang yang belum lunas, debitor tersebut masih tetap harus menyelesaikan utang-utangnya. Setelah tindakan pemberesan atau likuidasi selesai dilakukan oleh Kurator, debitor kembali diberikan kewenangan untuk melakukan tindakan hukum yang berkaitan dengan harta kekayaannya, artinya debitor boleh kembali melakukan kegiatan usaha, tetapi debitor tetap pula berkewajiban untuk menyelesaikan utang-utangnya yang belum lunas itu. Meskipun demikian, di dalam praktik kepailitan di Indonesia, setelah kurator selesai melakukan tindakan pemberesan, pada umumnya agar debitor bebas dari tekanan utangnya dan dapat melakukan usaha kembali.⁵⁹

Lembaga kepailitan pada dasarnya merupakan suatu lembaga yang memberikan suatu solusi terhadap para pihak apabila debitor dalam keadaan berhenti membayar/tidak mampu membayar. Kepailitan dapat digunakan sebagai mekanisme pemaksaan dan pemerasan.⁶⁰ Lebih lanjut Emmy menyatakan bahwa hukum kepailitan dibutuhkan sebagai alat *collective proceeding*. Artinya, tanpa adanya hukum kepailitan masing-masing kreditor akan berlomba-lomba secara sendirisendiri mengklaim aset debitor untuk kepentingan masing-masing. Oleh karena itu, hukum kepailitan mengatasi apa yang disebut *collective action problem* yang ditimbulkan dari kepentingan individu dari masing-masing kreditor.⁶¹ Lembaga kepailitan pada dasarnya mempunyai dua fungsi sekaligus,

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Tri Hernowo, *Sekilas Catatan tentang Hukum Kepailitan* dalam Valerie Selvie Sinaga (ed.), *Analisa Putusan Kepailitan pada Pengadilan Niaga Jakarta*, Fakultas Hukum Universitas Katolik Atmajaya, Jakarta, 2005 hlm. 233

⁶¹ Emmy Yuhassarie, *Penyempurnaan Undang-Undang Kepailitan*, Pusat Pengkajian Hukum, Jakarta, hlm. xix

yaitu kepailitan sebagai lembaga pemberi jaminan kepada kreditor bahwa debitor tidak akan berbuat curang, dan tetap bertanggung jawab terhadap semua utang-utangnya kepada semua kreditor, dan kepaillitan sebagai lembaga yang juga memberi perlindungan kepada debitor terhadap kemungkinan eksekusi massal oleh kreditor-kreditornya.

Menurut Sutan Remy Sjahdeini hanya dengan telah diaturnya tingkat prioritas dan urutan pelunasan masing-masing piutang para kreditor oleh undang-undang sebagaimana tercantum dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Perdata), belumlah cukup, perlu ada pula undang-undang lain yang mengatur mengenai bagaimana cara membagi hasil penjualan harta kekayaan debitor untuk melunasi piutang-piutang masing-masing kreditor berdasarkan urutan tingkat prioritasnya itu. Selain itu, harus pula ditentukan oleh undang-undang lain oleh siapa pembagian itu dilakukan dan bagaimana caranya melakukan pembagiannya. Undang-Undang yang dimaksud adalah undang-undang kepailitan.⁶²

Tujuan dari kepailitan adalah untuk melakukan pembagian antara para kreditor atas kekayaan debitor oleh kurator. Kepaillitan dimaksudkan untuk menghindari terjadinya sitaan terpisah atau eksekusi terpisah oleh kreditor dan menggantikannya dengan mengadakan sitaan bersama sehingga kekayaan debitor dapat dibagikan kepada semua kreditor sesuai dengan hak masing-masing karena kepailitan ada demi untuk menjamin para kreditor untuk memperoleh hak-haknya atas harta debitor pailit.⁶³

⁶² Sutan Remy Sjahdeini, *Hukum Kepailitan Memahami Undang-Undang No 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan*, Pustaka Utama Grafiti, Jakarta, 2002. hlm. 8

⁶³ Imran Nating, *Peranan dan Tanggung Jawab Kurator dalam Pengurusan dan Pembersihan Harta Pailit*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2005, hlm. 9

Berkenaan dengan pentingnya hukum kepailitan, peneliti mengacu kepada pendapat Levinthal yang menjelaskan tentang tujuan utama dari hukum kepailitan digambarkan sebagai berikut:⁶⁴

All bankruptcy law, however, no matter when or where devised and enacted, has at least two general object in view. It aims, first, to secure and equitable division of the insolvent debtor's property among all his creditors, and, in the second place, to prevent on the part of the insolvent debtor conducts detrimental to in the interest of his creditors. In other words, bankruptcy law seeks to protect the creditor, first, from one another and, secondly, from their debtor. A third object, the protection of the honest debtor from his creditor, by means of the discharge, is sought to be attained in some of the system of bankruptcy, but this is by no means a fundamental feature of the law.

Maksud pendapat Levinthal sebagaimana dikemukakan di atas, semua hukum kepailitan (*bankruptcy law*), tanpa memedulikan kapan atau di mana dirancang dan diundangkan, memiliki tiga tujuan umum. Tujuan pertama, hukum kepailitan mengamankan dan membagi hasil penjualan harta milik debitor secara adil kepada semua kreditornya. Tujuan kedua, adalah untuk mencegah agar debitor yang insolven tidak merugikan kepentingan kreditornya. Dengan kata lain hukum kepailitan bukan saja memberikan perlindungan kepada kreditor dari sesama kreditor yang lain tetapi juga memberikan perlindungan kepada kreditor dan debitor. Tujuan ketiga dari hukum kepailitan adalah memberikan perlindungan kepada debitor yang beriktikad baik dari para kreditornya.

Tujuan-tujuan utama dari hukum kepailitan (*bankruptcy law*) menurut Sutan Remy Sjahdeini adalah:⁶⁵

- a. Memberi kesempatan kepada debitor untuk berunding dengan para kreditornya untuk melakukan restrukturisasi utang, baik dengan penjadwalan kembali

⁶⁴Louis E. Levinthal, *The Early of Bankruptcy Law*, dalam: Sutan Remy Sjahdeini, *Sejarah, Asas, dan Teori Hukum Kepailitan, Memahami Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran*, Kencana, Jakarta, 2016. Hlm. 3

⁶⁵ *Ibid.* Hlm 5-9

pelunasan utang debitor, dengan atau tanpa perubahan ketentuan-ketentuan perjanjian utang, dengan atau tanpa perjanjian baru.

- b. Melindungi para kreditor konkuren untuk memperoleh hak mereka sehubungan dengan berlakunya asas jaminan, bahwa "*semua harta kekayaan debitor baik yang bergerak maupun yang tidak bergerak, baik yang telah ada maupun yang baru aka nada di kemudian hari, menjadi jaminan bagi perikatan debitor*", yaitu dengan cara memberikan fasilitas dan prosedur untuk mereka dapat memenuhi tagihan-tagihannya kepada debitor. Dengan demikian hukum kepailitan mencegah terjadinya konflik di antara para kreditor agar tidak saling berebut harta kekayaan debitor yang sudah insolven.
- c. Menjamin agar pembagian harta kekayaan debitor di antara para kreditor sesuai dengan asas *pari passu* (membagi secara proporsional harta kekayaan debitor kepada para kreditor konkuren atau *unsecured creditors* berdasarkan perimbangan besar tagihan masing-masing).
- d. Memastikan siapa saja para kreditor yang memiliki tagihan (piutang) terhadap debitor pailit dengan melakukan pendaftaran para kreditor.
- e. Memastikan jumlah dan keabsahan piutang para kreditor dengan melakukan verifikasi.
- f. Memberikan perlindungan kepada debitor yang memiliki iktikad baik agar penagihan piutang kreditor tidak langsung dilakukan terhadap para debitor tetapi melalui likuidator atau curator setelah debitor dinyatakan pailit oleh pengadilan.
- g. Melindungi para kreditor dari debitor yang hanya menguntungkan kreditor tertentu.

- h. Melindungi sesama kreditor dari sesama kreditor.
- i. Pada *US Bankruptcy Code*, undang-undang tersebut memberikan *fresh start* bagi Debitor pailit yang beriktikad baik setelah seluruh harta kekayaannya dilikuidasi dan hasilnya dibagikan kepada para kreditornya. Sekalipun nilai harta kekayaan debitor setelah dilikuidasi atau dijual likuidator tidak cukup untuk melunasi seluruh utang-utangnya kepada para kreditor, tetapi debitor tersebut tidak lagi diwajibkan untuk melunasi utang-utang tersebut.
- j. Mencegah agar debitor tidak melakukan perbuatan-perbuatan yang dapat merugikan kepentingan para kreditor. Putusan pailit memberikan status hukum dari harta kekayaan debitor berada di bawah sitaan umum.
- k. Menegakkan ketentuan *actio pauliana*. Dalam istilah bahasa Inggris, ketentuan ini disebut *clawback provision*.
- l. Menghukum pengurus perusahaan yang karena kesalahannya telah mengakibatkan perusahaan mengalami keadaan keuangan yang buruk sehingga perusahaan mengalami keadaan insolvensi sehingga dinyatakan pailit oleh Pengadilan. Dalam UUK-PKPU, sanksi perdata maupun pidana tidak diatur di dalamnya, tetapi diatur dalam UU NO. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas dan KUH Pidana. Di beberapa negara lain, sanksi itu dimuat dalam Undang-Undang Kepailitan Negara yang bersangkutan. Di Inggris sanksi-sanksi pidana berkenaan dengan kepailitan ditentukan dalam *Companies Act 1985* dan *Insolvency Act 1986*.⁶⁶

Dalam Penjelasan Umum UU Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang dikemukakan mengenai beberapa

⁶⁶Milman, David & Christopher Durrant, *Corporate Insolvency: Law and Practice*, Sweet & Maxwell, London, 1987, hlm. 175-176.

faktor perlunya pengaturan mengenai kepailitan dan penundaan kewajiban pembayaran utang, yaitu:

Pertama, untuk menghindari perebutan harta debitor apabila dalam waktu yang sama ada beberapa kreditor yang menagih piutangnya dari debitor.

Kedua, untuk menghindari adanya kreditor pemegang Hak Jaminan kebendaan yang menuntut haknya dengan cara menjual barang milik debitor tanpa memperhatikan kepentingan debitor atau para kreditor lainnya.

Ketiga, untuk menghindari adanya kecurangan-kecurangan yang dilakukan oleh salah satu 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 menyembunyikan harta kekayaannya dengan maksud untuk melepaskan tanggung jawabnya terhadap para kreditor.

Suatu undang-undang kepailitan, termasuk undang-undang kepailitan yang berlaku di Indonesia, seyogianya memuat asas-asas baik dinyatakan secara tegas maupun secara tersirat sebagai berikut:⁶⁷

- a. Asas Memberikan Manfaat dan Perlindungan yang Seimbang Bagi Kreditor dan Debitor

Undang-Undang kepailitan harus memberikan manfaat bukan saja bagi kreditor tetapi juga baik debitor. Sejalan dengan itu, Undang-Undang Kepailitan juga harus memberikan perlindungan yang seimbang bagi kreditor dan debitor. Undang-Undang kepailitan diadakan untuk memberikan manfaat dan perlindungan kepada para kreditor apabila debitor tidak membayar utang-utangnya.

⁶⁷ Sutan Remy Sjahdeini, *Hukum Kepailitan*, *op. cit.* hlm. 32-50

Dengan Undang-Undang Kepailitan, diharapkan para kreditor dapat memperoleh akses terhadap harta kekayaan dari debitor yang dinyatakan pailit karena tidak mampu lagi membayar utang-utangnya. Namun demikian, manfaat dan perlindungan yang diberikan oleh undang-undang kepailitan bagi kepentingan debitor dan para *stakeholder* debitor yang bersangkutan.

Suatu undang-undang kepailitan yang baik haruslah dilandaskan pada asas pemberian manfaat dan perlindungan yang seimbang bagi semua pihak yang terkait dan berkepentingan dengan kepailitan orang atau suatu perusahaan. Sehubungan dengan itu, undang-undang kepailitan yang baik seyogianya tidak hanya memberikan manfaat dan perlindungan bagi kreditor tetapi juga bagi debitor dan para *stakeholdernya*.

Perpu Nomor 1 tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-Undang Kepailitan, yang kemudian telah dikukuhkan menjadi UU Nomor 4 Tahun 1998 sebagaimana akhirnya undang-undang tersebut telah digantikan oleh UU Nomor 37 Tahun 2004 telah mengadopsi asas keseimbangan tersebut dengan menyebutkan sebagai asas “adil”. Dalam penjelasan umum dari undang-undang tersebut antara lain dikemukakan “Pokokpokok penyempurnaan undang-undang tentang kepailitan tersebut meliputi segi-segi penting yang dinilai perlu untuk mewujudkan penyelesaian masalah utang-piutang secara cepat, adil, terbuka, dan efektif”.

UU Nomor 37 Tahun 2004 yang menggantikan UU Nomor 4 Tahun 1998 dengan tegas mengemukakan diadopsinya asas keseimbangan tersebut. Dalam penjelasan umum undang-undang tersebut, ada empat asas yang dianut yaitu asas

keseimbangan, asas kelangsungan usaha, asas keadilan, dan asas integrasi. Mengenai asas keseimbangan penjelasan umum undang-undang tersebut mengemukakan sebagai berikut:

“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 pihak lain, terdapat ketentuan yang dapat mencegah terjadinya penyalahgunaan pranata dan lembaga kepailitan oleh kreditor yang tidak beritikad baik.”

Perlindungan kepentingan yang seimbang itu adalah sejalan dengan dasar negara RI, yaitu Pancasila. Pancasila bukan saja mengakui kepentingan seseorang, tetapi juga kepentingan orang banyak atau masyarakat. Pancasila bukan saja harus memperhatikan hak asasi, tetapi harus memperhatikan juga kewajiban asasi seseorang. Berdasarkan sila “Kemanusiaan yang adil dan beradab” harus dikembangkan sikap tidak semena-mena terhadap orang lain, lebih-lebih lagi terhadap orang banyak.

Dalam peristiwa kepailitan terdapat banyak kepentingan yang terlibat, yaitu selain kepentingan para kreditornya juga kepentingan para *stakeholders* yang lain dari debitor yang dinyatakan pailit, lebih-lebih apabila debitor itu adalah perusahaan. UU Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas mengakui bahwa yang terkait dengan kehidupan suatu perseroan ialah:

- 1) Kepentingan Perseroan.
- 2) Kepentingan Pemegang Saham Minoritas.
- 3) Kepentingan Karyawan Perseroan.
- 4) Kepentingan Masyarakat.
- 5) Kepentingan Persaingan Sehat dalam Melakukan Usaha.

Kepentingan masyarakat yang harus diperhatikan oleh Undang-Undang Kepailitan adalah kepentingan-kepentingan:

- 1) Negara yang hidup dari pajak yang dibayar oleh debitor.
- 2) Masyarakat yang memerlukan kesempatan kerja dari debitor.
- 3) Masyarakat yang memasok barang dan jasa kepada debitor.
- 4) Masyarakat yang tergantung hidupnya dari pasokan barang dan jasa debitor, baik itu selaku konsumen maupun selaku pedagang.

Dalam hal yang dinyatakan pailit adalah suatu bank, yang harus diperhatikan pula adalah kepentingan-kepentingan:

- 1) Anggota masyarakat yang menyimpan dana pada bank yang dinyatakan pailit.
- 2) Anggota masyarakat yang memperoleh kredit dari bank yang akan terpaksa mengalami kesulitan menggunakan kreditnya apabila bank dinyatakan pailit.

Negara berkepentingan untuk tidak kehilangan sumber pajak yang sebagian besar berasal dari perusahaan-perusahaan. Oleh karena itu, negara berkepentingan agar perusahaan-perusahaan hendaknya tetap dapat terjaga eksistensinya. Untuk kepentingan negara sendiri, negara/ pemerintah bahkan berkewajiban untuk menciptakan iklim bisnis yang kondusif bagi eksistensi dan tumbuhnya perusahaan-perusahaan. Oleh karena itu, negara berkepentingan agar suatu perusahaan yang berutang tidak dengan mudah begitu saja dinyatakan pailit.

Bukan hanya negara yang berkepentingan terhadap eksistensi dan berkembangnya perusahaan-perusahaan, tetapi juga bagi masyarakat luas. Perusahaan-perusahaan memberikan kesempatan kerja kepada masyarakat. Sudah tentu kepailitan sebuah perusahaan mengakibatkan terjadinya Pemutusan Hubungan Kerja (PHK) terhadap para buruh dan pegawai perusahaan tersebut.

Perusahaan juga memberikan kesempatan hidup kepada pemasoknya, baik para pemasok barang maupun jasa. Banyak di antara pemasok ini adalah perusahaan menengah dan kecil yang seyogianya oleh pemerintah dilindungi. Perusahaan-perusahaan menengah dan kecil biasanya mempunyai satu atau dua pembeli dominan saja, dengan demikian hidup mereka sangat tergantung kepada satu atau dua perusahaan saja. Oleh karena itu, kepailitan suatu perusahaan lebih lanjut akan dapat mematikan pula perusahaan-perusahaan lain yang menjadi pemasoknya.

Kepailitan suatu perusahaan juga akan mempengaruhi pemasokan (*supply*) dari barang dan jasa yang dihasilkan oleh perusahaan yang pailit itu kepada masyarakat. Imbasnya lebih jauh adalah terhadap para pedagang yang terlibat dan tergantung kepada perdagangan barang dan jasa yang dihasilkan oleh perusahaan yang pailit itu. Sekali lagi mereka ini pada umumnya terdiri atas para pedagang kecil dan menengah. Sudah tentu para konsumen yang membutuhkan barang dan jasa tersebut juga akan terkena akibat dari kepailitan suatu perusahaan.

Bank dalam kedudukannya sebagai debitor dapat pula dinyatakan pailit. Apabila bank yang dinyatakan pailit, maka sudah tentu para nasabah penyimpan dana dari bank itu dan para debitor bank yang menerima kredit dari bank itu akan mengalami kesulitan. Oleh karena itu perlindungan perlu diberikan kepada kreditor karena mereka juga mempunyai *stakeholders* yang tidak berbeda dengan debitor. Kreditor yang mengalami kredit-kredit yang tidak dapat ditagih sudah tentu akan membuat kreditor bangkrut. Kebangkrutan kreditor lebih lanjut akan mempengaruhi dan merugikan para *stakeholders*-nya.

Di dalam praktik perbankan, bank sebagai kreditor akan selalu memper-timbangkan dan oleh karena itu mengandalkan dua sumber pelunasan bagi kredit-

kredit yang diberikan kepada debitornya. Sumber pertama, ialah pendapatan (*revenue*) yang diperoleh oleh debitor dari hasil usahanya. Di dalam praktik perbankan sumber pelunasan ini disebut *first way out* (bagi penyelesaian kredit bank). Sumber kedua, ialah harta kekayaan debitor dan jaminan-jaminannya atau para penjaminnya. Dalam istilah perbankan sumber pelunasan ini disebut *second way out*.

Dalam hal seorang debitor pada akhirnya tidak membayar utang-utangnya, baik karena mengalami kesulitan keuangan yang disebabkan oleh karena faktor-faktor internal dan eksternal yang objektif, atau debitor beritikad tidak baik, kreditor tidak dapat mengharapkan *first way out* sebagai sumber pelunasan kredit. Dalam hal yang demikian itu, undang-undang kepailitan memberikan keamanan dan jaminan bagi para kreditor berupa harta kekayaan debitor baik yang telah atau tidak dibebani hak-hak jaminan sebagai *second way out* dari debitor. Artinya, apabila debitor memang tidak mungkin lagi diharapkan untuk dapat melunasi utangnya dari kegiatan usahanya (yaitu *first way out* dari pelunasan kredit itu), maka sumber pelunasan alternatif bagi para kreditor adalah harta kekayaan debitor dan atau harta kekayaan penjaminnya (*second way out* dari pelunasan kredit itu) dengan cara melikuidasi harta kekayaan itu.

Lembaga-lembaga pembiayaan, seperti bank-bank, dalam memberikan kredit kepada perusahaan-perusahaan yang menjadi nasabahnya, selalu bersikap dan berkeinginan agar perusahaan yang diberi fasilitas kredit akan tumbuh dan berkembang berkat fasilitas kreditnya. Bank-bank berkepentingan agar perusahaan nasabahnya itu akan terjaga eksistensinya dan tumbuh berkelanjutan. Perusahaan para debitor adalah mitra bank, tumbuh dan berkembangnya

perusahaan yang menjadi nasabah debitor pada gilirannya akan menumbuhkan dan mengembangkan pula bank tersebut. Dengan demikian, hubungan antara bank dan nasabahnya dalam rangka pemberian kredit dan fasilitas-fasilitas bank lainnya berorientasi kepada pemeliharaan hubungan jangka panjang antara bank dan nasabah. Oleh karena itu, bank tidak ingin apa bila perusahaan yang menjadi nasabahnya terpaksa pailit dan dilikuidasi. Bagi bank, kepailitan suatu perusahaan nasabahnya akan berarti kehilangan salah satu potensi bagi penyaluran (*outlet*) dari kredit dan fasilitas-fasilitas lainnya dari bank itu.

Di samping merupakan penyaluran (*outlet*) dari kredit dan fasilitas-fasilitas, bank akan kena dampak apabila perusahaan yang menjadi nasabahnya dinyatakan pailit dan dilikuidasi. Hampir tidak pernah terjadi bank akan memperoleh kembali seluruh kredit dari hasil likuidasi harta kekayaan perusahaan debitor. Bukan hanya karena pelaksanaan penjualan harta likuidasi tidak mudah dan memakan waktu lama, juga karena seluruh nilai harta likuidasi sering tidak cukup untuk dibagikan kepada seluruh kreditor, termasuk bank-bank. Di samping itu, harga penjualan harta itu sering tercapai lebih rendah daripada harga pasar yang sebenarnya.

Dari keterangan di atas, dunia perbankan dan lembaga-lembaga pembiayaan lainnya juga sangat menginginkan dan berkepentingan agar perusahaan-perusahaan seyogianya tidak langsung dipailitkan apabila masih ada kemungkinan untuk diselamatkan dan disehatkan kembali. Dalam praktik perbankan, bahkan bank sering bersedia untuk memberikan kredit baru, yang lazim disebut kredit injeksi demi mempertahankan kehidupan kegiatan usaha debitor apabila masih memiliki prospek yang baik.

UU Kepailitan Nomor 37 Tahun 2004 mengadopsi asas keseimbangan yang lebih tegas, yaitu tegas-tegas menyebutkan “asas keseimbangan” di samping masih menyebut pula asas “adil”. Hal tersebut telah diuraikan oleh peneliti.

b. Asas Putusan Pernyataan Pailit Tidak Dapat Dijatuhkan terhadap Debitor yang Masih Solven

Permohonan pernyataan pailit seyogianya hanya dapat diajukan dalam hal debitor tidak membayar lebih dari 50% dari utang-utangnya baik kepada satu atau lebih kreditornya. Dengan kata lain, apabila debitor tidak membayar kepada kreditor tertentu saja sedangkan kepada para kreditor lain yang memiliki tagihan lebih dari 50% dari jumlah seluruh utangnya tetap melaksanakan kewajibannya dengan baik, maka seharusnya tidak dapat diajukan permohonan pernyataan pailit baik oleh kreditor maupun oleh debitor sendiri. Pengadilan seyogianya menolak permohonan tersebut.

Sikap ini merupakan sikap *Faillissementsverordening (Fv)* sebagaimana tercantum pada Pasal 1 ayat (1) sebelum kemudian bunyi pasal itu telah diubah oleh Perpu No. 1 Tahun 1998 sebagaimana kemudian telah diundangkan menjadi UU Nomor 4 Tahun 1998. Bunyi Pasal 1 ayat (1) *Fv* adalah sebagai berikut:

“Setiap pihak yang berutang (debitor) yang tidak mampu yang berada dalam keadaan berhenti membayar utang-utangnya, dengan putusan hakim, baik atas permintaan sendiri maupun atas permintaan seorang atau lebih pihak berpiutangnya (kreditornya), dinyatakan dalam keadaan pailit.”

Menurut Pasal 1 ayat (1) *Fv*, terhadap seorang debitor dapat diajukan permohonan pernyataan pailit hanya apabila debitor telah berhenti membayar utang-utangnya. Keadaan berhenti membayar haruslah merupakan keadaan yang objektif, yaitu karena keadaan keuangan debitor telah mengalami ketidakmampuan (telah dalam keadaan tidak mampu) membayar utang-utangnya. Dengan

kata lain, debitor tidak boleh sekadar tidak mau membayar utang-utangnya (*not willing to repay his debts*), tetapi keadaan objektif keuangannya dalam keadaan tidak mampu membayar utang-utangnya (*not able to repay his debts*). Untuk menentukan apakah keadaan keuangan debitor sudah dalam keadaan tidak mampu membayar utang-utangnya, atau dengan kata lain debitor telah dalam keadaan insolven, harus dapat ditentukan secara objektif dan independen. Hal itu hanya dapat dilakukan berdasarkan *financial audit* atau *financial due diligence* yang dilakukan oleh suatu kantor akuntan publik yang independen.

Bunyi Pasal 1 ayat (1) *Fv* ternyata kemudian telah diubah. Perubahan tersebut pertama-tama dilakukan melalui Perpu No. 1 Tahun 1998 yang kemudian telah diundangkan sebagai UU No. 4 Tahun 1998. Terakhir perubahan tersebut terjadi dengan diberlakukannya UU No. 37 Tahun 2004 (UUK-PKPU). Syarat kepailitan Pasal 2 ayat (1) UUKPKPU yang bunyinya adalah sebagai berikut:

“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 permintaan satu atau lebih kreditornya.”

Dengan bunyinya yang baru itu, maka agar seorang debitor dapat dimohonkan pernyataan pailit cukuplah apabila debitor tersebut tidak membayar utang kepada satu kreditor saja asalkan debitor yang bersangkutan memiliki dua atau lebih kreditor (memiliki lebih dari seorang kreditor). Tidak disyaratkan bahwa keuangan debitor haruslah dalam keadaan berhenti membayar utang-utangnya atau dengan kata lain keadaan keuangan debitor telah insolven. Dengan rumusan Pasal 2 ayat (1), perusahaan yang masih solven dapat saja dipailitkan.

Rumusan Pasal 2 ayat (1) UUK-PKPU yang baru itu tidak sejalan dengan asas hukum kepailitan yang diterima secara global. Undang-undang kepailitan

Negeri Belanda misalnya, sampai sekarang masih tetap mempertahankan rumusan seperti rumusah Pasal 1 ayat (1) *Fv* tersebut di atas sekalipun undang-undang kepailitan Negeri Belanda itu telah mengalami beberapa kali perubahan.

Dengan ketentuan sebagaimana dikemukakan sebelumnya dan ditambah dengan tidak disyaratkannya jumlah minimum piutang dari kreditor yang dapat mengajukan permohonan pernyataan pailit tidak diharuskan memperoleh persetujuan dari para kreditor mayoritas, maka tidak mustahil apabila terhadap debitor dimohonkan pernyataan pailit oleh seorang pembantu rumah tangganya atau seorang pegawainya karena upah mereka tidak dibayar sekalipun pada hakikatnya keadaan keuangan debitor masih solven (belum insolven). Apabila permohonan kreditor ditolak oleh pengadilan karena sebagian besar para kreditor yang lain tidak sependapat bila debitor dinyatakan pailit, maka kreditor tersebut masih mungkin mempertahankan hak dan memperjuangkan kepentingannya melalui proses gugat-menggugat melalui pengadilan perdata biasa.

Dengan demikian, seyogianya syarat kepailitan ditentukan bukan hanya debitor tidak membayar utang kepada salah satu kreditornya, tetapi juga tidak membayar sebagian besar, atau lebih dari 50% utangnya. Apabila debitor tidak membayar hanya kepada satu kreditor yang tidak menguasai sebagian besar utang debitor sedangkan kepada para kreditor yang lain masih tetap melaksanakan kewajibannya dengan baik, maka kejadian itu bukan kasus yang harus diperiksa oleh pengadilan niaga, tetapi kasus pengadilan perdata biasa. Bukanlah mustahil sekalipun debitor tidak membayar kepada satu atau dua orang kreditor tetapi debitor masih dalam keadaan solven, yaitu masih mampu membayar utang-utangnya kepada para kreditornya yang lain. Debitor tidak membayar utang salah

satu atau bahkan beberapa kreditor bukan karena tidak mampu lagi membayar utangnya, tetapi karena mungkin ada alasan tertentu yang menyangkut kreditor tersebut sehingga debitor tidak mau (tidak bersedia) membayar utangnya. Misalnya, karena kreditor tertentu itu telah tidak melaksanakan kewajiban kontraktualnya kepada debitor (atau yang dalam hukum perdata dikenal sebagai *mora creditoris*), karena para kreditor yang tidak dipenuhi oleh mereka.

Debitor yang tidak membayar utangnya hanya kepada satu kreditor tetapi masih membayar utang-utangnya kepada para kreditor lainnya yang menguasai sebagian besar utang debitor, seharusnya tidak dapat diajukan sebagai perkara kepailitan kepada pengadilan niaga yang berwenang memeriksa dan memutus perkara-perkara kepailitan, melainkan sebagai perkara gugatan perdata kepada pengadilan perdata biasa.

c. Asas Pengurus Perusahaan Debitor yang Mengakibatkan Perusahaan Pailit Harus Bertanggung Jawab Pribadi

Sering ditemui dalam praktik, terjadinya kesulitan keuangan suatu perusahaan bukan sebagai akibat keadaan bisnis yang tidak baik tapi karena para pengurusnya tidak memiliki kemampuan professional yang baik untuk mengelola perusahaan atau tindakan-tindakannya yang tidak terpuji. Tindakan-tindakan tidak terpuji pengurus perusahaan itu antara lain melakukan perbuatan-perbuatan yang berorientasi kepada kepentingan pribadi dengan merugikan perusahaan. Di dalam suatu undang-undang kepailitan seharusnya dimuat asas bahwa pengurus yang karena kelalaiannya atau karena ketidakmampuannya telah menyebabkan perusahaan berada dalam keadaan keuangan yang sulit, harus bertanggung jawab secara pribadi.

Asas yang demikian itu ternyata tidak terdapat di dalam UU No. 4 Tahun 1998 dan UUK-PKPU tetapi bukan berarti hukum Indonesia tidak mengatur mengenai asas yang demikian itu. Sekalipun tidak dimuat di dalam UU No. 4 Tahun 1998 dan UUK-PKPU, tetapi asas tersebut secara eksplisit dimuat di dalam undang-undang tentang perseroan terbatas, yaitu UU No. 40 Tahun 2007 dan undang-undang perseroan terbatas sebelumnya, yaitu UU No. 1 Tahun 1995.

d. Asas Memberikan Kesempatan Restrukturisasi Utang Sebelum Diambil Putusan Pernyataan Pailit Kepada Debitor yang Masih Memiliki Usaha yang Prospektif

Undang-undang kepailitan haruslah tidak semata-mata bermuara kepada kemungkinan atau kemudahan pemailitan debitor yang tidak membayar utang. Undang-undang kepailitan harus memberikan alternative yang lain, yaitu berupa pemberian kesempatan kepada perusahaan-perusahaan yang tidak membayar utang-utangnya tetapi masih memiliki prospek usaha yang baik serta pengurusnya beritikad baik dan kooperatif dengan para kreditor untuk melunasi utang-utangnya, merestrukturisasi utang-utangnya, dan menyehatkan perusahaannya.

Restrukturisasi utang dan perusahaan (*debt and corporate restructuring*, atau *corporate reorganization*) akan memungkinkan perusahaan debitor kembali berada dalam keadaan mampu membayar utang-utangnya. Muara inilah yang harus pertama-tama dan terlebih dahulu diusahakan oleh para kreditor dan debitor, sebelum diajukan permohonan pernyataan pailit terhadap pihak debitor, demi kepentingan-kepentingan yang telah disebutkan di atas. Dengan kata lain, kepailitan seyogianya hanya merupakan *ultimum remedium*.

Namun demikian, baik UU Nomor 4 Tahun 1998 maupun UUK-PKPU tidak berpendirian bahwa kepailitan merupakan jalan terakhir atau merupakan

ultimum remedium setelah para kreditor dan debitor terlebih dahulu mengusahakan upaya restrukturisasi utang dan ternyata upaya tersebut mengalami kegagalan. Kegagalan tersebut dapat terjadi baik karena dinyatakan tidak layak setelah dilakukan studi kelayakan atau karena tidak tercapainya kesepakatan antara debitor dan para kreditor mengenai syarat-syarat restrukturisasi. Dapat pula kegagalan itu terjadi dalam implementasinya setelah disepakati oleh debitor dan para kreditornya.

Sekalipun UU Nomor 4 Tahun 1998 maupun UUK-PKPU mengenal lembaga Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (PKPU) tetapi tidak menentukan, harus ditempuh upaya PKPU terlebih dahulu sebelum dapat diajukan permohonan pernyataan pailit terhadap debitor. Menurut UU No. 4 Tahun 1998 maupun UUK-PKPU, PKPU dapat diajukan baik sebelum permohonan pernyataan pailit diajukan terhadap debitor maupun ketika berlangsung proses pemeriksaan pengadilan terhadap permohonan pernyataan pailit. UU No. 4 Tahun 1998 maupun UUK-PKPU bahkan memungkinkan dilakukannya perdamaian antara debitor dan para kreditornya setelah ada putusan pernyataan pailit dari pengadilan.

e. Asas Hukum Kepailitan Jangan Sampai Meredam Minat Investor, Terutama Investor Luar Negeri Untuk Berinvestasi

Undang-Undang Kepailitan harus dapat mendorong keairahan investasi dan pasar modal, serta memudahkan perusahaan dalam negeri memperoleh kredit luar negeri. Indonesia telah menandatangani perjanjian Marrakesh/WTO mengenai liberalisasi perdagangan jasa dan barang. Perjanjian itu telah diratifikasi oleh DPR-RI dengan dikeluarkannya UU No.7 Tahun 1994 tentang Pengesahan

Agreement Establishing The World Trade Organization (Persetujuan Pembentukan Organisasi Perdagangan Dunia).

Sejak beberapa tahun terakhir ini, lebih-lebih lagi setelah berlakunya UU No. 8 Tahun 1995 tentang Pasar Modal, pasar modal di Indonesia semakin marak. Selain itu sejak beberapa tahun yang lalu telah banyak pengusaha Indonesia yang memiliki akses langsung ke lembaga pembiayaan luar negeri dan telah memperoleh pinjaman dari lembaga tersebut.

Dalam hubungan itu, Undang-Undang Kepailitan yang berlaku di Indonesia harus dapat mendorong investasi dalam negeri dan asing serta menumbuhkan kehidupan pasar modal. Selain itu, Undang-Undang Kepailitan harus kondusif untuk memudahkan bagi perusahaan Indonesia memperoleh kredit dari luar negeri. Haruslah disadari oleh kita semua bahwa bagaimanapun pinjaman luar negeri masih akan lama sekali diperlukan sebagai sumber dana untuk membiayai pembangunan nasional karena keterbatasan dana dalam negeri.

Untuk dapat mencapai tujuan tersebut, Undang-Undang Kepailitan seyogianya memuat asas-asas dan ketentuan yang dapat diterima secara global. Asas-asas tersebut harus sejalan dengan asas-asas hukum kepailitan dari negara-negara para pemodal (investor) dan kreditor asing yang diinginkan oleh pemerintah dan dunia usaha Indonesia untuk menanamkan modalnya ke Indonesia dan memberikan kredit bagi kepentingan dunia usaha Indonesia. Oleh karena itu, Undang-Undang Kepailitan Indonesia bukan saja harus sejalan dengan falsafah Pancasila, tetapi hendaknya juga memuat *globally accepted principles* dari suatu Undang-Undang Kepailitan yang modern, yaitu seperti yang berlaku di negara-negara maju, misalnya Amerika Serikat, Kanada, Uni Eropa (seperti Inggris, Jerman, Perancis, Belanda, Jepang, China dan lain-lain).

f. Asas-asas Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan

Lembaga kepailitan merupakan lembaga hukum yang mempunyai fungsi penting, sebagai realisasi dari dua pasal penting dalam KUH Perdata yakni Pasal 1131 dan 1132 mengenai tanggung jawab debitor terhadap utang-utangnya.⁶⁸ Menurut Pasal 1131, segala kebendaan si berutang, baik yang bergerak maupun yang tak bergerak, baik yang sudah ada maupun yang baru akan ada dikemudian hari, menjadi tanggungan untuk segala perikatannya perseorangan. Pasal 1132 yang berbunyi kebendaan tersebut menjadi jaminan bersama-sama bagi semua orang yang mengutangkan padanya, pendapatan penjualan benda-benda itu dibagi-bagi menurut keseimbangan, yaitu menurut besar kecilnya piutang masing-masing kecuali apabila diantara para berpiutang itu ada alasan-alasan yang sah untuk didahulukan.

Kedua pasal tersebut diatas memberikan jaminan kepastian kepada kreditor bahwa kewajiban debitor akan tetap di penuhi/lunas dengan jaminan dari kekayaan debitor baik yang sudah ada maupun yang masih akan ada kemudian hari Pasal 1131 KUH Perdata dan 1132 KUH Perdata ini merupakan perwujudan adanya asas jaminan kepastian pembayaran atas transaksi-transaksi yang telah diadakan.⁶⁹

Adapun hubungan kedua pasal tersebut adalah kekayaan debitor (Pasal 1131 KUH Perdata) merupakan jaminan bersama bagi semua kreditornya (Pasal 1132 KUH Perdata) secara proporsional, kecuali bagi kreditor dengan hak mendahului (hak preferensi). Jadi pada dasarnya, asas yang terkandung di dalam Pasal 1131 KUH Perdata dan 1132 KUH Perdata ini adalah bahwa undang-

⁶⁸ Rahayu Hartini, *Hukum Kepailitan*, UMM Press, Malang, 2007. hlm. 14

⁶⁹ *Ibid.* hlm. 15

undang mengatur tentang hak menagih bagi kreditor atau kreditor-kreditornya terhadap transaksinya dengan debitor.⁷⁰

Bertolak dari asas tersebut diatas sebagai *lex generalis*, maka ketentuan kepailitan mengaturnya dalam urutan yang lebih rinci dan operasional. Menurut Sri Redjeki Hartono, lembaga kepailitan pada dasarnya mempunyai dua fungsi sekaligus yaitu :⁷¹

- 1) Kepailitan sebagai lembaga pemberi jaminan kepada kreditornya bahwa debitor tidak akan berbuat curang, dan tetap bertanggung jawab atas semua utang-utangnya kepada semua kreditor-kreditornya.
- 2) Juga memberi perlindungan kepada debitor terhadap kemungkinan eksekusi massal oleh kreditor-kreditornya.

Jadi keberadaan ketentuan tentang kepailitan baik sebagai suatu lembaga atau sebagai upaya hukum khusus merupakan satu rangkaian konsep yang taat asas sesuai dengan ketentuan sebagaimana diatur dalam Pasal 1131 dan 1132 KUH Perdata. Jadi, Pasal 1131 dan 1132 KUH Perdata merupakan dasar hukum dari kepailitan.⁷² Dari hal itu timbulah lembaga kepailitan yang berusaha untuk mengadakan tata yang adil mengenai pembayaran utang terhadap semua kreditor dengan cara seperti yang diperintahkan oleh Pasal 1132 KUH Perdata. Jadi Pasal 1131 dan 1132 KUH Perdata merupakan dasar hukum dari kepailitan.

Suatu Undang-Undang Kepailitan seyogiannya memuat pula asas-asas sebagai berikut:⁷³

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Sri Redjeki Hartono, *Analisis Terhadap Peraturan Kepailitan dalam Kerangka Pembangunan Hukum*, Makalah Seminar Nasional dan Lokakarya Restrukturisasi Organisasi Bisnis Melalui Hukum Kepailitan, FH UNDIP – Elips Project, Semarang, 2007. hlm. 5

⁷² Rahayu Hartini, *op. cit.* hlm. 16

⁷³ Sutan Remy Sjahdeini, *Sejarah, op. cit.* hlm. 94

- 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, dilain pihak terdapat ketentuan yang dapat mencegah terjadinya penyalahgunaan pranata dan lembaga kepailitan oleh kreditor yang tidak beriktikad 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.
- 4) Asas Integrasi, asas integrasi dalam undang-undang ini mengandung pengertian bahwa sistem hukum formal dan hukum materilnya merupakan satu kesatuan yang utuh dari sistem hukum perdata dan hukum acara perdata nasional.

Syarat-syarat kepailitan merupakan tolak ukur bagi pengadilan yang akan menetapkan kepailitan debitor apakah permohonan kepailitan yang diajukan oleh kreditor atau debitor memenuhi syarat untuk menetapkan debitor pailit.

Syarat-syarat kepailitan dalam Undang-Undang Kepailitan Indonesia, yaitu UU No. 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang dalam Pasal 2 ayat (1). Menurut Pasal 2 ayat (1) UUK-PKPU ditegaskan:

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.

Dari ketentuan Pasal 2 ayat (1) UUK-PKPU dapat disimpulkan bahwa pernyataan pailit hanya dapat diajukan apabila memenuhi syarat sebagai berikut:

- 1) Debitor terhadap siapa permohonan itu diajukan harus paling sedikit mempunyai dua kreditor atau dengan kata lain harus memiliki lebih dari satu kreditor.
- 2) Debitor tidak membayar lunas sedikitnya satu utang kepada salah satu kreditornya.
- 3) Uang yang tidak dibayar itu harus telah jatuh waktu dan telah dapat ditagih (*due and payable*).

Pasal 2 ayat (1) UUK-PKPU tersebut merupakan perubahan terhadap syarat kepailitan yang ditentukan dalam Pasal 1 ayat (1) *Faillissement-verordening* (*Fv*). Rumusan asli dalam bahasa Belanda Pasal 1 ayat (1) *Fv* telah diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia sebagaimana tertuang dalam Peraturan Kepailitan dengan redaksi sebagai berikut:

Setiap debitor yang tidak mampu membayar utangnya yang berada dalam keadaan berhenti membayar kembali utang tersebut, baik atas permintaannya sendiri maupun atas permintaan seorang kreditor atau beberapa orang kreditornya dapat diadakan putusan oleh hakim yang menyatakan bahwa debitor yang bersangkutan dalam keadaan pailit.

Menurut Pasal 1 ayat (1) *Fv* tersebut, seorang debitor dapat dinyatakan pailit apabila debitor tidak mampu membayar utangnya dan berada dalam keadaan berhenti membayar utangnya. Oleh karena itu, dari frasa “yang tidak mampu membayar utangnya yang berada dalam berhenti membayar utang tersebut” dapat diketahui bahwa hanya debitor yang insolven yang dapat dipailitkan. Sementara itu, syarat debitor dalam keadaan insolven bukan merupakan syarat yang ditentukan menurut Pasal 2 ayat (1) UUK-PKPU.

3. Teori Terapan (*Applied Theory*): Teori Hukum Perjanjian Syariah

Di dalam hukum ekonomi Islam, perjanjian juga disebut dengan akad (*al-áqd*) dalam bahasa arab mempunyai beberapa arti, antara lain buhul (*asy-syadd*), ikatan (*ar-rabth*), ketetapan kesempurnaan (*al-ihkam*), dokumentasi (*at-tawtsiq*) dan menghimpun bagian-bagian tertentu (*al-jamú bayna al-athraf*).⁷⁴

Secara terminologi akad didefinisikan dengan “pertalian antara *ijab* (*offering*) dan *qabul* (*acceptance*) sesuai dengan kehendak syariah yang menetapkan adanya akibat hukum pada objek akad”.⁷⁵ Ijab dan qabul dimaksudkan untuk menunjukkan adanya keinginan dan kerelaan timbal balik terhadap isi perjanjian yang dilakukan oleh para pihak yang bersangkutan.⁷⁶ Ketentuan syariah mengharuskan orang beriman menepati janji sebagaimana ketentuan dalam Al-Qurán dalam surat al-A’raf ayat 34 yang artinya: Penuhilah janji, sesungguhnya janji tersebut adalah sebuah pertanggungjawaban.

Moh. Ma’sum Billah, memaknai perjanjian menurut syariah sebagai “... *an agreement of particular transaction between two or more parties, wich is bonded upon the contracting parties provided that the parties, the terms, the natur of agreement and the subject matter of the agreement should not be contrary to the Quran and sunnah or Islamic fiqh*”.⁷⁷ Sebuah persetujuan transaksi tertentu antara dua atau lebih pihak yang bersifat mengikat kepada pihak-pihak dalam persetujuan tersebut dengan ketentuan bahwa pihak-pihak, syarat-syarat, tabiat

⁷⁴ Azih Hamad, *Mu’jam al-Mushtalahat al-Iqtishadiyyah fí Lughati al-Fuqaha Herdom*, The International Institute of Islamic Thought, Virginia, 1993, hlm. 100

⁷⁵ Wahbah al-Zuhaili, *al-Fiqh al-Islam wa adillatuh*, Dar al-Fikr, Damaskus, 1984, Jilid IV, hlm. 80

⁷⁶ Hasanuddin, *Bentuk-Bentuk Perikatan (Akad) dalam Ekonomi Syariah*, dalam Kapita Selakta Perbankan Syariah, Jakarta, 2006, hlm. 237

⁷⁷ Moh. Ma’sum Billah, *Shariáh Standard of Business Contract*, A.S. Noordeen, Kuala Lumpur, 2006, hlm. 3

persetujuan dan inti persetujuan tidak boleh bertentangan dengan al-Qurán dan al-Sunnah atau Fiqih Islam.

Selanjutnya dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) pada Buku II Bab I Pasal 20 dinyatakan bahwa yang dimaksud dengan akad adalah kesepakatan dalam suatu perjanjian antara dua pihak atau lebih untuk melakukan dan atau tidak melakukan perbuatan hukum tertentu.

Fathurrahman Djamil telah menguraikan beberapa asas dalam perjanjian menurut hukum Islam, jika asas itu tidak terpenuhi, maka akan berakibat pada batal atau tidak sahnya suatu akad. Asas tersebut adalah:⁷⁸

a. Kebebasan (*Al-Hurriyah*)

Asas ini merupakan prinsip dasar dalam hukum Islam dan merupakan prinsip dasar pula dalam hukum perjanjian (akad). Pihak yang melakukan akad mempunyai kebebasan untuk membuat suatu perjanjian baik dalam menentukan objek perjanjian maupun syarat-syaratnya, termasuk menetapkan cara penyelesaian jika terjadi sengketa. Kebebasan menentukan syarat-syarat ini dibenarkan selama tidak bertentangan dengan ketentuan hukum Islam.

b. Persamaan dan Kesetaraan (*Al-Musawaah*)

Asas ini memberikan landasan bahwa kedua belah pihak yang melaksanakan akad mempunyai kedudukan yang sama atau setara antara satu dengan yang lainnya. Asas ini penting untuk dilaksanakan oleh para pihak untuk pemenuhan prestasi dalam akad yang dibuatnya, karena pada perkembangannya diakui bahwa perlu ada ketentuan untuk melindungi pihak yang kedudukannya lebih lemah.

⁷⁸Fathurrahman Djamil, *Penerapan Hukum Perjanjian dalam Transaksi di Lembaga Keuangan Syariah*, Sinar Grafika, Jakarta, 2013, hlm. 15-27

c. Keadilan (*Al-'Adalah*)

Asas ini berkaitan erat dengan asas kesetaraan. Asas ini menuntut untuk berlaku benar dalam pengungkapan kehendak dan keadaan, memenuhi perjanjian yang telah dibuat dan disepakati, tidak saling menzalimi dan dilakukan secara berimbang tanpa merugikan pihak lain yang terlibat dalam akad tersebut.

d. Kerelaan atau Konsensualisme (*Al-Ridhaiyyah*)

Kerelaan di antara para pihak yang berakad merupakan syarat terwujudnya semua akad. Kerelaan para pihak yang berkontrak adalah sebagai prasarat bagi terwujudnya semua transaksi, jika dalam suatu akad asas ini tidak terpenuhi, maka dipandang telah memakan/mengambil hak orang lain dengan cara yang tidak dibenarkan (*bathil*), transaksi yang dilakukan tidak dapat dikatakan telah mencapai suatu bentuk kerelaan jika di dalamnya terdapat unsur tekanan, paksaan, penipuan atau ketidakjujuran dan *miss-statement*, asas ini mengharuskan tidak adanya paksaan dalam proses transaksi dari pihak manapun. Kondisi *ridha* ini diimplementasikan dalam perjanjian yang dilakukan dengan kesepakatan dalam bentuk *shighat* (*ijab* dan *qabul*)serta adanya konsep *khiyar* (opsi).

e. Kejujuran dan Kebenaran (*Ash-Shidq*)

Kejujuran adalah salah satu nilai etika dasar yang dituntut dalam Islam. Asas kebenaran ini memberikan pengaruh pada pihak-pihak yang melakukan perjanjian untuk tidak berdusta, menipu, dan melakukan pemalsuan. Pihak yang merasa dirugikan akibat ketidakjujuran yang dilakukan oleh pihak lain dalam akad, dapat menghentikan proses akad tersebut.

f. Kemanfaatan (*Al-Manfaat*)

Akad yang dilakukan oleh para pihak bertujuan untuk mewujudkan kemaslahatan bagi mereka dan tidak boleh menimbulkan kerugian (*mudharat*) atau keadaan memberatkan (*masyaqqah*). Asas ini berkait erat dengan objek akad. Islam mengharamkan akad yang berkaitan dengan hal-hal yang bersifat *mudharat/mafsadat*, seperti jual beli benda-benda yang diharamkan, tidak bermanfaat ataupun yang membahayakan.

g. Tertulis (*Al-Kitabah*)

Asas ini untuk memberikan kepastian akad yang dilakukan berada dalam kebaikan bagi semua pihak yang membuat akad, dan juga sebagai alat bukti bagi kedua belah pihak, maka akad harus dibuat dalam bentuk tertulis agar tidak terjadi permasalahan dikemudian hari, ketentuan ini didasarkan pada Al-Quran surat al Baqarah ayat 282-283.

Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah menegaskan mengenai asas akad yang harus dipenuhi berdasarkan Pasal 21 menyebutkan:

- a. *Ikhtiyari*/sukarela; setiap akad dilakukan atas kehendak para pihak, terhindar dari keterpaksaan karena tekanan salah satu pihak atau pihak lain.
- b. *Amanah*/menepati janji; setiap akad wajib dilaksanakan oleh para pihak sesuai dengan kesepakatan yang ditetapkan oleh yang bersangkutan dan pada saat yang sama terhindar dari cidera-janji.
- c. *Ikhtiyati*/kehati-hatian; setiap akad dilakukan dengan pertimbangan yang matang dan dilaksanakan secara tepat dan cermat.
- d. *Luzum*/tidak berubah; setiap akad dilakukan dengan tujuan yang jelas dan perhitungan yang cermat, sehingga terhindar dari praktik spekulasi atau maisir.

- e. Saling menguntungkan; setiap akad dilakukan untuk memenuhi kepentingan para pihak sehingga tercegah dari praktik manipulasi dan merugikan salah satu pihak.
- f. *Taswiyah*/kesetaraan; para pihak dalam setiap akad memiliki kedudukan yang setara ,dan mempunyai hak dan kewajiban yang seimbang.
- g. Transparansi; setiap akad dilakukan dengan pertanggungjawaban para pihak secara terbuka.
- h. Kemampuan; setiap akad dilakukan sesuai dengan kemampuan para pihak, sehingga tidak menjadi beban yang berlebihan bagi yang bersangkutan.
- i. *Taisir*/kemudahan; setiap akad dilakukan dengan cara saling memberi kemudahan kepada masing-masing pihak untuk dapat melaksanakannya sesuai dengan kesepakatan.
- j. Iktikad baik; akad dilakukan dalam rangka menegakkan kemaslahatan, tidak mengandung unsur jebakan dan perbuatan buruk lainnya.
- k. Sebab yang halal; tidak bertentangan dengan hukum
- l. *Al-hurriyah* (kebebasan berkontrak)
- m. *Al-kitabah* (tertulis)

Selain asa- asas tersebut, ada juga yang memasukkan asas dalam hukum perjanjian syariah, yaitu:

- a. *Asas Ilahiah* atau Asas Tauhid

Setiap tingkah laku dan perbuatan manusia tidak akan luput dari ketentuan Allah seperti yang ditentukan dalam Al-Quran surat al Hadid ayat 4 yang artinya “Dia bersama kamu di mana saja kamu berada, dan Allah maha melihat apa yang kamu kerjakan”. Kegiatan *muámalah* termasuk perbuatan perjanjian, tidak akan lepas dari nilai-nilai ketauhidan. Dengan demikian

manusia memiliki tanggung jawab tentang hal itu, tanggung jawab kepada masyarakat, tanggung jawab kepada pihak yang membuat perjanjian, tanggung jawab kepada diri sendiri serta tanggung jawab kepada Allah, akibat dari penerapan asas ini, manusia tidak akan berbuat sekehendak hatinya karena segala perbuatannya akan mendapat balasan dari Allah.⁷⁹

b. Asas Kebolehan (*Mabda' al Ibahah*)

Terdapat kaidah fiqhiyah yang artinya, "Pada dasarnya segala sesuatu itu dibolehkan sampai terdapat dalil yang melarang".⁸⁰ Kaidah fiqih tersebut bersumber pada dua hadis yang diriwayatkan oleh al-Bazar dan at-Thabrani:

"Apa-apa yang dihalalkan Allah adalah halal, dan apa-apa yang diharamkan Allah adalah haram, dan apa-apa yang didiamkan adalah dimaafkan. Maka terimalah dari Allah pemaaf-Nya. Sungguh Allah itu tidak melupakan sesuatupun".⁸¹

Hadis riwayat Daruquthni, dihasankan oleh an-Nawawi yang artinya:

"Sesungguhnya Allah telah mewajibkan beberapa kewajiban, maka jangan kamu sia-siakan dia dan Allah telah memberikan beberapa batas, maka janganlah kamu langgar dia, dan Allah telah mengharamkan sesuatu maka janganlah kamu pertengkarkan dia, dan Allah telah mendiamkan beberapa hal, maka janganlah kamu perbincangkan dia".⁸²

Kedua hadis di atas menunjukkan bahwa segala sesuatunya adalah boleh atau *mubah* dilakukan. Kebolehan ini dibatasi sampai ada dasar hukum yang melarangnya. Hal ini berarti bahwa Islam memberi kesempatan luas kepada yang berkepentingan untuk mengembangkan bentuk dan macam transaksi baru sesuai dengan perkembangan zaman dan kebutuhan masyarakat.

⁷⁹ Muhammad Syakir Aula, *Asuransi Syari'ah (Life and General): Konsep dan Sistem Operasional*, Gema Insani Press, Jakarta, 2004, hlm. 723-727

⁸⁰ Syamsul Anwar, *Kontrak dalam Islam*, makalah disampaikan pada Pelatihan Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syari'ah Di Pengadilan Agama. (Kerjasama Mahkamah Agung RI Dan Program Pascasarjana Ilmu Hukum Fakultas Hukum UII), Yogyakarta, 2006, hlm.12.

⁸¹ *Ibid.* hlm. 13.

⁸² *Ibid.* hlm. 59

Perangkat hukum dalam perjanjian Islam adalah terpenuhinya rukun dan syarat dari suatu akad. Rukun adalah unsur esensial yang mutlak harus ada dalam akad, sedangkan syarat adalah unsur yang harus ada untuk melengkapi rukun. Jika rukun tidak terpenuhi maka akad tersebut tidak sah dan dapat dibatalkan, dalam hal rukun yang tidak terpenuhi menyangkut objek yang diharamkan maka akad batal demi hukum, sedangkan jika yang tidak terpenuhi syarat-syarat dan rukun-rukun lainnya maka akad tersebut tidak sah dan dapat dimintakan pembatalan.

Ada beberapa rukun dalam perjanjian syariah yang dikemukakan oleh para ulama:⁸³

a. Kesepakatan untuk Mengikatkan Diri (*Shighat Al-Áqd*)

Shighat Al-Áqd adalah cara bagaimana pernyataan pengikatan diri itu dilakukan. Ungkapan *Shighat Al-Áqd* dapat dilakukan secara lisan, tulisan atau isyarat yang memberi pengertian dengan jelas tentang adanya ijab dan qabul, dapat pula berupa perbuatan yang telah menjadi kebiasaan dalam ijab dan qabul yang disebut dengan akad *al-mua'thah* seperti pembayaran di kasir atas barang yang telah ditempel label harganya. Wahbah Zuhaili menerangkan⁸⁴ ada tiga syarat yang harus dipenuhi agar suatu ijab dan qabul dipandang sah serta memiliki akibat hukum yakni pertama: *jala'ul ma'na* yaitu tujuan yang terkandung dalam pernyataan itu jelas, sehingga dapat dipahami jenis kontrak yang dikehendaki, kedua: *tawafuq* yaitu adanya kesesuaian antara ijab dan qabul, dan ketiga: *jazmul iradataini* yaitu antara ijab dan qabul menunjukkan kehendak para pihak secara pasti, tidak ada keraguan sedikit-pun, tidak berada di bawah tekanan dan tidak dalam keadaan terpaksa.

⁸³Fathurrahman Djamil, *Op.cit.*, hlm. 27-38

⁸⁴Wahbah al-Zuhaili, *Op.cit.* hlm. 93

b. Subjek Akad (*Al-Áqid*)

Al-Áqid adalah pihak-pihak yang melakukan akad yang merupakan faktor utama pembentukan suatu perjanjian. Subjek akad ini tidak saja orang perseorangan tapi juga dapat merupakan badan hukum (*al-syakhsiyyah al-ítibariyyah*). Dalam subjek akad para *fuqaha* (ahli fikih) membahas dalam dua hal pokok yaitu; *pertama*, kecakapan (*al-ahliyyah*) yang terbagi pada *ahliyyatul ada'* (kecakapan hukum aktif) dan *ahliyyatul wujub* (kecakapan hukum pasif) dan yang sesuai dengan konteks kelayakan melakukan akad ini adalah *ahliyyatul ada'*, *Kedua*, yaitu *al-wilayah* yang berarti adanya kewenangan atau kekuasaan yang diberikan oleh syara' atau undang-undang kepada seseorang untuk melakukan suatu akad dan akibat-akibat hukumnya.

c. Objek Akad (*Mahal Al-Áqad/Al-Ma'qud Alaih*)

Mahal Al-Áqad adalah objek akad atau benda-benda yang dijadikan akad yang bentuknya tampak dan membekas. Objek akad ini tidak semata suatu benda yang bersifat material (*ayn/real asset*), tetapi juga dapat bersifat subjektif dan abstrak yang sering disebut dengan prestasi. Prinsip umum dari objek akad ini adalah terbebas dari *gharar* (ketidakjelasan) dan hal-hal yang dilarang oleh syara'.

d. Tujuan Akad (*Maudu'ul Áqdi*)

Tujuan akad menurut *fuqaha*, hanya diketahui melalui syara' dan harus sejalan dengan kehendak syara'. Atas dasar itu, seluruh akad yang mempunyai tujuan atau akibat hukum yang tidak sejalan dengan syara' hukumnya tidak sah.⁸⁵

Tujuan akad dalam bisnis syariah dapat dikelompokkan sebagai berikut:

⁸⁵ Wahbah al-Zuhaili, *Op.cit.* hlm. 186

- 1) Akad *tabarru'*, yaitu akad yang dilakukan dengan tujuan membantu pihak lain. Dalam Islam dikenal institusi keuangan yang bernama *bait al-mal*, yaitu sektor institusi keuangan yang bersifat keuangan yang bersifat sosial. Pengumpulannya dilakukan melalui zakat, infak, sedekah dan wakaf, penyalurannya menggunakan akad *qardh*.
- 2) Akad *mu'awadhat*, yaitu akad yang dilakukan dengan tujuan untuk memperoleh keuntungan. Dalam Islam dikenal institusi keuangan yang bernama *bait at-tamwil*, yaitu sektor institusi keuangan yang bersifat bisnis dilakukan dalam rangka memperoleh keuntungan, seperti akad *bai'* dan *ijarah*.⁸⁶

Para fuqaha menjelaskan ada beberapa syarat akad, yaitu:

a. Syarat Terjadinya Akad (*Syuruth Al-In'iqad*)

Syarat terjadinya akad adalah segala sesuatu yang disyaratkan untuk terjadinya akad yang sesuai menurut syara'. Apabila tidak memenuhi syarat tersebut akad menjadi batal. Syarat ini terbagi menjadi dua yaitu syarat yang bersifat umum yakni rukun-rukun yang ada pada setiap akad. Sedangkan yang bersifat khusus yaitu syarat-syarat yang harus ada pada sebagian akad dan tidak disyaratkan pada akad yang lain, seperti diharuskan adanya saksi pada akad nikah dan tidak diharuskan pada akad lain⁸⁷

b. Syarat Sah Akad (*Syuruth Al-Shihhah*)

Syarat sah akad adalah segala sesuatu yang disyaratkan *syara'* untuk menjamin keabsahan dampak akad (*litartibi atsartil aqdi*). Apabila dampak akad tersebut tidak terpenuhi, maka akadnya dinilai rusak (*fasid*) dan

⁸⁶ Jaya Nasti, *Pendirian dan Pengelolaan Baitul Mal Wat Tamwil (BMT) di Lingkungan Pondok Pesantren*, Depag RI, Jakarta, 1999, hlm. 1

⁸⁷ Wahbah al-Zuhaili, *Op.cit.* hlm. 225-226

karenanya dapat dibatalkan. Menurut ulama Hanafiyah; syarat sah akad jika akad terhindar dari 6 (enam) hal yaitu: 1) *al-jahalah* (ketidakjelasan tentang harga, jenis dan spesifikasinya, waktu pembayaran atau lamanya opsi, dan penanggung atau yang bertanggung jawab), 2) *al-ikrah* (keterpaksaan), 3) *atta'iqit* (pembatasan waktu), 4) *al-gharar* (ada unsur ketidakjelasan atau fiktif), 5) *al-dharar* (ada unsure kemudharatan), dan 6) *al-syarthul fasid* (syarat-syaratnya rusak, seperti syarat untuk menjual kembali barang yang dibelinya tersebut kepada penjual dengan harga yang lebih murah)⁸⁸

c. Syarat Kepastian Hukum (*Syurut Al-Luzum*)

Dasar dalam akad adalah kepastian, diantara syarat kepastian (*luzum*) adalah terhindarnya dari beberapa opsi (*khiyar*). Jika masih terdapat syarat opsi ini dalam transaksi, maka akad tersebut belum memiliki kepastian (*luzum*) dan karenanya transaksi itu dapat menjadi batal.⁸⁹

Para pakar hukum Islam sepakat bahwa suatu kontrak dipandang tidak sah atau sekurang-kurangnya dapat dibatalkan, sejalan dengan Pasal 29 KHES apabila terdapat hal-hal seperti tersebut di bawah:

a. Keterpaksaan (*al-Ikrah*)

Salah satu asas kontrak menurut hukum Islam adalah kerelaan (*al-Ridha*) para pihak yang melakukan kontrak. Implementasi asas ini diwujudkan dalam bentuk ijab qabul yang merupakan unsur terpenting dalam kontrak.

b. Kekeliruan dalam objek kontrak (*ghalath*)

Kekeliruan yang dimaksud di sini adalah kekeliruan atau kesalahan orang yang melakukan kontrak tentang objek kontrak, baik dari segi jenisnya

⁸⁸ *Ibid*, hlm. 228

⁸⁹ Fathurrahman Djamil, *Op.cit.*, hlm. 42

(*zatnya*) maupun dari segi sifatnya. Misalnya orang membeli perhiasan yang diduga adalah emas, pada kenyataannya barang tersebut adalah tembaga.

c. Penipuan (*tadlis*) dan tipu muslihat (*taghir*)

Yang dimaksud dengan penipuan adalah suatu upaya untuk menyembunyikan cacat pada objek kontrak dan menjelaskan dengan gambaran yang tidak sesuai dengan kenyataannya untuk menyesatkan pihak yang berkontrak dan berakibat merugikan salah satu pihak yang berkontrak tersebut.

d. Penyamaran (*ghubn*)

Adalah keadaan di mana tidak ada kesetaraan antara prestasi dengan imbalan prestasi dalam akad.

Akibat dari akad sebagaimana dimaksud oleh KHES Pasal 45 penting diperhatikan karena suatu akad tidak hanya mengikat untuk hal yang dinyatakan secara tegas di dalamnya, tetapi untuk segala sesuatu menurut sifat akad yang diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan dan *nash-nash* syariah.

Perjanjian syariah dalam domain bisnis (*tijari/mu'awadhat*) dikelompokkan menjadi tiga, yaitu:

1. Akad yang berbasis pada jual beli (*'aqd al-bai'*) yang berkembang dari segi penentuan harga, transparansi harga, dan cara pembayaran.
2. Akad yang berbasis bagi hasil; *musyarakah* dan *mudharabah*.
3. Akad yang berbasis jasa (akad *ijarah* dengan berbagai pengembangannya).⁹⁰

Akad yang terdapat dalam kitab-kitab fikih, pada praktiknya banyak dikembangkan dengan mengombinasikan dengan beberapa akad (*al-úqud al-murakkabah*/multi akad) dalam hubungannya dengan praktik ekonomi modern.

⁹⁰ Jaih Mubarak, *Fikih Mu'ámalah Maliyyah Prinsip-prinsip Perjanjian*, Simbiosis Rekatama Media, Bandung, 2017, hlm. 51

Term akad *ijarah muntahiyyah bi al-tamlik* dan *musyarakah mutanaqishah*, ditumbuhkembangkan karena ulama mengadopsi praktik pembayaran/pelunasan pembiayaan yang diterimanya dengan cara angsuran (dalam domain akad jual-beli dikenal dengan *al-bai' bi al-taqsih*).⁹¹

Merujuk kepada uraian di atas, teori perjanjian syariah kiranya tepat dijadikan sebagai teori aplikatif (*applicative theory*) pada kerangka pemikiran untuk menjelaskan secara teoretis tentang eksistensi akad pembiayaan *musyarakah* pada bank syariah di Indonesia.

G. Metodologi Penelitian

Untuk memperdalam kajian penelitian menjadi lebih komprehensif dan terarah, peneliti menggunakan metodologi penelitian sebagai berikut:

1. Pendekatan Penelitian

Metode yang digunakan dalam penelitian ini adalah metode yuridis-normatif, yakni suatu proses untuk menemukan aturan hukum, prinsip hukum dan doktrin hukum untuk menjawab isu hukum yang dihadapi.⁹² Metode penelitian hukum normatif termasuk tipe penelitian hukum yang mengacu konsep hukum sebagai kaidah. Metodenya disebut metode doktrinal-normologik yang bertolak dari kaidah sebagai ajaran yang mengkaidahi perilaku. Tipe kajian hukum yang mengacu konsep hukum sebagai kaidah dan metode doktrinal adalah metode yang

⁹¹ *Ibid.* hlm. 52

⁹² Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Prenada Media, Jakarta, 2005, hlm. 35. Bandingkan dengan Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*, Rajawali Pers, Jakarta, 2001, hlm. 13-14; Soetandyo Wignjosebroto, *Hukum, Paradigma Metode dan Dinamika Masalahnya*, Elsam dan Huma, Jakarta, 2002, hlm. 147; C.F.G. Sunaryati Hartono, *Penelitian Hukum di Indonesia Pada Akhir Abad Ke-20*, Alumni, Bandung, 1994, hlm. 139; dan Ronny Hanitijo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1994, hlm. 10.

digunakan dalam kegiatan pengembangan teori hukum dan ilmu hukum.⁹³ Fokus penelitian hukum normatif sebagai ilmu praktis adalah mengubah keadaan serta menawarkan penyelesaian terhadap problem kemasyarakatan yang konkret maupun potensial.⁹⁴

Dalam penelitian ini, peneliti menggunakan tiga pendekatan, yaitu: (1) pendekatan perundang-undangan (*statute approach*); (2) Pendekatan sejarah (*historical approach*); dan (3) pendekatan kasus (*case approach*). Penggunaan ketiga pendekatan ini dimaksudkan untuk saling melengkapi antara satu pendekatan dengan pendekatan lain. Menurut Campbell, satu pendekatan saja tidak cukup memadai untuk menganalisis banyak kasus.⁹⁵

Pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) digunakan untuk mengetahui hierarki, asas-asas dan makna normatif yang terkandung di dalam peraturan, terutama dalam kaitannya dengan perundang-undangan.⁹⁶ Pendekatan sejarah (*historical approach*) dapat digunakan dalam rangka melacak sejarah peraturan dan lembaga hukum dari waktu ke waktu, serta memahami perubahan dan perkembangan filosofi yang melandasi aturan hukum tersebut.⁹⁷ Pendekatan kasus (*case approach*) digunakan untuk menganalisis kasus-kasus yang berkaitan

⁹³ Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barakatullah, *Filsafat, Teori dan Ilmu Hukum: Pemikiran Menuju Masyarakat Yang Berkeadilan dan Bermartabat*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2012, hlm. 249.

⁹⁴ Johnny Ibrahim, *Teori dan Metode Penelitian Hukum Normatif*, Bayumedia Publishing, Malang, 2005, hlm. 293. Amiruddin dan H. Zainal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, (Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2006), hlm. 118. Bandingkan dengan Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*, (Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2003), hal. 13; dan Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, (Jakarta: Prenada Media, 2005), hlm. 35.

⁹⁵ Enid Campbell (*et.al.*), *Legal Research*, The Law Book Company Ltd., Sydney, 1996, hlm. 274.

⁹⁶ Bambang Sunggono, *Metodologi Penelitian Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2006, hlm. 71-72 dan 201.

⁹⁷ *Ibid*, hlm. 96.

dengan isu yang dihadapi yang telah menjadi putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap.⁹⁸

2. Spesifikasi Penelitian

Penelitian ini adalah penelitian deskriptif analitis,⁹⁹ yakni penelitian yang berupaya memberikan deskripsi dan gambaran menyeluruh mengenai eksistensi kepailitan pada pembiayaan *musyarakah* baik pada level peraturan, kelembagaan dan pelaksanaannya, kemudian menganalisis problematika tersebut berdasarkan norma hukum, teori hukum dan metode penafsiran hukum dengan mengupayakan keseimbangan antara aspek filosofis, yuridis dan sosiologis.

3. Jenis dan Sumber Data

Jenis penelitian ini adalah penelitian kepustakaan (*library research*), yakni penelitian yang bertumpu pada literatur kepustakaan. Sumber data yang digunakan adalah data sekunder (*secondary data*) yang meliputi bahan hukum primer (*primary source or authorities*), bahan hukum sekunder (*secondary source or authorities*) dan bahan hukum tertier (*tertiary source or authorities*).¹⁰⁰ Bahan hukum primer dalam penelitian ini adalah pelbagai peraturan perundang-undangan yang mempunyai kekuatan mengikat, antara lain Undang-Undang Dasar 1945 beserta Amandemennya, Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan dan Penundaan Pembayaran Kewajiban Utang, Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Pebankan Syariah, Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, Undang-Undang Nomor 7 Tahun

⁹⁸ Morris L. Cohen dan Kent C. Olson, *Legal Research in A Nutshell*, West Publishing Company, St. Paul Minnesota, 1992, hlm. 5.

⁹⁹ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI-Press, Jakarta, 2008, hlm. 10.

¹⁰⁰ *Ibid*, hlm. 11-12; Soerjono Soekanto dan Sri Mahmudji, *Op.cit.*, hlm. 15; dan Ronny Hanitijo Soemitro, *Op.cit.*, hlm. 12.

1989 tentang Peradilan Agama sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama dan diubah kembali dengan Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama, Fatwa Dewan Syariah Nasional (DSN) Nomor 08/DSN-MUI/IV/2000 tentang pembiayaan *Musyarakah*, Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 73/DSN-MUI/XI/2008 Tentang *Musyarakah Mutanaqishah*, Keputusan Dewan Syariah Nasional-Majelis Ulama Indonesia Nomor 01/DSN-MUI/X/2013 Tentang Pedoman Implementasi *Musyarakah Mutanaqishah* Dalam Produk Pembiayaan, Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 105/DSN-MUI/X/2016 Tentang Penjaminan Pengembalian Modal Pembiayaan *Mudharabah, Musyarakah dan Wakalah Bil Istitsmar*, Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 114/DSN-MUI/IX/2017 Tentang Akad *Syirkah*, Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 14 Tahun 2016 tentang Tata Cara Peyelesaian Perkara Ekonomi Syariah, dan peraturan perundang-undangan lain yang terkait. Bahan hukum sekunder adalah bahan-bahan yang erat hubungannya dengan bahan hukum primer dan dapat membantu menganalisis bahan-bahan hukum primer, seperti karya ilmiah dan hasil penelitian yang berupa buku dan tulisan para ahli hukum. Bahan hukum tertier adalah bahan yang diperlukan untuk mendukung dan mempertajam analisis bahan hukum primer dan sekunder seperti kamus, ensiklopedi, surat kabar, majalah dan bahan-bahan atau referensi lain yang diperoleh dari internet.

4. Teknik Pengumpulan Data

Teknik pengumpulan data merupakan langkah penting dalam penelitian, karena salah satu tujuan penelitian adalah untuk mendapatkan data. Tanpa mengetahui teknik pengumpulan data, peneliti tidak akan mendapatkan data yang memenuhi standar.¹⁰¹ Teknik pengumpulan data dalam penelitian ini dilakukan melalui studi pustaka berupa bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tertier. Studi pustaka dimaksud dilakukan untuk mencari, mempelajari dan menelaah berbagai dokumen dan bahan-bahan pustaka yang berkaitan dengan masalah yang dikaji.

5. Teknik Analisis Data

Sesuai dengan bentuk dan sifat data yang dikaji, metode analisis yang digunakan dalam penelitian ini adalah normatif kualitatif dengan menggabungkan penalaran induksi dan deduksi. Dalam metode ilmiah, prosedur analisis yang menggabungkan penalaran induksi dan deduksi disebut sebagai metode “*logico-hypothetico-verifikatif*”, yang menurut Tyndall merupakan “perkawinan yang berkesinambungan antara deduksi dan induksi.”¹⁰² Kendati demikian, penalaran induksi dalam konteks penelitian ini tidak diartikan secara ketat sebagai pengamatan empiris sebagaimana dalam studi lapangan (*field research*), melainkan lebih merujuk pada kasus-kasus hukum konkret berupa putusan pengadilan. Penalaran induksi digunakan untuk mengkaji objek penelitian sebagai premis minor yang dihubungkan dengan konsep normatif sebagai premis mayor yang akan menghasilkan kesimpulan secara umum pada penelitian ini.¹⁰³ Penalaran

¹⁰¹ Sugiyono, *Memahami Penelitian Kualitatif*, CV. Alfabeta, Bandung, 2009, hlm. 62.

¹⁰² Harold A. Larrabee, *Reliable Knowledge*, Houghton Mifflin, Boston, 1964, hlm. 125.

¹⁰³ Arief Sidharta, *Refleksi Tentang Struktur Hukum*, Mandar Maju, Bandung, 1999, hlm. 167

induksi lazim digunakan dalam kajian yang menerapkan pendekatan kasus (*case approach*). Sedangkan penalaran deduksi yang didasarkan pada aspek normatif dan evaluatif merupakan premis mayor. Alasan bahwa penelitian ini juga menggunakan penalaran deduksi adalah bahwa asas yang diperoleh secara induksi selanjutnya dapat digunakan untuk mengembangkan pemikiran deduksi untuk menghasilkan kesimpulan yang dapat dipakai untuk proses induksi selanjutnya. Arief Sidharta menyatakan bahwa dalam menyelesaikan masalah hukum, penalaran hukum melibatkan baik induksi, jika penalarannya berdasarkan kasus-kasus terdahulu yang sudah diputus, maupun deduksi, jika penalarannya bertolak dari aturan hukum yang berlaku umum.

BAB II

DIMENSI NORMA HUKUM KEPAILITAN DALAM PEMBIAYAAN

MUSYARAKAH PADA BANK SYARIAH DI INDONESIA

A. Kepailitan dalam Sistem Hukum di Indonesia

1. Pengertian Kepailitan

Dilihat dari perspektif etimologis, istilah kepailitan berasal dari kata *pailit*. Istilah “pailit” berasal dari bahasa Belanda “*Faiyit*” yang berarti ganda yaitu kata benda dan kata sifat. Dalam bahasa Perancis disebut *Faiyit* atau *Failite* yang berarti pemogokan atau kemacetan pembayaran, sedangkan orang yang mogok dan berhenti membayar dalam bahasa Perancis disebut “*Le Faili*”. Kata kerja *Failliet* artinya adalah gagal. Dalam bahasa Inggris dikenal dengan kata “*to fail*” dan dalam bahasa latin disebut “*Faillure*”.¹⁰⁴

Kemudian dalam bahasa Belanda dikenal kata *failiet* sedangkan dalam sistem hukum *Anglo Saxon* dikenal kata *Bankruptcy Act*. Selanjutnya dalam bahasa Indonesia kata *pailit* dapat diartikan sebagai suatu keadaan adanya situasi berhenti membayar.¹⁰⁵ Dalam Kamus Internasional bahasa Inggris, *Black’s Law Dictionary*, term pailit atau *bankrupt* adalah “*the state or condition of a person (individual, partnership, corporation, municipality) who is unable to pay its debt as they are, or become due*”. *The term includes a person against whom an involuntary petition has been failed, or who has failed a voluntary petition, or who has been adjudged a bankrupt*.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Kartono, *Pengantar Hukum Kepailitan dan Penundaan Pembayaran*, Pradya Pramita, Jakarta, 1974, hlm. 11

¹⁰⁵ Lilik Mulyadi, *Perkara Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (PKPU) Teori dan Praktik*, Ctk. Kedua, Alumni, Bandung, 2013, hlm. 46

¹⁰⁶ Bryan A. Garner, *Black Law’s Dictionary*, West Group, St. Paul, 1999, hlm. 141.

Dalam kamus hukum dikemukakan bahwa pailit diartikan sebagai keadaan di mana seorang debitor telah berhenti membayar utang-utangnya. Setelah orang yang demikian atas permintaan para kreditornya atau permintaan sendiri oleh pengadilan dinyatakan pailit maka harta kekayaan dikuasai oleh balai harta peninggalan selaku *curtirice* (pengampu) dalam usaha kepailitan tersebut untuk dimanfaatkan oleh semua kreditor.¹⁰⁷ Sedangkan dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI), “pailit” berarti jatuh, bangkrut, jatuh miskin, sedangkan kepailitan berarti keadaan atau kondisi seseorang atau badan hukum yang tidak mampu lagi membayar kewajibannya kepada si piutang.¹⁰⁸

Secara istilah bangkrut dan *bankrupt* mempunyai kesamaan arti dengan istilah pailit berasal dari kata bahasa Italia *banca rotta* yang berarti meja yang patah. Dalam abad ke-16 (enam belas) meja patah merupakan simbol atau lambang bagi peminjam uang yang insolven.¹⁰⁹ Abdurrachman mengatakan¹¹⁰ “bangkrut atau pailit adalah seseorang yang oleh suatu pengadilan dinyatakan *bankrupt*, dan aktivitya atau warisannya telah diperuntukkan untuk membayar hutang-hutangnya” Abdurrachman menyamakan istilah pailit dan bangkrut. Istilah bangkrut memang lebih sering diucapkan dalam kehidupan sehari-hari dan lebih familier daripada istilah pailit. Kebangkrutan seseorang bukanlah merupakan kematian hak-hak keperdataannya, karena hak-hak tersebut tetap diakui.

Dalam dunia hukum kepailitan terdapat macam-macam istilah yang memiliki arti yang hampir sama seperti *Bankruptcy* di Amerika Serikat, *Insolvency* di

¹⁰⁷ R. Subekti dan Tjitrosoedibyo, *Kamus Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1989, hlm. 85.

¹⁰⁸ KBBI, <http://kbbi.web.id/pailit> (06/12/2018)

¹⁰⁹ John Ayto, *Dictionary of Word Origin* dikutip dari Emmy Yuhassarie (ed), *Kepailitan dan Transfer Aset Secara Melawan Hukum*, Prosiding, Lokakarya Terbatas, Mahkamah Agung, Jakarta, 2004, hlm. 96

¹¹⁰ Abdurrachman, *Ensiklopedia Ekonomi, Keuangan dan Perdagangan*, Pradya Pramita, Jakarta, 1991, hlm. 303

Inggris, dan Kepailitan di Indonesia. Ketiga istilah tersebut ternyata memiliki pengertian yang berbeda; *Insolvency* memiliki pengertian yaitu suatu keadaan di mana debitor dinyatakan benar-benar tidak mampu membayar, di mana debitor lebih sedikit jumlahnya dengan utangnya. Sedangkan kata *bankruptcy* sering disamakan artinya walaupun secara ekonomis seseorang atau suatu perusahaan dikatakan bangkrut (*bankrupt*) jika keadaan dalam neraca menunjukkan bahwa posisi passivanya lebih rendah atau tidak sebanding dengan posisi aktiva atau terjadi keadaan keuangan yang tidak sehat dalam perusahaan. Sedangkan pailit bisa terjadi pada perusahaan yang keadaan keuangannya sehat dan baik-baik saja, tetapi perusahaan tersebut dapat dipailitkan karena tidak membayar utang yang telah jatuh tempo dari salah satu atau lebih kreditornya.¹¹¹

Undang-undang tidak mendefinisikan kepailitan secara spesifik, melainkan secara umum menyatakan kepailitan sebagai suatu penyitaan atas semua kekayaan debitor pailit yang pengurusannya dan pemberesannya dilakukan oleh kurator di bawah pengawasan hakim pengawas sebagaimana diatur dalam undang-undang, sehingga tidak menggambarkan esensi makna kepailitan itu melainkan justru hanya menyebut akibat hukum kepailitan, yaitu terjadinya penyitaan umum atas kekayaan debitor pailit.

Definisi tentang kepailitan menurut beberapa pakar hukum yang melihatnya dari berbagai sudut pandang diantaranya Purwosutjipto menyatakan bahwa pailit adalah keadaan berhenti membayar utang-utangnya,¹¹² menurut Subekti kepailitan adalah suatu usaha bersama untuk mendapatkan pembayaran bagi

¹¹¹ Radian Adi Nugraha, “Kedudukan Pengadilan Niaga Menurut Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004”, <https://radianadi.wordpress.com/2011/03/14/kedudukan-pengadilan-niaga-pn-menurut-uu-np-37-tahun-2004/> (07/12/2018)

¹¹² H.M.N. Purwosutjipto, *Pengertian dan Pokok-pokok Hukum Dagang Indonesia*, Djambatan, Jakarta, hlm.28

semua orang yang berpiutang secara adil.¹¹³ Munir Fuady menyatakan bahwa yang dimaksud dengan pailit atau bangkrut adalah suatu sitaan umum atas harta debitor agar dicapainya perdamaian antara debitor dan para kreditor atau agar harta tersebut dapat doibagi-bagi secara adil antara para kreditor.¹¹⁴ Sedangkan menurut Retnowulan menyebutkan bahwa kepailitan merupakan eksekusi masal yang ditetapkan dengan keputusan hakim, yang berlaku serta merta, dengan melakukan penyitaan umum atas semua harta orang yang dinyatakan pailit, baik yang ada waktu pernyataan pailit, maupun selama kepailitan berlangsung, untuk kepentingan semua kreditor, yang dilakukan dalam pengawasan yang berwajib.¹¹⁵

Aturan lama pada Pasal 1 ayat (1) *Faillisement Verordening Staatblat* 1905-217 jo. 1906-348 menyatakan: “*Setiap berutang (debitor) yang ada dalam keadaan berhenti membayar, baik atas laporan sendiri maupun atas permohonan seorang atau lebih berpiutang (kreditor), dengan putusan hakim dinyatakan pailit.*” Berbeda dengan ketentuan dalam Lampiran Undang-Undang 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 permohonan sendiri, maupun atas permintaan seorang atau lebih kreditornya.*”

Pengertian pilit dalam ayat ini dimasukkan ke dalam hal yang mengatur tentang syarat untuk dapat dijatuhkan setatus kepailitan sebagaimana diatur pada Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 yang bunyinya sebagai

¹¹³ R. Subekti, *Pokok-pokok Hukum Dagang*, Intermasa, Jakarta, 1995, hlm. 28

¹¹⁴ Munir Fuady, *Hukum Pailit*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2002, hlm. 8

¹¹⁵ Retnowulan, *Kapita Selekta Hukum Ekonomi dan Perbankan*, Seri Varia Yustisia, Jakarta, 1996, hlm. 85

berikut: “*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*”.

Dari pengertian tersebut dapat ditarik pengertian pailit merupakan suatu keadaan dimana debitor tidak mampu untuk melakukan pembayaran terhadap utang-utang dari para kreditornya. Keadaan tidak mampu lazimnya disebabkan karena kesulitan kondisi keuangan (*financial distress*) dari usaha debitor yang telah mengalami kemunduran. Kepailitan juga merupakan suatu proses di mana seorang debitor yang mempunyai kesulitan keuangan untuk membayar utangnya dinyatakan pailit oleh pengadilan, dalam hal ini pengadilan niaga, dikarenakan debitor tersebut tidak dapat membayar utangnya.

Secara universal, hukum kepailitan diperuntukkan bagi debitor yang tidak mampu membayar atau dengan lain perkataan berada dalam keadaan kondisi keuangan yang tidak sehat (*insolvent*). Dengan adanya peraturan kepailitan ini, maka secara *das sollen* negara memberikan jalan keluar bagi debitor yang sedang mengalami kesulitan keuangan agar dapat melakukan pelunasan utangnya.

Kemudian dilihat dari sudut sejarah hukum, undang-undang kepailitan pada mulanya bertujuan untuk melindungi para kreditor dengan memberikan jalan yang jelas dan pasti untuk menyelesaikan utang yang tidak dapat dibayar. Tujuan utama kepailitan adalah untuk melakukan pembagian antara para kreditor atas kekayaan debitor oleh kurator. Kepailitan dimaksudkan untuk menghindari terjadinya sitaan terpisah atau eksekusi terpisah oleh kreditor dan menggantikannya dengan mengadakan sitaan bersama sehingga kekayaan debitor dapat dibagikan kepada semua kreditor sesuai dengan hak masing-masing.

Pada masa lampau karena ada keterbatasan karena adanya keterbatasan ilmu hukum khususnya hukum kepailitan yang berasal dari hukum asing, juga istilah pailit yang jarang sekali dikenal oleh masyarakat bawah, maupun masyarakat pedesaan yang lebih akrab dengan hukum adatnya, istilah bangkrut lebih dikenal. Masyarakat desa tidak berpikir untuk memohon ke pengadilan agar dirinya dinyatakan pailit. Para pedagang kecil jika ia sudah tidak berdagang lagi karena modalnya habis dan ia tidak dapat membayar utang-utangnya lalu ia mengatakan dirinya sudah bangkrut. Tidak demikian halnya dengan pengusaha dan pedagang besar, pengertian pailit telah mereka ketahui.¹¹⁶

Dari sudut pandang keuangan, kepailitan diartikan sebagai berikut:¹¹⁷

- a. *International standard & Poors (S&P): The first occurrence of atau payment default and any financial obligation, rated or unrated, other than a financial obligations subject to a bona fide commercial dispute, an exception occurs when an interest payment missed on the due date is made within the grace period.*
- b. ISDA (*International Swaps and Derivatives Association*):

Kepailitan adalah terjadinya salah satu kejadian-kejadian berikut ini:

- 1) Perusahaan yang mengeluarkan surat utang berhenti beroperasi (pailit).
- 2) Perusahaan tidak solven atau tidak mampu membayar utang.
- 3) Timbulnya tuntutan kepailitan.
- 4) Proses kepailitan sedang terjadi.
- 5) Telah ditunjuknya *receivership*, dan
- 6) Dititipkannya seluruh aset kepada pihak ketiga.

¹¹⁶ Susanti Adi Nugroho, *Hukum Kepailitan di Indonesia dalam Teori dan Praktik serta Penerapan Hukumnya*, Kencana Prenadamedia Group, Jakarta, 2018, hlm. 32

¹¹⁷ Muliaman D. Hadad (*et.al.*), *Indikator Kepailitan di Indonesia: An Additional Early Warning Tools pada Stabilitas Sistem Keuangan*, Bank Indonesia, Jakarta, 2003, hlm. 1

Dalam hal debitor mempunyai banyak kreditor dan harta kekayaan debitor tidak cukup untuk membayar lunas semua kreditor, maka para kreditor akan melakukan upaya sesuai dengan prosedur hukum untuk mendapatkan pelunasan tagihannya terlebih dahulu. Kreditor yang datang belakangan sudah tidak dapat lagi pembayaran karena harta debitor sudah habis diambil oleh kreditor yang lebih dahulu. Berdasarkan alasan tersebut timbullah lembaga kepailitan yang mengatur tata cara yang adil mengenai pembayaran tagihan-tagihan para kreditor.¹¹⁸

Selain itu, lembaga kepailitan juga merupakan salah satu kebutuhan pokok di dalam aktivitas bisnis karena adanya status pailit merupakan salah satu sebab pelaku bisnis keluar dari pasar. Begitu memasuki pelaku bisnis bermain di dalam pasar. Apabila pelaku bisnis sudah tidak mampu lagi untuk bermain di arena pasar, maka dapat keluar dari pasar. Hal seperti inilah kemudian lembaga kepailitan itu berperan.

Berdasarkan ketentuan Pasal 1 angka (1) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 dinyatakan 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 sebagai mana diatur dalam Undang-Undang ini. Selanjutnya dalam 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.

Berhubung pernyataan pailit terhadap debitor itu harus melalui proses pengadilan (melalui fase-fase pemeriksaan), maka segala sesuatu yang menyang-

¹¹⁸ M. Hadi Shubhan, *Hukum Kepailitan: Prinsip Norma dan Praktik di Pengadilan*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta 2009, hlm.4

kut tentang peristiwa pailit itu disebut dengan istilah “kepailitan”.¹¹⁹ Dengan demikian kepailitan dapat dipahami merupakan eksekusi massal yang ditetapkan dengan keputusan hakim, yang berlaku serta merta, dengan melakukan penyitaan umum atas semua harta orang yang dinyatakan pailit, baik yang ada pada waktu pernyataan pailit maupun yang diperoleh selama kepailitan berlangsung untuk kepentingan semua kreditor dengan pengawasan pihak yang berwenang.¹²⁰

Kaitannya dengan permohonan pernyataan pailit sebagaimana diatur dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia salah satunya dapat dilakukan jika persyaratan kepailitan telah terpenuhi. Dalam ketentuan Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 disebutkan syarat kepailitan adalah “debitor yang mempunyai dua atau lebih kreditor dan tidak membayar lunas sedikitnya satu utang yang telah jatuh tempo dan dapat ditagih, dinyatakan pailit dengan putusan Pengadilan, baik atas permohonannya sendiri maupun atas permohonan satu atau lebih kreditornya”.

Berdasarkan ketentuan tersebut dapat disimpulkan bahwa permohonan pernyataan pailit terhadap seorang debitor hanya dapat diajukan apabila memenuhi syarat sebagai berikut:¹²¹

- a. Debitor yang diajukan harus memiliki lebih dari satu kreditor.
- b. Debitor tidak membayar lunas sedikitnya satu utang kepada salah satu kreditornya.
- c. Utang yang tidak dibayar itu harus telah jatuh waktu dan telah dapat ditagih (*due and payable*).

¹¹⁹Zainal Asikin, *Hukum Kepailitan dan Penundaan Pembayaran di Indonesia*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2002, hlm. 27.

¹²⁰Bernadette Waluyo, *Hukum Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang*, Mandar Maju, Bandung, 1999, hlm. 1

¹²¹Sutan Remi Sjahdeni, *Hukum Kepailitan, Op.Cit.*, hlm. 52.

Adapun yang dimaksud dengan debitor dan kreditor dalam perjanjian sebagaimana dinyatakan dalam persyaratan pernyataan pailit telah diatur dalam Pasal 1 angka 1 dan angka 2 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 yang mengesahkan sebagai berikut:

“Debitor adalah orang yang mempunyai utang karena perjanjian atau Undang-Undang yang pelunasannya dapat ditagih di muka pengadilan”.
“Kreditor adalah orang yang mempunyai piutang karena perjanjian atau Undang-Undang yang dapat ditagih di muka Pengadilan”.

Dalam KUH Perdata tidak dipakai istilah “debitor” dan “kreditor”, tetapi dipakai istilah si berutang (*schuldenaar*) dan si berpiutang (*schuldeischer*). Menurut Pasal 1235 KUH Perdata dihubungkan dengan Pasal 1234 KUH Perdata, dan Pasal 1239 KUH Perdata, si berutang adalah pihak yang wajib memberikan, berbuat atau tidak berbuat sesuatu berkenaan dengan perikatannya, baik perikatan itu timbul karena perjanjian maupun karena undang-undang. Dalam pustakapustaka hukum dan kehidupan masyarakat sehari-hari, *schuldenaar* disebut debitor, sedangkan *schuldeischer* disebut kreditor.

Persyaratan lain yang harus dipenuhi seorang pemohon pernyataan pailit diatur dalam Pasal 1 ayat (6) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 bahwa:

“Utang adalah 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 Undang-Undang dan wajib dipenuhi oleh debitor dan bila tidak dipenuhi memberi hak kepada kreditor untuk mendapatkan pemenuhannya dari harta kekayaan debitor”.

Menurut Pasal 1233 KUH Perdata, kewajiban atau utang dapat timbul dari perjanjian atau dari undang-undang. Ada kewajiban untuk memberikan sesuatu, untuk berbuat sesuatu dan tidak berbuat sesuatu. Beberapa contoh kewajiban yang timbul dari perjanjian adalah:

- a. Kewajiban debitor untuk membayar bunga dan utang pokok kepada pihak yang meminjamkan.
- b. Kewajiban pihak penjual untuk menyerahkan mobil kepada pembeli mobil tersebut.
- c. Kewajiban membangun untuk membuat rumah dan menyerahkannya kepada pembeli rumah.
- d. Kewajiban penjamin (*guarantor*) untuk menjamin pembayaran kembali pinjaman debitor kepada kreditor.

Bagi debitor, kewajiban tersebut adalah utang yang memberikan hak menagih pada kreditor (tagihan/piutang). Kegagalan debitor untuk memenuhi kewajiban sebagaimana mestinya dapat menjadi dasar Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (PKPU). Oleh sebab itu, dapat diartikan sebagai keadaan di mana debitor tidak berprestasi lagi pada saat permohonan pailit diajukan ke pengadilan. Artinya, kalau debitor masih dapat berprestasi walaupun permohonan pailit dapat diajukan ke pengadilan, namun debitor yang bersangkutan belum berada dalam keadaan berhenti membayar. Sidang pengadilan harus dapat membuktikan berdasarkan fakta atau keadaan bahwa debitor tidak berprestasi lagi, sehingga dirinya dapat dikatakan dalam keadaan tidak dapat membayar utang-utangnya.¹²²

Kemudian dalam kaitannya dengan kepailitan yang dilakukan secara sukarela (*voluntary bankruptcy*) oleh debitor, hak untuk mengajukan kepailitan yang diberikan oleh hukum dapat membantu memberhentikan semua kreditor untuk menagih sekurang-kurangnya sampai dengan seluruh uang telah diketahui

¹²²Ismail Rumadan, *Makna Utang Jatuh Tempo dalam Sengketa Kepailitan*, Kumdil MA Press, Jakarta, 2013, hlm. 48.

atau diidentifikasi menurut hukum. Dengan demikian kepailitan merupakan proses hukum sehingga orang yang tidak dapat membayar utang-utangnya dapat melanjutkan usahanya kembali mulai dari awal.

Kepailitan kini menjadi tren penyelesaian utang piutang yang paling banyak diminati karena dirasa lebih cepat, sehingga hak para kreditor lebih terjamin. Debitor yang ternyata tidak melunasi utang pada waktunya karena suatu alasan tertentu, berakibat harta kekayaan debitor baik yang bergerak maupun yang tidak bergerak, baik yang ada maupun yang akan ada dikemudian hari, yang menjadi agunan atas utangnya dapat dijual untuk menjadi sumber pelunasan utang-utangnya. Harta kekayaan debitor yang menjadi agunan tersebut tidak hanya digunakan membayar utangnya tetapi juga menjadi agunan bagi semua kewajiban lain yang timbul karena perikatan-parikatan lain maupun kewajiban yang timbul karena undang-undang.¹²³

Tujuan hukum kepailitan pada dasarnya adalah agar tidak terjadi perebutan harta debitor apabila dalam waktu yang sama ada beberapa kreditor yang menagih piutangnya dari debitor. Selain itu agar kreditor pemegang hak jaminan kebendaan yang menurut haknya dengan cara menjual barang milik debitor tanpa memperhatikan kepentingan debitor atau para kreditor lainnya. Untuk menghindari adanya kecurangan-kecurangan yang dilakukan oleh salah 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 debitor.

¹²³ Hal ini diatur dalam Pasal 1131 KUH Perdata: “Segala kebendaan si berutang, baik yang bergerak maupun yang tidak bergerak, baik yang ada maupun yang akan ada di kemudian hari, menjadi tanggungan untuk segala perikatan perorangan”

Memberikan perlindungan kepada para kreditor konkuren untuk memperoleh hak mereka sehubungan dengan berlakunya asas jaminan. Memberikan kesempatan kepada debitor dan kreditor untuk berunding membuat kesepakatan restrukturisasi utang, serta untuj menjamin kesamaan pembagian harta kekayaan debitor diantara para kreditornya.

Secara umum dapat dikatakan tujuan dari hukum kepailitan (bankruptcy law), adalah:¹²⁴

- a. Untuk menjamin pembagian yang sama terhadap harta kekayaan debitor diantara para kreditornya.
- b. Mencegah agar debitor tidak melakukan perbuatan-perbuatan yang dapat merugikan kepentingan para kreditor.
- c. Membrikan perlindungan kepada debitor yang beritikad baik daripada kreditornya, dengan cara memperoleh pembebasan utang.

Dari uraian di atas dapat dijelaskan bahwa fungsi dan tujuan dari hukum kepailitan adalah untuk memberikan perlindungan kepada para pelaku bisnis baik kepada kreditor dan debitor serta stake holder yang dalam hal ini adalah kepentingan dan hak-hak pekerja. Sehingga diharapkan memberikan jaminan kepastian dan kenyamanan bagi para pelaku usaha, baik untuk kalangan dalam negeri maupun pelaku usaha dari manca negara.

2. Sejarah Hukum Kepailitan di Indonesia

Perkembangan hukum ekonomi di Indonesia berkembang dengan sangat pesat. Perkembangan ini dipengaruhi perkembangan globalisasi perekonomian. Dari sisi hukum, perkembangan hukum ekonomi ini memunculkan transplantasi di bidang hukum. Yaitu perpindahan dari suatu aturan atau sistem hukum dari satu

¹²⁴ Susanti Adi Nugroho, Op.cit., hlm. 59

negara ke negara lain. Dari sejarah perkembangan hukum di Indonesia diketahui bahwa transplantasi hukum di Indonesia terjadi sejak jaman kolonial dan berkembang pesat pada era globalisasi. Di bidang hukum kepailitan, pemerintah kolonial Belanda dengan asas konkordansi memberlakukan *Failissement Verordening* terhadap golongan Eropah. Berlakunya hukum kepailitan ini ternyata juga dalam praktiknya diberlakukan terhadap golongan bumi putera.

Hukum kepailitan Indonesia ini yang pada mulanya merupakan warisan dari zaman Belanda, yaitu berasal dari *Failissement Verordening Staatsblad* Tahun 1905 No. 217 Juncto *Staatsblad* Tahun 1906 No. 348 (FV), yang menganut sistem hukum Eropa Kontinental, *Staatsblad* Tahun 1905 No. 217 Juncto *Staatsblad* Tahun 1906 No. 348 (FV), yang kemudian dilakukan revisi dengan Undang-Undang No. 4 Tahun 1998 Juncto Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (PERPU) No. 1 Tahun 1998, yang sekarang secara total telah diubah dengan Undang-Undang No. 37 Tahun 2004. Undang-Undang Kepailitan ini dibutuhkan sebagai akibat krisis ekonomi pada Tahun 1997 dengan asumsi bahwa akan banyak perusahaan yang tidak akan membayar utang-utang sebagai akibat krisis ekonomi Tahun 1997, maka diperlukan lembaga hukum kepailitan yang dapat secara cepat menyelesaikan utang-utangnya.¹²⁵

Sutan Remi Sjahdeni menjelaskan beberapa kurun sejarah yang perlu dicermati sehubungan dengan berlakunya *Failissement-verordening* (Peraturan Kepailitan). Kurun-kurun sejarah itu ialah tahun periode 1945-1947, tahun 1947-1998, dan tahun 1998-sekarang, yaitu:¹²⁶

¹²⁵ Jerry Hoff, *UU Kepailitan di Indonesia, (Indonesia Bankruptcy Law)*, Terjemahan Kartini Mulyadi, Jakarta, 2000, hlm. 17.

¹²⁶ Sutan Remi Sjahdeni, *Sejarah..., Op.Cit.*, hlm. 81-88

a. Periode Tahun 1945-1947:

Selama periode tahun 1945-1947 terdapat aturan pada Pasal II Aturan Peralihan UUD 1945 yang menegaskan bahwa “*segala badan negara dan peraturan yang ada masih langsung berlaku, selama belum diadakan yang baru menurut Undang-Undang Dasar ini*”. Atas dasar itu, maka seluruh perangkat hukum yang berasal dari zaman Hindia Belanda diteruskan berlakunya setelah proklamasi kemerdekaan kecuali jika setelah diuji bertentangan dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila dan ketentuan yang terdapat di dalam Undang-Undang Dasar (UUD) 1945.

Sehubungan dengan ketentuan Peraturan Peralihan tersebut, maka setelah proklamasi kemerdekaan, untuk kepailitan berlaku *Faillissement-verordening* S.1905-217 jo S.1906-348 yang dalam bahasa Indonesia disebut sebagai “Peraturan Kepailitan”. Ada yang kemudian menyebutkan bahwa *Faillissement-verordening* dengan sebutan “Undang-Undang Kepailitan” karena perubahan terhadap “*Faillissement-verordening*” dilakukan oleh pemerintah dengan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1998 tentang Kepailitan, yaitu peraturan yang setingkat dengan undang-undang, yang kemudian disahkan oleh DPR menjadi Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998, yang kemudian penggantinya juga dilakukan dengan peraturan perundang-undangan yang setingkat dengan undang-undang pula, yaitu Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang.

b. Periode Tahun 1947:

Pada tahun 1947, pemerintah pendudukan Belanda di Jakarta menerbitkan Peraturan Darurat Kepailitan 1947 (*Noodsregeling Faillissementen* 1947). Tujuan

peraturan ini adalah untuk memberikan dasar hukum bagi penghapusan putusan kepailitan yang terjadi sebelum jatuhnya Jepang, sehingga Peraturan Darurat Kepailitan 1947 tersebut sudah tidak berlaku lagi.

c. Periode Tahun 1947-1998:

Di dalam praktik, *Faillissement-verordening* relatif sangat sedikit digunakan. Faktor penyebabnya antara lain karena keberadaan peraturan itu di tengah-tengah masyarakat masih kurang dikenal dan dipahami. Sosialisasinya ke masyarakat sangat minim. Sebagaimana telah dikemukakan di atas, bahwa *Faillissement-verordening* itu beraku untuk pedagang di lingkungan masyarakat yang tunduk pada hukum perdata dan dagang Barat saja. Akibatnya adalah *Faillissement-verordening* itu tidak dirasakan sebagai suatu peraturan yang menjadi milik masyarakat pribumi sehingga tidak pernah tumbuh di dalam kesadaran hukum masyarakat.

Alasan lainnya adalah karena sebagian besar masyarakat pedagang atau pengusaha pribumi Indonesia dan para pengusaha menengah dan kecil masih belum banyak melakukan transaksi bisnis yang besar-besar. Pada umumnya pula mereka masih melakukan transaksi dalam lingkungan yang terbatas. Sebagian besar masyarakat pengusaha Bumiputra belum mengenal sistem hukum bisnis Barat. Antara lain mereka belum:

- 1) Melakukan kegiatan usaha dengan mendirikan badan usaha berbentuk perseroan terbatas.
- 2) Menerbitkan dan/atau melakukan perdagangan surat-surat berharga.
- 3) Melakukan pembukuan atas transaksi-transaksi bisnis dan keadaannya.

- 4) Melakukan pembayaran dengan menggunakan sistem perbankan, dan
- 5) Membebaskan tanggung jawab atas utangnya pada kekayaan perusahaan, bukan pada kekayaan pribadinya.

Sebab lainnya adalah masyarakat menyangsikan kemampuan pengadilan untuk dapat bersikap objektif atau tidak memihak serta akan dengan sungguh-sungguh menegakkan keadilan yang sebaik-baiknya di dalam pemeriksaan permohonan pernyataan pailit. Oleh karena persepsi masyarakat yang negatif terhadap badan peradilan, masyarakat merasa tidak ada sarana yang efektif yang dapat digunakan oleh kreditor untuk dapat melindungi kepentingannya, khususnya agar debitor yang nakal dapat melunasi kewajibannya dan jika perlu dengan melakukan paksaan secara hukum melalui pengadilan.

d. Periode Tahun 1998-2004:

Pada Juli 1997 terjadi krisis moneter di Indonesia. Krisis moneter tersebut kemudian menjadi makin parah karena terjadinya krisis politik yang mengakibatkan lengsernya Soeharto sebagai Presiden Republik Indonesia pada tanggal 21 Mei 1998. Krisis moneter itu diawali dengan melemahnya nilai tukar rupiah terhadap mata uang dolar AS. Hal itu telah mengakibatkan utang para pengusaha Indonesia dalam valuta asing, terutama terhadap kreditor luar negeri, menjadi membengkak luar biasa sehingga mengakibatkan banyak sekali debitor Indonesia yang tidak mampu membayar utang-utangnya. Di samping itu, kredit macet di perbankan dalam negeri juga makin membumbung tinggi secara luar biasa (sebelum krisis moneter perbankan Indonesia memang juga telah menghadapi masalah kredit bermasalah atau *Non-Performing Loans* yang memprihatinkan), yaitu sebagai akibat terpuruknya sektor riil.

Dihadapkan pada situasi tersebut, masyarakat kreditor bank-bank dalam negeri dan luar negeri, mulai mencar-cari sarana yang dapat digunakan untuk menagih tagihannya dengan memuaskan. Dirasakan bahwa peraturan kepailitan yang ada, yaitu *Faillissement-verordening*, sangat tidak dapat diandalkan. Sementara itu pula, upaya restrukturisasi utang tidak tampak terlalu menjanjikan bagi para kreditor karena masih terpuruknya sektor riil. Selain itu, dikhawatirkan upaya penyelesaian utang dengan menempuh restrukturisasi, utang prosesnya akan dapat berlangsung lama.

Dalam kenyataannya banyak ditemukan debitor yang sulit dihubungi oleh para kreditornya karena berusaha mengelak untuk bertanggung jawab atas penyelesaian utang-utangnya. Sementara itu, upaya restrukturisasi utang hanya mungkin ditempuh apabila debitor bersedia bertemu dan duduk berunding dengan para kreditornya atau sebaliknya. Di samping adanya kesediaan debitor untuk berunding itu (debitor beriktikad baik), bisnis debitor harus masih memiliki prospek yang baik untuk mendatangkan *revenue* sebagai sumber pelunasan utang yang direstrukturisasi itu. Apalagi bila perusahaan debitor perlu diberi tambahan kredit (injeksi kredit) dalam program restrukturisasi utangnya.

Mengingat upaya restrukturisasi utang masih belum dapat diharapkan akan berhasil baik, sedangkan upaya hukum melalui kepailitan dengan menggunakan *Faillissement-verordening* yang berlaku dapat sangat lambat prosesnya dan tidak dapat dipastikan hasilnya, maka masyarakat kreditor, terutama masyarakat kreditor luar negeri menghendaki agar peraturan kepailitan Indonesia, yaitu *Faillissement-verordening*, secepatnya dapat diganti atau diubah.

Berkenaan dengan hal tersebut di atas, IMF sebagai pemberi utang kepada Republik Indonesia berpendapat pula bahwa upaya mengatasi krisis moneter

Indonesia tidak dapat terlepas dari keharusan penyelesaian utang-utang luar negeri para pengusaha Indonesia dan upaya untuk menyelesaikan kredit-kredit macet perbankan Indonesia. Oleh karena itu, IMF mendesak pemerintah Republik Indonesia agar segera mengganti atau mengubah peraturan kepailitan yang berlaku, yaitu *Faillissement-verordening*, sebagai sarana penyelesaian utang-utang pengusaha Indonesia kepada para kreditornya. Sebagai hasil desakan IMF tersebut, akhirnya pemerintah turun tangan dan lahirlah Perpu Nomor 1 Tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-Undang tentang Kepailitan (Perpu Kepailitan). Perpu tersebut telah mengubah dan menambah beberapa pasal peraturan kepailitan (*Faillissement-verordening*).

Dari segi bahasa, ada yang kurang tepat pada judul Perpu tersebut, karena selama ini, *Faillissement-verordening* kita kenal dengan nama/sebutan “Peraturan Kepailitan” dan bukan “Undang-Undang Kepailitan”. Oleh penyusun Perpu, kata “*verordening*” dalam *Faillissement-verordening* telah diterjemahkan dengan kata “undang-undang”. Oleh karena selama itu kata “*verordening*” telah diterjemahkan ke dalam istilah “Peraturan”, maka Perpu Kepailitan tersebut seyogianya disebut sebagai Perpu No.1 Tahun 1998 tentang “Perubahan Peraturan Kepailitan” bukan “Perubahan Undang-Undang Kepailitan”.

Setelah diterbitkannya Perpu Kepailitan pada 22 April 1998 oleh pemerintah, lima bulan kemudian Perpu Kepailitan diajukan kepada DPR. Pada 9 September 1998 Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No. 1 Tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-Undang Kepailitan itu ditetapkan menjadi UU Nomor 4 Tahun 1998.

Dalam upaya memahami terjadinya perubahan terhadap *Faillissement-verordening* hingga menjadi Undang-Undang Kepailitan, yaitu Undang-Undang

Nomor 4 tahun 1998, perlu diketahui latar belakang mengapa perubahan itu dilakukan. Beberapa pertimbangan yang dikemukakan di dalam bagian pertimbangan dari Undang-Undang Kepailitan tersebut adalah sebagai berikut:

- 1) Gejolak moneter yang terjadi di Indonesia sejak pertengahan tahun 1997 telah memberi pengaruh yang tidak menguntungkan terhadap kehidupan perekonomian nasional, dan menimbulkan kesulitan yang besar di kalangan dunia usaha untuk meneruskan kegiatannya termasuk dalam memenuhi kewajiban kepada kreditor.
- 2) Untuk memberikan kesempatan kepada pihak kreditor dan perusahaan sebagai debitor untuk mengupayakan penyelesaian yang adil, diperlukan sarana hukum yang dapat digunakan secara cepat, terbuka, dan efektif.
- 3) Salah satu sarana hukum yang menjadi landasan bagi penyelesaian utang piutang adalah peraturan tentang kepailitan, termasuk peraturan tentang penundaan kewajiban pembayaran utang.
- 4) Peraturan tentang kepailitan yang masih berlaku, yaitu *Faillissement-verordening* atau Undang-Undang tentang Kepailitan sebagaimana termuat dalam *Staatsblad* Tahun 1905 Nomor 217 *juncto* *Staatsblad* Tahun 1906 Nomor 348, memerlukan penyempurnaan dan penyesuaian dengan keadaan dan kebutuhan bagi penyelesaian utang piutang tadi.
- 5) Untuk mengatasi gejolak moneter beserta akibatnya yang berat terhadap perekonomian saat ini, salah satu persoalan yang sangat mendesak dan memerlukan pemecahan adalah penyelesaian utang piutang perusahaan, dan demikian adanya peraturan kepailitan dan penundaan kewajiban pembayaran yang dapat digunakan oleh debitor dan para kreditor secara cepat, terbuka, dan efektif menjadi sangat perlu untuk segera diwujudkan.

- 6) Selain untuk memenuhi kebutuhan dalam rangka penyelesaian utang piutang di atas, terwujudnya mekanisme penyelesaian sengketa secara adil, cepat, terbuka, dan efektif melalui suatu pengadilan khusus di lingkungan Peradilan Umum yang dibentuk dan bertugas menangani, memeriksa, dan memutuskan berbagai sengketa tertentu di bidang perniagaan termasuk di bidang kepailitan dan penundaan pembayaran, juga sangat diperlukan dalam penyelenggaraan kegiatan usaha dan kehidupan perekonomian pada umumnya.
- 7) Sehubungan dengan adanya kebutuhan yang sangat mendesak bagi penyelesaian tersebut di atas, dipandang perlu secepatnya melakukan penyempurnaan terhadap beberapa ketentuan dalam Undang-Undang tentang Kepailitan (*Staatsblad* Tahun 1905 Nomor 217 *juncto* *Staatsblad* Tahun 1906 Nomor 348) dan menetapkannya dengan peraturan pemerintah pengganti undang-undang.

Dalam penjelasan UU Kepailitan No. 4 Tahun 1998 itu, diuraikan terhadap pokok-pokok penyempurnaan terhadap *Failissement-verordening* itu. Pokok-pokok itu meliputi segi-segi penting yang dinilai penting perlu untuk mewujudkan penyelesaian masalah utang piutang secara cepat, adil, terbuka, dan efektif, yaitu:

- 1) Penyempurnaan syarat-syarat dan prosedur permintaan pernyataan kepailitan. Termasuk di dalamnya, pemberian kerangka waktu yang pasti bagi pengambilan putusan pernyataan kepailitan.
- 2) Penyempurnaan pengaturan yang bersifat penambahan ketentuan tentang tindakan sementara yang dapat diambil pihak-pihak yang bersangkutan, khususnya kreditor, atas kekayaan debitor sebelum adanya putusan pernyataan kepailitan.

- 3) Peneguhan fungsi kurator dan penyempurnaan yang memungkinkan berfungsinya pemberian jasa-jasa tersebut di samping institusi yang selama ini telah dikenal, yaitu kurator. Ketentuan yang ditambahkan antara lain mengatur syarat-syarat untuk dapat melakukan kegiatan sebagai kurator berikut kewajiban mereka.
- 4) Penegasan upaya hukum yang dapat diambil terhadap putusan pernyataan kepailitan, bahwa untuk itu dapat langsung diajukan kasasi ke Mahkamah Agung. Tata cara dan kerangka waktu bagi upaya hukum tadi juga ditegaskan dalam penyempurnaan ini.
- 5) Dalam rangka kelancaran proses kepailitan dan pengamanan berbagai kepentingan secara adil, dalam rangka penyempurnaan ini juga ditegaskan adanya mekanisme penangguhan pelaksanaan hak di antara kreditor yang memegang hak tanggungan, gadai, atau agunan lainnya. Diatur pula ketentuan mengenai status hukum atas perikatan yang telah dibuat debitor sebelum adanya putusan pernyataan kepailitan.
- 6) Penyempurnaan dilakukan pula terhadap ketentuan tentang penundaan kewajiban pembayaran sebagaimana telah diatur dalam Bab Kedua Undang-Undang Kepailitan.
- 7) Penegasan dan pembentukan peradilan khusus yang akan menyelesaikan masalah kepailitan secara umum. Lembaga ini berupa Pengadilan Niaga dengan hakim-hakimnya yang akan bertugas secara khusus. Pembentukan Pengadilan Niaga ini bukan merupakan langkah diferensiasi atas Peradilan Umum, yang dimungkinkan pembentukannya berdasarkan Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Pokok-Pokok Kekuasaan Kehakiman.

Mengenai Pengadilan Niaga, dapat dikemukakan bahwa Pengadilan Niaga bukan merupakan badan peradilan baru di luar badan peradilan yang telah ditetapkan oleh UU Nomor 14 Tahun 1970 tersebut, tetapi sekedar merupakan *chamber* khusus yang baru dalam peradilan umum. Jadi, bukan badan peradilan yang berdiri sendiri. Dalam peraturan pemerintah pengganti undang-undang ini, peradilan khusus yang disebut Pengadilan Niaga tersebut akan khusus bertugas menangani permintaan pernyataan kepailitan. Keberadaan lembaga ini akan diwujudkan secara bertahap. Begitu pula dengan lingkup tugas dan kewenangannya di luar masalah kepailitan, akan ditambahkan atau diperluas dari waktu ke waktu. Semuanya akan dilakukan dengan mempertimbangkan tingkat kebutuhan dan yang penting lagi, tingkat kemampuan serta ketersediaan sumber daya yang akan mendukungnya.

Perpu No. 1 Tahun 1998 sebagaimana kemudian telah disahkan menjadi UU No. 4 Tahun 1998 bukan merupakan Undang-Undang Kepailitan yang baru melainkan hanya sekedar mengubah dan menambah *Faillissement-verordening* S.1905 No. 217 Jo.S. 1906 No. 348. *Faillissement-verordening* terdiri atas 279 pasal, sedangkan UU No. 4 Tahun 1998 mencabut 6 pasal (Pasal 14A, 19, 218, 219, 221, dan 272) dan 1 ayat (Pasal 149 ayat (3)). Terdapat 93 pasal yang diubah dan menambah 10 pasal baru. Dengan demikian, jumlah pasal UU No. 4 Tahun 1998 adalah 282 pasal.

e. Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004:

Sebelum Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-Undang tentang Kepailitan diajukan pemerintah kepada DPR, terlebih dahulu telah diadakan pertemuan setengah kamar antara DPR yang diwakili oleh berbagai fraksi DPR dan Menteri Keha-

kiman mewakili pemerintah. Pada pertemuan tersebut terjadi perbedaan pendapat di antara DPR dan pemerintah mengenai substansi Perpu tersebut. Kalangan DPR menginginkan agar materi yang diatur dalam Perpu itu diubah pengaturannya.

Namun demikian, pihak pemerintah berpendapat bahwa sebaiknya Perpu itu diterima begitu saja oleh DPR dan disahkan sebagai Undang-Undang. Alasan pemerintah adalah karena *deadline* yang ditetapkan dalam *Letter of Intent* yang telah ditandatangani antara IMF dan pemerintah mengenai keharusan bagi Indonesia untuk segera mengundangkan Undang-Undang Kepailitan telah terlampaui waktunya. Pemenuhan isi *Letter of Intent* itu merupakan syarat bagi Indonesia untuk dapat memperoleh pengucuran dana pinjaman dari IMF yang sangat dibutuhkan bagi Indonesia dalam rangka mengatasi kesulitan ekonomi sebagai akibat dari krisis moneter di Indonesia mulai pertengahan 1997.

Jalan keluar sehubungan dengan perbedaan pendirian antara DPR dan pemerintah itu adalah kompromi, yaitu disepakati bahwa pemerintah dalam jangka waktu paling lama satu tahun terhitung sejak tanggal UU No. 4 Tahun 1998 diundangkan, yaitu sejak 9 September 1998, akan menyampaikan RUU tentang Kepailitan yang baru kepada DPR RI.

Sesuai dengan kesepakatan tersebut seharusnya paling lambat tanggal 9 September 1999 pemerintah sudah harus menyampaikan RUU tentang Kepailitan yang baru sebagai Pengganti Perpu No. 1 Tahun 1998 *jo* UU No. 4 Tahun 1998. Namun karena berbagai alasan dan hambatan ternyata RUU tersebut tertunda penyelesaiannya. Pada akhirnya pemerintah berhasil menyusun RUU yang dimaksud, yaitu “RUU tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang” dan setelah dibahas dengan DPR kemudian diundangkan menjadi UU No. 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang.

3. Penerapan Hukum Kepailitan di Indonesia

Untuk menjelaskan hokum kepailitan di Indonesia peneliti menjelaskannya dari beberapa aspek:

a. Penerapan Prinsip Hukum Kepailitan

Prinsip hukum merupakan *ratio legis* dari norma hukum. Satjipto Raharjo menyatakan bahwa asas hukum merupakan jantungnya peraturan hukum dan ia merupakan landasan yang paling luas bagi lahirnya suatu peraturan hukum, yang berarti bahwa peraturan-peraturan hukum itu pada ahirnya bisa dikembalikan kepada asas-asas tersebut.¹²⁷ Asas atau prinsip hukum bukanlah merupakan peraturan hukum kongkrit, melainkan merupakan pikiran dasar yang umum sifatnya atau merupakan latar belakang dari peraturan yang kongkrit yang terdapat dalam dan di belakang setiap sistem hukum yang terjelma dalam peraturan perundang-undangan dan putusan hakim yang merupakan hukum positif dan dapat ditemukan dengan mencari sifat-sifat umum dalam peraturan kongkrit tersebut.¹²⁸

Prinsip-prinsip hukum tentang kepailitan dalam Undang-Undang Kepailitan Indonesia terdiri atas:

1) Prinsip *Paritas Creditorium* dan *Structured Prorata*

Sita umum terhadap seluruh harta debitor yang selanjutnya dibagikan kepada para kreditor sesuai hak proporsinya merupakan ketentuan kepailitan sebagai pelaksanaan lebih lanjut dari ketentuan Pasal 1131 Jo 1132 KUH Perdata. Ketentuan ini merupakan realisasi dari prinsip *paritas creditorium* yaitu segala kebendaan si berutang baik yang bergerak maupun yang tidak bergerak, baik yang sudah ada maupun yang baru akan ada dikemudian hari, menjadi tanggungan

¹²⁷ Satjipto Raharjo, *Ilmu Hukum*, Alumni, Bandung, 1986, hlm. 85

¹²⁸ Sudikno Mertkusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 2005, hlm. 34

untuk segala perikatannya perseorangan dan prinsip *pari passu prorata parte* yaitu kebendaan tersebut menjadi jaminan bersama-sama bagi semua orang yang mengutangkan padanya, pendapatan penjualan benda-benda itu dibagi-bagi menurut keseimbangannya yaitu menurut besar kecilnya piutang masing-masing, kecuali apabila diantara para berpiutang itu ada alasan-alasan yang sah untuk didahulukan.

Jika prinsip *paritas creditorium* bertujuan untuk memberikan keadilan kepada semua kreditor tanpa membedakan kondisinya terhadap harta debitor kenadati pun harta debitor tersebut tidak berkaitan langsung dengan transaksi yang dilakukannya, maka prinsip *pari passu prorata parte* memberikan keadilan kepada kreditor dengan konsep keadilan proporsional, dimana kreditor yang memiliki piutang yang lebih besar, maka akan mendapatkan porsi pembayaran piutangnya dari debitor lebih besar dari kreditor yang memiliki piutang yang lebih kecil daripadanya. Seandainya disamaratakan kedudukannya tanpa melihat besar kecilnya piutang, akan menimbulkan ketidakadilan.¹²⁹

Kreditor yang oleh undang-undang diberikan keistimewaan berupa hak preferensi dalam pelunasan piutangnya dapat menerapkan prinsip *structured creditor/structured prorata* yaitu prinsip yang mengklasifikasikan dan mengelompokkan berbagai macam debitor sesuai dengan kelasnya masing-masing. Dalam kepailitan kreditor dikelompokkan dalam tiga macam, yaitu: kreditor separatis, kreditor preferen dan kreditor konkuren.¹³⁰

Dalam hukum perdata umum pembedaan kreditor hanya dibedakan pada kreditor preferen dan konkuren. Kreditor preferen dalam hukum perdata umum

¹²⁹ M. Hadi Shubhan, Op.cit., hlm. 30

¹³⁰ *Ibid.* hlm. 32

dapat mencakup kreditor yang memiliki hak jaminan kebendaan dan kreditor yang menurut undang-undang harus didahulukan pembayaran piutangnya. Akan tetapi di dalam kepailitan, yang dimaksud kreditor preferen hanya kreditor yang menurut undang-undang harus didahulukan pembayaran piutangnya, seperti pemegang hak privilege, pemegang hak retensi, dan lain sebagainya. Sedangkan kreditor yang memiliki jaminan kebendaan, dalam hukum kepailitan diklasifikasikan dengan sebutan kreditor separatis.¹³¹

Prinsip *structured creditor* telah diatur sebagaimana dalam Pasal 2 ayat (1) UUK yang menyatakan 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. Dalam pasal ini juga makna kreditor juga mencakup semua kreditor baik kreditor separatis, kreditor preferen, maupun kreditor konkuren sebagaimana dalam penjelasan pasal tersebut, lebih lanjut dijelaskan khusus mengenai 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. Bilamana terdapat sindikasi kreditor, maka masing-masing kreditor adalah kreditor sebagai mana dimaksud dalam Pasal 1 angka 2.

Dalam kepailitan yang disyaratkan paritas adalah kreditornya bukan utangnya. Sehingga kreditor yang memiliki beberapa utang terhadap satu kreditor tidak memenuhi prinsip *paritas creditorium*, namun sebaliknya debitor yang memiliki satu perjanjian utang, akan tetapi satu perjanjian utang tersebut dimiliki

¹³¹ *Ibid.* hlm. 33

oleh beberapa kreditor, maka justru memenuhi prinsip *paritas creditorium*, masing-masing kreditor tersebut adalah kreditor mandiri yang berwenang sebagai kreditor dalam kepailitan termasuk untuk mengajukan pailit terhadap debitornya tersebut.¹³²

2) Prinsip *Debt Collection*

Sebagaimana ditegaskan dalam UUK bahwa jika debitor mempunyai dua atau lebih kreditor dan tidak membayar lunas sedikitnya satu utang yang telah jatuh waktu dan dapat ditagih, dinyatakan pailit oleh pengadilan, baik atas permohonannya sendiri maupun atas permohonan satu atau lebih kreditornya, kepailitan meliputi seluruh kekayaan si debitor pada saat pernyataan pailit, beserta segala apa yang diperoleh selama kepailitan, serta menyatakan kepailitan adalah sita umum atas semua kekayaan debitor. Ketentuan ini adalah penormaam dari prinsip *debt collection* dan *debt pooling*.

Prinsip *debt collection* ini mengarah pada ketentuan persyaratan materiil untuk suatu subjek hukum dapat dipailitkan serta mengarah pada hakikat kepailitan sebagai *debt collection tool*. Prinsip kepailitan yang terkandung dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 1 ayat (1) UUK sangat memegang teguh bahwa kepailitan adalah sebagian pranata *debt collection*. Persyaratan untuk dipailitkan hanya dua syarat kumulatif, yakni debitor memiliki utang yang telah jatuh tempo yang dapat ditagih yang belum dibayar lunas serta memiliki dua atau lebih kreditor. Undang-undang tidak memberikan syarat lain selain dua hal tersebut, termasuk tidak mensyaratkan jumlah minimum utang tertentu atau mensyaratkan suatu keadaan insolven di mana harta kekayaan debitor (aktiva) jauh lebih kecil dari utang-utang yang dimiliki (pasiva) yang biasanya diukur dengan suatu

¹³² *Ibid.* hlm. 78

insolvency test. Prinsip *debt collection* dalam undang-undang kepailitan di Indonesia lebih mengarah kepada kemudahan untuk melakukan permohonan kepailitan.¹³³

3) Prinsip Utang

Sebelum kreditor mengajukan permohonan kepailitan terhadap debitor, syarat materiil yang harus dipenuhi kreditor adalah adanya utang yang telah jatuh tempo yang tidak dibayar dan dapat ditagih dan debitor memiliki setidaknya dua kreditor. Hal ini secara tegas ditetapkan dalam Pasal 2 Ayat (1) UUK-PKPU.

Jika dianalisis persyaratan materiil untuk mengajukan perkara kepailitan adalah sangat sederhana, yakni adanya utang yang jatuh tempo yang belum dibayar lunas serta memiliki sekurang-kurangnya dua kreditor. Adanya suatu utang akan dibuktikan oleh kreditor bahwa debitor mempunyai utang yang dapat ditagih karena sudah jatuh tempo ataupun karena dimungkinkan oleh perjanjiannya untuk dapat ditagih.

Dalam Pasal 1 Angka 6 UUK-PKPU dijabarkan bahwa yang dimaksud dengan utang dalam hukum kepailitan adalah kewajiban yang dinyatakan atau dapat dinyatakan dalam jumlah uang baik mata uang Indonesian maupun mata uang asing, baik secara langsung maupun yang akan timbul di lain hari (*kontinjen*) yang timbul karena perjanjian atau Undang-Undang dan yang wajib yang harus dipenuhi oleh debitor dan apabila tidak terpenuhi memberi hak kepada kreditor untuk dapat pemenuhannya dari harta kekayaan debitor.

Penjabaran definisi utang dalam Undang-Undang Kepailitan tahun 2004 ini merupakan perbaikan yang cukup signifikan dari Undang-Undang Kepailitan sebelumnya. Pada Undang-Undang Kepailitan sebelumnya yakni Undang-Undang

¹³³ *Ibid.* hlm. 82

Nomor 4 Tahun 1998 *juncto* Peraturan Kepailitan tidak dijelaskan mengenai batasan utang tersebut. Sehingga pada mula berlakunya Undang-Undang Kepailitan revisi Tahun 1998 terdapat dua interpretasi baik dari kalangan akademisi maupun praktisi. Satu kelompok menyatakan bahwa utang di sini berarti utang yang timbul dari perjanjian utang piutang yang berupa sejumlah uang. Kelompok ini menginterpretasikan utang dalam arti sempit, sehingga tidak mencakup prestasi yang timbul sebagai akibat adanya perjanjian di luar perjanjian utang piutang. Sedangkan sebagian kelompok berpendapat bahwa yang dimaksud utang dalam Pasal 1 UUK-PKPU adalah prestasi yang harus dibayar yang timbul sebagai akibat perikatan. Utang di sini dalam arti yang luas. Istilah utang tersebut menunjuk pada hukum kewajiban hukum perdata. Kewajiban atau utang dapat timbul baik dari kontrak atau dari undang-undang (Pasal 1233 KUH Perdata). Prestasi tersebut terdiri dari: memberikan sesuatu, berbuat sesuatu, atau tidak berbuat sesuatu. Pendapat ini juga dianut oleh sebagian kalangan hakim agung dalam perkara kepailitan.¹³⁴

Dalam KUH Perdata maupun rezim hukum keperdataan tidak dikenal utang dalam arti sempit maupun utang dalam arti luas. Utang adalah utang. Utang adalah utang sebagaimana yang tersurat antara lain dalam Pasal 1233 KUH Perdata. Namun di dalam praktik dan dalam wacana para ahli berkembang diskursus terminologi tersebut. Dari kedua pendapat tersebut mengenai utang, maka yang tepat adalah kelompok pendapat yang menyatakan bahwa utang dalam arti luas, karena Undang-Undang Kepailitan merupakan penjabaran lebih khusus dari KUH Perdata, maka utang dalam UUK-PKPU adalah prestasi sebagaimana diatur dalam KUH Perdata. Dan juga berkaitan dengan prinsip *debt pooling*, di

¹³⁴ *Ibid.* hlm. 88

mana kepailitan merupakan sarana untuk melakukan distribusi aset terhadap para kreditornya dan kreditor dalam hal tidak berkaitan khusus dengan perjanjian utang piutang saja melainkan dalam dalam konteks perikatan. Utang dalam kaitan dengan perikatan bisa timbul karena perjanjian dan bisa pula timbul karena undang-undang. Utang dalam perikatan yang timbul karena undang-undang bisa timbul dari undang-undang saja dan bisa pula timbul dari undang-undang sebagai akibat perbuatan orang. Perikatan yang lahir dari undang-undang sebagai akibat perbuatan orang bisa berupa perbuatan yang sesuai dengan undang-undang bisa pula perbuatan yang melanggar hukum (*onrechtmatige daad*).

Dalam Peraturan Kepailitan (FV) pun menganut konsep utang dalam arti luas. Siti Soemarti Hartono menyatakan dalam yurisprudensi ternyata bahwa membayar tidak selalu berarti menyerahkan sejumlah uang. Menurut putusan H. R. 3 Juni 1921, membayar berarti memenuhi suatu perikatan, ini dapat diperuntukkan untuk menyerahkan barang-barang.¹³⁵

Di samping prinsip utang menganut konsep utang dalam arti luas, utang yang dijadikan dasar mengajukan kepailitan harus memenuhi unsur sebagai berikut:

- a) Utang tersebut telah jatuh tempo;
- b) Utang tersebut dapat ditagih; dan
- c) Utang tersebut tidak dibayar lunas.

Suatu utang telah dinyatakan telah jatuh tempo ketika waktu tersebut telah sesuai dengan jangka waktu yang telah diperjanjikan atau terdapat hal-hal lain di mana utang tersebut dapat ditagih sekalipun belum jatuh tempo. Utang yang

¹³⁵Siti Soemarti Hartono, *Pengantar Hukum Kepailitan dan Penundaan Pembayaran*, Fakultas Hukum UGM, Yogyakarta, 1993, hlm. 8.

belum jatuh tempo dapat ditagih dengan menggunakan “*acceleration clause* atau *acceleration provision*” atau percepatan jatuh tempo dan *default clause*. Setiawan membedakan *acceleration clause* dengan *default clause*. *Acceleration clause* memberikan hak kepada kreditor untuk mempercepat waktu jatuh tempo dari utang, jika kreditor merasa dirinya tidak aman (*deems itself insecure*).

Oleh karena itu, *acceleration clause* lebih luas dari pada *default clause* yang digunakan apabila kreditor memandang bahwa hal tersebut perlu dilakukan meskipun utang belum jatuh tempo.¹³⁶ Kreditor dapat mempercepat jatuh tempo utang debitor dalam hal terjadi *event of default*, artinya telah terjadi sesuatu atau tidak terpenuhinya sesuatu yang diperjanjikan oleh debitor dalam perjanjian kredit sehingga menyebabkan kreditor mempercepat jatuh tempo. Selanjutnya Setiawan mengatakan bahwa untuk menggunakan *acceleration clause* harus disertai dengan *good faith*. Adapaun yang dimaksud dengan *good faith* adalah adanya *reasonable evidence*, dan bukti tersebut tidak harus berupa putusan Pengadilan.¹³⁷

Suatu utang dapat ditagih jika utang tersebut bukan utang yang timbul dari perikatan alami (*natuurlijke verbinten*). Perikatan yang pemenuhannya tidak dapat dituntut di muka pengadilan dan yang lazimnya disebut perikatan alami tidak dapat digunakan sebagai alasan untuk mengajukan permohonan pailit. Fred B.G. Tumbuan menyatakan bahwa yang diartikan sebagai perikatan alami adalah semisal perikatan yang oleh ketentuan peundang-undangan dinyatakan tidak dapat dituntut pemenuhannya baik (i) *ab initio* (dari semula) semisal dalam hal utang yang terjadi karena perjudian atau pertaruhan (Pasal 1788 KUH Perdata), maupun

¹³⁶ Setiawan, *Pengertian Jatuh Tempo*, Dalam: Emmy Yuhassarie, *Undang-Undang Kepailitan dan Perkembangannya*, Pusat Pengkajian Hukum, Jakarta, 2004, hlm. 124.

¹³⁷ *Ibid*, hlm. 124.

(ii) sesudahnya sebagai akibat telah terjadinya kadaluwarsa (Pasal 1967 KUH Perdata).¹³⁸

Sedangkan maksud ditegaskannya bahwa utang dalam kepailitan merupakan utang yang tidak dibayar lunas adalah untuk memastikan bahwa utang yang telah dibayar akan tetapi, belum melunasi kewajiban maka utang tersebut bisa dijadikan dasar untuk mengajukan kepailitan. Penegasan ini sering terjadi akal-akalan dari debitor, yakni, debitor tetap melakukan pembayaran akan tetapi besarnya angsuran pembayaran tersebut masih jauh dari yang seharusnya. Hal ini juga berangkat dari pengalama pelaksanaan peraturan kepailitan lama yakni *Faillesment Verordening (FV)*, di mana dalam *FV* mensyaratkan bahwa debitor telah berhenti membayar utang, dan jika debitor masih membayar utang walaupun hanya sebagian dan masih jauh dari lunas, maka hal itu tidak dapat dikatakan debitor telah berhenti membayar.

Dalam pada itu, hukum kepailitan di Indonesia menganut prinsip utang dalam konsep yang luas, akan tetapi tidak menganut prinsip pembatasan jumlah nilai nominal uang seperti yang terdapat dalam sistem kepailitan di negara lain, misalnya Singapura dan Hongkong. Saya melihat hal ini sebagai kekurangan dan bahkan kelemahan aturan hukum kepailitan di Indonseia. Argumentasi yuridisnya adalah bahwa dengan tidak dibatasi jumlah minimum utang sebagai dasar pengajuan permohonan kepailitan, maka akan terjadi penyimpangan hakikat kepailitan dari kepailitan sebagai pranata likuidasi yang cepat terhadap kondisi keuangan debitor yang tidak mampu melakukan pembayaran utang-utangnya

¹³⁸ Fred BG Tumbuan, *Mencermati Makna Debitor, Kreditor, dan Utang Berkaitan dengan Kepailitan*, Dalam Emmy Yuhassarie (ed.), *Undang-Undang Kepailitan dan Perkembangannya*, Pusat Pengkajian Hukum, Jakarta, 2004, hlm. 20-21.

kepada para kreditornya sehingga untuk mencegah terjadinya *unlawful execution* dari para kreditornya, menjadi kepailitan sebagai alat tagih semata.

Jika dikaji lebih komprehensif, konstruksi hukum kepailitan yang demikian adalah tidak lepas dari peran para perancang perubahan Undang-Undang Kepailitan di Indonesia. Jerry Hoff, pengacara berkebangsaan belanda sebagai salah satu perancang perubahan Undang-Undang Kepailitan yang khusus di-hire oleh IMF, sengaja men-*setting* prinsip utang yang sedemikian tersebut dengan tujuan untuk lebih semakin mudah mempailitkan debitor tanpa mengaitkan makna kepailitan yang sesungguhnya.¹³⁹

M. Hadi Shubhan tidak sependapat dengan Jerry Hoff, menyatakan bahwa pembatasan jumlah minimum utang bukanlah sebuah diskriminasi, dan walaupun hal tersebut sebagai diskriminasi, maka menjadi tidak masalah jika hal tersebut diatur dalam undang-undang. Karena pembatasan jumlah minimum tersebut justru akan memberikan perlindungan terhadap kreditor yang mempunyai utang mayoritas serta perlindungan hukum terhadap debitor tersebut. Bisa dibayangkan mempunyai utang hanya sebesar satu juta rupiah saja bisa dijadikan dasar untuk mempailitkan sebuah perusahaan raksasa yang memiliki aktiva triliunan rupiah. Dari segi komparasi hukum, juga merupakan suatu kelaziman bentuk pembatasan jumlah minimum utang seperti yang ada di Singapura dan Hongkong.¹⁴⁰

4) Prinsip Teritorial dan Universal

Undang-Undang Kepailitan tidak secara komprehensif mengatur prinsip teritorial dan prinsip universal dalam kaitannya dengan kepailitan lintas batas (*cross border insolvency*). Hanya ada tiga pasal yang dimuat dalam Bab II bagian

¹³⁹ M. Hadi Shubhan, *Op.cit.* hlm. 93

¹⁴⁰ *Ibid.* hlm. 94.

kesepuluh, yakni terdapat pada Pasal 212-214 UUK-PKPU, yang mengatur mengenai ketentuan-ketentuan hukum internasional. ketiga pasal tersebut tidak representatif dengan judul bagian yakni ketentuan-ketentuan hukum internasional. Artinya kendatipun judul bab tersebut adalah ketentuan-ketentuan hukum internasional, akan tetapi isinya sama sekali tidak mengatur *cross border insolvency*.¹⁴¹

Prinsip *Sovereignty* merupakan prinsip yang umum dianut di dunia ini. Prinsip *Sovereignty* berarti pula bahwa putusan Pengadilan Niaga di Indonesia tidak bisa dilaksanakan di luar hukum wilayah Indonesia. Dalam Pasal 21 UUK-PKPU menyatakan bahwa kepailitan meliputi seluruh kekayaan debitor pada saat putusan pernyataan pailit diucapkan serta segala sesuatu yang diperoleh selama kepailitan. Pasal ini tidak secara tersurat mengatur sampai sejauh mana wilayah keberlakuan dari status sita umum terhadap harta kekayaan debitor pailit. Namun demikian jika dikaji lebih jauh, Undang-Undang Kepailitan bermaksud menganut asas universal. Hal ini tercermin dari ketentuan-ketentuan hukum internasional yang diatur dalam bagian ke-IX Bab kedua, yakni, Pasal 212, 213, dan 214.

Apabila mengacu kepada Pasal 212 UUK-PKPU menyatakan bahwa kreditor yang setelah putusan pernyataan pailit diucapkan, mengambil putusan seluruh atau sebagian piutangnya dari benda yang termasuk harta pailit yang terletak di luar wilayah Negara Republik Indonesia, yang tidak diperikatkan kepadanya dengan hak untuk didahulukan wajib mengganti kepada harta pailit segala apa yang diperolehnya.

Dari ketiga pasal yaitu Pasal 212, 213, 214 menunjukkan bahwa wilayah keberlakuan sita umum terhadap harta pailit yang akan diurus dan dibereskan oleh

¹⁴¹ *Ibid.* hlm 94

kurator untuk kepentingan kreditor konkuren debitor pailit berdasarkan prinsip *pari passu prorata parte* sebagai mana yang diatur dalam Pasal 1132 KUH Perdata tidak terbatas hanya terhadap harta debitor yang berada di wilayah hukum Indonesia saja akan tetapi juga termasuk terhadap harta kekayaan si pailit yang berada di luar wilayah hukum Indonesia.

Prinsip *sovereignty* membuat prinsip universal yang dianut oleh UUK-PKPU tersebut tidak secara otomatis dapat diikuti oleh negara asing. Dengan kata lain, putusan pailit yang dijatuhkan oleh Pengadilan Niaga Indonesia tidak otomatis dapat dilaksanakan di luar wilayah hukum Indonesia, kecuali bila antara negara Indonesia dengan negara di mana aset debitor tersebut berada telah terdapat kesepakatan untuk saling mengakui dan melaksanakan putusan pailit dari negara masing-masing.¹⁴² Putusan Pengadilan Niaga tersebut maksimal hanya diberlakukan sebagai bukti terhadap upaya relitigasi yang dilakukan di pengadilan negara asing di mana aset debitor tersebut berada.

Prinsip universal yang dianut dalam UUK-PKPU harus senantiasa dikaitkan dengan prinsip *pari passu prorata parte* sebagaimana yang dinormakan dalam Pasal 1132 KUH Perdata. Terhadap pola hubungan kedua prinsip tersebut, Ricardo Simanjutak menyatakan bahwa siapapun kreditornya, bagaimanapun kekuatan ataupun kemampuannya termasuk juga jaringannya dalam mengakses ataupun menguasai harta debitor baik yang berada di dalam negeri maupun yang berada di luar negeri, selama statusnya sebagai kreditor konkuren, maka dia tidak dapat memperoleh pembayaran melebihi dari hak proporsinya seperti yang ditetapkan oleh undang-undang. Apabila hal tersebut dilakukan, maka tindakan

¹⁴²Ricardo Simanjutak, *Kepailitan dan Likuidasi*, (Study Kasus: BPPN vs PT. Muara Alas Prima, Dalam: Valerie Selvie Sinaga (ed.), *Analisa Putusan Kepailitan Pada Pengadilan Niaga Jakarta*, Fakultas Hukum Universitas Katholik Atmajaya, Jakarta, 2005, hlm. 328-329.

tersebut merupakan pelanggaran terhadap hak proporsi kreditor lainnya, yang membuat kurator berhak untuk memaksa pihak kreditor yang mendapatkan porsi pembayaran berlebih tersebut untuk mengembalikan kelebihanannya ke *boedel* pailit.¹⁴³

Pasal 212, Pasal 213, dan Pasal 214 UUK-PKPU tersebut hanya berkaitan dengan harta debitor yang berada di luar wilayah Indonesia di mana harta tersebut tidak dapat langsung dikompensasikan oleh kreditor untuk pelunasan utang-utang debitor, melainkan harus melalui prosedur kepailitan yang diurus oleh kurator. Namun demikian ketentuan ini pun masih terkendala dengan keberlakuan norma di negara lain.

Oleh karena itu, peneliti berpendapat bahwa prinsip universal yang dianut dalam UUK-PKPU tidak memberikan pemecahan secara tuntas mengenai kepailitan lintas batas tersebut. Saya sependapat dengan Rahmat Bastian dan Jerry Hoff bahwa prinsip universal dari UUK-PKPU hanya sepanjang yang berkenaan dengan sifat universal dari hak-hak menagih dari aset-aset dari debitor pailit yang berada di wilayah manapun di luar yurisdiksi Republik Indonesia.

Di samping itu pula, kendatipun UUK-PKPU telah menerapkan prinsip universal pasti akan terkendala dengan prinsip teritorial yang dianut di negara asing setempat. Hal ini masih diperlukan suatu *mutual recognition* antara negara-negara yang bersangkutan. Di Belanda sendiri untuk mengatasi kebuntuan pelaksanaan prinsip universal antara lain membuat langkah membangun kesepakatan untuk saling mengakui dan melaksanakan dari putusan pailit negaranya telah dibangun dengan negara Belgia melalui penandatanganan *Netherlands-Belgia Execution Treaty*.

¹⁴³*Ibid.* hlm. 379.

5) Prinsip *Debt Pooling*

Prinsip *debt pooling* merupakan prinsip yang mengatur bagaimana harta kekayaan pailit harus dibagi di antara para kreditornya. Dalam melakukan pendistribusian aset tersebut, kurator akan berpegang pada prinsip *paritas creditorium* dan prinsip *pari passu prorata parte*, serta pembagian berdasarkan jenis masing-masing kreditor.

Menurut pendapat Emmy Yuhassarie dijelaskan bahwa prinsip *debt pooling* sebagai prinsip *debt adjustment*.¹⁴⁴ Lebih lanjut prinsip tersebut dijabarkan bahwa prinsip *debt adjustment* sebagai merupakan suatu aspek dalam hukum kepailitan yang dimaksudkan untuk mengubah hal distribusi dari para kreditor sebagai suatu grup.

Dalam perkembangannya prinsip *debt pooling* ini lebih luas konsepnya dari sekedar melakukan distribusi aset pailit terhadap para kreditornya secara *pari passu prorata parte* maupun secara *structured creditor* (pembagian berdasarkan kelas kreditor). Prinsip ini mencakup pula pengaturan dalam sistem kepailitan terutama berkaitan dengan bagaimana harta kekayaan pailit harus dibagi di antara para kreditornya. Penjabaran sistem ini akan berkaitan dengan kelembagaan yang terlibat dalam proses kepailitan mulai dari lembaga peradilan yang berwenang, hukum acara yang digunakan, serta terdapatnya hakim komisaris dan kurator dalam pelaksanaan kepailitan.

Prinsip *debt pooling* juga merupakan artikulasi dari kekhususan sifat-sifat yang melekat di dalam proses kepailitan, baik itu yang berkenaan dengan

¹⁴⁴Emmy Suhassarie, *Pemikiran Kembali Hukum Kepailitan Indonesia*, Dalam: Emmy Yuhassarie (ed.), *Undang-Undang Kepailitan dan Perkembangannya*, Pusat Pengkajian Hukum, Jakarta, 2005, hlm. Xix.

karakteristik kepailitan sebagai penagihan yang tidak lazim (*oneigenlijke incassoprocedures*), pengadilan yang khusus menangani kepailitan dengan kompetensi absolutnya yang berkaitan dengan kepailitan dan masalah yang timbul dalam kepailitan, terdapatnya hakim komisararis dan kurator, serta hukum acara yang spesifik, kendatipun merupakan varian dari hukum acara perdata biasa.

6) Prinsip *Debt Forgiveness* Tidak Dinormakan dalam UUK-PKPU

Prinsip *debt forgiveness* (*debt forgiveness principal*) mengandung arti bahwa kepailitan adalah tidak identik sebagai pranata penekanan resiko terhadap debitor saja, akan tetapi bisa bermakna sebaliknya, yakni, merupakan pranata hukum yang dapat digunakan sebagai alat untuk memperingan beban yang ditanggung oleh debitor karena sebagai akibat kesulitan keuangan sehingga tidak mampu untuk melakukan pembayaran terhadap utang-utangnya sesuai dengan *agreement* semula dan bahkan sampai kepada pengampunan atas utang-utangnya sehingga utang-utangnya tersebut menjadi hapus sama sekali.

Implementasi dari prinsip *debt forgiveness* ini dalam norma-norma hukum kepailitan adalah diberikannya moratorium terhadap debitor atau yang dikenal dengan nama penundaan kewajiban pembayaran utang untuk jangka waktu yang ditentukan, dikecualikannya beberapa aset debitor dari *boedel* pailit (*asset exemption*), *discharge of indebtedness* (pembebasan debitor atau harta debitor untuk membayar utang pembayaran utang yang benar-benar tidak dipenuhinya), diberikannya status *fresh-starting* bagi debitor sehingga memungkinkan debitor untuk memulai usaha baru tanpa dibebani utang-utang lama, rehabilitasi terhadap debitor jika ia telah benar-benar menyelesaikan *skim* kepailitan, dan perlindungan hukum lain yang wajar terhadap debitor pailit.

Berkenaan dengan hal di atas, Karen Gross secara tegas menyatakan bahwa pemberian pemaafan terhadap debitor yang benar-benar mengalami kebangkrutan adalah sebuah penyeimbang dari sistem kepailitan itu sendiri. Karen mengungkapkan hal itu “*For debtors, the ideal system provides a fresh start, premised on recognition that mistakes happen but debtor can be rehabilitated through forgiveness.*”¹⁴⁵

Sutan Remy Sjahdeini menyatakan bahwa suatu undang-undang kepailitan yang baik haruslah dilandaskan pada asas untuk memberikan perlindungan yang seimbang bagi semua pihak yang terkait dan berkepentingan dengan kepailitan seseorang atau suatu perusahaan. Sehubungan dengan itu, maka undang-undang kepailitan yang baik seyogianya tidak hanya memberikan perlindungan bagi kreditor saja. Kepentingan debitor dan *stakeholder*-nya juga harus sangat diperhatikan.¹⁴⁶

Prinsip *debt forgiveness* juga tercermin dalam norma yang mengatur mengenai *fresh starting*. Konsep *fresh starting* memberikan pengampunan terhadap debitor atas utang-utangnya yang tidak bisa terbayar dengan harapan bahwa debitor akan memulai usaha baru tanpa dibebani oleh utang-utang lamanya yang bermasalah. Konsep *fresh starting* tidak sama dengan konsep rehabilitasi, kendatipun rehabilitasi juga masuk dalam implementasi prinsip *debt forgiveness*. Dalam rehabilitasi, utang-utang debitor telah diselesaikan sesuai dengan skema kepailitan yang terjadi. Rehabilitasi lebih bermuara pada pemulihan hak-hak keperdataan khususnya hak terhadap harta kekayaan debitor dan pemulihan

¹⁴⁵Karen Gross, *Failure and Forgiveness: Rebalancing The Bankruptcy System*, Yale University Press, New Haven-Connecticut, 1997, hlm. 244

¹⁴⁶Sutan Remy Sjahdeini, *Hukum Kepailitan: Memahami Failissementverordening Juncto Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998*, Grafiti, Jakarta, 2002, hlm. 43.

reputasi debitor di bidang usaha, sehingga debitor dapat lagi menjalankan usahanya sebagaimana semula.

Di Belanda sendiri sekarang sudah disinggung pengaturan tentang pemulihan dan/atau pengampunan ini. Debitor yang sudah jatuh pailit, utangnya sudah diverifikasi, tidak ada kemungkinan *akkord*, dan harta pailit sudah habis dibagi kepada para kreditornya, maka setelah 5 tahun debitor dapat mengajukan kepada hakim pengadilan yang memutus pailit untuk meminta diberikan kesempatan untuk berusaha kembali. Hal itu karena selama dinyatakan pailit yang bersangkutan kehilangan kecakapan untuk bertindak, tidak bisa mengurus, dan tidak mempunyai harta. Apakah debitor pailit tersebut nantinya akan diberikan penurunan status oleh hakim atau sama sekali dibebaskan dari sisa-sisa utangnya. Dan hakim akan melihat hasil verifikasi, bila debitor dianggap jujur oleh hakim bisa memberi waktu atau bahkan bebas sama sekali utang-utangnya.¹⁴⁷

Adanya prinsip *debt forgiveness* tidak lepas bahwa suatu usaha akan terkandung di dalamnya suatu resiko dan/atau ketidakpastian dan semua resiko berpotensi merugikan usaha dan bahkan bisa pula sampai membangkrutkan usaha subjek hukum tersebut. Apabila suatu usaha sudah diurus dengan tata kelola yang baik akan tetapi, ternyata dikemudian hari harus berhadapan dengan resiko dan/atau ketidakpastian dan pelaku usaha tidak tahan menghadapi resiko dan/atau ketidakpastian tersebut sehingga menyebabkan usahanya mengalami suatu kesulitan keuangan dan bahkan menyebabkan pelaku usaha itu insolven, maka pranata kepailitan menjadi jalan keluar terhadap kondisi tersebut. Ketika kepailitan telah digunakan untuk menyelesaikan kondisi pelaku usaha yang

¹⁴⁷ Setiawan, *Pengertian Jatuh Tempo*, Dalam: Emmy Yuhassarie, *Undang-Undang Kepailitan dan Perkembangannya*, Pusat Pengkajian Hukum, Jakarta, 2004, hlm. 113.

insolven, akan tetapi harta kekayaan perusahaan tidak dapat mencukupi, maka adalah adil beban resiko ditanggung bersama antara debitor sendiri dengan kreditor. Bentuk penyeimbang resiko itulah lahir prinsip *debt forgiveness* tersebut. Sisa utang debitor yang tidak terlunaskan diampuni dan debitor dapat memulai usaha lagi tanpa dibebani utang-utang lamanya yang tak terlunaskan tersebut adalah merupakan bentuk keadilan yang sangat humanis.

UUK-PKPU hanya memberikan pranata hukum dalam kerangka prinsip *debt forgiveness* yang berupa moratorium utang debitor atau yang dikenal dalam UUK-PKPU dengan nama Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (PKPU). Sedangkan rehabilitasi dalam Undang-Undang Kepailitan adalah rehabilitasi setelah seluruh utang-utang debitor terselesaikan dan bukan rehabilitasi yang berbentuk *fresh starting*.

Dalam Undang-Undang Kepailitan tidak didefinisikan secara tegas apa yang dimaksud dengan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang. Menurut Munir Fuady bahwa yang dimaksud dengan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (PKPU) adalah suatu masa yang diberikan oleh undang-undang melalui putusan hakim pengadilan niaga di mana dalam masa tersebut kepada pihak debitor dan kreditor diberikan kesempatan untuk memusyawarahkan cara-cara pembayaran utang-utangnya dengan memberikan rencana pembayaran seluruh atau sebagian utangnya, termasuk apabila perlu untuk merestrukturisasi utangnya tersebut. Jadi Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang sebenarnya merupakan sejenis moratorium, dalam hal ini legal moratorium.

4. Penerapan Hukum Acara Kepailitan di Indonesia

Hukum acara perdata sangat penting untuk mempertahankan hukum perdata materiil, karena hukum acara perdata sebagai hukum perdata formil

memang berfungsi agar hukum perdata materiil dapat berjalan sebagaimana mestinya, termasuk hukum acara pengajuan permohonan pernyataan pailit. Hukum acara pengajuan permohonan pernyataan pailit berlaku hukum acara yang diatur dalam Undang Undang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang Nomor 37 tahun 2004, sebagai kekhususan (*lex specialis*), dan hukum acara perdata pada umumnya sebagai *lex generalis* terhadap hal-hal yang tidak diatur dalam UUK-PKPU. Menyatunya sistem hukum formil pengajuan permohonan pernyataan paipit dalam sistem hukum materiil yaitu dalam UUK-PKPU, adalah berdasarkan asas intergrasi yang dianut dalam undang-undang tersebut.

Hukum acara permohonan pernyataan pailit termasuk dalam bidang hukum acara perdata, oleh karenanya untuk mengetahui kekhususan hukum acara permohonan pernyataan pailit, tidak dapat dilepaskan dengan hukum acara perdata pada umumnya. Hubungan hukum acara perdata pada umumnya dengan hukum acara bidang kepailitan yang khusus diatur didalam ketentuan Pasal 299 Undang Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang: “Kecuali ditentukan lain dalam Undang Undang ini maka hukum acara yang berlaku adalah Hukum Acara Perdata”.¹⁴⁸

Hukum Acara Perdata sampai saat ini belum diatur di dalam satu kitab undang-undang tersendiri (kodifikasi) sebagai hukum acara perdata nasional, melainkan masih tersebar dalam berbagai peraturan perundang-undangan, baik yang berupa peninggalan jaman sebelum kemerdekaan, berupa HIR/RBg, Rv, Ro. maupun yang tersebar dalam peraturan perundang-undangan yang bersifat

¹⁴⁸ Hukum Acara Perdata yang berlaku sampai saat ini adalah HIR (*Het Herziene Indonesisch Relement*) atau Reglement Indonesia Diperbaharui S 1848 No. 16 jo. 1941 No 44, yang berlaku khusus untuk daerah Jawa dan Madura. R.Bg (*Rechtsreglement Buitengewesten*) atau Reglement Daerah Sebrang, S 1927 No 227. RBg ini khusus berlaku untuk darah luar Jawa dan Madura. R.v (*Reglement op de Burgerlijke Rechtsvordering*), dan lain-lain.

nasional yaitu Undang Undang Kehakiman, Undang Undang Mahkamah Agung, Undang Undang Peradilan Umum, dan juga tersebar dalam berbagai hukum materiil yang di dalamnya terintergrasi mengatur hukum formil, sebagaimana ditentukan dalam Pasal 299 UUK-PKPU. Ketentuan sebagaimana tersebut di atas mengandung arti bahwa UUK-PKPU adalah merupakan hukum perdata materiil dan sekaligus didalamnya juga mengandung ketentuan-ketentuan yang berkenaan dengan hukum perdata formil, sebagai suatu kesatuan dalam hukum perdata materiil nasional.

Hukum acara sangat diperlukan dalam mempertahankan ditaatinya hukum materiil. Hukum acara merupakan aturan main dari suatu sistem penegakan hukum. Jika hukum materiil dilanggar maka hukum acara mengambil peran dalam menegakkan hukum materiil. Hukum acara baru berperan jika tuntutan hak tersebut diajukan ke pengadilan. Karena acara mengandung arti penyelesaian sengketa melalui lembaga peradilan. Demikian halnya dengan hukum acara permohonan pernyataan pailit, bertujuan untuk melaksanakan hukum materiil bidang kepailitan.

Kepailitan adalah sita umum atas semua kekayaan debitor pailit yang pengurusan dan pemberesannya dilakukan oleh kurator di bawah pengawasan hakim pengawas sebagaimana diatur dalam UUK-PKPU. Marwanto mengatakan bahwa filosofi tujuan kepailitan adalah untuk melakukan pendistribusian aset debitor secara proposional kepada para kreditornya.¹⁴⁹ Agar debitor dapat dinyatakan sebagai debitor pailit, harus dinyatakan dengan putusan pengadilan, dengan cara mengajukan permohonan pernyataan pailit. Pemohonan pernyataan

¹⁴⁹ Marwanto, *Formulasi Kebijakan Hukum Pemulihan Fungsi Lembaga Kepailitan Sebagai Lembaga Penyelesaian Kewajiban Debitor*, Disertasi, Program Doktor Fakultas Hukum Universitas Udayana, Denpasar, 2016, hlm.120.

pailit diperlukan hukum acara tersendiri sebagai kekhususan (*lex specialis*) dari hukum adara perdata yang berlaku.

Diundangkannya UUK-PKPU adalah merupakan perwujudan pembangunan hukum nasional untuk mendukung adanya jaminan kepastian hukum, ketertiban dan penegakan hukum seiring dengan semakin pesatnya perkembangan perekonomian dan perdagangan yang menyebabkan semakin banyak permasalahan dalam bidang utang piutang. Pembangunan hukum yang berkenaan dengan penegakan hukum haruslah termasuk pembangunan bidang hukum acara atau hukum formil. Suberkti dalam Taufik Makarao, mengatakan bahwa hukum acara itu mengabdikan pada hukum materiil, maka dengan sendirinya setiap perkembangan dalam hukum materiil sebaiknya selalu diikuti dengan penyesuaian hukum acaranya.¹⁵⁰ Dalam bidang kepailitan, perkembangan hukum materiil berbarengan dengan hukum formil diatur menjadi satu atau terintegrasi dalam UUK-PKPU.

Hukum acara dalam permohonan pernyataan pailit atau dalam hal penyelesaian perkara pailit, disamping berlaku hukum acara perdata sebagai hukum perdata formil juga berlaku hukum acara perdata secara khusus yang diatur di dalam ketentuan-ketentuan UUK-PKPU. Bambang Sugeng mengatakan bahwa hukum acara perdata yang berlaku di pengadilan negeri adalah merupakan ketentuan umum dari beberapa hukum acara untuk pengadilan-pengadilan lain yang memiliki karakter yang sama dengan Hukum Acara Perdata.¹⁵¹

Pasal 299 UUK-PKPU sebenarnya merupakan hukum perdata materiil, namun di dalamnya juga terdapat hukum perdata formil, sebagai hukum acara

¹⁵⁰ Moh. Taufik Makarao, *Pokok-Pokok Hukum Acara Perdata*, Cetakan Pertama, PT Rineka Cipta, Jakarta, 2004, hlm. 5

¹⁵¹ Bambang Sugeng, dan Sujayadi, *Hukum Acara Perdata & Dokumen Litigasi Perkara Perdata*, cetakan ke-1, Kencana, Jakarta, 2011, hlm. 2

sebagai *lex specialis* dari ketentuan-ketentuan umum hukum acara perdata sebagai *lex generalis*-nya. Menyatunya antara hukum perdata formil dan hukum perdata materiil dalam suatu undang-undang yang bersifat nasional, dikarenakan UUK-PKPU menganut asas intergrasi, disamping asas keseimbangan, asas kelangsungan usaha dan asas keadilan sebagaimana dapat dilihat dapat penjelasan umum UUK-PKPU.¹⁵²

Dalam hubungannya dengan empat asas dalam penjelasan umum UUK-PKPU sebagaimana tersebut, di dalam penjelasan umum juga disebutkan bahwa UUK-PKPU adalah merupakan produk hukum nasional yang menjamin kepastian hukum, perlindungan hukum, penengakan hukum yang berintikan keadilan dan kebenaran yang diharapkan mampu mendukung pertumbuhan dan perkembangan perekonomian nasional serta mengamankan dan mendukung hasil pembangunan perekonomian nasional, salah satu yang diperlukan adalah undang undang tentang kepeilitan termasuk penundaan pembayaran utang. Soetandyo Wignjosoebroto mengemukakan bahwa tuntutan dunia bisnis industrial menyebabkan perubahan-perubahan di dunia hukum (yang merefleksikan perubahan struktural dari dunia normatif *prom status to contracts*) atau sebaliknya perubahan-perubahan dalam institusi hukum itulah yang memungkinkan maraknya dunia bisnis.¹⁵³ Perkembangan bisnis harus segera diikuti oleh perkembangan hukum nasional, termasuk dalam bidang hukum bisnis, atau yang lebih khusus termasuk hukum kepailitan.

¹⁵²Asas keseimbangan mengandung arti bahwa ketentuan-ketentuan dalam UUK-PKPU dapat mencegah terjadinya penyalahgunaan pranata dan lembaga kepailitan oleh debitur yang tidak jujur, dilain pihak terdapat ketentuan yang dapat mencegah terjadinya penyalahgunaan pranata dan lembaga kepailitan oleh kreditor yang tidak beritikad baik. Asas kelangsungan usaha dimaksudkan dimana ketentuan-ketentuan dalam UUK-PKPU memberikan kemungkinan suatu perusahaan debitur yang prospektif tetap berlangsung usahanya. Asas keadilan mengandung arti bahwa ketentuan dalam UUK-PKPU dapat memenuhi rasa keadilan bagi para pihak.

¹⁵³ Soetandyo Wignjosoebroto, *Hukum Paradigma, Metode, dan Dinamika Masalahnya*, Elsam HuMa, Cetakan Pertama, Jakarta, 2002, hlm. 293

Sistem hukum formil dan sistem hukum materiil yang merupakan satu kesatuan yang utuh dari sistem hukum perdata dan hukum acara perdata nasional merupakan asas intergrasi dalam UUK-PKPU sebagai ketentuan sistem hukum formil yang bersifat *lex specialis* menyatu dengan sistem hukum perdata materiil dalam UUK-PKPU.

Untuk mempertegas penerapan hukum acara dalam kepailitan, maka perlu dijelaskan lembaga yang berwenang mengadili dan hukum acara yang diterapkan sebagai berikut:

a. Kewenangan Lembaga Peradilan

Pengadilan yang berada dalam lingkungan kekuasaan kehakiman yang digariskan melalui amandemen Pasal 24 ayat (2) UUD 1945 dan Pasal 2 jo. Pasal 18 Undang Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, terdapat juga sistem penyelesaian sengketa berdasarkan yurisdiksi khusus yang diatur dalam berbagai peraturan perundang-undangan. Ini merupakan kewenangan absolut *ekstra judicial*¹⁵⁴ berdasarkan yurisdiksi khusus oleh undang-undang.

Dilihat dari segi kewenangan absolut, permohonan pernyataan pailit sebagai salah satu penyelesaian sengketa bisnis melalui litigasi adalah merupakan kewenangan absolut *ekstra judicial* yaitu kewenangan pengadilan niaga karena demikian ditentukan dalam UU Kepailitan dan PKPU. Dalam ketentuan UU Kepailitan dan PKPU, tidak ada pasal tersendiri yang menyatakan bahwa kewenangan memeriksa pengajuan permohonan pernyataan pailit adalah pengadilan niaga. Namun demikian jika diperhatikan Pasal 1 angka 7 UU Kepailitan dan PKPU, yang menentukan “pengadilan adalah pengadilan niaga dalam

¹⁵⁴Sophar Maru Hutagalung, *Praktik Peradilan Perdata dan Alternatif Penyelesaian Perdata*, Sinar Grafika, Cetakan Pertama, Jakarta, 2012, hlm. 33

lingkungan peradilan umum”. berarti bahwa setiap ada kata pengadilan dalam UU Kepailitan dan PKPU, yang dimaksudkan adalah pengadilan niaga.

Dibentuknya pengadilan niaga (*comercial court*) di Indonesia merupakan pengkhususan (*diferencial*) dalam sistem peradilan di Indonesia. Pengadilan niaga merupakan pengadilan khusus yang memeriksa dan mengadili perkara tertentu dalam lingkungan peradilan umum. Dasar pertimbangan dibentuknya pengadilan niaga adalah karena pengaruh gejala krisis moneter yang terjadi di beberapa negara di Asia, termasuk negara Indonesia pada pertengahan tahun 1997, sehingga untuk mengatasinya diperlukan suatu aturan dan sistem hukum yang dapat menyelesaikan masalah krisis terutama masalah utang piutang secara tepat, transparan dan efektif. Oleh karena itulah, maka di buatlah pengaturan masalah hukum kepailitan dan penundaan kewajiban pembayaran utang, dan yang menjadi hal utama adalah mewujudkan lembaga yang dapat menjaga kepentingan pihak pihak yang berpiutang dan memiliki utang secara seimbang dan adil, serta adanya mekanisme penyelesaian yang cepat dan transparan serta implementasi yang efektif.

Ketentuan pasal 1 angka 7 UUK-PKPU, disebutkan bahwa yang diartikan dengan pengadilan adalah pengadilan niaga yang berada dalam lingkup peradilan umum. Ketentuan UUK-PKPU tidak memuat bab khusus yang mengatur tentang pengadilan niaga, namun demikian dalam Bab V di bawah judul Ketentuan Lain dibahas tentang eksistensi pengadilan niaga yang berwenang untuk memeriksa permohonan pernyataan pailit dan penundaan kewajiban pembayaran utang. Salah satu perubahan penting dari peraturan kepailitan (*Faillessements Verordening*) sebagaimana yang dirubah dalam Undang-Undang Kepailitan Tahun 1998 adalah adanya pembentukan pengadilan niaga.

Pembentukan pengadilan niaga masih dalam lingkup Pengadilan Negeri, pada waktu itu didasarkan pada Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman jo. Undang-Undang Nomor 35 Tahun 1999 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman, yang dalam Pasal 10 ditentukan adanya empat jenis lembaga peradilan untuk menjalankan kekuasaan kehakiman, yaitu;

- 1) Peradilan Umum;
- 2) Peradilan Agama;
- 3) Peradilan Militer;
- 4) Peradilan Tata Usaha Negara.

Dalam Penjelasan Pasal 10 Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman tersebut dikatakan bahwa diantara empat lingkungan peradilan ini, tidak tertutup kemungkinan adanya penghususan dalam masing masing lingkungan, misalnya di peradilan umum dapat diadakan pengkhususan berupa pengadilan lalu lintas, pengadilan anak, pengadilan ekonomi, dan sebagainya, yang diatur dalam undang-undang. Lebih lanjut lagi di tegaskan dalam Pasal 8 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 Tentang Peradilan Umum jo. Undang-Undang No. 8 Tahun 2004 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 tentang Peradilan Umum yang menyatakan bahwa di lingkungan peradilan umum dapat diadakan pengkhususan yang diatur dengan undang undang, yang dalam penjelasan Pasal 8 tersebut dijelaskan, bahwa yang di maksud dengan “diadakan pengkhususan” ialah adanya deferensiasi/spesialisasi di lingkungan Peradilan Umum, misalnya , pengadilan lalu lintas jalan pengadilan anak, pengadilan ekonomi, sedangkan yang

dimaksud dengan “yang diatur dengan undang undang” adalah susunan, penguasaan, dan hukum acaranya.

Ketentuan-ketentuan kekuasaan kehakiman yang lama tersebut tidak mendapat perubahan dalam Undang-Undang kekuasaan kehakiman yang baru, yakni Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 yang saat ini telah diganti dengan Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 dalam Pasal 18 dikatakan bahwa kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.

Dalam undang-undang kepailitan lama yaitu Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1989, pengaturan mengenai pengadilan niaga diatur dalam Bab Ketiga tentang Pengadilan Niaga, Pasal 280 sampai Pasal 289. Dalam pasal 289 dikatakan bahwa permohonan pernyataan pailit dan penundaan kewajiban pembayaran utang diperiksa dan diputus oleh pengadilan niaga yang berada di lingkungan peradilan umum. Di samping itu pengadilan niaga berwenang pula memeriksa dan memutuskan perkara lain di bidang perniagaan yang penetapannya dilakukan dengan Peraturan Pemerintah. Adapun dalam UUK yang baru Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004, tidak secara spesifik pengaturan mengenai pengadilan niaga dalam bab tersendiri seperti bab yang lama.

Filosofi diselipkan pengaturan pengadilan niaga dalam Undang-Undang Kepailitan barangkali lebih pada aspek pragmatismenya, sebab jika hanya diatur secara sumir yang kemudian akan diatur dalam undang-undang tersendiri, biasanya pelaksanaannya akan di buat secara cepat. Hal ini bisa pula dikaitkan

dengan terdesaknya waktu untuk memberlakukan Undang-Undang Kepailitan No.4 Tahun 1998 berkaitan dengan jadwal dari *letter of intent* antara Indonesia dan IMF. Namun demikian alasan ini sama sekali tidak relevan pada saat lahirnya Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004, di mana tidak ada pertimbangan pragmatis seperti pada tahun 1998 tersebut.¹⁵⁵

Pengadilan niaga yang pertama kali di bentuk adalah pengadilan niaga Jakarta Pusat. Pengadilan niaga ini diresmikan berdirinya oleh Menteri Kehakiman (sekarang Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia) dan Ketua Mahkamah Agung pada tanggal 20 Agustus 1998, dan mulai melaksanakan kewenangannya tanggal 1 September 1998. Ketika itu, yurisdiksi Pengadilan Niaga Jakarta Pusat adalah seluruh Indonesia. Yurisdiksi ini berlaku samapai dengan di bentuknya pengadilan niaga secara bertahap di tempat yang lain sesuai dengan kebutuhan, dan paling lambat 120 hari sudah harus di bentuk dihitung sejak Perpu Nomor 1 Tahun 1998 diundangkan tanggal 22 April 1998. Ketentuan yang berkaitan dengan reformasi institusi ini, diatur dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998.¹⁵⁶

Pengadilan niaga adalah merupakan pengadilan khusus¹⁵⁷ dalam lingkungan peradilan umum. Pasal 11 UU Kepailitan dan PKPU juga menentukan mengenai kompetensi absolut yang berkenaan dengan upaya hukum putusan atas suatu permohonan pailit pada pengadilan niaga adalah kasasi pada Mahkamah Agung bukan banding ke pengadilan tinggi.

¹⁵⁵ Susanti Adi Nugroho, *Op.Cit.*, hlm. 74

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ Pasal 1 angka 8 Undang Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menentukan; Pengadilan khusus adalah pengadilan yang mempunyai kewenangan untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara tertentu yang hanya dapat dibentuk dalam salah satu lingkungan peradilan di bawah Mahkamah Agung.

Kompetensi absolut pengadilan niaga, sesuai dengan ketentuan Pasal 300 ayat (1) di samping mempunyai kewenangan untuk memeriksa, mengadili dan memutus perkara kepailitan dan PKPU, juga mempunyai kewenangan memeriksa, mengadili dan memutus perkara lain dalam bidang perniagaan yang penetapannya dilakukan dengan undang-undang.

Berdasarkan beberapa peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan kompetensi pengadilan niaga disamping memiliki kewenangan memeriksa mengadili dan memutus perkara kepailitan dan PKPU, juga mempunyai kompetensi absolut untuk memeriksa mengadili dan memutus perkara-perkara yang berkenaan dengan hak kekayaan intelektual HAKI diantaranya:¹⁵⁸

- 1) Desain industri berdasarkan Undang Undang Nomor 31 Tahun 2000;
- 2) Perkara desain tata letak sirkuit terpadu berdasarkan Undang Undang Nomor 14 Tahun 2001;
- 3) Perkara-perkara tentang merek dan indikasi geografis berdasarkan Undang Undang Nomor 20 Tahun 2016;
- 4) Perkara-perkara hak cipta berdasarkan Undang Undang Nomor 19 Tahun 2002;
- 5) Perkara-perkara likuidasi bank dan lembaga penjamin simpanan berdasarkan Undang Undang Nomor 24 tahun 2004.

Kewenangan relatif sebagaimana telah di kemukakan di atas adalah kewenangan dari lembaga peradilan yang sejenis dalam lingkungan peradilan yang sama, maka perlu dikemukakan disini bahwa pengadilan niaga adalah

¹⁵⁸ Sufiarina dan Efa Laela Fakhriah, *Kompetensi Pengadilan Niaga Dalam Penyelesaian Sengketa Bisnis di Indonesia*, Jurnal Masalah-masalah Hukum Vol. 43 No. 4 (2014), UNDIP, Semarang, hlm. 573

pengadilan khusus dalam lingkungan peradilan umum. Namun sampai saat ini tidak setiap lingkungan peradilan umum didalamnya ada pengadilan niaga. Sampai saat ini di seluruh Indonesia baru ada 5 pengadilan niaga setelah adanya pemekaran pasca-Keppres Nomor 97 Tahun 1999 yaitu:¹⁵⁹

- 1) Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, meliputi wilayah Provinsi Jawa Barat, Provinsi Sumatera Selatan, Provinsi Lampung dan Provinsi Kalimantan Barat;
- 2) Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Makasar, meliputi wilayah Provinsi Sulawesi Selatan, Provinsi Sulawesi Tenggara, Provinsi Sulawesi Sulawesi Tengah, Provinsi Sulawesi Utara, provinsi Maluku dan Provinsi Irian Jaya;
- 3) Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Surabaya, meliputi wilayah Provinsi Jawa Timur; Provinsi Kalimantan Selatan; Provinsi Kalimantan Tengah; Provinsi Kalimantan Timur; Provinsi Bali; Provinsi Nusa Tenggara Barat dan Provinsi Nusa Tenggara Timur;
- 4) Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Semarang, meliputi wilayah Provinsi Jawa Tengah dan Daerah Istimewa Yogyakarta;
- 5) Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Medan, meliputi wilayah Provinsi Sumatra Utara, Provinsi Riau; Provinsi Sumatera Barat, Provinsi Bengkulu; Provinsi Jambi, dan Daerah Istimewa Aceh.

Pengadilan niaga yang telah di bentuk di lima ibu kota provinsi, selain berwenang untuk memeriksa dan memutus perkara pailit dan perkara PKPU, berwenang pula memeriksa dan memutus perkara lain di bidang perniagaan.

¹⁵⁹ Susanti Adi Nugroho, *Op.Cit*, hlm. 75-76

Pasal 280 ayat (2) UUK-PKPU:

“Pengadilan niaga sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), selain memeriksa dan memutuskan permohonan pernyataan pailit dan penundaan kewajiban pembayaran utang, berwenang pula memeriksa dan memutuskan perkara lain di bidang perniagaan yang penetapannya dilakukan dengan peraturan pemerintah”

Berdasarkan ketentuan tersebut, maka pengadilan niaga sebagaimana diatur dalam UUK-PKPU berwenang memeriksa dan memutus perkara pailit dan PKPU, sedangkan perkara lainnya berdasarkan Pasal 300 UUK-PKPU akan diatur dengan undang-undang. Bukan dengan peraturan pemerintah.

Pasal 300 ayat (1) UUK-PKPU yang berbunyi:

“Pengadilan sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang ini, selain memeriksa dan memutuskan permohonan pernyataan pailit dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, berwenang pula memeriksa dan memutus perkara lain di bidang perniagaan yang penetapannya dilakukan dengan undang-undang”

Ketentuan ketentuan tersebut di atas akan menimbulkan penafsiran tersendiri apakah yang dimaksud dengan “perkara lain di bidang perniagaan”, dan sampai saat ini belum ada undang-undang yang mengatur hal tersebut. Apa yang dianggap “*comercial matters*”. Apakah segala sesuatu itu akan diatur oleh pemerintah. Atau interpretasi ini akan dianggap apa yang dianggap perniagaan adalah segala masalah yang diatur oleh Kitab Undang-Undang Hukum Dagang (*Wetboek van Koophandle*). Mengenai ini belum ada ketegasan. Jadi, undang-undang mengenai masalah ini yang dijanjikan dalam Pasal 300 ayat (1) UU No. 37 Tahun 2004 sangat di harapkan.¹⁶⁰ Dengan demikian, kewenangan absolut dari pengadilan niaga adalah memeriksa, mengadili, dan memutuskan perkara permohonan pailit dan PKPU.

¹⁶⁰ *Ibid.* hlm. 78

Problematika lebih lanjut dari kewenangan absolut peradilan niaga dalam sengketa kepailitan adalah apakah kompetensi absolut tersebut hanya memeriksa, mengadili, dan memutus perkara permohonan pailit dan PKPU *ansich*. Artinya, bagaimana dengan perkara-perkara yang terkait dengan kepailitan, misal *action pauliana*, sengketa perburuhan dalam perseroan terbatas yang dinyatakan pailit, dan bantahan terhadap sita jaminan atas harta kekayaan debitor sebelum dinyatakan pailit. Dalam Pasal 3 Ayat (1) UUK dikatakan bahwa putusan atas permohonan pernyataan pailit dan hal-hal yang berkaitan dan/ atau diatur dalam undang-undang ini diputuskan oleh pengadilan yang daerah hukumnya meliputi daerah tempat kedudukan hukum debitor.

Adapun yang dimaksud dengan hal-hal lain, dijelaskan dalam penjelasan pasal tersebut, yakni hal-hal yang lain, antara lain, *action pauliana*, perlawanan pihak ketiga terhadap penyitaan, atau perkara dimana debitor, kreditur, kurator, atau pengurus menjadi salah satu pihak dalam perkara yang berkaitan dengan harta pailit, termasuk gugatan kurator terhadap direksi yang menyebabkan perseroan dinyatakan pailit karena kelalaiannya atau kesalahannya. Hukum acara yang berlaku dalam mengadili perkara termasuk “hal-hal lain” adalah sama dengan hukum acara perdata yang berlaku bagi perkara permohonan pernyataan pailit termasuk mengenai perbatasan jangka waktu penyelesaiannya.

Akan tetapi, ketentuan yang mengatur kompetensi absolut peradilan niaga tersebut, terutama kompetensi terhadap hal-hal lain yang berkaitan dengan kepailitan tersebut dicabut sendiri oleh Undang-Undang Kepailitan. Dalam Pasal 127 ayat (1) UU Kepailitan dikatakan bahwa dalam hal bantahan, sedangkan hakim pengawas tidak dapat mendamaikan kedua belah pihak, sekalipun perselisihan tersebut telah diajukan ke pengadilan, hakim pengawas memerin-

tahkan memerintahkan kepada kedua belah pihak untuk menyelesaikan perselisihan tersebut di pengadilan. Penjelasan Pasal 127 ayat (1) UUK dijelaskan bahwa yang dimaksud dengan “pengadilan” dalam ayat ini adalah pengadilan negeri, pengadilan tinggi, atau Mahkamah Agung.

Menurut M. Hadi Shubhan ketentuan Pasal 127 ayat (1) UUK dan menentukan penjelasannya bertentangan dengan ketentuan Pasal 3 ayat (1) UUK dimana pasal ini merupakan penormaan dari prinsip *debt pooling* tersebut. Sehingga kompetensi absolut terhadap hal-hal lain yang berkaitan dengan kepailitan merupakan kompetensi absolut pengadilan niaga. Dengan demikian, ketentuan tersebut, menunjukkan bahwa prinsip *debt pooling* dalam Undang-Undang Kepailitan tidak dianut secara konsisten. Artinya, bahwa dalam Undang-Undang Kepailitan terkandung ketentuan yang *contradictio in teminis* berkaitan dengan kompetensi absolut kepailitan ini.¹⁶¹

b. Kekhususan Hukum Acara Kepailitan

Kompetensi atau kewenangan lembaga peradilan dalam memeriksa mengadili dan memutus perkara ada dua yaitu kompetensi absolut dan kompetensi relatif. Kompetensi absolut adalah kewenangan lembaga peradilan untuk memeriksa, mengadili dan memutus perkara yang secara mutlak tidak dapat digantikan oleh lembaga peradilan yang lain baik dalam lingkungan peradilan yang berbeda maupun lingkungan peradilan yang sama. Sesuai Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman, ada empat lingkungan peradilan, yaitu lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer dan lingkungan peradilan tata usaha negara. Pengajuan permohonan pailit sesuai dengan ketentuan Pasal 2 ayat (1) jo. Pasal 1 angka 7 UUK-PKPU, bahwa

¹⁶¹ M. Hadi Shubhan, *Op.cit.*, hlm. 104

permohonan pernyataan pailit diajukan pada pengadilan niaga.¹⁶² Kewenang absolut pengadilan niaga bukan saja memeriksa mengadili dan memutus perkara-perkara kepailitan melainkan juga mengenai perkara-perkara lain yang ditentukan di dalam Undang-Undang, sebagaimana ditentukan dalam Pasal 300 (ayat 1) UUK-PKPU. yang menentukan Pengadilan sebagaimana dimaksudkan dalam undang-undang ini selain memeriksa dan memutus permohonan pailit dan penundaan kewajiban pembayaran utang, berwenang pula memeriksa dan memutus perkara lain di bidang perniagaan yang penetapannya dilakukan dengan undang undang. Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa pengadilan niaga adalah pengadilan khusus yang mempunyai kewenangan untuk memeriksa mengadili dan memutus perkara kepailitan dan PKPU serta sengketa lainnya sesuai dengan peraturan perundang-undangan.

Pangadilan niaga adalah merupakan pengadilan khusus yang berada dalam lingkungan peradilan umum. Sesuai Pasal 1 angka 5 Undang Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menentukan, yang dimaksud dengan pengadilan khusus adalah pengadilan yang mempunyai kewenangan untuk memeriksa, mengadili dan memutus perkara tertentu yang hanya dapat dibentuk dalam salah satu lingkungan peradilan yang berada dibawah Mahkamah Agung yang diatur dengan undang undang. Ketentuan tersebut megatur unsur-unsur pengadilan khusus antara lain:

- 1) Pengadilan yang berwenang untuk memeriksa, mengadili dan memutus perkara tertentu; (hanya perkara tertentu);

¹⁶² Pasal 2 ayat (1) menentukan: 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. Sedangkan Pasal 1 angka 7 menentukan: Pengadilan adalah Pengadilan Niaga dalam lingkungan Peradilan Umum.

- 2) Dibentuk dalam salah satu lingkungan peradilan yang berada dibawah Mahkamah Agung;
- 3) Pembentukannya diatur dengan undang-undang;

Pengadilan niaga sebagai salah satu pengadilan khusus pertama kali di bentuk di Indonesia pada tahun 1998 berdasarkan Pasal 281 Perpu Nomor 1 tahun 1998 yang kemudian disahkan menjadi Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998 tentang Kepailitan. Pengadilan niaga dimaksud berkedudukan di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Selanjutnya berdasarkan Pasal 306 Undang Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan PKPU sebagai pengganti Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998 Pengadilan Niaga Jakarta Pusat yang telah dibentuk berdasarkan Perpu Nomor 1 Tahun 1998 dan Undang-Undang No 4 Tahun 1998, dinyatakan tetap berwenang untuk memeriksa, mengadili dan memutus perkara yang menjadi lingkup tugas pengadilan niaga sebagaimana ditentukan dalam Pasal 306. Kemudian berdasarkan Keputusan Presiden Nomor 37 tahun 1999, dibentuk lagi 4 pengadilan niaga dengan daerah hukumnya masing yaitu Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Makasar, Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Surabaya, Pengadilan Niaga Pada Pengadilan Negeri Semarang, Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Medan.

Berkenaan dengan syarat pengadilan niaga sebagai pengadilan khusus dibentuk berdasarkan undang-undang sebagaimana disyaratkan oleh Pasal 1 angka 8 Undang Undang Nomor 48 tahun 2009, ternyata dalam praktiknya pengadilan niaga yang pertama yaitu Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dibentuk berdasarkan Perpu, yaitu Perpu Nomor 1 Tahun 1998 yang kemudian disahkan menjadi Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998 yang dipertegas kembali dengan Pasal 306 Undang Undang Nomor 37 Tahun 2004. Namun pembentukan

Pengadilan Niaga yang lainnya yaitu Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Makasar, Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Surabaya, Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Semarang, Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Medan ternyata dibentuk berdasarkan Keputusan Presiden yaitu Keputusan Presiden Nomor 97 Tahun 1999, dan bukan dengan undang-undang.

Dengan demikian maka pembetulan pengadilan niaga selain Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat adalah tidak sesuai dengan Pasal 1 angka 8 Undang Undang Nomor 48 Tahun 2009. Jika merujuk pada Pasal 300 ayat (2) UUK-PKPU yang menentukan bahwa pengadilan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan secara bertahap dengan keputusan presiden, dengan memperhatikan kebutuhan dan kesiapan sumber daya yang diperlukan. Berarti terjadi insinkronisasi dalam Undang-Undang Kepailitan dan PKPU dengan Undang-Undang Kehakiman dalam pembetulan pengadilan niaga, yaitu disatu pihak Undang-Undang Kehakiman memerintahkan pembentukan pengadilan khusus dengan undang-undang, sedangkan Undang-Undang Kepailitan dan PKPU memerintahkan pembentukan pengadilan niaga dengan Keputusan Presiden.

Pasal 299 UUK-PKPU menentukan bahwa, Kecuali ditentukan lain, dalam undang-undang ini, maka hukum acara yang berlaku adalah hukum acara perdata. Hukum acara perdata yang dimaksudkan adalah hukum acara sebagaimana diauraikan di atas yaitu yang tersebar dalam berbagai peraturan seperti HIR/RBg, Rv, serta peraturan lainnya. Memperhatikan ketentuan UUK-PKPU, disamping hukum acara perdata pada umumnya yang ditentukan dalam HIR./RBg, UUK-PKPU sebagai hukum materiil juga memuat pasal-pasal mengenai hukum formil atau hukum acara sebagai kekhususan atau *lex specialis*, baik mengenai lembaga peradilan maupun tatacara pengajuan serta syarat-syaratnya.

Selanjutnya adalah bagaimana cara atau prosedur untuk mengajukan permohonan pailit pada pengadilan niaga, serta pengadilan yang berwenang (kompetensi) yang dalam pembagian hukum menurut fungsinya termasuk bidang hukum formil yang bertugas untuk menjamin ditaatinya hukum perdata materiil. Dengan demikian hukum acara pengadilan niaga dalam hal memeriksa, mengadili dan memutus sengketa kepailitan, disamping berlaku pula HIR/RBg sebagaimana ketentuan Pasal 299, juga berlaku ketentuan-ketentuan dalam UUK-PKPU. Sebagai salah satu contoh ketentuan Pasal 7 UUK-PKPU menentukan bahwa Permohonan kepailitan wajib diajukan melalui advokat, kecuali permohonan diajukan Kejaksaan, Bank Indonesia, Bapepam, atau Menteri Keuangan. Ketentuan ini adalah merupakan persyaratan beracara di pengadilan niaga yang berbeda dengan persyaratan beracara melalui peradilan umum.

Kekhususan dari penyelesaian perkara melalui pengadilan niaga diantaranya adalah sebagai berikut:

1) Mediasi Tidak Wajib

Untuk sengketa perkara kepailitan dan penundaan pembayaran utang tidak diwajibkan atau dikecualikan dari kewajiban menempuh mediasi (Pasal 4 ayat (2) UUK-PKPU). Sesuai dengan ketentuan Pasal 4 ayat (1) PERMA No. 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, menentukan: semua sengketa perdata yang diajukan ke pengadilan termasuk perkara perlawanan (*verzet*) atas putusan verstek dan perlawanan pihak berperkara (*partij verzet*) terdapat putusan yang telah mempunyai kekuatan hukum yang tetap, wajib terlebih dahulu diupayakan penyelesaian melalui mediasi, kecuali ditentukan lain dalam Peraturan Mahkamah Agung ini.

Penyelesaian sengketa melalui pengadilan niaga termasuk kedalam salah satu yang dikecualikan dari kewajiban menempuh prosedur mediasi (Pasal 4 ayat (2) huruf a angka 1). Namun atas kesepakatan para pihak, penyelesaian sengketa melalui pengadilan niaga yang dikecualikan dari kewajiban mediasi, tetap dapat menenpuh mediasi sukarela baik pada tingkat pemeriksaan persidangan maupun pada tingkat upaya hukum. Apa yang dimaksud dengan mediasi sukarela tidak diatur lebih lanjut. Ketentuan ini bermakna bahwa walaupun para pihak tidak diwajibkan, namun peluang untuk menempuh jalur perdamaian tetap terbuka sebelum putusan mempunyai kekuatan hukum tetap. Khusus untuk kepailitan perdamaian diatur didalam Pasal 265 s/d Pasal 294 UUK-PKPU.

2) Wajib Menggunakan Advokat

Sesuai UUK-PKPU, menggunakan advokat diwajibkan dalam mengajukan permohonan pailit, kecuali permohonan diajukan oleh Kejaksaan, Bank Indonesia, Badan Pengawas Pasar Modal dan Menteri Keuangan. Demikian ditentukan dalam Pasal 7 dan demikian pula Pasal 294 UUK-PKPU.¹⁶³ Permohonan kepailitan diajukan ke pengadilan niaga melalui panitra pengadilan niaga dan yang dapat mengajukan permohonan kepailitan antara lain:¹⁶⁴ Debitor, Kreditor¹⁶⁵, Kejaksaan,¹⁶⁶ dalam hal untuk kepentingan umum; Bank Indonesia dalam hal

¹⁶³Pasal 294 menentukan; Permohonan yang diajukan berdasarkan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 237; Pasal 255; Pasal 256; Pasal 259; Pasal 283; Pasal 285; Pasal 290 dan Pasal 291 harus ditandatangani oleh advokat yang bertindak berdasarkan surat kuasa khusus, kecuali apabila diajukan oleh pengurus.

¹⁶⁴ M. Hadi Shubhan . *Op.cit.*, hlm. 119

¹⁶⁵ Dalam dunia kepailitan kreditor dapat dibedakan menjadi tiga, yaitu pertama kreditor sparatis yaitu kreditor yang memegang jaminan kebendaan (Psl 1134 ayat (2) KUH Pdt.); Kedua kreditor Preferen, yaitu kreditor yang didahulukan karena sifat piutangnya oleh Undang-Undang (seperti Psl. 1139 KUH Perdata). ; kediga kreditor konkuren yaitu kreditor yang tidak termasuk salah satu kreditor tersebut di atas.

¹⁶⁶ Sesuai dengan Penjelasan Pasal 2 ayat (2) Kejaksaan dapat mengajukan permohonan pailit dengan alasan untuk kepentingan untuk kepentingan umum dalam hal persyaratan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (1) telah terpenuhi dan tidak ada pihak yang mengajukan permohonan pailit. Yang dimaksud dengan “kepentingan umum “ adalah kepentingan

kreditornya merupakan bank; Badan Pengawas Pasar Modal (Bapepam), dalam hal debitornya perusahaan efek atau lembaga kliring, dan penjaminan; dan Menteri Keuangan dalam hal debitornya adalah perusahaan asuransi, perusahaan reasuransi, dana pensiun, atau Badan Usaha Milik Negara (BUMN) yang berkecimpung dalam bidang kepentingan publik.

3) Beracara Dengan Surat

Sesuai UUK-PKPU, beracara pada pengadilan niaga selalu beracara dengan surat (*schiftelijke procedure*), berlainan dengan beracara pada peradilan umum (pengadilan negeri) beracara dapat dilakukan secara lisan dan juga dapat dilakukan dengan tulisan atau surat (*modelinge procedure*)¹⁶⁷

4) Waktu Pemeriksaan Terbatas

Pembatasan pemeriksaan perkara juga berlaku untuk peradilan umum. Sesuai dengan SEMA Nomor 2 Tahun 2014 tentang Penyelesaian Perkara di Pengadilan Tingkat Pertama dan Tingkat Banding pada 4 (empat) Lingkungan Peradilan, pemeriksaan perkara pada peradilan tingkat pertama harus sudah selesai dalam jangka waktu 5 (lima) bulan, dan untuk tingkat banding selama 3 (tiga) bulan. Sedangkan pemeriksaan perkara kepailitan harus sudah dijatuhkan putusan dalam jangka waktu 60 hari terhitung sejak diajukannya permohonan pailit (Pasal 8 ayat (5) UUK-PKPU). Pembatasan waktu untuk perkara kepailitan, sudah dimulai sejak pengajuan permohonan pailit itu masuk ke meja panitera,

bangsa dan negara dan atau kepentingan masyarakat luas, misalnya a. debitur melarikan diri; b. Debitur mrngelapkan bagian dari harta kekayaan; c. Debitor mrmpunyai utang kepada Badan Usaha Milik Negara atau badan usaha laian yang menghipun dana dari masyarakat; d. debitur mempunyai utang yang berasal dari perhimpunan dana dari masyarakat luas; e. debitur tidak beritikad baik atau tidak kooperatif dalam menyelesaikan masalah utang piutang yang telah jatuh waktu; atau dalam hal lainnya menurut kejaksaan merupakan kepentingan umum.

¹⁶⁷ Hariandi, "Hukum Acara Pengadilan Niaga dalam Perkara Kepailitan", 2014, <http://www.gresnews.com/berita/tips/012312-tips-hukum-acara-pengadilan-niaga-dalam-perkara-kepailitan/0/#sthash.H8e97rfe.dpuf>, (Tanggal 12/1/2018)

dimana panitera dalam jangka waktu 2 (dua) hari harus sudah menyampaikan permohonan pailit tersebut kepada ketua pengadilan. Setelah 3 (tiga) hari tanggal permohonan pernyataan pailit didaftarkan, pengadilan mempelajari permohonan dan menetapkan hari dan tanggal sidang, dan sidang sudah harus diselenggarakan paling lambat 20 (dua puluh) hari terhitung sejak permohonan didaftarkan. Demikian ditentukan pada Pasal 6 UUK-PKPU.

5) Pembuktian Sederhana

Kata sederhana memang masih sangat relatif, Pembuktian sederhana dalam perkara kepailitan jelas diatur pada Pasal 8 ayat (4) UUK-PKPU yang menentukan permohonan pernyataan pailit harus dikabulkan apa bila terdapat fakta atau keadaan yang terbukti secara sederhana, bahwa persyaratan untuk dinyatakan pailit sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (1) telah terpenuhi.¹⁶⁸

6) Putusan Bersifat Serta Merta

Berdasarkan ketentuan Pasal 8 ayat (7) UUK-PKPU, Putusan permohonan pernyataan pailit dapat dilaksanakan terlebih dahulu (*uitvoerbaar bij vooraad*). Hal ini berarti bahwa putusan pengadilan tingkat pertama atas permohonan pailit dapat dilaksanakan walaupun masih ada upaya hukum kasasi ataupun peninjauan kembali.

7) Dapat Melakukan Penyimpangan Klausula Arbitrase

Berdasarkan ketentuan Pasal 3 Undang Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, dapat diketahui bahwa penyelesaian sengketa melalui arbitrase adalah merupakan kompetensi absolut. Ini

¹⁶⁸ Pasal 2 ayat (1) UU Kepailitan dan PKPU menentukan: 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 atau atas permohonan satu atau lebih kreditornya.

berarti setiap perjanjian yang telah menentukan klausula arbitrase menghapuskan kewenangan pengadilan untuk menyelesaikan perselisihan tersebut.¹⁶⁹ Berbeda dengan penyelesaian sengketa atau permohonan pernyataan pailit pengadilan niaga tetap berweang untuk menanganinya.

Dalam suatu perjanjian yang memuat klausula arbitrase, tidak menghilangkan kompetensi/kewenangan absolut dari pengadilan niaga untuk menangani permohonan pernyataan pailit. Pasal 303 UUK-PKPU menentukan: Pengadilan tetap berwenang memeriksa dan menyelesaikan permohonan pernyataan pailit dari para pihak yang terikat perjanjian yang memuat klausula arbitrase, sepanjang utang yang menjadi dasar permohonan pernyataan pailit telah memenuhi ketentuan sebagaimana dimaksud dalam pasal 2 ayat (1) undang undang ini. Dalam hal ini sepertinya telah terjadi konflik norma antara Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa dengan UUK-PKPU.

8) Tidak Tersedia Upaya Hukum Banding

Dalam hukum acara perdata, upaya hukum terhadap putusan pengadilan tingkat pertama, tersedia upaya hukum biasa yang disebut dengan upaya hukum banding. Sedangkan penyelesaian sengketa melalui pengadilan niaga sebagai pengadilan khusus termasuk permohonan pernyataan pailit tidak tersedia upaya hukum banding, melainkan hanya tersedia upaya hukum kasasi sebagai upaya hukum biasa dan peninjauan kembali sebagai upaya hukum luar biasa.

Dari rumusan tertentu ketentuan Pasal 3 UUK-PKPU, dapat diketahui bahwa setiap putusan atas permohonan pailit diajukan di pengadilan niaga daerah

¹⁶⁹ Susanti Adi Nugroho, *Penyelesaian Sengketa Arbitrase dan Penerapan Hukumnya*, Kencana, cetakan ke-1, Jakarta, 2015, hlm. 103

hukumnya merupakan daerah tempat kedudukan hukum debitor dengan ketentuan sebagai berikut:

- a) Putusan atas permohonan pailit dan hal-hal lain yang berkaitan dan/atau diatur dalam undang-undang ini, diputuskan oleh pengadilan yang daerah hukumnya meliputi daerah tempat kedudukan hukum debitor.
- b) Dalam hal debitor telah meninggalkan wilayah negara Republik Indonesia, pengadilan yang berwenang menjatuhkan putusan atas permohonan pernyataan pailit adalah pengadilan yang daerah hukumnya meliputi tempat kedudukan hukum terakhir debitor.
- c) Dalam hal debitor adalah persero suatu firma, pengadilan yang daerah hukumnya meliputi tempat kedudukan hukum firma tersebut juga berwenang memutuskan.
- d) Dalam hal debitor tidak berkedudukan di wilayah negara Republik Indonesia tetapi menjalankan profesi atau usahanya di wilayah Republik Indonesia, pengadilan yang berwenang memutuskan adalah pengadilan yang daerah hukumnya meliputi tempat kedudukan atau kantor pusat debitor menjalankan profesi atau usahanya di wilayah negara Republik Indonesia.
- e) Dalam hal debitor merupakan badan hukum, tempat kedudukan hukumnya adalah sebagaimana dimaksud dalam anggaran dasarnya.

Selanjutnya proses beracara permohonan pernyataan pailit melalui pengadilan dapat diuraikan secara singkat bahwa permohonan diajukan kepada pengadilan niaga pada di lingkungan peradilan umum pada daerah hukum tempat kedudukan debitor, melalui panitera pengadilan. Dalam hukum acara diatur bahwa panitera wajib mengajukan perkara tersebut 2 hari terhitung dari pendaftaran pada

pengadilan niaga. Paling lambat tiga hari setelah tanggal pendaftaran, pengadilan mempelajari permohonan dan segera menetapkan hari sidang. Setelah ditetapkan hari dan tanggal sidang pemanggilan dilakukan oleh juru sita kepada pemohon dan termohon dilakukan dengan surat kiat tercatat paling lambat 7 hari sebelum sidang dilakukan.

Demikian pula dalam hal sidang pemeriksaan permohonan pernyataan diselenggarakan dalam jangka waktu paling lambat 20 hari setelah tanggal permohonan didaftarkan. Atas permohonan debitor dan berdasarkan alasan yang cukup, pengadilan dapat menunda sidang 5 hari lagi. Dengan demikian pada gilirannya peneliti dapat menegaskan di sini bahwa sesuai ketentuan dalam hukum acara dijelaskan bahwa putusan pengadilan atas permohonan pernyataan pailit harus sudah diucapkan paling lambat 60 hari terhitung setelah tanggal pendaftaran permohonan pernyataan pailit.

B. Kepailitan dalam Perspektif Hukum Islam

1. Pengertian Pailit dalam Perspektif Hukum Islam

Masalah kepailitan dalam konteks fiqh ini bukan merupakan suatu hal yang baru, para ulama terdahulu telah membahas mengenai penyelesaian perkara kepailitan. Dalam konteks fiqh, pailit sepadan dengan kata *taflis* adalah *mashdar fallasa* yang berarti menjadikannya miskin. Juga disebut *iflas* (jatuh miskin) adalah masdar dari kata *aflasa* yang berarti dia menjadi orang yang dalam keadaan tidak mempunyai uang. Sedangkan *alhajru* adalah masdar dari *hajar* yang berarti melarang, menghalangi, dan merintang. ¹⁷⁰

¹⁷⁰Abu Bakar Muhammad, *Terjemah Subulussalam*, Al-Ikhlas, Surabaya, 1995, hlm. 185.

Secara etimologi, *at-taflis* berarti pailit, tekor, atau jatuh miskin. Orang yang pailit disebut *mufliis*, yaitu seorang yang tekor, di mana utangnya lebih besar dari asetnya. Dalam sebuah hadits, Nabi SAW. pernah menggambarkan seorang yang *mufliis* di akhirat, yaitu orang yang dosanya lebih besar dari pahalanya. Orang tersebut mengalami tekor, karena pahalanya dipindahkan kepada orang-orang yang digunjingnya, sehingga timbangan dosanya menjadi lebih besar dari pahalanya. Dalam konteks ekonomi, istilah *taflis* diartikan sebagai orang yang utangnya lebih besar dari hartanya.¹⁷¹

Hukum Islam memengaruhi perkembangan hukum kepailitan modern setidaknya berdasarkan tiga fakta sebagai berikut¹⁷²:

- a. Asas-asas pokok dalam *a-da'waal Bulishiyah (actio pauliana)* dalam konteks secara hukum barat merujuk pada ibarat merujuk kepada hukum Islam yang dikembangkan oleh Madzhab Maliki, larangan terhadap transaksi yang dilakukan oleh debitur misalnya yang tidak dibatasi hanya dengan putusan pengadilan (*al-hajru*) melainkan sebelum timbulnya putusan tersebut.
- b. Hukum Islam memengaruhi *common law* ketika Henry II menciptakan sistem *common law* yang mengubah sistem hukum di Inggris secara keseluruhan pada abad ke dua belas. Pengaruh ini antara lain berkaitan dengan hukum kontrak yang mengizinkan adanya transfer kepemilikan atas harta kekayaan berdasarkan penawaran dan penerimaan melalui utang piutang (*action of debt*). Fakta penting ini bersandar pada karakteristik unik dari *action of debt* yang ada dalam Islam.

¹⁷¹ Lihat Imron al-Husheini, "Hukum Kepailitan (Taflis) Dalam Islam", artikel dalam <https://alhusheini.blogspot.com/search?q=hukum+kepailitan>, [diakses tanggal 21/09/2018, pukul 16.00]

¹⁷² Siti Anisah, *Perlindungan Kepentingan Kreditor dan Debitur dalam Hukum Kepailitan di Indonesia, Studi Putusan-Putusan Pengadilan*, Disertasi, Total Media, Jakarta, 2008, hlm. 404.

- c. Adanya fakta sejarah bahwa transplantasi dari negara Islam ke negara Inggris dilakukan melalui Sisilia, yang waktu itu berada di bawah pengaruh madzhab Maliki.
- d. Konsep perlakuan secara kolektif dan berdasarkan kepada kesetaraan ,sesuai bagian masing-masing kreditur dalam kepailitan yang diadopsi ke dalam undang-undang kepailitan Italia, merupakan indikasi adanya kemungkinan perkembangan tersebut dipengaruhi oleh hukum Islam.

Berkenaan dengan pailit dalam perspektif hukum Islam, peneliti mengutip Wahbah Azzuhaili yang mengartikan *Taflis* secara etimologi berarti sebutan bagi orang yang pailit, dan dikenal dengan kata tersebut karena diambil dari kata *fulus* yang berarti *recek* (satuan mata uang yang paling kecil). Sedangkan menurut istilah syara', *taflis* berarti ketetapan hakim terhadap orang yang berhutang dalam keadaan pailit dengan mencegahnya dari aktifitas transaksi terhadap hartanya atau melepas kewenangan seseorang terhadap hartanya untuk kepentingan para pihak yang berpiutang.¹⁷³

Kisah mengenai perkara pailit ini dapat ditemukan sejak zaman Rasulullah SAW. Sebagai landasan dasar hukumnya adalah sebuah riwayat yang menyatakan, bahwa Rasulullah SAW. menetapkan Mu'az bin Jabal sebagai orang yang terlilit utang dan tidak mampu melunasinya (pailit), lalu Rasulullah SAW. melunasi utang Mu'az bin Jabal dengan sisa hartanya.¹⁷⁴ Bahkan kemudian Rasulullah mengutus beliau menjadi guburbur di Yaman agar dapat memperoleh gaji dan mampu membiayai hidupnya kembali.¹⁷⁵

¹⁷³Wahbah Azzuhaili, *Fiqhul Islam wa Adillatuhu*, Darul Fikr, Beirut, jilid 5, hlm. 455.

¹⁷⁴Sayyid Sabiq, *Fiqh Sunnah*, Alfathu Lil I'lamil 'Aroby, jilid 3, hlm. 278.

¹⁷⁵Abu Bakar Muhammad, *Op.cit.* hlm. 196.

Riwayat lain ditunjukkan bahwa Umar bin Khattab pernah menahan harta seseorang debitor untuk dibagi-bagikan kepada kreditor. Ringkasan dari riwayat itu adalah Usaifi' dari warga Juhainah mempunyai utang, tetapi ia tidak mau membayarnya. Maka Umar menahan hartanya dan memberitahukan kepada siapa yang mempunyai piutang atasnya agar datang kepadanya untuk membagikan hartanya (membayar utang) (Disarikan dari riwayat Malik dan Daruquthni).¹⁷⁶

Penjelasan berikutnya dikemukakan oleh Muhammad Ibnu Rusyd yang telah mengkategorikan hukum kepailitan kepada dua keadaan, yaitu pertama pailit terhadap orang yang memiliki harta, namun tidak dapat memenuhi pembayaran utang-utangnya dan kedua pailit terhadap orang yang berutang dan tidak mempunyai harta sama sekali untuk melunasi utang-utangnya.¹⁷⁷

2. Batasan Harta Pailit dalam Hukum Islam

Dalam sejauh mana harta pailit yang dapat dilelang untuk memenuhi pembayaran utang, para ulama berbeda pandangan, Imam Abu Hanifah dan Imam Ahmad berpendapat bahwa harus disisakan harta pailit yang diperuntukkan untuk menjaga kelangsungan hidup orang yang dipailitkan seperti tempat tinggal, maka tidak diperkenankan untuk menjual rumah orang yang dipailitkan. Apabila ia seorang pedagang, maka tidak diperkenankan menjual barang dagangannya.

Berkenaan dengan hal tersebut, Imam Asy-Syaukani berpendapat bahwa pihak yang berpiutang diperkenankan melelang semua harta benda yang diketemukannya kecuali barang yang menjadi kebutuhan dasar seperti rumah dan pakaian yang digunakan untuk menutupi aurat. Sementara Imam Malik dan Imam

¹⁷⁶*Ibid.* hlm. 197.

¹⁷⁷Ibnu Rusyd, *Bidayatul Mujtahid*, Darul Fikr, Andalusia, 595 H, hlm. 1993.

Syafi'i membolehkan rumah orang yang dipailitkan boleh dijual untuk melunasi utangnya.¹⁷⁸

Terhadap kebolehan menahan sementara atau memenjarakan orang yang jatuh pailit, juga terdapat perbedaan pendapat ulama fiqh. Misalnya, Ulama hanafiyah menyatakan bahwa hakim berhak untuk melakukan penahanan sementara atas orang yang jatuh pailit ketika hakim tidak mengetahui secara pasti keadaan keuangan orang yang jatuh pailit. Menurut mereka, dalam hal ini hakim boleh menahannya selama dua sampai tiga bulan, dan jika dalam masa itu hakim mengetahui orang yang jatuh pailit itu tidak memiliki harta untuk membayar utang-utangnya, maka ia dibebaskan. Hal ini menurut mereka sejalan dengan kehendak surah Al-Baqarah ayat 280.

Selanjutnya ulama Hanafiyah mengemukakan bahwa seorang hakim boleh melakukan penahanan sementara terhadap orang pailit dengan empat syarat:¹⁷⁹

- a. Waktu pembayaran utangnya telah jatuh tempo.
- b. Diketahui bahwa orang yang jatuh pailit itu mampu membayar utang-utangnya, tetapi ia tidak lakukan, sesuai hadits Rasulullah saw yang menyatakan: "*Saya berhak untuk menahan sementara orang yang enggan membayar utangnya, karena perbuatan itu bersifat zhalim.*" (H.R. Bukhari, Muslim, An-Nasa'i, Abu Daud, dan Ibnu Majjah).
- c. Orang yang jatuh pailit itu bukan ayah dan atau ibu dari yang memberi piutang.
- d. Orang yang memiliki piutang mengajukan tuntutan kepada hakim, agar orang yang jatuh pailit itu dikenakan penahanan sementara.

¹⁷⁸Sayyid Sabiq, *Op.cit.*, hlm. 280

¹⁷⁹Nasrun Haroen, *Fiqh Muamalat*, Gaya Media Pratama, Jakarta, 2000, hlm.....

Ulama Malikiyyah mengatakan bahwa hakim boleh melakukan penahanan sementara terhadap orang yang jatuh pailit dengan syarat:

- a. Keadaan keuangannya tidak diketahui secara pasti.
- b. Penampilan orang yang jatuh pailit itu menyebabkan para pemberi utang curiga bahwa ia mempunyai harta, sementara ia tetap menyatakan tidak mempunyai harta.
- c. Orang pailit itu ternyata mempunyai harta lain yang dapat digunakan untuk membayar utang tetapi ia enggan membayarnya.¹⁸⁰

Ulama Syafi'iyah dan Hanabillah mengatakan bahwa apabila orang yang jatuh pailit itu mempunyai harta yang boleh dijual untuk membayar utang-utangnya, maka hakim boleh memaksa orang itu untuk menjual harta dan melunasi utang-utangnya. Apabila ia enggan untuk menjual harta itu atau tidak mau membayar utangnya, sedangkan para pemberi utang 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 utang itu, hakim boleh melakukan hukuman jasmani, seperti memukulnya sampai ia mau menjual hartanya itu dan membayar utang-utangnya. Jika dalam pemeriksaan hakim orang yang jatuh pailit itu menyatakan bahwa ia dalam kesulitan keuangan, maka pernyataan ini tidak diterima, kecuali ada bukti-bukti yang kuat untuk mendukung pernyataannya itu.¹⁸¹

Setelah selesai proses pailit pihak si pailit, maka selanjutnya dapat dilakukan pembebasan yang bersangkutan. Kaedah *ushul fiqh* menyatakan bahwa

¹⁸⁰Ahmad Saprudin dan Ahmad Satiri, *Teknik Penyelesaian Perkara Kepailitan Ekonomi Syariah*, Pustaka Pelajar, Jogjakarta, 2018, hlm. 62.

¹⁸¹*Ibid.*, hlm. 63.

hukum itu berlaku sesuai dengan *'illat*-nya. Apabila ada *'illat*-nya, maka hukum berlaku, dan apabila *'illat*-nya hilang, maka hukum tidak berlaku. Dalam konteks ini, jumbuh ulama termasuk sebagian ulama Syafi'iyah dan Hanabillah, mengemukakan bahwa apabila harta orang yang jatuh pailit telah dibagi-bagikan kepada pemberi utang sesuai dengan pemberiannya, sekalipun tidak lunas maka status di bawah pengampuannya dinyatakan hapus, karena penyebab yang menjadikan ia berada di bawah pengampuannya telah hilang. Mereka menganalogikan orang yang berada di bawah pengampuan karena pailit dengan orang yang berada di bawah pengampuannya karena gila. Dalam hal orang gila yang telah sembuh dari penyakitnya, statusnya sebagai orang yang berada di bawah pengampuan, gugur dengan sendirinya, tanpa harus ditetapkan oleh keputusan hakim.

Berkenaan dengan pengambilan keputusan hukumnya, sebagian ulama Syafi'iyah dan Hanabillah berpendapat bahwa status orang pailit sebagai orang yang berada di bawah pengampuan tidak hapus, kecuali dengan putusan hakim, karena penetapannya sebagai orang yang berstatus di bawah pengampuan didasarkan pada keputusan hakim, maka pembatalannya pun harus dengan keputusan hakim.¹⁸²

3. Penyelesaian Kepailitan dalam Hukum Islam

Terkait dengan etika tentang adanya utang piutang yang menjadi salah satu syarat utama dalam kepailitan, sebagaimana hadits diriwayatkan oleh al-Bukhori nomor 2078 yang artinya:

Diriwayatkan dari Hudzaifah R.A., dia berkata: Nabi SAW. pernah bersabda: "Malaikat pernah mencabut nyawa seseorang sebelum kalian. Malaikat itu bertanya, apakah kamu pernah berbuat suatu kebaikan? Dia menjawab: ketika di dunia saya menyuruh pegawai saya untuk memberi

¹⁸²*Ibid..*hlm. 64.

*tempo penundaan pembayaran utang kepada orang yang belum bisa membayar utang untuk dibayarkan tetapi ia tepat membayar pada waktunya. Sabda Rasulullah selanjutnya: Dengan itu, Maka Allah mengampuni dosa orang tersebut.”*¹⁸³

Isi atau kandungan hadits di atas dalam tinjauan hukum perdata (kepailitan) menjelaskan bahwa merupakan sebuah kebaikan apabila kreditor dapat memberikan jatuh tempo penundaan pembayaran utang kepada debitor yang belum bisa membayar utangnya yang telah jatuh tempo. Disebutkan pula kebaikan apabila kreditor dapat memaafkan debitor yang membayar utangnya tetapi tidak tepat waktu.¹⁸⁴

Jumhur ulama (selain Madzhab Maliki) berpendapat bahwa penyelesaian kepailitan harus didasarkan kepada putusan hakim. Maka apabila belum ditetapkan statusnya sebagai *muflis* maka segala tindak tanduknya terkait dengan penggunaan hartanya maka dianggap sah.¹⁸⁵ Dalam hal ini, terdapat perbedaan pendapat di antara ulama fikih tentang penetapan seseorang jatuh pailit dan statusnya di bawah pengampunan, apakah perlu ditetapkan melalui keputusan hakim atau tidak. Misalnya, mengenai hal ini ulama Malikiyyah berpendapat:

- a. Sebelum seseorang dinyatakan jatuh pailit, para kreditor berhak melarang orang yang pailit itu bertindak hukum terhadap sisa hartanya dan membatalkan seluruh tindakan hukum yang membawa mudharat kepada hak-hak mereka, seperti mewariskan hartanya, menghadiahkan, dan melakukan akad *mudharabah* dengan orang lain. Adapun terhadap tindak hukumnya yang bersifat jual beli dapat dibenarkan.

¹⁸³ Imam Az-Zabidi, *Ringkasan Hadits Shahih Al-Bukhari*, Pustaka Amani, Jakarta, 2002, hlm. 453.

¹⁸⁴ Ahmad Saprudin dan Ahmad Satiri, *Op.cit.*, hlm. 54.

¹⁸⁵ Wahbah Az-Zuhaili, *Op.cit.*, hlm. 457.

- b. Persoalan utang-piutang ini tidak diajukan kepada hakim, dan antara orang yang berutang dan orang yang memberi utang dapat melakukan *ash-shulh* (perdamaian). Dalam kaitan ini, orang yang jatuh pailit itu tidak dibolehkan bertindak hukum yang sifatnya pemindahan hak milik sisa hartanya, seperti wasiat, hibah, dan kawin. Apabila tercapai perdamaian, maka pemberi utang berhak membagi sisa harta orang yang jatuh pailit itu sesuai dengan prosentase piutangnya.
- c. Pihak yang memberi utang mengajukan gugatan (seluruhnya atau sebahagiannya) kepada hakim agar orang yang diberikan utang itu dinyatakan jatuh pailit, serta mengambil sisa hartanya untuk membayar utang-utangnya. Gugatan yang diajukan itu harus disertai dengan bukti bahwa utang orang itu melebihi sisa hartanya dan utang itu telah jatuh tempo pembayarannya. Apabila ketetapan hakim telah ada yang menyatakan bahwa orang berutang itu jatuh pailit, maka orang-orang yang memberikan utang berhak untuk mengambil sisa harta yang berutang dan membaginya sesuai dengan presentase piutang masing-masing.

Sedangkan Imam Abu Hanifah berpendapat bahwa tidak diperbolehkan menetapkan seorang yang *muflis* di bawah pengampuan dan tidak diperbolehkan menjual hartanya, namun menurutnya mestinya hakim menahan yang bersangkutan sampai ia melunasi utang-utangnya.¹⁸⁶

Berdasarkan penelitian Siti Anisah, terdapat beberapa persamaan antara hukum kepailitan Islam dan Hukum kepailitan barat, sebagaimana diuraikan sebagai berikut:¹⁸⁷

¹⁸⁶Sayyid Sabiq, *Op.cit.*, hlm. 281.

¹⁸⁷Siti Anisah, *Op.cit.*, hlm. 309-464.

a. Pengertian dasar kepailitan

Islam mengintrodusir kepailitan dengan kata *iflas* dan *i'sar* (kesukaran). *Iflas* dapat dipadankan dengan terminologi *Balance sheet test*, sedangkan *i'sar* dapat dipadankan dengan kata *cash flow test*. Hal ini tertuang dalam 1841 dan 1867 *Bankruptcy Acts* Amerika Serikat, menentukan bahwa debitor yang mengajukan permohonan pernyataan pailit wajib membuktikan dirinya tidak mampu untuk melunasi utang-utangnya yang telah jatuh waktu, dan apabila telah diajukan permohonan ini tidak dapat dibatalkan oleh siapa pun. Sedangkan *Uniform Commercial Code* menentukan bahwa seseorang dapat dianggap *insolvent* baik dalam keadaan berhenti membayar atau tidak dapat membayar uangnya yang telah jatuh waktu (*equity test*).

b. Para pihak dapat mengajukan permohonan pailit

Baik hukum kepailitan Islam dan hukum kepailitan barat mengatur hal yang sama, bahwasannya permohonan pailit dapat diajukan oleh kreditor maupun debitor

c. Persyaratan pernyataan pailit

Baik hukum Islam maupun hukum barat sama-sama menentukan bahwa kepailitan diajukan dengan syarat adanya utang debitor yang sudah jatuh tempo dan hutangnya lebih besar dari harta yang dimilikinya.

d. Putusan pernyataan pailit merupakan kewenangan peradilan

Hukum Islam dan hukum barat memberikan pernyataan mengenai pailitnya seseorang atau badan hukum hanya menjadi kewenangan peradilan.

e. Status pengampuan (*curatele/alhajru*) dikenakan kepada debitor yang tidak mampu membayar utangnya.

Pada dasarnya hukum kepailitan Islam dan hukum kepailitan barat terdapat perlakuan yang sama mengenai debitor yang tidak mampu membayar utangnya di bawah pengampuan pihak berwenang.

- f. Perdamaian antara kreditor dan debitor mengakhiri perkara kepailitan dan debitor dibebaskan dari pengampuan.

Berakhirnya status pailit debitor karena adanya perdamaian antara kreditor dan debitor dapat dijumpai dalam sistem kepailitan berdasarkan hukum Islam dan hukum barat.

- g. Kreditor dapat membebaskan uang debitor atas dasar keikhlasan
Ketentuan tentang pembebasan utang dapat ditemukan dalam hukum kepailitan Islam dan hukum kepailitan barat.

C. Pembiayaan *Musyarakah* pada Bank Syariah di Indonesia

1. Pengertian Pembiayaan *Musyarakah*

Musyarakah merupakan istilah yang sering dipakai dalam konteks skim pembiayaan syariah. Istilah lain dari *musyarakah* adalah *syarikah* atau *syirkah*.¹⁸⁸ *Musyarakah* atau *syirkah* menurut bahasa berarti *al-ikhtilath* yang artinya campur atau percampuran. Demikian dinyatakan oleh Taqiyuddin. Maksud percampuran di sini ialah seseorang mencampurkan hartanya dengan orang lain sehingga tidak mungkin untuk dibedakan¹⁸⁹.

Musyarakah berasal dari kata *syarika* yang berarti persekutuan. Secara etimologi *al-syarikah* atau *al-musyarakah* mengandung makna *al-ikhtilat wa al-*

¹⁸⁸Heri Sudarsono, *Bank dan Lembaga Keuangan SYARIAH*, P3EI, Yogyakarta, 2004, hlm. 67

¹⁸⁹ Hendi Suhendi, *Fiqh Muamalah*, Rajawali Pers, Jakarta, 2010, Hlm.125

imtijaz yaitu percampuran. Dalam *lisan al-'arab* disebutkan *al-syirkah* dan *al-syarikah* mengandung makna yang sama *mukhalatatu al-syarikaini* (bercampur atau bergabungnya dua orang) untuk melakukan kerja sama.¹⁹⁰

Menurut istilah, yang dimaksud dengan *syirkah* para fuqaha berbeda pendapat. Menurut Sayyid Sabiq yang dimaksud dengan *syirkah* ialah akad antara dua orang berserikat pada pokok harta (modal) dan keuntungan¹⁹¹. Menurut ulama Malikiyyah, *syirkah (musyarakah)* adalah suatu izin untuk bertindak secara hukum bagi dua orang yang bekerja sama terhadap harta mereka. Dalam mazhab Syafi'i dan Hambali diuraikan bahwa *syirkah* adalah hak bertindak hukum bagi dua orang atau lebih pada sesuatu yang mereka sepakati. Sedangkan mazhab Hanafi mendefinisikan *syirkah* yang berupa akad yang dilakukan oleh orang-orang yang bekerja sama dengan modal dan keuntungan. Dikemukakan pula dengan adanya akad *syirkah* yang disepakati kedua belah pihak, maka semua pihak yang mengikat diri berhak bertindak hukum terhadap harta syarikat itu dan berhak mendapatkan keuntungan yang disepakati.¹⁹²

Secata istilah para ulama berbeda pendapat pengertian yang dimaksud dengan *syirkah* yaitu¹⁹³:

- a. Menurut Sayyid Sabiq, *sirkah* adalah akad antara dua orang yang berserikat pada harta dan keuntungan.
- b. Menurut Muhammad al-Syarbini al-Khatib, yang dimaksud dengan *syirkah* ialah ketetapan hak pada sesuatu pada dua orang atau lebih dengan cara yang *mashur* (diketahui).

¹⁹⁰Asmuni, *Aplikasi Musyarakah Dalam Perbankan Islam; Studi Fiqih Terhadap Produk Perbankan Islam*, Jurnal Hukum Islam Al-Mawarid, Edisi XI, 2004, hlm. 160

¹⁹¹ Fiqih sunnah 294

¹⁹²Nasrun Haroen, *Fiqih Muamalah*, Gaya Media Pratama, Jakarta, 2007, hlm. 166

¹⁹³Hendi Suhendi, *Fiqih Muamalah*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2007, hlm. 125-126

- c. Menurut Syihab al-Din al-Qalyubi wa Umira yang dimaksud dengan *syirkah* adalah penetapan hak pada suatu bagi dua orang atau lebih.
- d. Menurut Imam Taqiyudin Abi Bakr Ibn Muhammad al-Husaini, yang dimaksud dengan *syirkah* ialah Ibarat penetapan suatu hak pada sesuatu yang yang satu untuk dua orang atau lebih dengan cara yang diketahui.
- e. Menurut Hasbi Ash-Shiddieqie bahwa yang dimaksud dengan *syirkah*, adalah akad yang berlaku diantara dua orang atau lebih untuk *ta'awun* dalam bekerja pada suatu usaha dan membagi keuntungan.
- f. Menurut Idris Ahmad menyebutkan *syirkah* sama dengan syarikat dagang yakni perjanjian yang dilakukan oleh dua orang atau lebih sama-sama berjanji akan bekerjasama dalam dagang, dengan menyerahkan modal masing-masing dimana keuntungan dan kerugiannya diperhitungkan menurut besar kecilnya modal masing-masing.

Umar Abdullah Kahil menjelaskan bahwa arti *syirkah* secara istilah yang paling umum adalah akad antara dua pihak atau lebih untuk meyatukan modal usaha (dalam rangka berbagi) keuntungan dan rugi diantara para mitra.¹⁹⁴ Dengan demikian dapat dirumuskan pengertian umum bahwa secara istilah *musyarakah* adalah akad kerja sama antara dua pihak atau lebih untuk suatu usaha tertentu di mana masing-masing pihak memberikan kontribusi dana (*amal/expertise*) dengan kesepakatan bahwa keuntungan dan resiko akan ditanggung bersama sesuai dengan kesepakatan.¹⁹⁵

Pembiayaan *musyarakah* merupakan salah satu produk lembaga keuangan syariah. Pembiayaan *musyarakah* adalah kerjasama 2 (dua) pihak atau lebih untuk

¹⁹⁴Umar Abdul Khalil, *al-Qawaid al-Fiqhiyyah al-Kubra wa Atsaruha fi al-Mu'amalat al-Maliyyah*, Universitas Al-Azhar, Kairo, tt., hlm. 420.

¹⁹⁵Chairuman Pasaribu dan Suhrawardi Lubis, *Hukum Perjanjian Dalam Islam*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 74

suatu usaha tertentu, masing-masing pihak memberikan kontribusi dana dan atau karya/keahlian dengan kesepakatan berbagi keuntungan dan resiko menjadi tanggungan bersama sesuai kesepakatan. Akad yang digunakan dalam pembiayaan *musyarakah*, yaitu suatu kerjasama antara Bank dengan Nasabah untuk mencampurkan dana/modal mereka pada suatu usaha tertentu, dengan pembagian keuntungan berdasarkan nisbah bagi hasil yang telah disepakati.¹⁹⁶

Pembiayaan berasal dari bahasa latin yaitu dari kata *credere* yang berarti percaya. Oleh karena itu dasar pemikiran persetujuan pemberian pembiayaan oleh suatu lembaga keuangan kepada seseorang oleh badan usaha berdasarkan kepercayaan. Secara bahasa pembiayaan berasal dari kata *biaya*, yaitu uang yang dikeluarkan untuk mengadakan atau mendirikan sesuatu. Pembiayaan dapat juga diartikan sebagai pendanaan yang diberikan oleh suatu pihak kepada pihak lain untuk mendukung investasi yang direncanakan, baik dilakukan sendiri maupun lembaga. Dengan kata lain, pembiayaan adalah pendanaan yang dikeluarkan baik perorangan maupun kelembagaan untuk mendukung usaha yang direncanakan.

Menurut M. Syafi'i Antonio, dalam bukunya yang berjudul *Bank Syariah dan Teori ke Praktek*, pembiayaan adalah pemberian fasilitas penyediaan dana untuk memenuhi kebutuhan pihak-pihak yang merupakan devisa unit.¹⁹⁷ Menurut Veithzal Rivai dan Arifin, dalam bukunya yang berjudul *Islamic Banking*, pembiayaan atau financing adalah pendanaan yang diberikan oleh suatu pihak kepada pihak lain untuk mendukung investasi yang telah direncanakan, baik dilakukan sendiri maupun lembaga.¹⁹⁸

¹⁹⁶ Kasmir, *Manajemen Perbankan*, Rajawali Pers, Jakarta, 2014, hlm. 82.

¹⁹⁷ Muhammad Syafi'i Antonio, *Bank Syariah: Dari Teori Ke Praktik*, Gema Insani Press, Jakarta, 2001, hlm. 160.

¹⁹⁸ Veithzal Rivai, *Islamic Banking*, PT. Bumi aksara, Jakarta, 2010, hlm. 681.

Kemudian di dalam Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perbankan Syariah dijelaskan bahwa pengertian pembiayaan adalah penyediaan dana atau tagihan yang dapat dipersamakan dengan itu, berdasarkan persetujuan atau kesepakatan antara bank syariah dengan pihak lain yang mewajibkan pihak yang dibiayai untuk mengembalikan dana atau tagihan tersebut setelah jangka waktu tertentu dengan imbalan atau bagi hasil.

Pengertian pembiayaan dalam hukum ekonomi Islam (*fiqh al-muamalah*) secara bahasa berarti potongan yaitu istilah yang diberikan untuk suatu yang diberikan untuk modal usaha, sesuatu ini terputus atau terpotong. Sedangkan pembiayaan secara istilah berarti penyerahan dari pihak yang lain sesuatu yang bernilai kebendaan. Pemberian modal usaha yang dibagi pemberiannya berhak mengambil uang tersebut dari orang yang mendapatkan modal.

Pengertian pembiayaan berdasarkan prinsip syariah menurut Undang-Undang Nomor 21 tahun 2008 tentang perbankan syariah, pembiayaan adalah penyediaan dana atau tagihan yang dipersamakan dengan itu berupa:

- a. Transaksi bagi hasil dalam bentuk mudharabah dan *musyarakah*;
- b. Transaksi sewa menyewa dalam bentuk ijarah atau sewa beli dalam bentuk *ijarah muntahiyah bittamlik*.
- c. Transaksi jual beli dalam bentuk piutang *murabahah*, *salam*, dan *istishna*;
- d. Transaksi pinjam meminjam dalam bentuk piutang *qardh*; dan
- e. Transaksi sewa menyewa jasa dalam bentuk ijarah untuk transaksi multi jasa berdasarkan persetujuan atau kesepakatan antara bank syariah dan UUS dan pihak lain yang mewajibkan pihak yang dibiayai dan diberi fasilitas dana untuk mengembalikan dana tersebut setelah jangka waktu tertentu dengan imbalan ujah, tanpa imbalan, atau bagi hasil.

Pembiayaan *musyarakah* adalah akad kerjasama yang terjadi diantara para pemilik dana untuk menggabungkan modal, melalui usaha bersama dan pengelolaan bersama dalam suatu hubungan kemitraan. Bagi hasil ditentukan sesuai dengan kesepakatan (biasanya ditentukan berdasarkan jumlah modal yang telah diberikan dan peran serta masing-masing pihak).¹⁹⁹

Ascarya dalam buku yang berjudul Akad dan Produk Bank Syariah mengatakan *musyarakah* merupakan akad bagi hasil ketika dua atau lebih pengusaha pemilik dana/modal bekerja sama sebagai mitra usaha membiayai investasi usaha baru atau yang sudah berjalan. Mitra usaha pemilik modal berhak ikut serta dalam manajemen perusahaan, tetapi itu tidak merupakan keharusan. Para pihak dapat membagi pekerjaan mengelola usaha sesuai kesepakatan dan mereka juga dapat meminta gaji/upah untuk tenaga dan keahlian yang mereka curahkan untuk usaha tertentu.²⁰⁰

Pengertian pembiayaan *musyarakah* menurut para ulama aliran fiqih ini diakomodir oleh fatwa DSN MUI. Fatwa, dalam kaitannya dengan pembiayaan, mengartikan pembiayaan *musyarakah* sebagai pembiayaan berdasarkan akad kerjasama antara dua pihak atau lebih untuk suatu usaha tertentu yang masing-masing pihak memberikan kontribusi dana dengan ketentuan bahwa keuntungan dan resiko akan di tanggung bersama sesuai kesepakatan kedua belah pihak.

Dari pengertian mengenai pembiayaan tersebut dapat dirumuskan bahwa: pertama, sesuai dengan fungsinya, dalam transaksi pembiayaan bank syariah bertindak sebagai penyedia dana, dan kedua, setiap nasabah penerima fasilitas (debitor) yang telah mendapat pembiayaan dari bank syariah apapun jenisnya,

¹⁹⁹ Abdullah Saeed, *Bank Islam dan Bunga*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2003, hlm.106

²⁰⁰ Ascarya, *Bank dan Produk Bank Syariah*, Rajawali Press, Jakarta, 2012, hlm .51.

setelah jangka waktu tertentu wajib untuk mengembalikan pembiayaan tersebut kepada bank syariah berikut imbalan atau bagi hasil.

2. Dasar Hukum Pembiayaan *Musarakah*

Seperti halnya akad-akad syariah lainnya, akad pembiayaan *musarakah* didasarkan kepada ketentuan hukum dalam al-Quran, al-Sunnah, dan al-Ijma'. Berikut ini beberapa ketentuan hukum tentang *musarakah* dalam hukum ekonomi syariah.

a. Al-Qur'an

Dalam Q.S. Shaad Ayat 24 ditegaskan:

... وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ
وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ ...

... dan sesungguhnya kebanyakan dari orang-orang yang berserikat itu sebahagian mereka berbuat zalim kepada sebahagian yang lain, kecuali orang-orang yang beriman dan mengerjakan amal yang saleh; dan amat sedikitlah mereka ini...²⁰¹

Dipertegas dengan Q.S. Al-Maidah ayat 1 yang berbunyi:

يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ...

Hai orang-orang yang beriman, penuhilah akad-akad itu...²⁰²

Kemudian dalam Q.S. An-Nisaa' ayat 12 disebutkan:

... فَهُمْ شُرَكَاءٌ فِي الثُّلُثِ ...

... maka mereka bersekutu dalam yang sepertiga itu...²⁰³

b. Al-Sunnah

Hadis Riwayat Abu Daud dari Abu Hurairah bahwa Rasulullah SAW telah bersabda:

²⁰¹ Soenardjo, *Al-Quran dan Terjemahnya*, Depag RI, Jakarta, 2004, hlm. 455.

²⁰² Muhammad Syafi'i Antonio, *Bank Syari'ah: Dari Teori Ke Praktek*, Gema Insani Press, Jakarta, 2001, hlm. 107.

²⁰³ *Ibid.* hlm. 80.

إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَقُولُ: أَنَا ثَالِثُ الشَّرِّ يَكِينِ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدٌ هُمَا صَاحِبَهُ, فَإِذَا خَانَ أَحَدٌ هُمَا صَاحِبَهُ خَرَجْتُ مِنْ بَيْنِهِمَا

*Sesungguhnya Allah azza wa jalla berfirman, 'Aku pihak ketiga dari dua orang yang berserikat selama salah satunya tidak mengkhianati yang lain. Jika salah satu pihak telah berkhianat, Aku keluar dari mereka.'*²⁰⁴

c. Al-Ijma'

Ibn Qudamah dalam kitabnya, *al-Mughni* telah berkata bahwa kaum muslimin telah berkonsensus terhadap legitimasi *musyarakah* secara global, walaupun terdapat beberapa perbedaan pendapat, namun kebanyakan ulama sepakat mengenai kebolehan melakukan akad *musyarakah* baik dalam simpanan maupun pembiayaan.²⁰⁵

d. Hukum Positif

Musyarakah adalah kemitraan antara bank dan nasabah untuk bersama-sama memberikan modal dengan cara membeli saham untuk membiayai suatu investasi.²⁰⁶ Musyarakah merupakan pembiayaan berdasarkan akad kerjasama antara dua pihak atau lebih untuk suatu usaha tertentu, dimana masing-masing pihak memberikan kontribusi dana dengan ketentuan bahwa keuntungan dan risiko akan ditanggung bersama sesuai kesepakatan. Dasar hukum musyarakah berdasarkan UU No. 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah dan Fatwa DSN No. 8/DSN-MUI/IV/2000.

Secara teknis pembiayaan musyarakah ini diatur dalam pasal 36 huruf b poin kedua PBI No. 6/24/PBI/2004 Tentang Bank Umum yang melaksanakan kegiatan usaha berdasarkan prinsip syariah yang pada intinya menyatakan bahwa

²⁰⁴ *Ibid.* hlm. 90.

²⁰⁵ *Ibid.*, hlm. 91.

²⁰⁶ Sutan Remy Sjahdeini, *Perbankan Islam dan Kedudukannya dalam Tata Hukum Perbankan Indonesia*, (Jakarta: Pustaka Utama Grafiti, 2007), h. 57.

bank wajib melaksanakan prinsip syariah dan prinsip kehati-hatian dalam melakukan kegiatan usaha yang meliputi penyaluran dana yang menggunakan prinsip bagi hasil berdasarkan akad musyarakah.²⁰⁷

Sebagai landasan hukum akad pembiayaan musyarakah antara lain adalah Pasal 19 ayat (1) huruf c dan ayat (2) huruf c serta Pasal 21 huruf b angka 1 UU Perbankan Syariah, Fatwa Dewan Syariah Nasional No.8.DSN-MUI/IV/2000 tentang Pembiayaan Musyarakah, dan PBI No. 7/6/PBI/2005 tentang Transparansi Informasi Produk Bank dan Penggunaan Data Pribadi Nasabah beserta ketentuan perubahannya PBI No. 9/19/PBI/2007 tentang Pelaksanaan Prinsip Syariah dalam Kegiatan Penghimpunan Dana dan Penyaluran Dana serta Pelayanan Jasa Bank Syariah berikut perubahannya dengan PBI No. 10/16/PBI/2008.²⁰⁸

Berdasarkan uraian di atas, maka dapat merumuskan bahwa dasar hukum *musyarakah* berdasar pada al-Qur'an: Q.S. Shaad ayat 24, Q.S. al-Maaidah ayat 1, Q.S. Al-Nisaa' ayat 12; As-Sunnah yang diriwayatkan oleh Abu Daud yang dishahihkan oleh al-Hakim, dari Abu Hurairah; Ijma, umat Islam sepakat bahwa syirkah dibolehkan. Dengan ini jelaslah bahwa transaksi (akad) *musyarakah* dibolehkan menurut hukum ekonomi syariah.

Untuk mengetahui rukun dan syarat *syirkah*, terlebih dahulu perlu dipahami pembagian *syirkah* itu sendiri. Menurut Rachmat Syafei,²⁰⁹ *syirkah* terbagi atas dua macam, yaitu *syirkah amlak* (kepemilikan) dan *syirkah uqud* (kontrak). *Syirkah amlak* adalah perkongsian yang bersifat memaksa dalam

²⁰⁷ Abdul Ghofur Anshori, *Perbankan Syariah di Indonesia*, (Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2007), h. 128.

²⁰⁸ Wangsawidjaja, *Pembiayaan Bank Syariah*, (Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2012), h. 199.

²⁰⁹ Rachmat Syafei, *Fikih Muamalah*, Pustaka Setia, Bandung, 2006, hlm. 186-188.

hukum positif, sedangkan *syirkah uqud* adalah perkongsian atau kerjasama yang bersifat ikhtariyah (pilihan sendiri).

a. *Syirkah Amlak* adalah dua orang atau lebih yang memiliki barang tanpa adanya akad. Perkongsian ini ada dua macam:

- 1) Perkongsian sukarela (*ikhtiar*) adalah perkongsian yang muncul karena adanya kontrak dari dua orang yang bersekutu. Contohnya dua orang yang membeli atau memberi atau berwasiat;
- 2) Perkongsian paksaan (*ijbar*) adalah perkongsian yang ditetapkan kepada dua orang atau lebih yang bukan didasarkan atas perbuatan keduanya, seperti dua orang mewariskan sesuatu, maka yang diberi waris menjadi sekutu mereka.

b. *Syirkah Uqud* ini merupakan bentuk transaksi yang terjadi antara dua orang atau lebih untuk bersekutu dalam harta dan keuntungannya. Menurut ulama Hanabilah, perkongsian ini dibagi lima, yaitu:

- 1) Perkongsian *'inan*;
- 2) Perkongsian *mufawidhah*;
- 3) Perkongsian *abdan*;
- 4) Perkongsian *wujuh*;
- 5) Perkongsian *mudharabah*.

Ulama Hanafiah membaginya menjadi enam macam, yaitu:

- 1) Perkongsian *amwal*;
- 2) Perkongsian *a'mal*;
- 3) Perkongsian *wujuh*.

Masing-masing ketiga bentuk ini terbagi menjadi *muwafidhah* dan *'inan*.

Secara umum, fuqaha Mesir, yang kebanyakan menganut madzhab Syafi'i dan Maliki, berpendapat bahwa perkongsian terbagi atas empat macam yaitu:

- a. Perkongsian *'inan*;
- b. Perkongsian *mufawidhah*;
- c. Perkongsian *abdan*;
- d. Perkongsian *wujuh*;

Setelah mengetahui pembagian *syirkah* maka, dapat kita ketahui rukun dan syarat dari *syirkah*. Rukun *syirkah* menurut ulama Hanafiyah *syirkah* ada dua, yaitu ijab dan kabul, sebab ijab kabul (akad) yang menentukan *syirkah*. Adapun yang lain seperti dua orang atau pihak yang berakad dan harta berada di luar pembahasan akad *syirkah*, seperti terdahulu dalam akad jual beli.²¹⁰

Rukun dari akad *musyarakah* yang harus dipenuhi dalam transaksi adalah sebagai berikut:

- a. Pelaku akad, yaitu para mitra usaha. Dua pihak yang berakad (*'aqidani*) dan memiliki kecakapan melakukan pengelolaan harta;
- b. Objek akad (*mahal*) yang disebut juga *ma'qud alaihi*., yaitu modal (*maal*), kerja (*dharabah*), dan keuntungan (*ribh*);
- c. *Shighah*, yaitu ijab kabul adalah adanya kesepakatan antara kedua belah pihak yang bertransaksi;
- d. Nisbah bagi hasil.²¹¹

Syarat *Syirkah* menurut Ulama Hanafiah:

- a. Sesuatu yang bertalian dengan semua bentuk *syirkah* baik dengan harta maupun yang lainnya. Dalam hal ini terdapat dua syarat, yaitu:

²¹⁰ Hendi Suhendi, *Fikih Muamalah*, Rajawali Press, Jakarta, 2007, hlm. 127.

²¹¹ Editor, "Akad *Musyarakah*, *Mudharabah*, dan *Muzaraah* dalam Hukum Ekonomi Islam, petikan artikel yang dipublikasikan dalam <http://www.ekomarwanto.com/2011/11/musyarakah-mudharabah-muzaraah.html> diakses tanggal 24 Juli 2015, 20:06

- 1) Yang berkenaan dengan benda yang diakadkan adalah harus dapat diterima sebagai perwakilan;
 - 2) Yang berkenaan dengan keuntungan yaitu pembagian keuntungan yang jelas dan diketahui orang pihak-pihak yang bersyirkah.
- b. Sesuatu yang bertalian dengan syirkah mal (harta) dalam hal ini terdapat dua perkara yang harus dipenuhi yaitu :
- 1) Bahwa modal yang dijadikan objek akad syirkah adalah dari alat pembayaran (*nuqud*);
 - 2) Yang dijadikan modal (harta pokok) ada ketika akad syirkah dilakukan.

Syarat Syirkah menurut Ulama Malikiyah:²¹²

- a. Merdeka;
- b. Baligh;
- c. Pintar.

Syarat-syarat syirkah secara umum sebagai berikut:²¹³

- a. Perserikatan merupakan transaksi yang bisa diwakilkan, menurut Imam Hanafi, semua jenis syirkah mengandung arti perwakilan. Berarti salah satu pihak diperbolehkan untuk menerima atau mengirimkan wakilnya untuk bertindak hukum terhadap objek perserikatan sesuai dengan izin pihak-pihak lainnya;
- b. Presentase pembagian keuntunagn untuk masing-masing pihak yang sedang berserikat hendaknya diketahui ketika berlangsungnya akad;
- c. Keuntungan untuk masing-masing pihak ditentukan secara global berdasarkan presentase tertentu sesuai kesepakatan, tidak boleh ditentukan dalam jumlah tertentu/pasti.

²¹² *Ibid.*

²¹³ *Ibid.*

Beberapa Ketentuan (Fatwa DSN MUI Nomor 8 Tahun 2002 Tentang Pembiayaan *Musyarakah*):

- a. Pernyataan ijab dan qabul harus dinyatakan oleh para pihak. Untuk menunjukkan kehendak mereka dalam mengadakan kontrak (akad), dengan memperhatikan hal-hal berikut:
 - 1) Penawaran dan penerimaan harus secara eksplisit menunjukkan tujuan kontrak (akad);
 - 2) Penerimaan dari penawaran dilakukan pada saat kontrak;
 - 3) Akad dituangkan secara tertulis, melalui korespondensi, atau dengan menggunakan cara-cara komunikasi modern.
- b. Pihak-pihak yang berkontrak harus cakap hukum, dan memperhatikan hal-hal berikut:
 - 1) Kompeten dalam memberikan atau diberikan kekuasaan perwakilan;
 - 2) Setiap mitra harus menyediakan dana dan pekerjaan dan setiap mitra melaksanakan kerja sebagai wakil;
 - 3) Setiap mitra memiliki hak untuk mengatur aset *musyarakah* dalam proses bisnis normal;
 - 4) Setiap mitra memberi wewenang kepada mitra yang lain untuk mengelola aset dan masing-masing dianggap telah diberi wewenang untuk melakukan aktifitas *musyarakah* dengan memperhatikan segi kepentingan mitranya tanpa melakukan kelalaian dan kesalahan yang disengaja;
 - 5) Seorang mitra tidak diizinkan untuk mencairkan atau menginvestasikan dana untuk kepentingannya sendiri.

- c. Obyek Akad (modal, kerja, keuntungan dan kerugian) mencakup atas:
- 1) Modal
 - (a) Modal yang diberikan harus uang tunai, emas, perak atau yang nilainya sama. Modal dapat terdiri dari aset perdagangan, seperti barang-barang, properti, dan sebagainya. Jika modal berbentuk aset, terlebih dahulu dinilai dengan tunai dan disepakati oleh para mitra;
 - (b) Para pihak tidak boleh meminjam, meminjamkan, menyumbangkan atau menghadiahkan modal *musyarakah* kepada pihak lain, kecuali atas dasar kesepakatan;
 - (c) Pada prinsipnya, dalam pembiayaan *musyarakah* tidak ada jaminan, namun untuk menghindari terjadinya penyimpangan, LKS dapat meminta jaminan.
 - 2) Kerja
 - (a) Partisipasi para mitra dalam pekerjaan merupakan dasar pelaksanaan *musyarakah*; akan tetapi, kesamaan porsi kerja bukanlah merupakan syarat. Seorang mitra boleh melaksanakan kerja lebih banyak dari yang lainnya, dan dalam hal ini ia dibolehkan menuntut bagian keuntungan tambahan bagi dirinya;
 - (b) Setiap mitra melaksanakan kerja dalam *musyarakah* atas nama pribadi dan wakil dari mitranya. Kedudukan masing-masing dalam organisasi kerja harus dijelaskan dalam kontrak.
 - 3) Keuntungan
 - (a) Keuntungan harus dikuantifikasi dengan jelas untuk menghindarkan perbedaan dan sengketa pada waktu alokasi keuntungan atau penghentian *musyarakah*;

- (b) Setiap keuntungan mitra harus dibagikan secara proporsional atas dasar seluruh keuntungan dan tidak ada jumlah yang ditentukan di awal yang ditetapkan bagi seorang mitra;
 - (c) Seorang mitra boleh mengusulkan bahwa jika keuntungan melebihi jumlah tertentu, kelebihan atau prosentase itu diberikan kepadanya;
 - (d) Sistem pembagian keuntungan harus tertuang dengan jelas dalam akad.
- 4) Kerugian
- Kerugian harus dibagi di antara para mitra secara proporsional menurut saham masing-masing dalam modal.
- d. Biaya Operasional dan Persengketaan
- 1) Biaya operasional dibebankan pada modal bersama;
 - 2) Jika salah satu pihak tidak menunaikan kewajibannya atau jika terjadi perselisihan di antara para pihak, maka penyelesaiannya dilakukan melalui Badan Arbitrase Syari'ah Nasional (BASYARNAS) setelah tidak tercapai kesepakatan melalui musyawarah.

Berdasarkan uraian di atas, peneliti dapat merumuskan bahwa rukun dan syarat *musyarakah* telah diatur dalam fikih Islam dan ketentuannya tercantum dalam fatwa DSN MUI Nomor 8 Tahun 2002 tentang Pembiayaan *Musyarakah*. Secara umum rukun *musyarakah* adalah adanya ijab-kabul (*sighat*); Dua pihak yang berakad (*'aqidani*); objek aqad (*mahal*)/ *ma'qud alaihi*; dan nisbah bagi hasil. Sedangkan syarat *musyarakah* adalah sebagai berikut: pertama, pernyataan ijab dan qabul harus dinyatakan oleh para pihak; kedua, pihak-pihak yang berkontrak harus cakap hukum; dan ketiga, obyek akad (modal, kerja, keuntungan dan kerugian).

3. Aplikasi Pembiayaan *Musyarakah* di Bank Syariah

Pembiayaan dengan bagi hasil digunakan untuk usaha kerja sama melalui akad *musyarakah* ditujukan untuk mendapatkan barang dan jasa sekaligus, di mana tingkat keuntungan bank ditentukan dari besarnya keuntungan usaha sesuai dengan prinsip bagi hasil. Pada produk bagi hasil keuntungan ditentukan oleh nisbah bagi hasil yang disepakati di muka. Produk perbankan yang termasuk dalam kelompok ini dan kerap kali digunakan oleh lembaga perbankan syariah adalah akad pembiayaan *musyarakah* dan *mudharabah*.²¹⁴

Bentuk umum dari usaha bagi hasil adalah *musyarakah* (*syirkah* atau *syarikah*). Prinsip operasional yang bersifat umum dalam akad pembiayaan *musyarakah* adalah dilandasi atas keinginan para pihak yang bekerja sama untuk meningkatkan nilai aset yang mereka miliki secara bersama-sama. Semua bentuk usaha yang melibatkan dua pihak atau lebih di mana mereka secara bersama-sama memadukan seluruh bentuk sumber daya baik yang berwujud maupun tidak berwujud.²¹⁵

Demikian pula bagi bank syariah sebagai salah satu unsur dari sistem keuangan syariah tentu saja ketika menyalurkan pembiayaan ingin mendapatkan keuntungan. Namun dalam kenyataan semakin maraknya perkembangan industri perbankan syariah juga diakui dengan perkembangan lembaga-lembaga keuangan syariah lainnya dan kegiatan ekonomi yang diidentifikasi sesuai dengan prinsip syariah.

²¹⁴ M. Nur Rianto al-Arif, *Dasar-Dasar Pemasaran Bank Syariah*, Cetakan Pertama, Alfabeta, Bandung, 2010, hlm. 50.

²¹⁵ Adiwarmanto A. Karim, *Bank Islam: Analisis Fiqh dan Keuangan*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2010, hlm. 102.

Sementara itu, perkembangan lembaga keuangan syariah di luar sektor perbankan syariah. Bank syariah merupakan lembaga keuangan yang beroperasi berdasarkan sistem syariah Islam. Oleh karena itu, aplikasi akad pembiayaan *musyarakah* di bank syariah yang ada di Indonesia, senantiasa merujuk kepada Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 Jo Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 yang mengatur bank syariah sebagai pihak yang melaksanakan kegiatan usaha secara umum berdasarkan prinsip syariah yang dalam kegiatannya tidak memberikan jasa dalam lalu lintas pembayaran. Kegiatan-kegiatan usaha yang dapat dilakukan oleh BPRS adalah penghimpunan dana dari masyarakat dalam bentuk simpanan dan memberikan pembiayaan (kredit) serta penempatan dana sesuai dengan ketentuan Bank Indonesia.²¹⁶

Produk perbankan bank syariah sebenarnya tidak jauh berbeda dengan produk perbankan yang ditawarkan oleh Bank Umum Syari'ah. Secara umum produk perbankan syariah terbagi kepada tiga kategori, yaitu produk dalam pengerahan dana, penyaluran dana, dan jasa perbankan. Dalam kategori penyaluran dana bank syariah berupaya menyalurkan dana yang berhasil di rekrut dari masyarakat. Penyaluran dana dari bank syariah itu bisa dalam bentuk investasi yang tidak berbunga, produk yang bersifat produktif dan yang bersifat konsumtif.

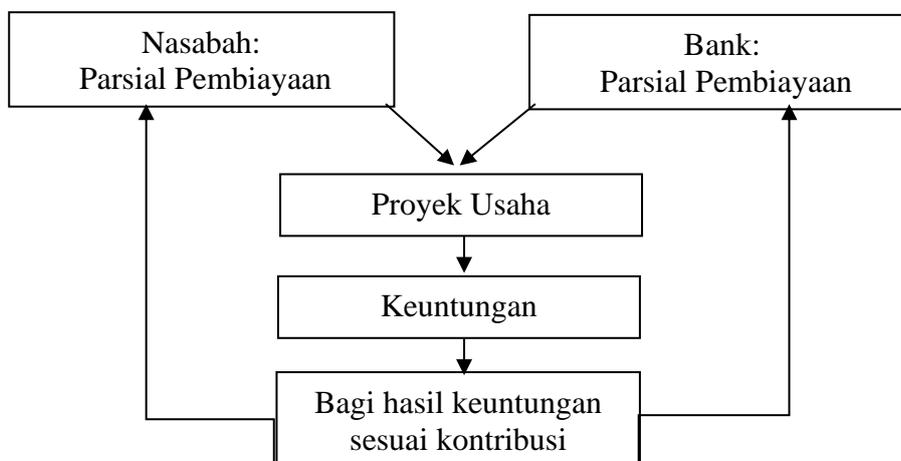
Pelayanan pembiayaan usaha merupakan jenis produk yang ditawarkan oleh lembaga keuangan syariah kepada masyarakat dalam bentuk pinjaman modal, kredit dan pembiayaan. Hal itu umumnya diberikan kepada pengusaha kecil dan menengah dalam bentuk bantuan modal usaha. Untuk meningkatkan kesejahteraan bagi elemen masyarakat lapisan bawah, bank syariah memiliki peranan yang strategis untuk penanganan permasalahan pembiayaan dalam modal

²¹⁶ Muhamad, *Bank Syariah*, Dana Bhakti Wakaf, Yogyakarta, 2006, hlm. 133.

usaha. bank syariah juga berpotensi dan mempunyai keunggulan sebagai salah satu lembaga keuangan yang cocok bagi mitra usaha di lingkungan sekitarnya.

Pembiayaan syariah melalui bank syariah saat ini sangat ditunggu masyarakat terutama masyarakat dikalangan menengah ke bawah, dikarenakan adanya kerjasama yang saling menguntungkan antara nasabah dengan bank syariah, potensi dan keunggulannya sebagai salah satu lembaga keuangan yang cocok bagi mitra pengembangan ekonomi masyarakat. bank syariah juga lebih berpihak kepada masyarakat miskin melalui bantuan mediasi orang kaya (*aghniya*).²¹⁷

Untuk mendapatkan gambaran yang bersifat ilustrasi, secara umum peneliti petakan aplikasi *musyarakah* dalam lembaga perbankan syariah dapat digambarkan dalam skema berikut ini:



Gambar 2.1

Skema Pembiayaan *Musyarakah* di Bank Syariah

Pada setiap permohonan pembiayaan *musyarakah*, bank berketentuan internal diwajibkan untuk menerangkan esensi dari pembiayaan *musyarakah* serta kondisi penerapannya. Hal yang wajib dijelaskan antara lain meliputi: esensi

²¹⁷ Editor, "Pembiayaan *Musyarakah* di Bank Syariah", artikel dalam <http://blogger-cahyati-indonesia.blogspot.com/2012/06/bab-i-pendahuluan.html> diakses tanggal 27 Juli 2018.

pembiayaan *musyarakah* sebagai bentuk kerja sama investasi bank ke nasabah, definisi dan terminologi, *profit sharing* atau *revenue sharing*, keikutsertaan dalam skema penjaminan, *terms and conditions*, dan tata cara perhitungan bagi hasil.

Bank wajib meminta nasabah untuk mengisi formulir permohonan pembiayaan *musyarakah*, dan pada formulir tersebut wajib diinformasikan:

- a. Usaha yang ditawarkan untuk dibiayai;
- b. Jumlah kebutuhan dana investasi;
- c. Jangka waktu investasi.

Dalam proses permohonan pembiayaan *musyarakah*, bank juga wajib melakukan analisis mengenai:

- a. Kelengkapan administrasi yang disyaratkan;
- b. Aspek hukum;
- c. Aspek personal;
- d. Aspek usaha yang meliputi pengelolaan (manajemen), produksi, pemasaran dan keuangan.

Bank harus menyampaikan tanggapan atas permohonan dimaksud sebagai tanda adanya tahapan penawaran dan penerimaan. Pada waktu penandatanganan akad antara nasabah dan bank pada kontrak akad wajib diinformasikan beberapa aspek sebagai berikut:²¹⁸

- a. Tanggal dan tempat melakukan akad;
- b. Definisi dan esensi pembiayaan *musyarakah*;
- c. Usaha yang dibiayai;
- d. Posisi para nasabah dan bank adalah sebagai pemilik modal;

²¹⁸ Bank Syariah Bukopin “*Musyarakah*” (tanpa tahun), <https://www.syariahbukopin.co.id/id/produk-dan-jasa/pembiayaan/musyarakah>, (diakses tanggal 06/01/2019, pukul 14.30)

- e. Hak dan kewajiban bank dan para pihak pengelola;
- f. Investasi yang ditanamkan, dijamin atau tidak;
- g. Jumlah uang yang akan disetorkan/diinvestasikan oleh para pihak;
- h. Jangka waktu pembiayaan;
- i. Pembagian keuntungan adalah sesuai nisbah bagi hasil yang disepakati, sedangkan kerugian adalah proporsional sesuai *sharing* modal masing-masing dan tidak berubah sepanjang jangka waktu investasi yang disepakati;
- j. Metode penghitungan: *profit sharing* atau *revenue sharing*;
- k. Status penjaminan pembiayaan *revenue sharing*;
- l. Rumus perhitungan dan faktor-faktor yang mempengaruhi nilai pendapatan yang akan dibagi;
- m. Contoh perhitungan bagi hasil;
- n. Tata cara pembayaran baik penarikan maupun pengembalian dana;
- o. Kondisi-kondisi tertentu yang akan mempengaruhi keberadaan investasi tersebut. Seperti:²¹⁹
 - 1) Biaya pembuatan akad seperti biaya notaris dan pihak yang menanggung;
 - 2) Biaya operasional menjadi beban modal bersama;
 - 3) Para pihak dilarang mencairkan dana modal untuk kepentingan sendiri maupun pihak III;
 - 4) Pengelolaan harus tunduk pada hukum syariah maupun hukum positif yang berlaku.

Selain itu, bank dan para pihak wajib menyetorkan dana sebesar nominal yang ditulis dalam formulir permohonan yang dimaksud, sebagai bukti investasi tunai bukan utang serta menegaskan jumlah investasi yang sesuai dengan proporsi

²¹⁹ Ibid.

yang disepakati. Dengan asumsi bank adalah sebagai *sleeping partner*, maka bank wajib melakukan pengawasan atas pengelolaan usaha dimaksud.

Bank wajib meminta pengelola untuk melaporkan angka basis bagi hasil berdasarkan laporan keuangan yang tervalidasi dengan baik, termasuk penentuan komponen biaya yang mengacu pada standar yang baku, terutama untuk skema *profit and loss sharing*. Selain itu, bank juga wajib memiliki standar prosedur untuk menetapkan tindakan yang diambil dalam rangka *rescheduling* kewajiban yang belum terselesaikan, dalam pembiayaan bersifat *revenue sharing*.

Dalam aplikasi perbankan syariah, *musyarakah* terutama diterapkan dalam pembiayaan, di mana bank sebagai pemilik modal bekerjasama dengan pengusaha, dengan kontribusi modal dan pembagian keuntungan sesuai kesepakatan. Pembiayaan *musyarakah* di perbankan syariah bisa beriklan dalam berbagai bentuk, di antaranya:

Pertama, *musyarakah* permanen (*continous musyarakah*), di mana pihak bank merupakan partner tetap dalam suatu proyek atau usaha. Model ini jarang dipraktikkan, namun *musyarakah* permanen ini merupakan alternatif menarik bagi investasi surat-surat berharga atau saham, yang dapat dijadikan salah satu portfolio investasi bank.

Kedua, *musyarakah* digunakan untuk pembiayaan modal kerja (*working capital*), di mana bank merupakan *partner* pada tahap awal dari sebuah usaha atau proses produksi. Dalam model pembiayaan ini, pihak bank akan menyediakan dana untuk membeli aset atau alat-alat produksi, begitu juga dengan partner *musyarakah* lainnya.

Setelah usaha berjalan dan dapat mendatangkan *profit*, porsi kepemilikan bank atas aset dan alat produksi akan berkurang karena dibeli oleh para partner

lainnya, dan pada akhirnya akan menjadi nol, model pembiayaan ini lebih dikenal dengan istilah *deminishing musyarakah*, dan model ini yang banyak diaplikasikan dalam perbankan syariah.

Ketiga, *musyarakah* digunakan untuk pembiayaan jangka pendek. *Musyarakah* jenis ini bisa diaplikasikan dalam bentuk *project finance* atau pembiayaan perdagangan, seperti ekspor, impor, penyediaan bahan mentah atau keperluan-keperluan khusus nasabah lainnya.

Mengenai bagi hasil, ada dua metode yang dapat digunakan, yaitu *profit sharing* (bagi laba) dan *revenue sharing* (bagi pendapatan). Jika memakai metode *revenue sharing*, berarti yang dibagi hasil antara bank dan nasabah pembiayaan adalah pendapatan tanpa dikurangi dengan biaya-biaya. Sedangkan apabila menggunakan metode *profit sharing*, maka yang dibagi hasil antara pihak bank dengan nasabah pembiayaan adalah pendapatan setelah dikurangi biaya-biaya (laba). Namun, yang sekarang ini dipakai dalam praktik perbankan syariah adalah metode *revenue sharing*.

Sebagai ilustrasi, seorang pengusaha jasa konstruksi memperoleh proyek pembangunan jembatan dari pemerintah daerah dengan total nilai proyek Rp1,4 miliar, yang dibagi dalam tiga termin pembayaran (termin I Rp 200 juta, termin II Rp400 juta, dan termin II Rp 800 juta). Total modal yang dibutuhkan adalah Rp1 miliar, sementara ia hanya memiliki modal Rp400 juta. Maka ia dapat mengajukan penambahan modal kerja kepada bank syariah sebesar Rp600 juta. Atas permohonan nasabah tersebut, bank syariah akan memberikan pembiayaan berbasis bagi hasil berupa pemberian tambahan modal sejumlah Rp600 juta yang dijadikan penyertaan bank syariah dalam proyek tersebut dengan menggunakan akad kemitraan bagi hasil (*musyarakah*).

Dalam hal ini, kontraktor dan bank syariah bermitra dalam bentuk kongsi penyertaan modal. Misalnya disepakati nisbah bagi hasil adalah 40 persen untuk pengusaha dan 60 persen untuk bank syariah. Misalnya juga disepakati proyeksi keuntungan total sebesar Rp400 juta. Maka ilustrasi pembayaran untuk pembiayaan modal kerja iB oleh pengusaha sebagai berikut:²²⁰

Termin I, pembayaran dari pemerintah sebesar Rp200 juta, pengembalian pokok kepada bank syariah sebesar Rp100 juta dan bagi hasil bagi bank syariah sebesar Rp34,3 juta ($1/7 \times 60$ persen \times Rp400 juta).

Termin II, pembayaran dari pemerintah sebesar Rp400 juta, pengembalian pokok kepada bank syariah sebesar Rp200 juta dan bagi hasil bagi bank syariah sebesar Rp68,6 juta ($2/7 \times 60$ persen \times Rp400 juta).

Termin III, pembayaran dari pemerintah sebesar Rp800 juta, pengembalian pokok kepada bank syariah sebesar Rp300 juta dan bagi hasil bagi bank syariah sebesar Rp137,1 juta ($3/7 \times 60$ persen \times Rp400 juta).

Dari ilustrasi di atas, terlihat bahwa sistem bagi hasil di bank syariah berbeda dengan bunga pada bank konvensional. Kalau di bank konvensional, besarnya persentase bunga ditentukan di awal berdasarkan jumlah uang yang dipinjamkan. Misalnya 15 persen dari besar pinjaman, tanpa memperdulikan berapa keuntungan atau kerugian dari usaha yang dibiayai.

Sedangkan dalam bagi hasil, besarnya bagi hasil tidak didasarkan pada jumlah pinjaman (pembiayaan), tetapi berdasarkan porsi (nisbah) tertentu dari keuntungan yang diperoleh, misalnya, 40:60 (40 persen keuntungan untuk bank dan 60 persen untuk deposan) atau 35:65 (35 persen untuk bank dan 65 persen

²²⁰ Editor, "Pembiayaan *Musyarakah* di Bank Syariah", artikel dalam <http://blogger-cahyati-indonesia.blogspot.com/2012/06/bab-i-pendahuluan.html> diakses tanggal 27 Juli 2018.

untuk deposan) dan seterusnya. Disinilah letak nilai keadilan dari konsep bagi hasil yang ada di bank syariah.

Kemudian ada beberapa manfaat dari akad pembiayaan *musyarakah* antara lain:²²¹

- a. Dapat digunakan untuk pembiayaan modal kerja usaha.
- b. Sistem bagi hasil sesuai hasil proyek/usaha.
- c. Pembayaran dapat dilakukan sesuai dengan cash-flow.
- d. Jangka waktu pembiayaan sesuai jadwal penyelesaian proyek

Ketentuan-ketentuan dari akad *musyarakah* dari bank syariah adalah sebagai berikut:

- a. Diperuntukan bagi perorangan dan badan usaha.
- b. *Self financing* minimal 30%.
- c. Jangka waktu sesuai penyelesaian proyek.
- d. Nilai guna agunan yaitu 125% dari plafond pembiayaan.

Kriteria nasabah yang dapat mengajukan pinjaman pada bank syariah adalah sebagai berikut:

- a. Berwarganegara Indonesia
- b. Pengusaha, karyawan atau professional
- c. Berusia minimal 22 tahun maksimal 55 tahun
- d. Memiliki legalitas usaha yang lengkap
- e. Memiliki ijin praktek/SK Profesi (untuk professional)²²²

²²¹ Bank Syariah Bukopin “*Musyarakah*” (tanpa tahun), <https://www.syariahbukopin.co.id/id/produk-dan-jasa/pembiayaan/musyarakah>, (diakses tanggal 06/01/2019, pukul 14.30)

²²² Go ukm “Pinjaman Bank Syariah Bukopin untuk Pembiayaan dan Modal Usaha”, (tanpa tahun), <https://goukm.id/pinjaman-bank-syariah-bukopin/> (diakses tanggal 06/01/2019, pukul 14.40).

Dengan demikian peneliti dapat merumuskan bahwa aplikasi *musyarakah* di bank syariah hendaknya memenuhi rukun dan syaratnya sebagaimana diatur dalam UU Nomor 21 Tahun 2008 Perbankan Syariah dan Fatwa DSN MUI Nomor 8 Tahun 2002 tentang Pembiayaan *Musyarakah*. Di samping itu, menurut hukum positif di Indonesia, pembiayaan *musyarakah* harus memenuhi syarat sahnya perjanjian antara lain ada ijab-kabul (*sighat*); Dua pihak yang berakad (*'aqidani*); objek akad (*mahal*)/ *ma'qud alaihi*; dan nisbah bagi hasil. Apabila semua ketentuan syariah dan peraturan perundang-undangan tersebut tidak dipenuhi maka dengan sendirinya perjanjian itu menjadi batal/cacat demi hukum.

Menurut sifat penggunaannya, pembiayaan terbagi menjadi dua hal, yakni:²²³ (1) pembiayaan produktif, yakni pembiayaan yang digunakan untuk memenuhi kebutuhan produksi, yang berguna untuk meningkatkan usaha produksi, perdagangan, maupun investasi. (2) pembiayaan konsumtif, yakni pembiayaan yang digunakan untuk memenuhi kebutuhan konsumsi, yang habis digunakan untuk memenuhi kebutuhan.

Menurut keperluannya, pembiayaan produktif terbagi menjadi dua, yakni pembiayaan modal kerja dan pembiayaan investasi. Pembiayaan modal kerja adalah pembiayaan untuk kebutuhan: (a) peningkatan produksi baik berupa jumlah dan kualitas produksi, (b) untuk keperluan perdagangan atau peningkatan *utility of place* dari suatu barang. Sedangkan pembiayaan investasi yakni berguna dalam pemenuhan kebutuhan barang-barang modal (*capital goods*).²²⁴

Dari jenis pembiayaan di atas, dapat dijelaskan sebagai berikut:

²²³ Muhammad Syafi'I Antonio. *Bank Syariah dari Teori ke Praktik*, Gema Insani. Jakarta, 2001, hlm.160.

²²⁴ *Ibid.* hlm. 161.

a. Pembiayaan Modal Kerja

Bank syariah dapat membantu memenuhi seluruh kebutuhan modal kerja tersebut bukan dengan meminjamkan uang, melainkan dengan menjalin hubungan *partnership* dengan nasabah, dimana bank sebagai penyandang dana (*sohibul maal*) dan nasabah sebagai (*mudharib*). Sehingga pada pembiayaan modal kerja ini merupakan pembiayaan dengan praktik akad *mudharabah* (*trust financing*), fasilitas ini dapat diberikan untuk jangka waktu tertentu, bagi hasil dibagi secara telah periodik dengan nisbah yang disepakati.²²⁵ selain pada sistem bagi hasil, pembiayaan modal juga dapat berupa sistem jual beli, yakni dengan menggunakan akad *murabahah* ataupun *salam*.²²⁶

Pada bentuk jual beli ini digunakan untuk memenuhi kebutuhan perdagangan atau membiayai barang dagang dengan harga tetap, sementara bank mendapatkan margin tetap dengan meminimalisir resiko, dalam hal ini yang digunakan adalah akad *murabahah*. Selain *murabahah* bank syariah juga menggunakan praktek akad *salam* dalam bentuk pembiayaan modal kerja seperti modal kerja usaha kerajinan dan produsen kecil, bank syariah menyuplai mereka dengan *input* produksi agar dapat ditukar dengan komoditas yang dipasarkan.²²⁷

b. Pembiayaan Konsumtif

Konsumtif adalah kebutuhan individual yang meliputi kebutuhan baik barang maupun jasa yang tidak dipergunakan untuk tujuan usaha, dalam arti lain konsumtif adalah jenis pembiayaan yang digunakan untuk tujuan diluar usaha dan umumnya bersifat perorangan. Kebutuhan konsumtif perorangan meliputi kebutuhan primer dan sekunder. Kebutuhan primer adalah kebutuhan pokok, baik

²²⁵ *Ibid.* hlm 162

²²⁶ Ascarya. *Akad dan Produk Bank Syariah*, Raja Grafindo, Jakarta, 2011, hlm. 124

²²⁷ *Ibid.*, hlm. 125

berupa makanan, minuman, pakaian dan tempat tinggal. Sedangkan kebutuhan sekunder ini seperti pendidikan, pariwisata, hiburan dan sebagainya.²²⁸

Umumnya di perbankan konvensional membatasi pemberian kredit untuk pemenuhan barang tertentu yang digunakan untuk kebutuhan konsumtif, baik berupa kendaraan bermotor, rumah, dan sebagainya disertai bukti kepemilikan yang sah dan menjadi barang jaminan utama (*main collateral*) yang diserahkan oleh bank. Sedangkan bank syariah menyediakan pembiayaan komersil untuk pemenuhan kebutuhan barang konsumsi dengan akad syariah.²²⁹ Pada pelaksanaan pembiayaan pada perbankan syariah yang banyak diminati oleh masyarakat adalah pembiayaan *murabahah*, yakni pembiayaan yang masih terfokus pada prinsip jual-beli yang digunakan untuk kebutuhan konsumsi. Pembiayaan *murabahah* ini kini menjadi produk unggulan semua lembaga perbankan syariah karena memberi keuntungan lebih jelas dan terukur.

Sebenarnya pembiayaan *murabahah* dan *ijarah* hamper memiliki banyak kesamaan, keduanya termasuk dalam kategori *natural certainly contracts*, dan pada dasarnya adalah kontrak jual beli.²³⁰ Pada jenis akad yang digunakan pada pembiayaan konsumtif ini antara lain: 1) pembiayaan konsumen akad *murabahah*, 2) pembiayaan konsumen akad IMBT (*Ijarah Muntahiyah bit Tamlik*), 3) pembiayaan konsumen akad *ijarah*, 4) pembiayaan konsumen akad *istishna'*, 5) pembiayaan konsumen *Qard* dan *Ijarah*.²³¹

Ijarah adalah akad penyaluran dana untuk pemindahan hak guna (manfaat) atas suatu barang dalam waktu tertentu dengan pembayaran sewa (*ujrah*), antara

²²⁸ Adiwarmar Karim. *Bank Islam (Analisis Fiqih dan Keuangan)*,: PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2006, hlm. 244.

²²⁹ Muhammad Syafi'I Antonio. *Bank Syariah, Op.cit.*, hlm.168

²³⁰ Muhammad. *Manajemen Bank Syariah (Edisi Revisi)*, UPP AMPYKPN. Yogyakarta, 2005, hlm.345

²³¹ Adiwarmar Karim, *Bank Islam, Op.cit.*, hlm. 244

perusahaan pembiayaan sebagai pemberi sewa (*mu'ajjir*) dengan penyewa (*musta'jir*) tanpa didikuti pengalihan kepemilikan barang itu sendiri.²³² Bagi nasabah *ijarah* adalah sumber pembiayaan dan layanan perbankan untuk tujuan menggunakan manfaat suatu barang atau jasa.²³³ Sehingga pada pembiayaan ini hanya untuk mendapatkan manfaat dari suatu barang yang disebut sewa, serta mendapatkan manfaat jasa yang disebut upah mengupah. Landasan syariah akad ini adalah fatwa DSN-MUI No.09 /DSN-MUI/IV/2000 tentang pembiayaan Ijarah.²³⁴ selain fatwa DSN sebagai landasan aplikasi *ijarah* pada perbankan syariah, pada QS. al-Baqarah 233, yang berbunyi:

...وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ
بِالْمَعْرُوفِ، وَاتَّقُوا اللَّهَ، وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ.

“...Dan jika kamu ingin anakmu disusukan oleh orang lain, tidak dosa bagimu apabila kamu memberikan pembayaran menurut yang patut. Bertaqwalah kepada Allah; dan ketahuilah bahwa Allah Maha Melihat apa yang kamu kerjakan.”²³⁵

Pada aplikasi pembiayaan *ijarah* bank sebagai pihak *muajjir* sedangkan nasabah sebagai *musta'jir*, pada pembiayaan ini hanya pemindahan hak guna atas barang atau jasa melalui pembayaran sewa, tanpa diikuti dengan kepemilikan (*ownership, milkiyah*).²³⁶ Sedangkan pada akad IMBT atau *ijarah Muntahiyah bit Tamlik* yang konsepnya sama dengan *ijarah* pada umumnya hanya saja saat nasabah membayar uang sewa ditambah dengan cicilan harga pokok, serta diakhir masa peminjaman barang berubah kepemilikan kepada nasabah. Sedangkan

²³² *Ibid.* hlm. 244.

²³³ Burhanuddin Susanto. *Hukum Perbankan Syariah di Indonesia*, UII Press Yogyakarta, Yogyakarta, 2008, hlm. 305.

²³⁴ *Ibid.* hlm. 305.

²³⁵ Departemen Agama RI. *Al-Qur'an dan Tafsirnya (Edisi Yang Disempurnakan)*. Vol.10, Departemen Agama RI., Jakarta, 2009, hlm. 257

²³⁶ Muhammad Syafi'I Antonio. *Bank Syariah Wacana Ulama dan Cendekiawan*, Bank Indonesia dan TAZKIA Institut, Jakarta, 1999, hlm. 175.

konsep pada *salam* merupakan prinsip jual-beli dengan penentuan harga pokok dan margin yang telah disepakati antara keduanya, hanya saja penyerahan barang dikemudian hari dan penyerahan uang pada saat akad.²³⁷ *Ishtisna* adalah transaksi jual beli dengan pembayaran dalam bentuk kontan atau cicilan sedangkan barang diserahkan kemudian.²³⁸

Pembiayaan konsumsi lazim digunakan untuk pemenuhan kebutuhan sekunder. Seseorang yang dianggap belum mampu untuk memenuhi kebutuhan pokoknya tergolong fakir miskin. Oleh karena itu, dalam hukum Islam ia wajib menerima zakat atau sedekah atau diberi pinjaman kebajikan (*al qardh hasan*), yaitu pinjaman dengan kewajiban pengembalian pinjaman pokoknya saja tanpa imbalan apapun.²³⁹

Dalam menetapkan akad pembiayaan konsumtif, langkah-langkah yang perlu dilakukan bank antara lain:

- 1) Apabila kegunaan pembiayaan yang dibutuhkan nasabah adalah untuk kebutuhan konsumtif semata maka dilihat pembiayaan tersebut berbentuk pembelian barang atau jasa.
- 2) Jika untuk pembelian barang, factor berikutnya yang harus dilihat adalah barang tersebut berbentuk *ready stock* atau *goods in process*, jika *ready stock* maka pembiayaan yang digunakan adalah *murabahah*. Namun jika berbentuk *goods in process* yang harus dilihat berikutnya adalah sisi proses barang tersebut memerlukan waktu lebih dari 6 bulan atau lebih, jika proses barang memerlukan waktu kurang 6 bulan pembiayaan yang diberikan adalah

²³⁷ Ahmad Dahlan, *Bank Syariah (Teori,Praktik, Kritik)*, Teras, Yogyakarta, 2012, hlm. 194.

²³⁸ *Ibid.*, hlm. 196

²³⁹ Muhammad Syafi'I Antonio, *Bank Syariah, Op.cit.*, hlm. 168.

pembiayaan salam, jika lebih maka pembiayaan yang digunakan adalah *istishna*'.²⁴⁰

- 3) Jika pembiayaan tersebut dimaksud untuk memenuhi kebutuhan nasabah dibidang jasa maka pembiayaan yang diberikan adalah *ijarah*

c. Pembiayaan Investasi

Pembiayaan investasi merupakan pembiayaan penanaman modal dana atau investasi dengan maksud untuk memperoleh suatu imbalan atau manfaat atau keuntungan dikemudian hari. imbalan yang diharapkan ini dalam bentuk financial atau berupa materi (uang) atau yang disebut dengan *financial benefit*. Pada Badan Usaha yang diharapkan dalam pembiayaan investasi ini adalah *financial Benefit* sedangkan pada Badan Sosial hanya untuk memberikan manfaat sosial saja (*social benefit*). Pada pembiayaan investasi ini biasanya berupa badan usaha ataupun organisasi yang bergerak di bidang kemasyarakatan.

Adiwarman Karim menjelaskan bahwa pembiayaan investasi adalah pembiayaan jangka menengah atau panjang untuk pembelian barang-barang modal yang diperlukan untuk pendirian proyek baru (pabrik dalam usaha baru), rehabilitasi (penggantian mesin yang telah rusak dengan mesin baru), modernisasi (penggantian mesin lama dengan mesin baru dan lebih canggih), ekspansi (penambahan mesin dengan mesin yang baru dan lebih canggih atau dengan kualitas yang sama), relokasi proyek yang sudah ada (pemindahan lokasi pabrik atau proyek secara keseluruhan dari satu tempat ketempat lain yang lebih strategis.²⁴¹

²⁴⁰ Adiwarman Karim, *Bank Islam. Op.cit.*, hlm. 244

²⁴¹ *Ibid.* hlm. 237-238

Ciri-ciri pembiayaan investasi adalah:²⁴²

- 1) Untuk pengadaan barang-barang modal
- 2) Mempunyai perencanaan alokasi dana yang matang dan terarah
- 3) Berjangka waktu menengah dan panjang.

Pada umumnya pembiayaan investasi diberikan dalam jumlah nominal besar dan jangka panjang atau sedang. Oleh karena itu perlu disusun proyeksi arus kas yang mencakup semua komponen biaya dan pendapatan. Sehingga akan dapat diketahui berapa dana yang tersedia setelah semua kewajiban terpenuhi. Penyusunan proyeksi ini harus disertai dengan perkiraan keadaan keadaan pada masa yang akan datang. Mengingat pembiayaan ini memerlukan waktu yang cukup panjang. Setelah itu, baru lah disusun jadwal yang digunakan untuk angsuran kembali pembiayaan.²⁴³

Melihat luasnya aspek yang dikelola dan dipantau secara berkala, maka untuk pembiayaan investasi pada perbankan syariah menggunkakan skema *musyarakah mutanaqisah*. Dalam praktek ini perbankan memberikan pembiayaan dengan prinsip penyertaan, dan secara bertahap bank melepaskan penyertaan dan pemilik perusahaan akan mengambil alih kembali, baik menggunakan *surplus cash flow* yang tercipta maupun dengan menambah modal, baik yang berasal dari setoran pemegang saham yang ada maupun dengan mengundang saham baru. Selain menggunakan akad *musyarakah mutaqisah* perbankan syariah juga menggunakan akad *ijarah muntahia bi tamlik* yaitu menyewakan barang modal dengan opsi akhir kepemilikan.²⁴⁴

²⁴² Muhammad Syafi'I Antonio, *Bank Syariah., Op.cit.*, hlm. 167

²⁴³ *Ibid.* hlm. 167.

²⁴⁴ *Ibid.* hlm. 168.

Disamping itu peranan bank dalam menunjang pelaksanaan kebijakan pembangunan, pembahsan proyek dimaksudkan untuk untuk menilai manfaat sosial ekonomi dari proyek investasi yang dimaksud. Pembiayaan investasi digunakan untuk proyek-proyek yang dapat mendorong untuk peningkatan ekspor, menyerap tenaga kerja, mempunyai dampak ganda pada sektor-sektor lain (*multiplier effect*), meningkatkan kegiatan koperasi dan golongan ekonomi lemah termasuk sektor informal, serta memberikan sosial benefit. Bank dapat memberikan pembiayaan investasi dengan ketentuan;²⁴⁵

- 1) Melakukan penilaian atas proyek yang akan dibiayai dengan mendasarkan pada prinsip-prinsip pemberian pembiayaan sehat.
- 2) Memperhatikan peraturan pemerintah tetang analisis mengenai dampak lingkungan (AMDAL).
- 3) Jangka waktu pembiayaan maksimal 12 tahun.
- 4) Memenuhi ketentuan-ketentuan *bankable* yang berlaku (seperti persyaratan penerima pembiayaan, dan jaminan).

4. Debitor Pailit dalam Pembiayaan *Musyarakah*

Pembiayaan *musyarakah* pada dasarnya terbagi dalam dua jenis, yaitu *musyarakah* Pemilikan/Amlak dan *musyarakah Uqud/Akad*. *Musyarakah Uqud* terbagi dalam lima jenis yaitu *Syirkah al-'Inan*, *Syirkah Mufawadhah*, *Syirkah A'maal*, *Syirkah Wujud*, dan *Syirkah al Mudharabah*. Konsep *syirkah al-'Inan* adalah konsep yang digunakan oleh bank syariah dalam melakukan pembiayaan *musyarakah*.²⁴⁶

²⁴⁵ Adiwirman Karim, *Bank Islam, Op.cit.*, hlm. 238.

²⁴⁶ Nur Utari Setiawati , Kriteria Ingkar Janji dalam Pembiayaan *Musyarakah* di Bank Syariah, artikel dalam [https://ejournal.unitomo.ac.id/index.php/hukum/ article/.../699](https://ejournal.unitomo.ac.id/index.php/hukum/article/.../699) diakses 28 Dseember 2018.

Musyarakah, menurut hukum Islam dapat ditemukan dari sumber-sumber hukum Islam yaitu Al-Quran, Al-Hadist, Ijtihad. Menurut pendapat hasil Ijtihad para sarjana dan ulama-ulama Islam tersebut secara garis besar membolehkan *musyarakah*, walaupun ada perbedaan dalam jenis dan pendefinisianya, namun untuk lebih sederhananya tentang sahnya suatu perjanjian pembiayaan *musyarakah* dikatakan sah jika telah memenuhi ketentuan pasal 1320 BW dan telah memenuhi rukun dan syarat perjanjian dalam hukum Islam.

Pada pembiayaan *musyarakah* tidak dipersyaratkan adanya agunan, namun mengingat dana yang digunakan oleh bank syariah berasal dari dana masyarakat yang telah dititipkan pada bank syariah, sebagai jaminan atas pembayaran kembali atas setiap kewajiban nasabah berdasarkan fasilitas pembiayaan, maka bank dapat meminta jaminan pada nasabah berupa agunan.

Kualitas aktiva produktif digunakan sebagai indikator utama untuk dapat menggolongkan suatu pembiayaan dikatakan bermasalah atau tidak. Pembiayaan *musyarakah* dikatakan bermasalah ketika, pembiayaan itu digolongkan dalam kategori kurang lancar (KL), diragukan (D), macet (M). Upaya hukum dalam penyelesaian pembiayaan *musyarakah* bermasalah, yaitu dengan cara restrukturisasi, penyelesaian melalui sita jaminan, badan arbitrase syariah, penghapusan pembiayaan (*write off*), permohonan kepailitan, melalui proses litigasi.²⁴⁷

Melihat bahwa pembiayaan *musyarakah* sebagai salah satu konsep hukum Islam dalam bidang ekonomi, yang tidak diatur secara rinci dalam hukum Islam, dan lebih mendasarkan pada hasil pemikiran sarjana dan para ulama-ulama Islam, dimana terdapat berbagai perbedaan mengenai jenis, pendefinisian, dan hukum-

²⁴⁷ Nur Utari Setiawati, Kriteria Ingkar Janji dalam Pembiayaan *Musyarakah* di Bank Syariah, artikel dalam <https://ejournal.unitomo.ac.id/index.php/hukum/article/.../699> diakses 28 Desember 2018.

nya. Untuk itu diperlukan adanya suatu peraturan perundang-undangan yang jelas dan rinci yang mengatur mengenai pembiayaan *musyarakah*, dimana pengaturan ini tidak boleh bertentangan dengan hukum Islam, sesuai atau bisa diterapkan dalam realita bisnis saat ini, dan tidak merugikan bank syariah.

Agar tidak bertentangan dengan ketentuan hukum Islam pembuatan peraturan perundang-undangan mengenai akad pembiayaan *musyarakah*, perlu melibatkan lembaga yang memahami konsep ekonomi Islam, yaitu Dewan Syariah Nasional dan Dewan Pengawas Syariah. Mengingat perjanjian pembiayaan *musyarakah*, format/bentuknya sudah ditentukan secara sepihak oleh bank syariah maka diperlukan pengaturan khusus mengenai kontrak baku bagi perbankan syariah, agar nasabah tidak dalam posisi yang lemah dan tertekan, hingga tujuan syariah yang ingin dicapai baik oleh nasabah maupun bank syariah dapat terpenuhi. Ketika pembiayaan *musyarakah* itu menjadi bermasalah dan usaha nasabah sudah tidak lagi memiliki prospek, maka bank syariah. dalam upaya penyelesaiannya mengedepankan perdamaian dan musyawarah, terutama lewat arbitrase syariah.

Apabila dikembalikan kepada prinsip dasarnya, pembiayaan atau *financing*, yaitu pendanaan yang diberikan oleh suatu pihak kepada pihak lain untuk mendukung investasi yang telah direncanakan, baik dilakukan sendiri maupun lembaga.²⁴⁸ Dengan kata lain, pembiayaan adalah pendanaan yang dikeluarkan untuk mendukung investasi yang telah direncanakan. Salah satu pembiayaan yang disalurkan oleh bank syariah²⁴⁹ adalah *musyarakah*, yang diberikan definisi pada

²⁴⁸ Muhamad, *Manajemen Pembiayaan Bank Syariah*, Unit Penerbit dan Percetakan (UPP) AMP YKPN, Yogyakarta, 2005, hlm.17.

²⁴⁹ Berdasarkan Pasal 1 angka 7 Undang-Undang Perbankan Syariah yang dimaksud dengan Bank Syariah adalah Bank yang menjalankan kegiatan usahanya berdasarkan Prinsip Syariah dan menurut jenisnya terdiri atas Bank Umum Syariah (BUS) dan Bank Pembiayaan Rakyat Syariah (BPRS).

penjelasan Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah (Undang-Undang Perbankan Syariah) adalah adalah Akad kerja sama di antara dua pihak atau lebih untuk suatu usaha tertentu yang masing-masing pihak memberikan porsi dana dengan ketentuan bahwa keuntungan akan dibagi sesuai dengan kesepakatan, sedangkan kerugian ditanggung sesuai dengan porsi dana masing-masing.

Musyarakah merupakan salah satu jenis kontrak yang diterapkan oleh perbankan syariah. *Musyarakah* diterapkan melalui mekanisme pembagian keuntungan serta kerugian (*profit loss sharing*) diantara para pihak (*mitra/syarik*) melalui metode profit maupun *revenue sharing*. Porsi pembiayaan dengan akad *Musyarakah* saat ini hanya berkontribusi sebesar 22% dari total pembiayaan Perbankan Syariah Indonesia sementara *Murabahah* sekitar 60%. Konsep *profit loss sharing* dalam akad *Musyarakah* merupakan ciri khusus sebagai pembeda antara aktivitas perbankan syariah dengan perbankan konvensional.

Tanggung renteng atas keuntungan dan kerugian yang dialami antara Bank dan Nasabah menjadi kriteria khusus yang dapat menarik jumlah Nasabah lebih banyak jika Bank mampu mengelola risiko dengan baik. Akad *Musyarakah* dapat diaplikasikan dan dikembangkan dalam berbagai bentuk produk pembiayaan baik yang bersifat produktif maupun konsumtif untuk tujuan modal kerja usaha, investasi maupun konsumsi.²⁵⁰

Musyarakah di perbankan syariah telah dipahami sebagai suatu mekanisme yang menyatukan kerja dan modal untuk produksi barang dan jasa yang

²⁵⁰ Buku Standar Produk Musyarakah dan Musyarakah Mutanaqishah, <https://www.ojk.go.id/id/kanal/syariah/berita-dan-kegiatan/publikasi/Documents/Pages/Buku-Standar-Produk-Musyarakah-dan-Musyarakah-utanaqishah/Buku%20Standar%20Produk%20Musyarakah%20dan%20Musyarakah%20Mutanaqishah.pdf>. diakses pada tanggal 23 Oktober 2018

bermanfaat untuk masyarakat. *Musyarakah* dapat digunakan dalam setiap kegiatan yang dijalankan untuk tujuan menghasilkan laba.²⁵¹ Maka bilamana dalam usaha tersebut tidak menghasilkan laba dan kemudian nasabah tidak dapat memberikan nisbah bagi hasil pada bank syariah apakah dapat dikategorikan sebagai perbuatan ingkar janji?. Sebagaimana dalam Putusan Pengadilan Agama Nomor 1740/Pdt.G/2011/PA.Pbg yang mengkategorikan perbuatan ingkar janji/wanprestasi atas perbuatan nasabah yang tidak membayar pokok pembiayaan dan tunggakan bagi hasil pada bank syariah. Adapun tujuan penelitian ini adalah untuk menganalisis kriteria ingkar janji pada pembiayaan *musyarakah* dan menganalisis ratio decidendi dari Putusan Pengadilan Agama Nomor 1740/Pdt.G/2011/PA.Pbg.

Pada akad pembiayaan *musyarakah* hakekatnya antara bank syariah dengan nasabah sama-sama menyediakan dana untuk membiayai proyek. Setelah proyek selesai nasabah mengembalikan dana tersebut bersama bagi hasil yang disepakati bersama. Artinya selain hak dan kewajiban para pihak menunjukkan kesetaraan kedudukan, terdapat pembagian keuntungan dalam prosentase atau nisbah dengan memperhatikan asas kesetaraan.²⁵² Dalam *musyarakah* keuntungan yang diperoleh merupakan milik bersama yang harus dibagi sesuai dengan kesepakatan. Kepemilikan bersama dalam keuntungan tersebut menghendaki menjadikan satu mitra menjadi wakil dari mitra yang lain dalam mengelola harta (modal), di samping bertindak atas namanya sendiri.²⁵³

Pada Buku Standar Produk *Musyarakah* dan *Musyarakah Mutanaqishah* yang diterbitkan oleh Otoritas Jasa Keuangan, ada beberapa hal yang perlu

²⁵¹ Lihat dalam Hirsanuddin, *Hukum Perbankan Syariah: Pembiayaan Bisnis dengan Prinsip Kemitraan*, Genta Press, Yogyakarta, 2008, hlm.130.

²⁵² Destri Budi Nugraheni, "Asas Kesetaraan Dalam Akad Pembiayaan Musyarakah pada Bank Syariah di Yogyakarta", *Jurnal Mimbar Hukum*, Volume 22 No.1, 2010, hlm.128.

²⁵³ Danang Wahyu Muhammad, "Kedudukan Jaminan dalam Akad Pembiayaan pada Bank Syariah", *Jurnal Hukum Bisnis*, Volume 33, Nomor 3, 2014, hlm. 277

diperhatikan oleh bank syariah pada pembiayaan *musyarakah* sebagaimana disebutkan, yaitu:²⁵⁴

- a. Dalam Perjanjian Pembiayaan *Musyarakah* antara BUS/UUS/BPRS dan Nasabah harus dinyatakan secara jelas bahwa kerjasama diantara para pemilik modal dilaksanakan dengan tujuan mencari keuntungan. Dalam Perjanjian Pembiayaan *Musyarakah*, Nasabah dan BUS/UUS/ BPRS sama-sama menyediakan modal dan harus dinyatakan dengan tegas perbandingan antara modal BUS/UUS/BPRS dan modal dari Nasabah Pembiayaan *Musyarakah* yang diberikan BUS/UUS/BPRS dan Nasabah adalah untuk membiayai usaha/proyek/aset tertentu, baik yang sudah berjalan maupun yang baru, yang akan dikelola oleh Nasabah menurut ketentuan yang disepakati oleh BUS/UUS/BPRS.
- b. Pembiayaan *Musyarakah* yang diberikan BUS/UUS/BPRS dapat bersifat kerjasama modal baik dalam jumlah tetap (modal tidak diangsur) maupun jumlah menurun (modal diangsur). Dalam Pembiayaan *Musyarakah* jumlah tetap, bagian modal setiap mitra ditentukan sesuai akad dan jumlahnya tetap hingga akhir masa akad, dimana pada akhir masa akad BUS/UUS/BPRS berjanji akan menjual keseluruhan modalnya sekaligus kepada Nasabah dan Nasabah berjanji untuk membeli keseluruhan modal BUS/UUS/BPRS tersebut. Apabila dalam Pembiayaan *Musyarakah* jumlah menurun, bagian modal BUS/UUS/BPRS akan dijual secara bertahap (diangsur) kepada Nasabah (atau pihak lain) sehingga bagian modal BUS/UUS/BPRS akan

²⁵⁴ Lihat dalam Buku Standar Produk Musyarakah dan Musyarakah Mutanaqishah, <https://www.ojk.go.id/id/kanal/syariah/berita-dan-kegiatan/publikasi/Documents/Pages/Buku-Standar-Produk-Musyarakah-dan-Musyarakah-mutanaqishah/Buku%20Standar%20Produk%20Musyarakah%20dan%20Musyarakah%20Mutanaqishah.pdf>. diakses pada tanggal 23 Oktober 2018

menurun dari masa ke masa dan pada akhir masa akad, BUS/UUS/BPRS tidak lagi memiliki modal (menjadi pemilik) dalam usaha tersebut.

- c. Pengembalian modal dan bagi hasil hak BUS/UUS/BPRS dihitung dan disepakati berdasarkan perjanjian yang dibuat oleh para pihak terkait. Nisbah bagi hasil tidak harus selalu sama setiap bulannya selama masa pembiayaan, walaupun kontribusi modal tetap ataupun juga kontribusi modal menurun, selama hal ini disepakati dari awal dan sudah jelas tertulis pada pembuatan akad. Hal ini tergantung dari perhitungan *cash flow* atas proyek/usaha yang akan dibiayai. Jika selama masa kegiatan proyek atau kegiatan usaha dari Pembiayaan *Musyarakah* terjadi perubahan kontribusi modal sehingga menyebabkan juga perubahan nisbah bagi hasil, maka harus dibuatkan *addendum* (perubahan) atas perjanjian sebelumnya yang disepakati dan ditanda tangani oleh para pihak terkait.
- d. Keuntungan usaha yang diperoleh atas proyek/usaha yang dijalankan Nasabah dibagikan kepada BUS/UUS/BPRS sesuai nisbah bagi hasil yang disepakati, sementara kerugian ditanggung bersama sesuai proporsi kepemilikan modal masing-masing. Nisbah bagi hasil harus disetujui para pihak di awal akad, kesepakatan nisbah bagi hasil merupakan rukun yang harus dipenuhi dalam akad. Nisbah bagi hasil ditentukan berdasarkan Proyeksi Pendapatan yang akan dihasilkan dan tidak harus berdasarkan porsi modal *Musyarakah*. Pembayaran bagi hasil ditentukan berdasarkan Nilai Realisasi Pendapatan bukan berdasarkan Nilai Proyeksi Pendapatan. Pembayaran bagi hasil yang harus dibayarkan Nasabah kepada BUS/ UUS/BPRS tidak boleh ditetapkan dalam jumlah uang yang tetap (*fixed amount*) dan ditetapkan di

muka. Penetapan ini akan menyebabkan terjadinya riba. Bank dapat melakukan revisi Proyeksi Pendapatan paling banyak 1 (satu) kali untuk Pembiayaan dengan jangka waktu sampai dengan 1 (satu) tahun, dan boleh 2 (dua) kali untuk Pembiayaan dengan jangka waktu di atas 1 (satu) tahun. Standar ini dikecualikan untuk Nasabah restrukturisasi.

- e. Fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia (DSN-MUI) memberikan

dua metode yang dapat digunakan sebagai standar dalam hal penentuan nisbah bagi hasil dalam akad *Musyarakah* yakni *profit sharing* dan *revenue sharing* Nasabah wajib melakukan pembayaran angsuran pembiayaan atas semua dana pembiayaan (modal *Musyarakah*) yang telah disalurkan BUS/UUS/BPRS disertai dengan bagi hasil yang menjadi hak BUS/ UUS/BPRS. Nasabah wajib melakukan pembayaran angsuran pembiayaan kepada BUS/UUS/BPRS sesuai dengan jadwal pembayaran angsuran pembiayaan sebagaimana terlampir, yang merupakan satu kesatuan dengan akad ini. Maka dikatakan wanprestasi bilamana terjadi kegagalan Nasabah dalam memenuhi kewajiban atau segala hal yang ditentukan dan disepakati bersama dalam kontrak sehingga menimbulkan kerugian bagi BUS/UUS/BPRS baik dalam berupa penyusutan nilai modal maupun pengurangan nilai bagi hasil untuk BUS/UUS/BPRS.

Di dalam suatu perikatan apabila debitur karena kesalahannya tidak melaksanakan apa yang diperjanjkan, maka dikatakan bahwa debitur itu wanprestasi.²⁵⁵ Menurut J.atrio dikatakan tidak berprestasi baru merupakan wanprestasi

²⁵⁵ Wanprestasi menurut Kamus Hukum adalah lalai, ingkar janji tidak memenuhi kewajibannya dalam suatu perikatan. Untuk kelalain ini maka pihak yang lalai harus memberikan penggantian rugi, biaya dan bunga.

kalau sikap tidak berprestasi itu tidak dibenarkan. Asal diingat, tidak berprestasi tidak selalu berkaitan dengan pembayaran sejumlah uang karena isi prestasi bisa memberikan, melakukan atau tidak melakukan sesuatu. Wanprestasi adalah suatu peristiwa atau keadaan dimana debitor tidak telah memenuhi kewajiban prestasi perikatannya dengan baik dan debitur punya unsur salah.²⁵⁶

Apabila mengacu kepada ketentuan dalam Pasal 36 Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) dijelaskan bahwa Pihak dapat dianggap melakukan ingkar janji, apabila karena kesalahannya:

- a. Tidak melakukan apa yang dijanjikan untuk melakukannya;
- b. Melaksanakan apa yang dijanjikannya, tetapi tidak sebagaimana dijanjikan;
- c. Melakukan apa yang dijanjikannya, tetapi terlambat; atau
- d. Melakukan sesuatu yang menurut perjanjian tidak boleh dilakukan.²⁵⁷

Dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah digunakan istilah ingkar janji sedangkan istilah wanprestasi digunakan pada Pasal 30 Peraturan Otoritas Jasa Keuangan Nomor: 16/POJK. 03/2014 tentang Penilaian Kualitas Aset Bank Umum Syariah dan Unit Usaha Syariah bahwa: Nasabah dinyatakan wanprestasi (*event of default*) apabila:

- a. terjadi tunggakan pokok dan/atau margin/bagi hasil/ujrah dan/atau tagihan lainnya selama 90 (sembilan puluh) hari walaupun Aset Produktif belum jatuh tempo;

²⁵⁶ J.Satrio, *Wanprestasi Menurut KUHPerdara, Doktrin dan Yurisprudensi*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2012, hlm. 21.

²⁵⁷ Pada KHES digunakan istilah ingkar janji bukan wanprestasi sebagaimana istilah dalam BW. Hal ini didasarkan pada Surat Al Maidah ayat 1: ‘ Wahai orang-orang yang beriman!. Penuhilah janji-janji. Hewan ternak dihalalkan bagimu kecuali yang akan disebutkan kepadamu, dengan tidak menghalalkan berburu ketika kamu sedang berihram. Sesungguhnya Allah menetapkan hukum sesuai yang Dia kehendaki. Bahwa akad (perjanjian) mencakup janji setia hamba kepada Allah dan perjanjian yang dibuat oleh manusia dalam pergaulan sesamanya.

- b. tidak diterimanya pembayaran pokok dan/atau margin/bagi hasil/ujrah dan/atau tagihan lainnya pada saat Aset Produktif jatuh tempo; atau
- c. tidak dipenuhinya persyaratan lainnya selain pembayaran pokok dan/atau margin/bagi hasil/ujrah yang mengakibatkan nasabah;
- d. tidak dapat memenuhi kewajibannya.

Kriteria wanprestasi pada POJK lebih menekankan pada pembayaran sejumlah uang sebagai kewajiban yang harus dipenuhi oleh nasabah.²⁵⁸ Kriteria ingkar janji pada KHES dengan kriteria wanprestasi pada POJK berbeda. Ingkar janji Pada KHES sama dengan kriteria wanprestasi sebagaimana dikemukakan oleh Subekti bahwa nasabah wanprestasi dapat berupa:²⁵⁹

- a. Tidak melaksanakan apa yang disanggupi akan dilakukannya;
- b. Melaksanakan apa yang dijanjikannya, tetapi tidak sebagaimana mestinya;
- c. Melakukan apa yang dijanjikannya tetapi terlambat;
- d. Melakukan sesuatu yang menurut perjanjian tidak boleh dilakukannya.

Berdasarkan uraian tersebut di atas, maka peneliti dapat merumuskan bahwa bilamana nasabah terlambat memenuhi prestasinya 1 (satu) bulan menurut KHES dan Subekti sudah disebut sebagai ingkar janji/wanprestasi tetapi menurut POJK belum dikatakan wanprestasi, karena yang dikatakan wanprestasi salah satunya apabila nasabah terjadi tunggakan pokok dan/atau margin/bagi hasil/ujrah dan/atau tagihan lainnya selama 90 (sembilan puluh) hari walaupun aset produktif belum jatuh tempo.

²⁵⁸ Lihat Pasal 30 Peraturan Otoritas Jasa Keuangan Nomor: 16/POJK. 03/2014 tentang Penilaian Kualitas Aset Bank Umum Syariah dan Unit Usaha Syariah.

²⁵⁹ R. Subekti, *Hukum Perjanjian*, Intermedia, Jakarta, 1984, hlm, 45.

D. Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah di Indonesia

Sengketa keperdataan di antara para pihak merupakan hal yang memungkinkan terjadi di dalam hubungan keperdataan. Kondisi seperti ini tentu saja menimbulkan kebutuhan terhadap suatu perangkat norma dan aturan guna menyelesaikan sengketa tersebut. Penyelesaian sengketa pada ranah hukum perjanjian berlaku asas kebebasan berkontrak, yakni para pihak bebas memilih forum penyelesaian sengketa (*choice of forum*) yang akan dipakai ketika terjadi sengketa keperdataan di antara mereka. Klausula penyelesaian sengketa ini hampir dapat dikatakan selalu ada dalam kontrak-kontrak bisnis dewasa ini, termasuk dalam kontrak ekonomi syariah.

Sengketa ekonomi syariah secara umum dapat diklasifikasi menjadi 3 (tiga) kategori, yaitu: (1) Sengketa di bidang ekonomi syariah antara lembaga keuangan dan lembaga pembiayaan syariah dengan nasabahnya; (2) Sengketa di bidang ekonomi syariah antara lembaga keuangan dengan pembiayaan syariah; dan (3) Sengketa di bidang ekonomi syariah antara orang-orang yang beragama Islam, yang mana akad perjanjiannya disebutkan dengan tegas bahwa kegiatan usaha yang dilakukan adalah berdasarkan prinsip-prinsip syariah.²⁶⁰

Dalam konteks transaksi perbankan syariah, sengketa antara nasabah dan pihak bank syariah selama ini lebih banyak dipicu oleh tiga hal, yaitu: *Pertama*, adanya perbedaan penafsiran mengenai akad yang sudah disepakati; *Kedua*, adanya perselisihan ketika transaksi sudah berjalan; dan yang *Ketiga*, adanya wanprestasi yang dilakukan salah satu pihak yang mengakibatkan kerugian.²⁶¹

²⁶⁰ Ahmad Mujahidin, *Prosedur Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah di Indonesia*, Ghalia Indonesia, Bogor, 2010, hlm. 43.

²⁶¹ Khopiatuziadah, "Kajian Yuridis Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah", 10:3 *Jurnal Legislasi Indonesia* (September 2013), hlm. 279.

Ragam, bentuk dan karakteristik sengketa perbankan syariah berkaitan erat dengan adanya pengingkaran atau pelanggaran terhadap akad musyarakah yang telah disepakati bersama, yaitu: (1) Kelalaian pihak bank untuk mengembalikan dana titipan nasabah dalam akad *wadi'ah*; (2) Bank juga mengurangi nisbah keuntungan nasabah tanpa persetujuan yang bersangkutan dalam akad *mudharabah*; (3) Nasabah melakukan kegiatan usaha minuman keras dan usaha-usaha lain yang diharamkan menurut syariat Islam yang bersumber dari dana pinjaman bank syariah, akad *qirat* dan lain-lain.²⁶²

Berkenaan dengan hal tersebut, peneliti mengutip penjelasan Fatahullah yang menguraikan bahwa sengketa antara bank dan nasabah dalam kegiatan usaha perbankan syariah dapat disebabkan karena adanya perbedaan pendapat mengenai hak dan kewajiban yang harus dilaksanakan oleh masing-masing pihak, tidak adanya kesamaan pemahaman tentang keadaan darurat (*force majeure*) yang menyebabkan salah satu pihak mengalami kerugian yang berakibat tidak bisa memenuhi kewajiban, adanya akad yang multitafsir, dan adanya wanprestasi, cidera janji atau kesengajaan untuk tidak melaksanakan apa yang sudah diperjanjikan dalam akad. Di samping itu, sengketa perbankan syariah dapat disebabkan karena adanya ketidakpatuhan bank terhadap nilai-nilai syariah yang seharusnya dijunjung tinggi dalam kegiatan perbankan syariah.²⁶³

Menurut A. Mukti Arto, dalam setiap sengketa yang muncul, termasuk sengketa ekonomi syariah, pada dasarnya terdapat 3 (tiga) aspek. *Pertama*, aspek yuridis, yakni adanya perbedaan antara *das sein* dan *das sollen*, atau perbedaan antara kenyataan yang terjadi dengan norma hukum yang seharusnya dijalankan.

²⁶² Ahmad Mujahidin, *Loc.cit.*

²⁶³ Fatahullah, "Pluralitas Metode Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah di Indonesia", 2:6 *Jurnal IUS: Kajian Hukum dan Keadilan* (Desember 2014), hlm. 542.

Sehingga sesuatu yang terjadi itu sebenarnya merupakan hal yang secara normatif seharusnya tidak boleh terjadi atau tidak boleh dilakukan. *Kedua*, aspek sosiologis, yakni adanya suatu fakta yang membuat salah satu pihak merasa dirugikan oleh pihak lawan yang membuat/melakukan fakta/kejadian itu, dan tidak mau secara suka rela mengganti kerugian atau menyelesaikan dengan damai dan masing-masing pihak tidak mau mengalah atau mengalah salah satunya. *Ketiga*, aspek psikologis, yakni bahwa pada hakikatnya sengketa itu terjadi antara sesama manusia dalam kapasitas apapun. Rasa emosional manusia inilah yang memunculkan adanya sengketa.²⁶⁴

Dalam konteks penyelesaian sengketa perbankan syariah sebagaimana diatur dalam Pasal 55 UU Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah tentang Perbankan Syariah.²⁶⁵ Penyelesaian sengketa perbankan syariah dapat ditempuh melalui jalur litigasi dan non litigasi. Penyelesaian sengketa melalui jalur litigasi dilakukan oleh pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama, sementara penyelesaian sengketa melalui jalur non litigasi dilakukan melalui musyawarah atau mediasi di Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS) atau lembaga arbitrase lain sesuai dengan isi akad antara pihak nasabah dan bank syariah.

Sebelum pemberlakuan UU Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah pemerintah telah memberlakukan UU Nomor 3 Tahun 2006 yang memberikan kompetensi absolut kepada Peradilan Agama untuk menyelesaikan sengketa ekonomi syariah. Hal ini diatur dalam Pasal 49 ayat (1) UU Nomor 3 Tahun 2006, bahwa "*Pengadilan Agama bertugas dan berwenang memeriksa,*

²⁶⁴ A. Mukti Arto, *Mencari Keadilan*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2001, hlm. 38.

²⁶⁵ Lihat Pasal 55 dan penjelasannya Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.

memutus, dan menyelesaikan perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang: a. perkawinan; b. waris; c. wasiat; d. hibah; e. wakaf; f. zakat; g. infaq; h. shadaqah; dan i. ekonomi syariah.”

Dalam Penjelasan Pasal 49 huruf i dinyatakan bahwa yang dimaksud dengan “ekonomi syariah” adalah perbuatan atau kegiatan usaha yang dilaksanakan menurut prinsip syariah, antara lain meliputi: (a) bank syariah; (b) lembaga keuangan mikro syariah; (c) asuransi syariah; (d) reasuransi syariah; (e) reksa dana syariah; (f) obligasi syariah dan surat berharga berjangka menengah syariah; (g) sekuritas syariah; (h) pembiayaan syariah; (i) pegadaian syariah; (j) dana pensiun lembaga keuangan syariah; dan (k) bisnis syariah. Dengan demikian, berdasarkan UU Nomor 3 Tahun 2006, penyelesaian sengketa ekonomi syariah telah menjadi kompetensi absolut Peradilan Agama. Namun demikian, persoalan yang muncul tatkala UU Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah memberikan kewenangan kepada Peradilan Negeri untuk menyelesaikan sengketa perbankan syariah, sebagaimana disebutkan dalam penjelasan Pasal 55 ayat (2) di atas. Penjelasan Pasal 55 ayat (2) itu memberikan kemungkinan pilihan forum (*choice of forum*) bagi para pihak, yakni memilih Peradilan Negeri atau Peradilan Agama, dalam penyelesaian sengketa perbankan syariah. Alhasil, sebagian ahli berpendapat bahwa norma hukum Pasal 55 ayat (2) beserta penjelasannya itu telah mengakibatkan dualisme kewenangan dan ketidakpastian hukum dalam penyelesaian sengketa perbankan syariah di Indonesia.²⁶⁶

Ketentuan Pasal 55 ayat (2) huruf d telah menimbulkan polemik di kalangan praktisi peradilan dan pakar hukum ekonomi syariah di Indonesia karena telah menyebabkan dualisme kewenangan antara Peradilan Agama dan Peradilan

²⁶⁶ Hasbi Hasan, *Op.cit.*, hlm. 175-209.

Negeri. Menurut Khopiatuziadah, Penjelasan Pasal 55 ayat (2) huruf d di atas menimbulkan beberapa permasalahan hukum sebagai berikut. *Pertama*, pengadilan dalam lingkungan Peradilan Negeri bukanlah upaya penyelesaian sengketa non litigasi sebagaimana upaya musyawarah, mediasi dan arbitrase (huruf a, b, dan c), sehingga tampaknya pengelompokan Pengadilan Negeri dalam penjelasan ini menjadi rancu dan tidak sealur dengan upaya penyelesaian sengketa yang lain sebagaimana dimaksud dalam huruf a, huruf b dan huruf c. *Kedua*, dengan mencantumkan Peradilan Negeri sebagai salah satu media penyelesaian sengketa perbankan syariah, timbul penafsiran bahwa ketentuan ini mereduksi kewenangan Peradilan Agama sebagaimana dimaksud dalam Pasal 55 ayat (1). Lebih jauh ketentuan ini dianggap bertentangan atau tidak sinkron satu sama lain sehingga ketentuan Pasal 55 ayat (1) yang memberikan kewenangan pada Peradilan Agama menjadi tidak bermakna dengan dimungkinkannya penyelesaian lewat jalur Peradilan Negeri. *Ketiga*, kekhawatiran akan adanya perbedaan atau dualisme pengaturan dan timbulnya ketidakpastian hukum dengan diberikan kemungkinan penyelesaian melalui Pengadilan Negeri.²⁶⁷

Menurut Hasbi Hasan, ketentuan Pasal 55 ayat (2) UU Perbankan Syariah beserta penjelasannya itu menunjukkan bahwa telah terjadi reduksi terhadap kompetensi Peradilan Agama dalam bidang perbankan syariah. Dalam Pasal 49 UU Nomor 3 Tahun 2006 disebutkan bahwa penyelesaian sengketa ekonomi syariah, termasuk perbankan syariah, merupakan kewenangan Peradilan Agama. Namun ketentuan Pasal 49 UU Nomor 3 Tahun 2006 itu direduksi oleh ketentuan Pasal 55 ayat (2) huruf d UU Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah yang memberikan kewenangan penyelesaian sengketa perbankan syariah kepada

²⁶⁷ Khopiatuziadah, *Op.cit.*, hlm. 287.

Peradilan Negeri. Akibatnya, penyelesaian sengketa perbankan syariah melalui jalur litigasi ditandai oleh dualisme kewenangan antara Peradilan Agama dan Peradilan Negeri.²⁶⁸

Menurut Wahyu Widiani, kemunculan peradilan umum dalam penjelasan Pasal 55 ayat (2) UU Nomor 21 Tahun 2008 merupakan kegamangan pemerintah terhadap profesionalitas hakim Peradilan Agama, menilai Peradilan Agama belum siap menangani sengketa ekonomi syariah. Bahkan petinggi Bank Indonesia saat itu menyurati Presiden yang intinya merasa keberatan jika sengketa ekonomi syariah ditangani oleh hakim Peradilan Agama.²⁶⁹ Menurut Bagir Manan, pemerintah tidak memiliki keberpihakan kepada Peradilan Agama karena dianggap kurang begitu penting dalam tata bernegara. Paradigma politik saat ini masih dipengaruhi doktrin politik kolonial Belanda yang memandang Peradilan Agama sebagai *the necessary evil*. Paham politik kolonial itu hingga kini mengikis kewenangan dan eksistensi Peradilan Agama dengan mengintrodusir hukum adat dan menyandingkan dengan hukum Islam.

Dualisme penyelesaian sengketa perbankan syariah menjadi jelas pengadilan mana yang berwenang mengadilinya dengan telah diputuskannya permohonan uji materiil terhadap UU Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah khususnya norma hukum Pasal 55 ayat (2) dan (3) oleh Mahkamah Konstitusi atas permohonan uji materiil yang diajukan oleh Dadang Ahmad salah satu nasabah dari PT. Bank Muamalat Indonesia, yaitu Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor

²⁶⁸ Hasbi Hasan, *Kompetensi Peradilan Agama dalam Penyelesaian Perkara Ekonomi Syariah*, Gramata Publishing, Jakarta, 2010, hlm. 138.

²⁶⁹ Achmad Fauzi (*et.al.*), *Mencari Akar Masalah*, Majalah Peradilan Agama edisi IV, Jakarta, 2014, hlm. 18

93/PUU-X/2012 yang dalam amar putusanya menyatakan “mengabulkan permohonan pemohon untuk sebagian” dan menyatakan bahwa “Penjelasan Pasal 55 ayat (2) UU Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.”

Berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 tersebut, penyelesaian sengketa perbankan syariah melalui jalur litigasi menjadi kewenangan absolut Peradilan Agama, sebagaimana diamanahkan Pasal 49 huruf (i) UU Nomor 3 Tahun 2006 dan Pasal 55 ayat (1) UU Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah. Seluruh nasabah dan industri perbankan syariah terikat untuk melaksanakan Putusan *a quo* yang mempertegas kompetensi Peradilan Agama dalam penyelesaian sengketa perbankan syariah dan berimplikasi bahwa dalam kontrak bisnis antara nasabah dan bank syariah tidak lagi dimungkinkan untuk membuat klausul pilihan forum penyelesaian sengketa ke Peradilan Negeri. Pilihan forum tersebut menjadi bertentangan dengan putusan *a quo* dan karenanya berakibat batal demi hukum (*null and void*).²⁷⁰

Penyelesaian sengketa perbankan syariah dapat ditempuh melalui jalur litigasi dan non litigasi. Penyelesaian melalui jalur litigasi harus dilakukan melalui Peradilan Agama yang telah diberi kewenangan absolut dalam penyelesaian perkara ekonomi syariah, sementara penyelesaian melalui jalur non litigasi dapat dilakukan melalui arbitrase atau alternatif penyelesaian sengketa, tergantung pada isi akad atau kesepakatan para pihak. Berikut diuraikan mekanisme penyelesaian sengketa ekonomi syariah melalui jalur litigasi dan non litigasi:

²⁷⁰ Khotibul Umam, “Implikasi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 Bagi Penyelesaian Sengketa Bisnis dan Keuangan Syariah”, 12:4 *Jurnal Konstitusi* (Desember 2015), hlm. 694-695.

1. Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Melalui Jalur Litigasi

Dalam uraian di atas telah dikemukakan bahwa penyelesaian sengketa ekonomi syariah melalui jalur litigasi merupakan kompetensi absolut Peradilan Agama. Peradilan Agama²⁷¹ adalah salah satu pelaku kekuasaan kehakiman bagi rakyat pencari keadilan yang beragama Islam mengenai perkara tertentu, dan peradilan bagi orang-orang yang beragama Islam,²⁷² serta berwenang memeriksa, mengadili, memutus, dan menyelesaikan perkara antara orang-orang yang beragama Islam sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.²⁷³ Kewenangan Peradilan Agama dimaksud diatur dalam Pasal 49 ayat (1) UU Nomor 3 Tahun 2006,²⁷⁴ sebagaimana telah dikemukakan di atas, yakni: (a) perkawinan; (b) waris; (c) wasiat; (d) hibah; (e) wakaf; (f) zakat; (g) infaq; (h) shadaqah; dan (i) ekonomi syariah. Berdasarkan ketentuan ini, salah satu kewenangan dari Peradilan Agama adalah memeriksa, memutus, dan menyelesaikan sengketa ekonomi syariah.

Sistem penyelesaian sengketa ekonomi syariah di Peradilan Agama pada dasarnya tidak jauh berbeda dengan sistem penyelesaian sengketa perdata di Peradilan Negeri, yakni sama-sama merujuk pada hukum acara perdata yang berlaku di Indonesia. Hal ini diatur dalam Pasal 54 UU Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama yang menyatakan bahwa “Hukum Acara yang berlaku pada Pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama adalah Hukum Acara Perdata yang berlaku pada Pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum,

²⁷¹ UU Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Atas UU Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama, Pasal 2.

²⁷² UU Nomor 50 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas UU Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama, Pasal 1 angka 1.

²⁷³ UU Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, Pasal 25 ayat (3).

²⁷⁴ UU Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama sebagaimana telah diubah dengan UU Nomor 3 Tahun 2006 dan Perubahan Kedua dengan UU Nomor 50 Tahun 2009.

kecuali yang telah diatur secara khusus dalam undang-undang ini.”²⁷⁵ Peradilan Agama belum memiliki Hukum Acara Ekonomi Syariah yang diselesaikan dengan acara gugatan biasa, sehingga pada setiap pemeriksaan perkara ekonomi syariah masih tetap berpedoman pada hukum acara perdata umum seperti HIR, RBg, RV, BW, IR, Wv.k, dan lain-lain.²⁷⁶

Dalam buku *Pedoman Teknis Administrasi dan Teknis Peradilan Agama*, Mahkamah Agung menyatakan bahwa hukum acara Peradilan Agama terdiri dari HIR, RBg, UU Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama sebagaimana telah diubah dengan UU Nomor 3 Tahun 2006 dan perubahan kedua dengan UU Nomor 50 Tahun 2009, UU Nomor 30 Tahun 1999, PERMA, SEMA, Yurisprudensi Mahkamah Agung, Kompilasi Hukum Islam (KHI) dan peraturan perundang-undangan yang berhubungan dengan Peradilan Agama.²⁷⁷ Dengan demikian, mekanisme penyelesaian sengketa ekonomi syariah di Peradilan Agama merujuk pada hukum acara perdata yang diatur dalam peraturan perundang-undangan nasional.

Hukum Acara Perdata itu sendiri dapat didefinisikan sebagai peraturan hukum yang mengatur proses penyelesaian perkara perdata lewat hakim/pengadilan sejak diajukan gugatan sampai dengan pelaksanaan putusan hakim. Menurut Sudikno Mertokusumo, hukum acara perdata merupakan hukum yang mengatur bagaimana caranya menjamin ditaatinya hukum perdata materiil dengan perantaraan hakim. Dengan perkataan lain, hukum acara perdata adalah peraturan hukum yang menentukan bagaimana caranya menjamin pelaksanaan hukum

²⁷⁵ *Idem*, Pasal 54.

²⁷⁶ Ahmad, “Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah di Pengadilan Agama”, 2:6 *Jurnal IUS: Kajian Hukum dan Keadilan* (Desember 2014), hlm. 480.

²⁷⁷ Mahkamah Agung RI, *Pedoman Teknis dan Administrasi dan Teknis Peradilan Agama*, Mahkamah Agung RI, Jakarta, 2009, hlm. 60.

perdata materiil.²⁷⁸ Menurut Wirjono Prodjodikoro, hukum acara perdata adalah rangkaian peraturan-peraturan yang memuat cara bagaimana orang harus bertindak terhadap dan di muka pengadilan dan cara bagaimana pengadilan itu harus bertindak satu sama lain untuk melaksanakan berjalannya peraturan-peraturan hukum perdata.²⁷⁹

Harifin Tumpa²⁸⁰ menjelaskan hukum acara perdata merupakan ketentuan-ketentuan hukum untuk mewujudkan hukum perdata materiil. Di dalam hukum acara perdata tersebut pada hakikatnya terkandung dua hal pokok, yaitu: (1) Tindakan-tindakan atau acara-acara untuk dan pada persidangan pengadilan; dan (2) Eksekusi. Kedua masalah tersebut bersangkutan paut dengan apa yang disebut putusan hakim. Di satu pihak, putusan hakim merupakan bagian akhir dari suatu persengketaan, di lain pihak, putusan hakim merupakan titik tumpu dari suatu eksekusi atau pelaksanaan putusan pengadilan.

Istilah “acara” di sini berarti proses penyelesaian perkara lewat hakim (pengadilan). Proses penyelesaian perkara lewat hakim bertujuan untuk memulihkan hak seseorang yang telah dirugikan atau terganggu, mengembalikan suasana seperti dalam keadaan semula bahwa setiap orang harus mematuhi peraturan hukum perdata, supaya peraturan hukum perdata berjalan sebagaimana mestinya.²⁸¹ Menurut Abdul Kadir Muhammad,²⁸² istilah “beracara” dalam

²⁷⁸ Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, 2002, hlm. 2.

²⁷⁹ Wirjono Prodjodikoro, *Hukum Acara Perdata di Indonesia*, Sumur, Bandung, 1975, hlm. 13.

²⁸⁰ Lihat dalam Harifin A. Tumpa, *Memahami Eksistensi Uang Paksa (Dwangsom) dan Implementasinya di Indonesia*, Kencana, Jakarta, 2010, hlm. 1.

²⁸¹ Dian Latifiani, “Permasalahan Pelaksanaan Putusan Hakim”, 1:1 *JHAPER* (Januari–Juni 2015), hlm. 16.

²⁸² Abdul Kadir Muhammad, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Citra Aditya Bhakti, Bandung, 2000, hlm. 18.

hukum acara perdata dapat dipakai dalam arti luas dan dalam arti sempit. Dalam arti luas, beracara meliputi segala tindakan hukum yang dilakukan baik di luar maupun di dalam sidang pengadilan guna menyelesaikan suatu perkara menurut ketentuan hukum acara perdata.

Hukum Acara Perdata digunakan manakala terdapat sengketa perdata di antara para pihak. Orang yang merasa dilanggar atau dirugikan haknya berhak memperoleh perlindungan hukum atau memulihkan kembali haknya itu dengan cara mengajukan tuntutan/gugatan ke pengadilan, agar perkara yang menjadi sengketa dapat diperiksa, diputuskan dan diselesaikan oleh hakim di pengadilan.

Pemulihan kembali hak-hak orang yang dilanggar itu akan terealisasi manakala putusan hakim/peradilan yang telah mempunyai kekuatan hukum mengikat telah dilaksanakan. Namun demikian, untuk mencapai tahap pelaksanaan putusan hakim/pengadilan (eksekusi), para pihak yang berperkara harus melalui sejumlah proses dan tahapan yang telah diatur dalam peraturan perundang-undangan.²⁸³ Tindakan pelaksanaan putusan hakim adalah tindakan menjalankan putusan hakim yang telah mempunyai kekuatan tetap. Tindakan pelaksanaan ini apabila diperlukan, dapat meminta bantuan dari alat negara untuk pengamanannya.²⁸⁴

Sebelum sampai pada tahapan pelaksanaan putusan hakim, tentu dalam berperkara di pengadilan harus didahului dengan gugatan yang berisikan tuntutan hak. Tuntutan hak harus mempunyai kepentingan hukum yang cukup, merupakan syarat utama untuk dapat diterimanya tuntutan hak itu oleh pengadilan guna

²⁸³ Herowati Poesoko, "Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Penyelesaian Perkara Perdata", 1:2 *JHAPER: Jurnal Hukum Acara Perdata* (Juli–Desember 2015), hlm. 224.

²⁸⁴ *Idem*, hlm. 19.

diperiksa, *point d'interest, point d'action*.²⁸⁵ Namun tidak berarti bahwa setiap tuntutan hak yang ada hubungan hukumnya pasti dikabulkan oleh pengadilan, pada dasarnya setiap orang dapat mengajukan gugatan ke pengadilan, tetapi dalam kenyataannya ada persyaratannya, yaitu hanya mereka yang mempunyai kepentingan yang cukup dan layak serta mempunyai dasar hukum berhak mengajukan tuntutan (gugatan) kepada pengadilan yang berwenang, namun hal itu masih bergantung pada pembuktian dalam persidangan.²⁸⁶

Mahkamah Agung dalam putusannya tanggal 7 Juli 1971 Nomor 294K/Sip/1971, mensyaratkan bahwa gugatan harus diajukan oleh orang yang mempunyai hubungan hukum. Sebetulnya bila para pihak terutama penggugat tidak menyadari pentingnya substansi gugatan, tidak cermat dan setiap posita tidak dikuatkan dengan alat bukti sesuai dengan posita, maka berakibat gugatannya tidak dapat diterima atau bahkan gugatannya ditolak seluruhnya, oleh karena itu syarat substansi dalam posita atau *fundamentum petendi* harus menjelaskan peristiwa, kejadian-kejadian, atau duduk perkara dan bagian yang menjelaskan tentang hukumnya.²⁸⁷

Terkait dengan petitum yang merupakan tuntutan, permintaan, atau harapan para pihak (Penggugat) terhadap pihak lawannya (Tergugat) yang dirumuskan secara jelas dan tegas yang nantinya diputuskan dalam amar putusan hakim, meskipun dalam HIR/RBg tidak secara tegas dirumuskan namun sebagai

²⁸⁵ Herowati Poesoko, *Parate Executie Obyek Hak Tanggungan: Inskonsistensi, Konflik Norma dan Kesesatan Penalaran dalam UUHT*, LaksBang Pressindo, Yogyakarta, 2008, hlm. 119.

²⁸⁶ Sudikno Mertokusumo, *Pokok-Pokok Hukum Acara Perdata dalam Menyongsong Undang-Undang Hukum Perdata yang Baru: Seminar Hukum Jaminan, Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman, Tanggal 9–11 Oktober 1978*, Binacipta, Yogyakarta, 1978, hlm. 40.

²⁸⁷ M. Nasir, *Hukum Acara Perdata*, Djambatan, Jakarta, 2003, hlm. 42.

acuannya dapat merujuk pada Pasal 94 Rv.²⁸⁸ yang menentukan bahwa bila Pasal 8 Rv. tidak diikuti, maka akibatnya gugatan batal, bukan tidak dapat diterima. Sedangkan gugatan yang tidak jelas, atau tidak sempurna dapat mengakibatkan gugatan tersebut tidak dapat diterima.

Gugatan yang *obscure libel* adalah gugatan yang kabur, tidak jelas, karena berisi pernyataan-pernyataan yang bertentangan satu sama lain. Gugatan seperti ini dapat berakibat tidak diterimanya gugatan oleh Hakim. Dalam praktik, petitum dapat berupa tuntutan primer dan tuntutan tambahan (subsider) (Pasal 180 ayat 1 HIR, Pasal 191 ayat 1 RBg dan Pasal 53 Rv). Demikian juga sebagai pelaksana dari asas mendengar kedua belah pihak, maka bagi tergugat diberikan hak untuk menjawab yang di dalamnya dapat berisi eksepsi, jawaban atas pokok perkara dan rekonvensi (gugat balik).

Selanjutnya perlu diketahui bahwa jika hukum materil berbentuk peraturan perundang-undangan mengatur tentang norma hukum, sedangkan hukum formil tidak mengaturnya, maka dalam keadaan demikian hakim dapat menemukan hukumnya tetapi tidak sebaliknya. Artinya undang-undang tidak mengatur tentang hak dan kewajiban, apa yang menjadi tolak ukur bagi hakim untuk menyatakan ada tidaknya perbuatan tersebut bertentangan dengan hukum perdata materil apabila hukum perdata materil tidak mengaturnya. Maka dalam hal tersebut, tugas hakim diwajibkan menemukan hukumnya, sebab pada dasarnya hakim tidak boleh menolak gugatan dengan alasan tidak ada hukumnya. Bahkan hakim dalam memutuskan perkara diwajibkan untuk menafsirkan undang-undang sehingga dimungkinkan hakim menemukan hukum dan bahkan menciptakan

²⁸⁸ Putusan Mahkamah Agung Nomor 492 K/Sip/1971, J.I. Pen. 1/71, tertanggal 16 Desember 1970, hlm. 51.

hukum sebagaimana yang terdapat dalam yurisprudensi. Alasan-alasan atau argumentasi itu dimaksudkan sebagai pertanggungjawaban hakim atas putusannya terhadap masyarakat, dan karena adanya alasan itulah maka putusan mempunyai wibawa dan bukan karena hakim tertentu yang menjatuhkannya.²⁸⁹

Pekerjaan seorang hakim tidak semata-mata bersifat teknis, melainkan lebih bersifat intelektual. Untuk menajamkan visi intelektualnya, maka seorang hakim senantiasa berusaha mengenali secara terus menerus lingkungan sosialnya. Hanya dengan jalan demikian seorang hakim akan memiliki kepekaan serta tanggap terhadap dinamika perkembangan hukum maupun dinamika sosial.²⁹⁰

Sehubungan dengan peran hakim dalam proses peradilan ini penting untuk dikemukakan perbedaan antara sistem *common law* dan *civil law* Indonesia adalah negara yang menganut sistem *civil law*. Lord Denning menjelaskan fungsi hakim dalam sistem *common law* dengan cara sebagai berikut: “Dalam teori, hakim tidak membuat hukum (*make law*). Mereka hanya menjelaskannya (*expound it*). Tetapi karena tidak ada yang tahu apa itu hukum sampai hakim menjelaskannya, maka mereka [pada dasarnya] membuat hukum (*make it*).”²⁹¹ Sebaliknya, “dalam sistem kode (*code system*), kitab undang-undang dan undang-undang tambahan (*codes and auxiliary statutes*) merupakan ‘hukum’. Secara teori, pengadilan hanya ‘menerapkan’ (*apply*) dan ‘menafsirkan’ (*interpret*) hukum.” Sebagai sebuah proposisi umum, “dunia *civil law* tidak menganggap putusan pengadilan sebagai mengikat untuk kasus berikutnya.”²⁹² Dalam ketiadaan doktrin dan praktik *stare*

²⁸⁹ Herowati Poesoko, *Parate Executie... Op.cit.*, hlm. 122.

²⁹⁰ Basuki Rekso Wibowo, “Penemuan, Penafsiran dan Penciptaan Hukum oleh Hakim Berkaitan dengan Yurisprudensi Sebagai Pedoman Penerapan Hukum Bagi Pengadilan”, 11:5-6 (September–Desember 1996), hlm. 12.

²⁹¹ Rene David, *English Law and French Law*, Stevens and Sons, London, 1980, hlm. 19.

²⁹² Rudely Schlesinger, Hans Baade, Mirjan Dmanska & Peter Herzog, *Comparative Law: Cases – Text – Materials*, The Foundation Press, New York, 1988, hlm. 597.

decisis, “citra hakim adalah sebagai operator mesin yang dirancang dan dibangun oleh legislator. Fungsi hakim bersifat mekanis.”²⁹³

Meskipun terdapat perbedaan demikian, hakim dari kedua tradisi hukum tersebut dalam mengadili kasus-kasus pada dasarnya memiliki tugas yang sama, yakni menerapkan aturan hukum (*legal rules*) terhadap fakta-fakta kasus sambil menunda penilaian mereka, tak peduli apakah proses ini disebut ‘menguraikan’ (*expounding*) atau ‘menafsirkan’ (*interpreting*) hukum. Dalam konteks ini, Lord Denning menyatakan, “kebenarannya adalah bahwa hukum seringkali tidak pasti (*uncertain*) dan terus-menerus berubah, atau mungkin saya harus mengatakan, dikembangkan oleh hakim.”²⁹⁴

Dalam praktik, hakim seringkali menghadapi suatu kenyataan bahwa hukum tertulis ternyata tidak selalu dapat menyelesaikan masalah yang dihadapi dalam memeriksa dan memutus perkara. Bahkan hakim seringkali harus menemukan sendiri hukum (*rechtsvinding*) dan atau menciptakan hukum (*rechtsschepping*) untuk melengkapi hukum yang sudah ada dalam memutus suatu perkara. Hakim atas inisiatif sendiri harus menemukan hukum, karena hakim tidak boleh menolak perkara dengan alasan hukum tidak ada, tidak lengkap atau hukum yang ada bersifat samar atau ambigu,²⁹⁵ karenanya hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai keadilan hukum yang berlaku di masyarakat.

Tujuan dari proses penyelesaian sengketa di muka pengadilan adalah untuk memperoleh putusan hakim. Putusan hakim atau lazim disebut putusan

²⁹³ John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, Stanford University Press, Stanford, 1985, hlm. 36.

²⁹⁴ Sir Alfred Denning, *The Changing Law*, Stevens & Sons Limited, London, 1953, hlm. vii.

²⁹⁵ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum: Sebuah Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 2001, hlm. 6-7.

pengadilan merupakan sesuatu yang sangat diinginkan atau dinanti-nantikan oleh pihak-pihak berperkara guna menyelesaikan sengketa di antara mereka.²⁹⁶ Sebab dengan putusan hakim pihak-pihak yang bersengketa mengharapkan adanya kepastian hukum dan keadilan dalam perkara yang mereka hadapi.²⁹⁷ Oleh karena itu tahap musyawarah bagi Majelis Hakim untuk menentukan putusan apa yang hendak dijatuhkan kepada pihak yang berperkara merupakan tahapan terpenting dalam rangka memberikan keadilan.²⁹⁸

Ketika putusan hakim telah dijatuhkan, tahap tersebut belum dianggap cukup dalam menyelesaikan sengketa perdata. Putusan itu harus dilaksanakan atau dieksekusi. Putusan pengadilan tidak ada artinya apabila tidak dapat dilaksanakan, hal ini berarti bahwa pihak yang dimenangkan tidak dapat segera menikmati hasil kemenangan atas putusan pengadilan tersebut, atau dengan kata lain pihak yang dimenangkan hanya memperoleh kemenangan di atas kertas saja, sehingga proses beracara yang memerlukan waktu yang lama, biaya yang mahal tidak menghasilkan sebagaimana yang diharapkan pencari keadilan. Pelaksanaan eksekusi itu sendiri merupakan tindakan hukum yang dilakukan oleh pengadilan kepada pihak yang kalah dalam suatu perkara.²⁹⁹

Eksekusi tidak lain daripada pelaksanaan putusan pengadilan secara paksa dengan bantuan kekuatan umum apabila pihak yang kalah tidak mau menjalankannya secara sukarela. Pelaksanaan eksekusi harus didasarkan pada beberapa asas eksekusi, yakni: *Pertama*, eksekusi dilaksanakan atas putusan yang

²⁹⁶ M. Nur Rasaid, *Hukum Acara Perdata*, Sinar Grafika, Jakarta, 2003, hlm. 48.

²⁹⁷ Moh. Taufik Makarao, *Pokok-pokok Hukum Acara Perdata*, Rineka Cipta, Jakarta, 2004, hlm. 124.

²⁹⁸ M. Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian dan Putusan Pengadilan*, Sinar Grafika, Jakarta, 2008, hlm. 797.

²⁹⁹ M. Yahya Harahap, *Ruang Lingkup Permasalahan Eksekusi Bidang Perdata*, Sinar Grafika, Jakarta, 2005, hlm. 1.

telah berkekuatan hukum tetap; *Kedua*, eksekusi dilaksanakan karena putusan tidak dijalankan secara sukarela; *Ketiga*, eksekusi dilaksanakan atas putusan yang bersifat kondemnator, yakni putusan yang amar atau diktumnya mengandung unsur penghukuman; dan *Keempat*, eksekusi dilaksanakan atas perintah dan di bawah pimpinan Ketua Pengadilan Negeri.³⁰⁰

Puncak penyelesaian perkara perdata adalah pelaksanaan putusan hakim yang telah berkekuatan hukum tetap (*inkracht van gewijsde*).³⁰¹ Suatu putusan perkara perdata tidak memiliki arti bagi pihak yang dimenangkan tanpa pelaksanaan putusan (eksekusi). Oleh karena itu, setiap putusan hakim harus dapat dilaksanakan atau, dengan kata lain, harus mempunyai “kekuatan eksekutorial”, yaitu kekuatan untuk dilaksanakan secara paksa oleh alat-alat negara.³⁰² Kekuatan eksekutorial dimaksud tercermin dalam kalimat “Demi Keadilan Berdasarkan

Ketuhanan Yang Maha Esa” yang tercantum dalam kepala putusan pengadilan. Namun tidak semua putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap memerlukan pelaksanaan secara paksa, melainkan hanya putusan yang diktumnya bersifat *condemnatoir*, yakni putusan yang menghukum pihak untuk membayar sesuatu, menyerahkan sesuatu atau melepaskan sesuatu dan sejenisnya.³⁰³ Putusan pengadilan yang bersifat *condemnatoir* juga tidak selalu harus dilaksanakan dengan paksaan, melainkan hanya jika putusan tersebut tidak dilaksanakan secara sukarela oleh pihak yang dihukum. Apabila putusan tersebut dilaksanakan secara sukarela, maka selesailah perkaranya tanpa memer-

³⁰⁰ *Ibid*, hlm. 6-28.

³⁰¹ Lilik Mulyadi, *Hukum Acara Perdata Menurut Teori dan Praktik Peradilan Indonesia*, Djambatan, Jakarta, 2002, hlm. 276.

³⁰² Victor M. Situmorang dan Cormentyna Sitanggang, *Grosse Akta dalam Pembuktian dan Eksekusi*, Rineka Cipta, Jakarta, 1993, hlm. 120.

³⁰³ Roihan A. Rasyid, *Hukum Acara Peradilan Agama*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1994, hlm. 223.

lukan bantuan alat negara untuk melaksanakannya.³⁰⁴ Jadi, tujuan dari paksaan terhadap pelaksanaan putusan pengadilan tidak lain adalah realisasi kewajiban dari pihak yang dikalahkan untuk memenuhi suatu prestasi, yang merupakan hak dari pihak yang dimenangkan, sebagaimana tercantum dalam putusan pengadilan.³⁰⁵

Berdasarkan penjelasan di atas, proses penyelesaian perkara ekonomi syariah di Peradilan Agama secara garis besar dapat dibagi menjadi tiga tahap yaitu: (1) Tahap pra-persidangan, yang meliputi pendaftaran perkara, penetapan Majelis Hakim, penetapan penunjukan Panitera Pengganti dan Jurusita Pengganti, penetapan hari sidang dan pemanggilan para pihak; (2) Tahap pemeriksaan perkara di ruang persidangan, yang meliputi perdamaian, pembacaan surat gugatan, jawaban tergugat, replik, duplik, pembuktian perkara ekonomi syariah, kesimpulan dan pembacaan putusan; dan (3) Tahap pelaksanaan putusan atau eksekusi.

2. Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Melalui Jalur Non Litigasi

Proses penyelesaian sengketa di dalam pengadilan atau proses litigasi adalah proses penyelesaian sengketa utama. Awalnya setiap sengketa diselesaikan melalui pengadilan, sehingga pengadilan dijadikan *the first and last resort* dalam penyelesaian sengketa. Namun penyelesaian sengketa dengan cara ini ternyata belum memuaskan banyak pihak, terutama pihak-pihak yang bersengketa, karena keputusan pengadilan hanya menghasilkan kesepakatan yang bersifat adversarial di mana hasilnya masih terdapat banyak kekurangan antara lain; belum mampu

³⁰⁴ Riduan Syahrani, *Hukum Acara Perdata di Lingkungan Peradilan Umum*, Pustaka Kartini, Jakarta, 1988, hlm. 105-106.

³⁰⁵ Zairin Harahap, *Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1997, hlm. 60.

merangkul kepentingan bersama, cenderung menimbulkan masalah baru, lambat dalam penyelesaiannya, membutuhkan biaya yang mahal, tidak responsif, menimbulkan permusuhan di antara pihak yang bersengketa, serta banyak terjadi pelanggaran dalam pelaksanaannya. Hal tersebut meresahkan masyarakat umum dan juga dunia bisnis sehingga diperlukan lembaga baru yang lebih efisien dan efektif dalam menyelesaikan sengketa bisnis.³⁰⁶ Lembaga dimaksud adalah lembaga penyelesaian sengketa di luar pengadilan atau dikenal jalur non litigasi.

Istilah “non litigasi” sebagai kebalikan dari “litigasi” merupakan bentuk penyelesaian sengketa di luar pengadilan melalui perdamaian dan penangkalan sengketa dengan perancangan-perancangan kontrak yang baik. Penyelesaian sengketa secara non litigasi meliputi bidang yang sangat luas bahkan mencakup seluruh aspek kehidupan yang dapat diselesaikan secara hukum.³⁰⁷ Penyelesaian sengketa melalui proses di luar pengadilan menghasilkan kesepakatan yang bersifat “*win-win solution*”, dijamin kerahasiaan sengketa para pihak, dihindari kelambatan yang diakibatkan karena hal prosedural dan administratif, menyelesaikan masalah secara komprehensif dalam kebersamaan dan tetap menjaga hubungan baik. Satu-satunya kelebihan proses nonlitigasi ini sifat kerahasiaannya, karena proses persidangan dan bahkan hasil keputusannya pun tidak dipublikasikan.

Penyelesaian sengketa non litigasi pada dasarnya adalah cara penyelesaian sengketa yang dilakukan melalui perdamaian. Landasan penyelesaian sengketa

³⁰⁶ Wirdyaningsih (*et.al.*), *Bank dan Asuransi Islam di Indonesia*, Prenada Media, Jakarta, 2005, hlm. 223-224.

³⁰⁷ I Wayan Wiryawan dan I Ketut Artadi, *Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan*, Udayana University Press, Denpasar, 2010, hlm. 3.

adalah hukum, namun konstruksi penyelesaiannya disesuaikan dengan kehendak para pihak dengan tujuan agar para pihak merasa puas dengan cara penyelesaian sengketa tersebut. Penyelesaian sengketa secara damai dilandasi adanya kesepakatan yang oleh para pihak dianggap paling baik. Dianggap baik artinya bahwa walaupun jalan kesepakatan untuk menyelesaikan sengketa ini harus dilakukan dengan kesediaan untuk saling berkorban, maka pengorbanan ini dinilai paling wajar dan dengan biaya yang tidak mahal, jika dibandingkan dengan penyelesaian sengketa melalui jalur litigasi.

Dalam sistem hukum nasional, landasan hukum penyelesaian sengketa non litigasi dapat dikemukakan sebagai berikut :

- a. Pasal 1338 KUHPerdara yang menyatakan bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah, berlaku sebagai undang-undang bagi yang membuatnya. Ketentuan ini mengandung asas perjanjian bersifat terbuka. Artinya, dalam menyelesaikan masalah, setiap orang bebas memformulasikannya dalam bentuk perjanjian yang isinya apapun untuk dapat dijalankan dalam rangka menyelesaikan masalah. Selanjutnya sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1340 KUHPerdara bahwa perjanjian hanya berlaku antara pihak-pihak yang membuatnya. Untuk penyelesaian sengketa non litigasi, ketentuan tersebut menjadi penting dalam hal mengingatkan kepada para pihak yang bersengketa bahwa kepadanya diberikan kebebasan oleh hukum untuk memilih jalan dalam menyelesaikan masalahnya yang dapat dituangkan dalam perjanjian, asal perjanjian itu dibuat secara sah, memenuhi syarat-syarat sahnya perjanjian sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1320 KUH Perdata.
- b. Pasal 1266 KUHPerdara menyebutkan bahwa syarat batal dianggap selalu dicantumkan dalam persetujuan timbal balik, manakala salah satu pihak tidak

memenuhi kewajibannya. Ketentuan tersebut penting untuk mengingatkan para pihak yang membuat perjanjian dalam menyelesaikan masalahnya bahwa perjanjian harus dilaksanakan secara konsekuen oleh para pihak.

- c. Pasal 1851 s/d 1864 KUHPerdara tentang Perdamaian. Bahwa perdamaian adalah perjanjian, karenanya perjanjian perdamaian itu sah kalau dibuat memenuhi syarat-syarat sahnya perjanjian dan dibuat secara tertulis. Perdamaian dapat dilakukan di dalam Pengadilan maupun di luar Pengadilan. Penyelesaian sengketa non litigasi bertujuan agar sengketa hukum dapat diselesaikan dengan cara perdamaian di luar Pengadilan.
- d. Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa menyebutkan, arbitrase adalah cara penyelesaian sengketa perdata di luar peradilan umum yang didasarkan kepada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis sebelum atau sesudah sengketa dengan menunjuk seorang atau lebih arbiter untuk memberi putusan atas sengketa. Selanjutnya yang dimaksud dengan alternatif penyelesaian sengketa adalah penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati oleh para pihak yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi atau penilaian ahli.³⁰⁸

Penyelesaian sengketa di luar pengadilan atau non litigasi umumnya lebih dikenal dengan istilah *Alternative Dispute Resolution* (ADR) atau Alternatif Penyelesaian Sengketa (APS). Tujuan dari pengembangan Alternatif Penyelesaian Sengketa adalah untuk memberikan forum bagi pihak-pihak untuk bekerja ke arah kesepakatan sukarela dalam mengambil keputusan mengenai sengketa yang

³⁰⁸ Dewi Tuti Muryati dan B. Rini Heryanti, "Pengaturan dan Mekanisme Penyelesaian Sengketa Non Litigasi di Bidang Perdagangan", 13:1 *Jurnal Dinamika Sosbud* (Juni 2011), hlm. 52-53.

dihadapinya. Dengan demikian, arbitrase menjadi penyelesaian sengketa alternatif di antara pihak-pihak yang bersengketa.³⁰⁹

Menurut Suyud Maragono, kecenderungan masyarakat untuk memilih ADR dewasa ini didasarkan atas beberapa pertimbangan. *Pertama*, masyarakat cenderung kurang percaya pada sistem pengadilan dan pada saat yang sama sudah dipahaminya keuntungan mempergunakan sistem ADR dibanding dengan pengadilan, sehingga masyarakat pelaku bisnis lebih suka mencari alternatif lain dalam upaya menyelesaikan pelbagai sengketa bisnisnya, yakni dengan jalan ADR. *Kedua*, kepercayaan masyarakat terhadap lembaga arbitrase, khususnya BANI, mulai menurun disebabkan banyaknya klausul-klausul arbitrase yang tidak berdiri sendiri, melainkan mengikuti dengan klausul kemungkinan pengajuan sengketa ke pengadilan jika putusan arbitrasenya tidak berhasil diselesaikan. Dengan kata lain, tidak sedikit kasus-kasus sengketa yang diterima oleh pengadilan merupakan kasus-kasus yang sudah diputus oleh arbitrase BANI. Dengan demikian, penyelesaian sengketa dengan cara ADR merupakan alternatif yang menguntungkan.³¹⁰

ADR pada umumnya didefinisikan sebagai proses atau prosedur penyelesaian sengketa selain ajudikasi (*adjudication*)³¹¹ oleh hakim di pengadilan (*statutory court*). Sifat konsensual untuk memilih penyelesaian sengketa atau

³⁰⁹ Surya Perdana, *Perkembangan Alternative Dispute Resolution (ADR) di Indonesia dan Beberapa Negara di Dunia*, Ratu Jaya, Medan, 2009, hlm. 21.

³¹⁰ Suyud Margono, *ADR dan Arbitrase: Proses Pelembagaan dan Aspek Hukum*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2000, hlm. 82.

³¹¹ Istilah “ajudikasi” di sini mengacu pada proses litigasi dalam sistem peradilan formal, yang bertentangan dengan cara penyelesaian sengketa alternatif. Istilah ajudikasi juga digunakan untuk menggambarkan sejumlah proses di bawah payung penyelesaian sengketa alternatif, yang sangat mirip dengan proses pengadilan formal, biasanya dengan hasil kalah-menang (*win-lose outcomes*).

memutuskan hasil perselisihan oleh para pihak adalah elemen dasar ADR.³¹²

Dalam *Black's Law Dictionary*, istilah ADR didefinisikan sebagai “sebuah prosedur untuk menyelesaikan sengketa dengan cara-cara lain selain litigasi, seperti arbitrase atau mediasi.”³¹³ Sementara Stephen J. Ware mendefinisikan

ADR sebagai berikut :

“ADR dapat didefinisikan sebagai meliputi semua proses penyelesaian sengketa selain litigasi yang diperbolehkan secara hukum. Sementara definisi ini (atau definisi lain yang serupa) secara luas digunakan, pendukung ADR mungkin keberatan dengan definisi ini dengan alasan bahwa definisi ini mengistimewakan litigasi dengan memberikan kesan bahwa litigasi adalah proses penyelesaian sengketa yang normal atau standar (*normal or standard*), sementara proses alternatif merupakan proses yang menyimpang (*aberrant or deviant*). Kesan tersebut keliru. Litigasi adalah proses penyelesaian sengketa yang relatif jarang digunakan. Proses alternatif, terutama negosiasi, jauh lebih sering digunakan. Bahkan perselisihan yang melibatkan pengacara jauh lebih sering diselesaikan melalui negosiasi daripada litigasi. Jadi ADR tidak didefinisikan sebagai segala sesuatu selain litigasi (*everything but litigation*) karena litigasi adalah norma. Litigasi bukanlah norma. ADR didefinisikan sebagai segala sesuatu selain litigasi karena litigasi, sebagai masalah hukum, adalah proses penyelesaian sengketa bawaan (*default process of dispute resolution*).”³¹⁴

Menurut Surya Perdana, ada dua pemahaman yang berbeda terhadap arti ADR tersebut. *Pertama*, ADR diartikan sebagai *alternative to litigation*; dan *Kedua*, ADR diartikan dengan *alternative to adjudication*. Pemilihan terhadap salah satu dari kedua pengertian tersebut menimbulkan implikasi yang berbeda. Apabila pengertian pertama yang menjadi acuan (*alternative to litigation*), maka seluruh mekanisme penyelesaian sengketa di luar pengadilan termasuk arbitrase merupakan bagian dari ADR. Tetapi apabila ADR diartikan sebagai *alternative to*

³¹² World Bank, *Alternative Dispute Resolution Guidelines*, World Bank, Washington D.C., 2011, hlm. 2.

³¹³ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, West Group, West Group, St. Paul, Minnesota, 2009, hlm. 91.

³¹⁴ Stephen J. Ware, *Alternative Dispute Resolution*, West Group, St. Paul, Minnesota, 2001, hlm. 5-6.

adjudication, maka hanya mekanisme yang bersifat konsensus atau kooperatif saja yang merupakan ADR. Sedangkan arbitrase yang bersifat ajudikatif tidak termasuk di dalamnya, karena sama halnya dengan pengadilan cenderung menghasilkan putusan dengan solusi menang kalah (*win-lose*). Apabila melihat latar belakang pengembangan ADR di Amerika Serikat, maka ADR yang dimaksud adalah *alternative to adjudication*. Sebab pada dasarnya hasil (*outcome*) ajudikasi baik pengadilan maupun arbitrase cenderung menghasilkan solusi *win-lose*, dan bukan *win-win*. Sehingga solusi yang dapat diterima kedua belah pihak yang bersengketa (*mutually acceptable solusition*) sangat kecil kemungkinannya tercapai.³¹⁵

Jika dilihat UU Nomor 30 Tahun 1999, maka Indonesia juga merupakan salah satu penganut dari pandangan yang kedua, yakni *alternative to adjudication*, karena undang-undang tersebut memisahkan secara tegas istilah arbitrase dengan alternatif penyelesaian sengketa. Dalam UU ini, istilah “arbitrase” didefinisikan sebagai “cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar Peradilan Negeri yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa.”³¹⁶ Sementara istilah APS didefinisikan sebagai “lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, atau penilaian ahli.”³¹⁷

Arbitrase merupakan salah satu model penyelesaian sengketa non litigasi yang paling sering digunakan dalam konteks penyelesaian sengketa komersial baik dalam skala internasional maupun domestik. Meskipun demikian, istilah

³¹⁵ Surya Perdana, *Op.cit.*, hlm. 18-19.

³¹⁶ Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999, *Op.cit.*, Pasal 1 angka 1.

³¹⁷ *Idem*, Pasal 1 angka 10.

arbitrase jarang sekali didefinisikan secara gamblang baik dalam konvensi internasional maupun legislasi domestik. *UNCITRAL Model Law*, misalnya, hanya memberikan definisi minimal yang tidak menjelaskan substansi arbitrase itu sendiri. Menurut *UNCITRAL Model Law*, “*arbitration means any arbitration whether or not administered by a permanent arbitral institution.*”³¹⁸ Definisi arbitrase dalam *UNCITRAL Model Law* tersebut lebih bersifat umum dan tidak menjelaskan arbitrase sebagai model penyelesaian sengketa secara non litigasi.

Kata arbitrase sendiri berasal dari bahasa Latin “*arbitrare*”, yang berarti kekuasaan untuk menyelesaikan sesuatu menurut kebijaksanaan atau damai oleh arbiter atau wasit.³¹⁹ Dikaitkannya istilah arbitrase dengan kebijaksanaan seolah-olah memberi petunjuk bahwa majelis hakim arbitrase tidak perlu memerhatikan hukum dalam menyelesaikan sengketa para pihak, tetapi cukup mendasarkannya kepada kebijaksanaan. Pandangan tersebut keliru, karena arbiter juga menerapkan hukum seperti apa yang dilakukan oleh hakim di pengadilan.³²⁰ Atas dasar inilah, dalam beberapa literatur istilah arbitrase populer juga dengan istilah pengadilan swasta (karena keberadaannya adalah sendiri dan mandiri tanpa campur tangan institusi formal kenegaraan), pengaduan pengusaha (karena para pihak yang bersengketa di dalamnya banyak yang berlatarbelakang pengusaha), perwasitan (dalam kontek arbiternya), dan lain sebagainya.

Menurut Riskin dan Westbrook, tidak ada satupun definisi arbitrase yang bersifat komprehensif dan secara akurat menggambarkan semua sistem arbitrase.

Riskin dan Westbrook sendiri mendefinisikan arbitrase sebagai “*bentuk adjudikasi*

³¹⁸ UNCITRAL, *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 With amendments as adopted in 2006*, United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), Vienna, 2008, hlm. 2.

³¹⁹ Rahmadi Usman, *Pilihan Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003, hlm. 107.

³²⁰ R. Subekti, *Arbitrase Perdagangan*, Binacipta, Bandung, 1981, hlm. 1-3.

di mana pengambil keputusan netral bukanlah hakim atau pejabat sebuah badan administratif.”³²¹ Arbitrase sebagai metode penyelesaian sengketa yang melibatkan satu atau lebih pihak ketiga yang netral yang telah disetujui oleh pihak-pihak yang bersengketa dan keputusannya mengikat.³²² Subekti mendefinisikan arbitrase sebagai “*Penyelesaian masalah atau pemutusan sengketa oleh seorang arbiter atau para arbiter yang berdasarkan persetujuan bahwa mereka akan tunduk kepada atau menaati keputusan yang diberikan oleh arbiter atau para arbiter yang mereka pilih atau tunjuk.*”³²³

Purwosutjipto menggunakan istilah perwasitan untuk lembaga arbitrase yang diartikan sebagai suatu peradilan perdamaian, di mana para pihak bersepakat agar perselisihan di antara mereka tentang hak pribadi yang dapat mereka kuasai sepenuhnya diperiksa dan diadili oleh hakim yang tidak memihak yang ditunjuk oleh para pihak sendiri dan putusannya mengikat bagi kedua belah pihak.³²⁴ Dalam diskursus ilmu hukum arbitrase diperlukan sebagai bagian dari lembaga penegakan hukum. Seperti dijelaskan oleh Mertokusumo, bahwa arbitrase merupakan suatu prosedur penyelesaian sengketa di luar pengadilan berdasarkan persetujuan para pihak yang berkepentingan untuk menyelesaikan sengketa yang ditengahi oleh seorang wasit atau arbiter.³²⁵ Artinya, wasit atau arbiter menjadi pihak yang netral untuk menyelesaikan perselisihan di antara para pihak.³²⁶

³²¹ Leonard Riskin & James Westbrook, *Disputes Resolution and Lawyer*, West Publishing Company, St. Paul, 1987, hlm. 250.

³²² Bryan A. Garner, *Op.cit.*, hlm. 119.

³²³ R. Subekti, *Op.cit.*, hlm. 1.

³²⁴ H.M.N. Poerwosutjipto, *Pokok-pokok Hukum Dagang, Perwasitan, Kepailitan dan Penundaan Pembayaran*, Djambatan, Jakarta, 1992, hlm. 1.

³²⁵ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum: Suatu Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 1999, hlm. 144.

³²⁶ Gatot Soemargono, *Arbitrase dan Mediasi di Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2006, hlm. 25.

Menurut Abdulkadir Muhammad, arbitrase adalah badan peradilan swasta di luar lingkungan peradilan umum, yang dikenal dengan khusus dalam dunia perusahaan. Arbitrase adalah peradilan yang dipilih dan ditentukan sendiri secara sukarela oleh pihak-pihak pengusaha yang bersengketa. Penyelesaian sengketa di luar pengadilan Negara merupakan kehendak bebas pihak-pihak. Kehendak bebas ini dapat dituangkan dalam perjanjian tertulis yang mereka buat sebelum atau sesudah terjadi sengketa sesuai dengan asas kebebasan berkontrak dalam hukum perusahaan.³²⁷

Menurut Priyatna Abdurrasyid, arbitrase adalah salah satu mekanisme alternatif penyelesaian sengketa yang merupakan bentuk tindakan hukum yang diakui oleh undang-undang di mana salah satu pihak atau lebih menyerahkan sengketanya karena ketidaksepahamannya atau ketidaksepakatannya dengan satu pihak lain atau lebih kepada satu orang (arbiter) atau lebih (majelis arbiter) ahli yang profesional, yang akan bertindak sebagai hakim/peradilan swasta yang akan menerapkan tata cara hukum negara yang berlaku atau menerapkan tata cara hukum perdamaian yang telah disepakati bersama oleh para pihak tersebut terdahulu untuk sampai kepada putusan yang final dan mengikat. Oleh karena itu, dikatakan bahwa arbitrase adalah hukum prosedur dan hukum para pihak (*law of procedure dan law of the parties*). Selain putusan arbiter yang final dan mengikat, dikenal pula pendapat yang mengikat.³²⁸

World Bank menyebutkan beberapa karakteristik utama arbitrase sebagai berikut: (a) arbitrase bersifat konsensual (*consensual nature*)—arbitrase adalah

³²⁷ Abdul Kadir Muhammad, *Pengantar Hukum Perusahaan Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993, hlm. 276.

³²⁸ H. Priyatna Abdurrasyid, *Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa: Suatu Pengantar*, Fikahati Aneska, Jakarta, 2002, hlm. 57.

mekanisme penyelesaian sengketa di mana para pihak harus setuju untuk menyelesaikan perbedaan mereka; (b) arbitrase adalah prosedur swasta (*private procedure*) pengambil keputusan bersifat non-pemerintah dan prosedurnya bukan bagian dari sistem peradilan negara; (c) arbitrase adalah prosedur yang fleksibel (*flexible procedure*) para pihak menyetujui peraturan prosedural yang akan digunakan; dan (d) arbitrase adalah putusan yang mengikat (*binding award*) mengarah pada penentuan hak dan kewajiban para pihak yang bersifat final dan mengikat.³²⁹

Berbagai definisi di atas menunjukkan bahwa arbitrase merupakan suatu metode penyelesaian sengketa yang diajukan secara tertulis oleh para pihak yang diselesaikan oleh pihak ketiga atau arbiter yang bersifat netral. Kewenangan arbiter diperoleh berdasarkan kewenangan yang diberikan oleh para pihak. Sengketa hukum melalui arbitrase komersial merupakan sengketa di bidang perdagangan, artinya sengketa tersebut sepenuhnya merupakan sengketa para pihak, bukan sengketa yang bersifat publik. Keputusan yang dikeluarkan arbitrase bersifat final dan mengikat para pihak.³³⁰

Di Indonesia, penyelesaian sengketa melalui arbitrase diatur dalam UU Nomor 30 Tahun 1999 yang mendefinisikan arbitrase sebagai “cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa.”³³¹ Berdasarkan definisi tersebut, penyelesaian sengketa melalui arbitrase harus didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa. Perjanjian arbitrase dimaksud adalah suatu kesepakatan berupa

³²⁹ World Bank, *Op.cit.*, hlm. 10.

³³⁰ Moch. Basarah, *Prosedur Alternatif Penyelesaian Sengketa, Arbitrase Tradisional dan Modern (Online)*, Genta Publishing, Bandung, 2011, hlm. 15.

³³¹ Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 1999, *Loc.cit.*

klausula arbitrase yang tercantum dalam suatu perjanjian tertulis yang dibuat para pihak sebelum timbul sengketa, atau suatu perjanjian arbitrase tersendiri yang dibuat para pihak setelah timbul sengketa.³³²

Perjanjian arbitrase merupakan syarat utama bagi para pihak dalam menyelesaikan sengketa melalui arbitrase. Hal ini karena dasar dari pemeriksaan arbitrase adalah kemauan sendiri dari para pihak. Konsensus dari para pihak yang dimuat dalam suatu kontrak merupakan dasar utama dari arbitrase.³³³ Kesepakatan para pihak untuk mengadakan arbitrase lahir dengan adanya asas kebebasan berkontrak. Kebebasan para pihak dalam pembuatan kontrak yang bersifat internasional untuk memilih hukum yang berlaku dan memilih forum pengadilan atau arbitrase guna menyelesaikan sengketa yang mungkin timbul dari pelaksanaan atau penafsiran kontrak tersebut telah memperoleh pengakuan hampir secara universal.³³⁴

Dalam konteks hukum ekonomi syariah, lembaga arbitrase yang diberikan kewenangan bahwa untuk menyelesaikan sengketa ekonomi syariah adalah BASYARNAS. Berdasarkan pedoman dasar yang ditetapkan oleh MUI, BASYARNAS adalah lembaga *hakam* yang bebas, otonom dan independen, tidak boleh dicampuri oleh kekuasaan dan pihak manapun. Lingkup kewenangan BASYARNAS yang meliputi hal-hal: (1) Menyelesaikan secara adil dan cepat sengketa muamalat (perdata) yang timbul dalam bidang perdagangan, keuangan, industri, jasa dan sebagainya, yang menurut hukum dan peraturan perundang-undangan dikuasai sepenuhnya oleh pihak yang bersengketa, dan para pihak

³³² *Idem*, Pasal 1 angka 3.

³³³ Sudargo Gautama, *Aneka Hukum Arbitrase: Ke Arah Hukum Arbitrase Indonesia yang Baru*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hlm. 27.

³³⁴ Peter Nygh, *Autonomy in International Contracts*, Clarendo Press, Oxford, 1999, hlm. 13.

sepakat secara tertulis dalam perjanjian yang menyebutkan adanya klausula arbitrase yaitu BASYARNAS; dan (2) Memberikan pendapat yang mengikat atas permintaan para pihak tanpa adanya suatu sengketa mengenai persoalan berkenaan dengan perjanjian. Namun BASYARNAS belum diatur secara khusus terkait dengan tata cara pelaksanaannya, sehingga masih merujuk pada UU Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

Selain melalui arbitrase, penyelesaian sengketa ekonomi syariah secara non litigasi juga dapat ditempuh melalui APS. Ketentuan tentang APS dimaksud hanya diatur pada Pasal 6 UU Nomor 30 Tahun 1999.³³⁵ Pasal tersebut hanya mengatur salah satu jenis APS, yakni mediasi, dan tidak menjabarkan lebih lanjut jenis-jenis APS yang lain. Padahal dalam Pasal 1 angka 10 UU Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa disebutkan bahwa “*Alternatif Penyelesaian Sengketa adalah lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, atau penilaian ahli.*”³³⁶

Namun demikian, dalam UU Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa tidak memberikan pengertian atau batasan secara rinci dan gamblang mengenai jenis-jenis APS tersebut berikut mekanisme pelaksanaannya. Penyelesaian sengketa secara non litigasi melalui arbitrase dan APS juga berlaku dalam konteks penyelesaian sengketa ekonomi syariah. Pilihan penyelesaian sengketa ekonomi syariah secara non litigasi ini harus disebutkan secara tegas oleh para pihak dalam isi perjanjian.

³³⁵ Lihat Pasal 6 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999.

³³⁶ *Ibid*, Pasal 1.

Demikian pula dengan pihak-pihak yang melakukan akad dalam kegiatan ekonomi syariah dapat membuat pilihan forum (*choice of forum*) jika tidak bersepakat untuk menyelesaikan sengketa melalui Pengadilan Agama. Namun hal tersebut harus termuat secara jelas dalam akad dan para pihak harus secara jelas menyebutkan forum hukum yang dipilih bilamana terjadi sengketa. Dengan kata lain, pencantuman forum hukum yang dipilih oleh para pihak dalam akad menjadi suatu keharusan. Penyelesaian sengketa secara non litigasi ini dapat dibenarkan berdasarkan asas musyawarah, dengan syarat tidak melanggar peraturan perundang-undangan dan tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip syariah.

BAB III

PENYELESAIAN SENGKETA KEPAILITAN DALAM PEMBIAYAAN

MUSYARAKAH PADA BANK SYARIAH DI INDONESIA

A. Pengaturan dan Penerapan Hukum Kepailitan dalam Pembiayaan

Musyarakah di Bank Syariah

1. Pengaturan Hukum Kepailitan dalam Pembiayaan *Musyarakah* di Bank Syariah

Seperti telah dijelaskan sebelumnya pembiayaan *musyarakah* adalah akad kerjasama yang terjadi diantara para pemilik dana untuk menggabungkan modal, melalui usaha bersama dan pengelolaan bersama dalam suatu hubungan kemitraan. Sedangkan bagi hasil keuntungan dalam pembiayaan *musyarakah* ditentukan sesuai dengan kesepakatan (biasanya ditentukan berdasarkan jumlah modal yang diberikan dan peran serta masing-masing pihak).³³⁷

Dalam praktiknya, pembiayaan *musyarakah* dapat diberikan dalam bentuk kas, setara kas, atau aktiva non-kas, termasuk aktiva tidak berwujud seperti lisensi ataupun hak paten.³³⁸ Secara umum tujuan pembiayaan dibedakan menjadi dua kelompok besar, yaitu tujuan pembiayaan untuk tingkat makro dan tujuan pembiayaan untuk tingkat mikro. Secara makro, pembiayaan bertujuan untuk peningkatan ekonomi umat, tersedianya dana bagi peningkatan usaha, meningkatkan produktivitas, dan membuka lapangan kerja baru. Sedangkan secara mikro, pembiayaan

³³⁷ Abdullah Saeed, *Bank Islam dan Bunga*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2003, hlm.106. Bandingkan dengan Wahbah az-Zuhaily, *al-Fiqh al-Islam wa Adillatuhu*, Dar al-Fikr, Dimasqi: 1985, hlm. 792

³³⁸ Ali Maulidi, *Teknik Memahami Akuntansi Perbankan Syariah*, Alim's Public, Jakarta, hlm. 151.

musyarakah diberikan untuk mengoptimalkan laba, meminimalkan resiko, mendayagunakan sumber ekonomi, dan menyalurkan kelebihan dana.³³⁹

Ketentuan hukum tentang pembiayaan *musyarakah* diatur dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia yang mengatur sekurang-kurangnya dalam lima tempat, yaitu pada pasal 1 ayat (25) huruf a tentang pembiayaan berupa transaksi bagi hasil, pasal 19 ayat (1) huruf c tentang kegiatan usaha bank umum syariah berupa penyaluran pembiayaan, pasal 19 ayat (2) huruf c tentang kegiatan usaha UUS berupa penyaluran pembiayaan, pasal 19 ayat (1) dan (2) masing-masing huruf i tentang kegiatan usaha Bank umum syariah dan UUS berupa pembelian, penjualan atau menjamin atas resiko sendiri surat berharga pihak ketiga yang diterbitkan atas dasar transaksi nyata atas dasar prinsip syariah, dan pasal 21 huruf b angka 1 tentang kegiatan usaha BPRS berupa penyaluran pembiayaan bagi hasil.

Adapun petunjuk teknis operasional pasal-pasal di atas, meskipun UU ini ditetapkan tahun 2008, mengacu kepada Peraturan Bank Indonesia Nomor: 7/46/PBI/2005 tentang akad penghimpunan dan penyaluran dana bagi Bank yang melaksanakan kegiatan berdasarkan prinsip syariah; Peraturan Bank Indonesia Nomor: 8/24/PBI/2006 tentang penilaian kualitas aktiva bagi bank perkreditan rakyat berdasarkan prinsip syariah; dan Surat Edaran Bank Indonesia Nomor: 10/14/Dpbps/2008.

Ketentuan hukum mengenai pembiayaan *musyarakah* sebagaimana diatur di dalam ketiga PBI tersebut sama yaitu penanaman dana dari pemilik dana/modal untuk mencampurkan dana/modalnya pada suatu usaha tertentu dengan pema-

³³⁹ Veithzal Rivai, *Islamic Banking*, PT. Bumi aksara, Jakarta, 2010, hlm. 681-682 dan Muhammad Syafi'i Antonio, *Bank Syariah: Dari Teori Ke Praktik*, Gema Insani Press, Jakarta, 2001, hlm. 160.

gian keuntungan berdasarkan nisbah yang telah disepakati sebelumnya sedangkan kerugian di tanggung oleh pemilik dana sesuai dengan besar modal atau dana dari masing-masing.

Mengacu kepada ketentuan hukum yang berlaku di Indonesia, pembiayaan *musyarakah* diaplikasikan menjadi salah satu produk pembiayaan di lembaga perbankan syariah dengan beberapa tujuan sebagai berikut:³⁴⁰

a. Pembiayaan Proyek

Musyarakah ini biasanya di aplikasikan untuk pembiayaan proyek di mana nasabah dan bank sama-sama menyediakan dana untuk membiayai proyek tersebut. Setelah proyek itu selesai nasabah mengembalikan dana tersebut bersama bagi hasil yang telah di sepakati.

b. Modal Ventura

Musyarakah ini ditetapkan dengan skema modal venture. Penanaman modal dilakukan untuk jangka waktu tertentu dan setelah itu bank melakukan devistasi atau melakukan penjualan sebagian sahamnya, baik secara singkat maupun bertahap.

Di samping tujuan tersebut, manfaat pembiayaan *musyarakah* bagi bank syariah adalah sebagai berikut:

- a. Bank akan menikmati peningkatan dalam jumlah tertentu pada saat keuntungan nasabah meningkat;
- b. Bank tidak berkewajiban membayar dalam jumlah tertentu tertentu kepada nasabah pendanaan secara tetap, tetapi di sesuaikan dengan pendapatan/ hasil usaha bank sehingga bank tidak merugi;

³⁴⁰ Veithzal Rivai, *Islamic Banking*, PT. Bumi aksara, Jakarta, 2010, hlm. 681-682 dan Muhammad Syafi'i Antonio, *Bank Syariah: Dari Teori Ke Praktik*, Gema Insani Press, Jakarta, 2001, hlm. 160.

- c. Pengembalian pokok pembiayaan disesuaikan dengan cash flow/ arus kas usaha nasabah sehingga tidak memberatkan nasabah;
- d. Bank akan lebih selektif dan hati-hati dalam menangani nasabah.

Menurut Veitsal Rivai, fungsi utama dari pembiayaan *musyarakah* di bank syariah adalah sebagai berikut.³⁴¹

a. Meningkatkan Daya Guna Uang

Para penabung menyimpan uang di bank dalam bentuk giro, tabungan dan deposito. Uang tersebut dalam prosentase tertentu ditingkatkan kegunaannya oleh bank guna suatu usaha peningkatan suatu produktivitas. Para pengusaha menikmati pembiayaan dari bank untuk memperluas /memperbesar usahanya baik untuk peningkatan produksi maupun, perdagangan maupun untuk usaha-usaha rehabilitasi ataupun untuk memulai usaha baru. Pada dasarnya melalui pembiayaan terdapat suatu usaha peningkatan produktivitas secara menyeluruh. Dengan demikian dana yang mengendap di bank (yang diperoleh dari penyimpanan uang) tidaklah *idle* (diam) dan disalurkan pada usaha-usaha yang bermanfaat, baik kemanfaatan bagi pengusaha ataupun bagi masyarakat.

b. Meningkatkan Daya Guna Barang

Produsen dengan bantuan pembiayaan bank dapat memproduksi bahan mentah menjadi barang jadi sehingga utility contohnya kelapa menjadi kopra dan selanjutnya menjadi minyak kelapa/goreng. Produsen dengan bantuan pembiayaan dapat memindahkan barang dari suatu tempat yang kegunaannya kurang ke tempat yang lebih bermanfaat. Seluruh barang yang dipindahkan/dikirim itu dari suatu

³⁴¹ Veithzal Rivai, *op.cit.* hlm. 681-682.

daerah kedaerah lain yang kemanfaatan barang itu lebih terasa, pada dasarnya meningkatkan kegunaan barang itu. Pemindahan barang-barang tersebut tidaklah dapat di atasi oleh keuangan para distributor saja dan oleh karenanya mereka memerlukan bantuan permodalan dari bank berupa pembiayaan.

c. Meningkatkan Peredaran Uang

Pembiayaan yang disalurkan melalui rekening-rekening Koran pengusaha menciptakan peredaran pertambahan peredaran uang giral dan sejenisnya seperti cek, biyet giro, wesel dan sebagainya. Melalui pembiayaan peredaran uang kartal ataupun uang giral akan lebih berkembang. Oleh karena itu, pembiayaan *musyarakah* bertujuan untuk menciptakan kegairahan dalam berusaha sehingga kegunaan uang akan bertambah baik kualitatif ataupun kuantitatif.

d. Meningkatkan Kegairahan Berusaha

Setiap manusia adalah makhluk yang selalu melakukan kegiatan ekonomi yaitu berusaha memenuhi kebutuhannya. Kegiatan usaha sesuai dengan kegiatan dinamikanya akan selalu meningkat akan tetapi peningkatan usaha tidaklah selalu diimbangi dengan peningkatan kemampuannya yang berhubungan erat dengan manusia lain yang mempunyai kemampuan. Karena itulah pengusaha akan selalu berhubungan dengan bank untuk memperoleh permodalan guna meningkatkan usahanya. Bantuan modal usaha dari bank inilah yang kemudian digunakan oleh pengusaha untuk memperbesar usaha atau produktivitasnya.

e. Stabilitas Ekonomi

Dalam ekonomi yang kurang sehat, langkah-langkah stabilisasi pada dasarnya di arahkan pada usaha-usaha antara lain: pengendalian inflasi, peningkatan ekspor, rehabilitasi prasarana, pemenuhan kebutuhan-kebutuhan produk rakyat.

f. Sebagai Jembatan untuk Meningkatkan Pendapatan Nasional

Para usahawan yang memperoleh pembiayaan tentu saja berusaha untuk meningkatkan usahanya meningkatkan usaha berarti meningkatkan profit. Bila keuntungan ini secara kumulatif dikembangkan lagi dalam arti kata dikembangkan lagi di struktur permodalan, maka peningkatan peningkatan akan berlangsung terus menerus. Dengan pendapatan yang terus meningkat berarti pajak perusahaanpun akan terus bertambah. Dilain pihak pembiayaan yang disalurkan akan merangsang pertumbuhan kegiatan ekspor akan menghasilkan pertumbuhan devisa Negara.

Di samping itu dengan makin efektifnya kegiatan swasembada kebutuhan-kebutuhan pokok, maka akan menghemat devisa keuangan Negara, akan dapat diarahkan pada usaha-usaha kesejahteraan ataupun ke sektor-sektor lain yang lebih berguna. Apabila rata-rata pengusaha, pemilik tanah, pemilik modal dan buruh/karyawan mengalami peningkatan pendapatan maka pendapatan Negara via pajak akan bertambah, penghasilan bertambah, dan penggunaan devisa untuk urusan konsumsi berkurang, sehingga langsung ataupun tidak pendapatan nasional akan bertambah.

g. Sebagai Alat Hubungan Ekonomi Internasional

Bank sebagai lembaga pembiayaan tidak saja bergerak di dalam negeri tapi juga diluar negeri. Negara-negara kaya yang kuat dalam bidang ekonominya demi persahabatan antar bank banyak memberikan bantuan pada Negara-negara yang sedang berkembang atau yang sedang membangun. Bantuan tersebut biasanya dilakukan dalam bentuk kredit dengan syarat yang ringan yaitu dengan bunga yang relatif ringan dan jangka waktu penggunaan yang panjang. Melalui hal inilah

maka hubungan antara bank pemberi pinjaman dan penerima pinjaman berjalan dengan baik.

Apabila dikembalikan kepada konsep dasar akad pembiayaan muayarakah dalam hukum ekonomi Islam dijelaskan bahwa ada beberapa jenis akad yang bisa digunakan, antara lain:³⁴²

- a. *Syirkah Inan*, yaitu akad kerja sama antara dua orang atau lebih, masing-masing memberikan kontribusi dana dan berpartisipasi dalam kerja. Porsi dana dan bobot partisipasi dalam kerja tidak harus sama, bahkan dimungkinkan hanya salah seorang yang aktif mengelola usaha yang ditunjuk oleh partner lainnya. Sementara itu, keuntungan atau kerugian yang timbul dibagi menurut kesepakatan bersama;
- b. *Syirkah Uqud*, yaitu akad kerjasama yang berbentuk kemitraan yang sesungguhnya, karena para pihak yang bersangkutan secara sukarela yang ingin untuk membuat suatu perjanjian investasi bersama dan berbagi untung dan resiko. Dalam *syirkah uqud* ini dapat dilakukan tanpa adanya perjanjian formal atau dengan perjanjian secara tertulis dengan disertai *Syirkah uqud* ini secara konseptual dapat dibagi menjadi lima jenis, antara lain:
 - 1) *Syirkah Mufawwadah*, yaitu akad kerja sama usaha antara dua pihak atau lebih, yang masing-masing pihak harus menyerahkan modal dan porsi modal yang sama dan bagi hasil atas usaha dan resiko ditanggung bersama dengan jumlah yang sama. Dalam *syirkah mufawwadah*, masing-masing mitra usaha memiliki hak dan tanggung jawab yang sama;

³⁴² Muhammad, *Sistim & Prosedur Operasional Bank Syariah*, UII Press, Yogyakarta, 2000, hlm. 13.

- 2) *Syirkah Wujud*, yaitu akad kerja sama usaha antara dua orang atau lebih yang mana masing-masing mitra kerja memiliki reputasi dan prestise dalam bisnis. Para mitra dapat mempromosikan bisnisnya sesuai dengan keahlian masing-masing, dan keuntungan dibagi sesuai dengan kesepakatan yang tertuang dalam kontrak. Dalam *syirkah wujud*, tidak diperlukan modal dalam bentuk uang tunai. Para mitra dapat menggunakan agunan milik masing-masing untuk digunakan sebagai agunan dalam membeli barang secara kredit, kemudian barang itu dijual, dan hasil keuntungan atas penjualan barang itu dibagi sesuai dengan porsi agunan yang diserahkan. Sesuai dengan pengertian di atas, *syirkah wujud* dapat diterapkan dalam Suatu kelompok nasabah yang terbentuk dalam satu perkongsian dan mendapat kepercayaan dari bank untuk suatu proyek tertentu. Dalam kredit ini pihak debitor tidak menyediakan kolateral apapun kecuali wibawa dan nama baik. Suatu perkongsian diantara para pedagang yang membeli secara kredit dan menjual dengan tunai;
- 3) *Syirkah A'mal atau Syirkah Abdan* yaitu merupakan kerja sama usaha yang dilakukan oleh dua orang atau lebih, masing-masing mitrausaha memberikan sumbangan atas keahliannya dalam mengelola bisnis. Dalam *syirkah A'mal* tidak perlu adanya modal dalam bentuk uang tunai, akan tetapi modalnya adalah keahlian dan profesionalisme masing-masing mitra kerja. Hasil usaha atas kerja sama usaha dalam *syirkah a'mal* akan dibagi sesuai dengan nisbah bagi hasil yang telah disepakati antara para pihak yang bermitra.

Secara teoretis, pembiayaan *musyarakah* memang hampir sama dengan pembiayaan *mudharabah*, akan tetapi pembiayaan *musyarakah* dalam praktiknya mempunyai prinsip-prinsip sendiri yang membedakan dengan akad pembiayaan lainnya, seperti proyek atau kegiatan usaha yang akan dikerjakan *feasible* dan tidak bertentangan dengan syariah, atau dapat pula pihak-pihak yang turut dalam kerja sama memasukkan dana *musyarakah* dengan ketentuan, baik berupa uang tunai maupun *assets* yang likuid, di mana dana yang terhimpun bukan lagi milik perorangan, tetapi menjadi milik usaha.³⁴³

Selanjutnya ada beberapa rukun dan syarat yang melekat dalam perjanjian pembiayaan *musyarakah* di bank syariah, antara lain:

a. Ijab dan Qabul

Ijab dan qabul harus dinyatakan dengan jelas dalam akad dengan memperhatikan hal-hal sebagai berikut:

- 1) Penawaran dan permintaan harus jelas dituangkan dalam tujuan akad
- 2) Penerimaan dan penawaran dilakukan pada saat kontrak
- 3) Akad dituangkan secara tertulis

b. Pihak yang Berserikat

- 1) Kompeten
- 2) Menyediakan dana sesuai dengan kontrak dan pekerjaan/ proyek usaha
- 3) Memiliki hak untuk ikut mengelola bisnis yang sedang dibiayai atau memberi kuasa kepada mitra kerjanya untuk mengelolanya
- 4) Tidak diizinkan menggunakan dana untuk kepentingan sendiri.

³⁴³ Karnaen A. Perwataatmadja, *Membumikan Ekonomi Islam di Indonesia*. Usaha Kami, Depok, 1996, hlm. 14.

c. Objek Akad

1) Modal

- a) Modal dapat berupa uang tunai atau asset yang dapat dinilai. Bila modal tetapi dalam bentuk asset, maka asset ini sebelum kontrak harus dinilai atau disepakati oleh masing-masing mitra.
- b) Modal tidak boleh dipinjamkan atau dihadiahkan ke pihak lain
- c) Pada prinsipnya bank syariah tidak harus minta agunan, akan tetapi untuk menghindari wanprestasi, maka bank syariah diperkenankan meminta agunan dari nasabah/mitra kerja.

2) Kerja

- a) Partisipasi kerja dapat dilakukan bersama-sama dengan porsi kerja yang tidak harus sama, atau salah satu mitra memberi kuasa kepada mitra kerja lainnya untuk mengelola usahanya.
- b) Kedudukan masing-masing mitra harus tertuang dalam kontrak.

3) Keuntungan/Kerugian

- a) Jumlah keuntungan harus dikuantifikasikan.
- b) Pembagian keuntungan harus jelas dan tertuang dalam kontak. Bila rugi, maka kerugian akan ditanggung oleh masing-masing mitra berdasarkan porsi modal yang diserahkan.

Jaminan atau yang lebih dikenal sebagai agunan adalah harta benda milik debitor atau pihak ketiga yang diikat sebagai alat pembayar jika terjadi wanprestasi terhadap pihak ketiga. Jaminan dalam pembiayaan memiliki dua fungsi yaitu: *Pertama*, untuk pembayaran hutang seandainya terjadi *wanprestasi* atas pihak

ketiga, yaitu dengan jalan menguangkan atau menjual jaminan tersebut. *Kedua*, sebagai akibat dari fungsi pertama, atau sebagai indikator penentuan jumlah pembiayaan yang akan diberikan kepada pihak debitor. Oleh karena itu, pemberian jumlah pembiayaan hendaknya tidak boleh melebihi dari nilai harta yang dijaminakan.

Jaminan dalam pengertian yang lebih luas tidak hanya harta yang ditanggungkan saja, melainkan hal-hal lain seperti kemampuan hidup usaha yang dikelola oleh debitor. Untuk jaminan jenis ini, diperlukan kemampuan analisis dari *officer* pembiayaan untuk menganalisa *circle live* usaha debitor serta penambahan keyakinan atas kemampuan debitor untuk mengembalikan pembiayaan yang telah diberikan berdasarkan prinsip-prinsip syariah.³⁴⁴

Menurut Soebekti, jaminan yang baik dapat dilihat dari: a) Dapat membantu memperoleh pembiayaan bagi pihak ketiga; b) Tidak melemahkan potensi pihak ketiga untuk menerima pembiayaan guna meneruskan usahanya; c) Memberikan kepastian kepada bank untuk mengeluarkan pembiayaan dan mudah diuangkan apabila terjadi wan-prestasi.³⁴⁵ Jaminan dalam pembiayaan bank syariah menempati posisi pendukung atau penguat bagi bank untuk memberikan pembiayaan bagi pihak ketiga. Akan tetapi sebaiknya jaminan bukan syarat mutlak pemberian pembiayaan melainkan sebagai penguat dari penilaian analisa kemampuan bayar dari pihak ketiga yang diperoleh dari penilaian aset dan usaha yang dijalankan oleh pihak ketiga (*debitor*).

³⁴⁴ Rachmadi Usman, *Aspek-Aspek Hukum Perbankan di Indonesia*, PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2003 hlm. 281.

³⁴⁵ Soebekti, *Jaminan-Jaminan untuk Pemberian Kredit Menurut Hukum Indonesia*. Alumni, Bandung, 2000, hlm. 29.

Jaminan diberikan selanjutnya perlu dilakukan *appraisal* guna mengetahui seberapa besar nilai harta yang dijamin. Penilaian atau appraisal didefinisikan sebagai proses menghitung atau mengestimasi nilai harta jaminan. Proses dalam memberikan suatu estimasi didasarkan pada nilai ekonomis suatu harta jaminan baik dalam bentuk properti berdasarkan hasil analisa fakta-fakta objektif dan relevan dengan menggunakan metode yang berlaku. Barang jaminan dapat dikategorikan menjadi tiga yaitu:³⁴⁶

- a. *Tangible* (berwujud), seperti: tanah, kendaraan, mesin, bangunan dll.
- b. *Intangible* (tidak berwujud), seperti; hak paten, Franchise, merk dagang, Hak cipta, dan.
- c. Surat-surat berharga.

Selanjutnya jaminan akan diikat dengan hukum pengikatan. Hal ini mengacu pada Surat Edaran Bank Indonesia (SE-BI) Nomor: 4/248/UPPK/PK tanggal 16 Maret 1972 disebutkan untuk jenis benda-benda yang tidak bergerak memakai lembaga jaminan hipotik, Hak Tanggungan dan *fiducia*. Keberadaan jaminan dalam pembiayaan di perbankan syariah sangat diperlukan atau menempati posisi yang cukup penting. Jaminan memberikan *secured* tersendiri terhadap bank atas nasabah pembiayaan dan dapat dijadikan *bench-mark plafon* jumlah pembiayaan yang akan diberikan.

Lembaga keuangan syariah yang berfungsi sebagai penyalur dana masyarakat, sebagian besar pembiayaan bank disalurkan dalam bentuk barang/jasa yang dibelikan bank untuk nasabah-nya. Pembiayaan hanya diberikan apabila produk-

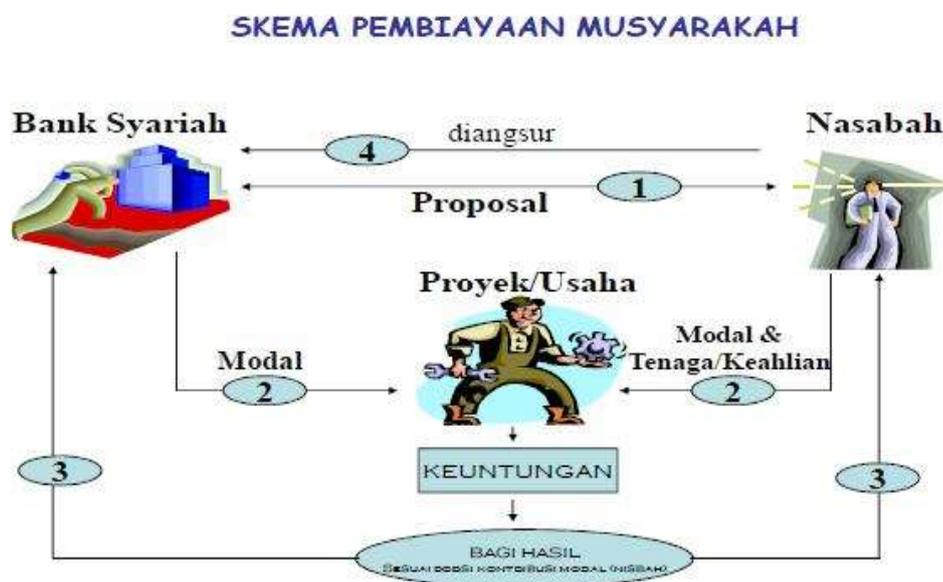
³⁴⁶ Muhammad, *Sistim & Prosedur Operasional Bank Syariah*, UII Press, Yogyakarta, 2000, hml. 15.

nya telah ada terlebih dahulu. Dengan metode ada barang dulu, baru ada uang maka masyarakat dipacu untuk memproduksi barang/jasa atau mengadakan produk. Selanjutnya barang yang dibeli/diadakan menjadi jaminan (*collateral*) hutang.

Secara fiqih, adanya agunan yang dijalankan oleh bank syariah dapat dibenarkan dari sisi memutus jalan bagi nasabah untuk berbuat tidak disiplin (*moral hazard*) dalam proses pembayaran. Metode semacam ini dalam kajian fiqh dikenal dengan istilah *sad adz-dzari'ah*. Menurut Pasal 8 UU Nomor 10 Tahun 1998 menyatakan kewajiban bagi bank dalam memberikan pembiayaan syariah, mempunyai keyakinan berdasarkan analisis mendalam atas *itikad* dan kemampuan serta kesanggupan Nasabah Debitor mengembalikan pembiayaan. Terdapat lima pokok yang perlu dikaji seksama oleh Bank sebelum memberi fasilitas pembiayaan terhadap nasabahnya, yakni: (1) watak, (2) kemampuan, (3) modal, (4) agunan, dan (5) prospek usaha.

Dalam pembiayaan *musyarakah*, bank syariah pada umumnya hanya memberikan modal sebagian dari total keseluruhan modal yang dibutuhkan. Bank syariah dapat menyertakan modal sesuai porsi yang disepakati dengan nasabah. Misalnya, bank syariah memberikan modal 70%, dan 30% sisanya berasal dari modal nasabah. Demikian pula dalam hal pembagian hasil keuntungan, secara praktis ketentuannya tidak harus dihitung sesuai porsi modal yang ditempatkan, akan tetapi sesuai dengan kesepakatan dalam kontrak awal, misalnya 60% untuk nasabah dan 40% untuk bank syariah. Atas dasar itulah, maka pembiayaan *musyarakah* dikategorikan sebagai pembiayaan yang berbasis *unrevenue sharing* atau *unexpected return*.

Gambar 3.1



Sumber: www.bi.co.id

Keterangan:

- Nasabah (pengelola) mengajukan proposal ber-kaitan dengan usaha yang akan dijalankan kepada pihak bank karena dirinya (nasabah) dipandang tidak mempunyai modal penuh.
- Proposal ajuan pihak nasabah terkait dengan proyek atau usaha disetujui oleh pihak Bank dengan penyertaan modal secara bersama-sama dengan nasabah baik *fifty-fifty* (setengah-setengah) maupun tidak *fifty-fifty* (mungkin bank penyertaan modalnya 70, pihak nasabah 30) dengan catatan saling suka sama suka dan telah bersepakat untuk membiayai suatu proyek/usaha. Karena pihak bank sudah percaya bahwa nasabah mampu menjalankannya dengan baik.
- Keuntungan akan dibagi kedua belah pihak sesuai dengan modal masing-masing.
- Angsuran dalam pembayaran modal usaha sebagaimana pada point (2) diangsur sesuai dengan kesepakatan kedua belah pihak.

Hal yang tak kalah pentingnya adalah memperhatikan aspek risiko pembiayaan *musyarakah*. Pembayaran kewajiban bagi hasil kepada bank sebagaimana contoh tersebut di atas, melekat pada kinerja usaha debitor. Bila omset usaha meningkat maka bagi hasil kepada bank juga meningkat, begitu juga sebaliknya, bahkan sangat mungkin yang dibagikan bukan hasilnya tetapi malah kerugiannya.

Namun demikian, pada praktiknya bank tidak ikut menanggung kerugian tersebut, bank hanya kehilangan kesempatan (*opportunity*) untuk mendapatkan hasil usaha dan keterlambatan pembayaran atas pokok hutang debitor. Hal ini berbeda dengan jenis pembiayaan berbasis jual beli, di mana kualitas pembayaran kewajiban debitor tidak terlalu berhubungan dengan kinerja usahanya. Artinya jika si debitor sudah membayar kewajiban yang *fix* itu, maka debitor sudah dianggap memenuhi kewajiban walaupun sebenarnya mungkin usahanya sedang menurun.

Mitigasi terhadap resiko ini, diantaranya melalui monitoring intensif terhadap *cash flow* usaha debitor, melakukan *review* secara periodik terhadap target omset usaha debitor agar pada saat terjadi penurunan omset, *pricing* pembiayaan yang telah ditetapkan bank dapat segera disesuaikan. Penggolongan kemampuan membayar ditentukan sebagai berikut:

Tabel 3.1

Contoh Pengukuran Manajemen Risiko Pembiayaan *Musyarakah*

Realisasi Omset/ Proyeksi Omset	Kolektibilitas	Kualitas
≥ 80%	Lancar	Perform
≥ 80%, ada tunggakan pokok ≤ 90 hari	Dalam Perhatian Khusus	Perform
30% - 80%, ada Tunggakan pokok 90 – 120 Hari	Kurang Lancar	Non Perform

<p>≤ 30% sampai tiga bulan berturut-turut, ada Tunggakan pokok 120 – 180 Hari</p>	<p>Diragukan</p>	<p>Non Perform</p>
<p>≤ 30% lebih dari tiga bulan berturut-turut, ada Tunggakan pokok lebih dari 180 hari</p>	<p>Macet</p>	<p>Non Perform</p>

Sumber: SE BI No.8/22/DPbs tgl 18 Oktober 2006 dalam
Makalah Adi Supriadi, T.Th.

Kerugian yang diderita bank pada saat debitor menjadi *non perform*, seketika menjadi kerugian bagi bank. Bank juga akan kehilangan *opportunity* (kesempatan) untuk mendapatkan bagi hasil saat itu juga. Sedangkan pada pembiayaan berbasis jual beli, margin terhadap pembiayaan yang telah ditetapkan di awal masih dapat ditagih dan menjadi tunggakan debitor yang harus diselesaikan kepada bank.

Pada kondisi bank masih memiliki potensi mendapatkan margin yang belum dibayar/tertunggak. Mitigasi yang dapat dilakukan saat debitor menjadi non perform yang dapat dilakukan oleh bank adalah dengan memberikan diskon terhadap pricing yang sudah ditetapkan oleh pihak bank di awal pembiayaan, sampai usaha nasabah kembali pulih, serta akan melakukan penjadwalan ulang terhadap angsuran pokok *musyarakah* yang akan dan telah jatuh tempo.

Apabila dalam perjalannya terdapat wanprestasi di mana pihak debitor tidak mampu lagi memenuhi kewajibannya kepada kreditor, maka sesuai dengan ketentuan Pasal 1 (1) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 disebutkan dapat dinyatakan pailit yakni melakukan sita umum atas semua kekayaan debitor pailit yang pengurusan dan pemberesannya dilakukan oleh kurator di bawah pengawasan hakim pengawas. Diperkuat dengan pasal 1 angka 12 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah dan Pasal 5 ayat (2) Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) menyebutkan bahwa dalam hal badan hukum terbukti tidak mampu lagi berprestasi sehingga menghadapi kepailitan, atau tidak mampu membayar utang dan meminta permohonan penundaan kewajiban pembayaran utang, maka pengadilan dapat menetapkan kurator atau pengurus bagi badan hukum tersebut atas permohonan pihak yang berkepentingan.

2. Penerapan Hukum Kepailitan dalam Pembiayaan *Musyarakah* di Bank Syariah

Menurut ketentuan Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah, sebagaimana diatur dalam pasal 1 angka 12, telah menegaskan bahwa "*Prinsip Syariah adalah prinsip hukum Islam dalam kegiatan perbankan berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah.*". Undang undang Nomor 21 Tahun 2008 yang disahkan pada tanggal 16 Juli 2008 tersebut juga memiliki beberapa ketentuan umum yang menarik untuk dicermati.

Ketentuan umum dimaksud (Pasal 1) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tersebut merupakan sesuatu yang baru dan akan memberikan implikasi

tertentu yakni salah satunya Definisi Prinsip Syariah. Dalam definisi dimaksud memiliki dua pesan penting yaitu:³⁴⁷

- (1) prinsip syariah adalah prinsip hukum Islam dan;
- (2) penetapan pihak/lembaga yang berwenang mengeluarkan fatwa yang menjadi dasar prinsip syariah

Berdasarkan ketentuan dalam Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tersebut juga mengatur bahwa setiap kegiatan yang dilakukan oleh lembaga keuangan syariah khususnya bank harus sesuai dengan prinsip hukum Islam, yang telah diatur dalam pasal 1 angka 12 tersebut dan telah dijelaskan pada sub-bab sebelumnya. Adapun konsep kepailitan sebagaimana diatur dalam pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 mengatur bahwa kepailitan adalah *sita umum atas semua kekayaan Debitor Pailit yang pengurusan dan pemberesannya dilakukan oleh Kurator di Bawah Pengawasan Hakim Pengawas*.

Sedangkan apabila dilihat dari perspektif hukum ekonomi Islam, yakni dalam *Fiqh Muamalah*³⁴⁸ dijelaskan bahwa istilah kepailitan dinamakan dengan *at-taflis*. secara etimologi *at-taflis* berarti pailit, tekor atau jatuh miskin. Orang yang pailit disebut *muflis*, yaitu seorang yang tekor, di mana hutangnya lebih besar dari assetnya. Legal standing kepailitan dalam pembiayaan *musyarakah* salah satunya dapat mengacu kepada ketentuan dalam Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 pasal 1 angka 4 yang menyebut dengan istilah *Debitor Pailit*. Dalam

³⁴⁷ Ikhtisar UU 21 Tahun 2008, diambil dari; http://www.bi.go.id/id/perbankan/syariah/Documents/Iktisar_uu_21_2008.pdf

³⁴⁸ Menurut bahasa, "fiqh" berasal dari kata "faqihayafqahu-fiqhan" yang berarti mengetahui atau paham. Al-Fiqh menurut bahasa adalah mengetahui sesuatu dengan mengerti (al-'ilmbisya'ima'a al-fahm). Ilmu fiqh merupakan ilmu yang mempelajari ajaran islam yang disebut dengan syariat yang bersifat amaliah (praktis) yang di peroleh dari dalil-dalil yang sistematis

Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah, muflis diidentikkan dengan ketidakcakapan dalam melakukan perbuatan hukum yang disebut dalam pasal 1 angka 6 sebagai *Muwalla*.³⁴⁹

Secara terminologi ahli fiqh, *At-taflis* (penetapan pailit) didefinisikan oleh para ulama mazhab dengan istilah: "*Keputusan hakim yang melarang seseorang bertindak hukum atas hartanya*".³⁵⁰ Larangan itu dijatuhkan karena ia terlibat hutang yang meliputi atau bahkan melebihi seluruh hartanya. Hal ini dilakukan jika seseorang berada dalam kondisi pailit atau taflis maka akibatnya adalah pelarangan atau pembekuan harta dan tindakannya (*al-hajr*).

Secara terminologi *al-hajr* ialah pelarangan seseorang membelanjakan hartanya. Pelarangan pembelanjaan harta muflis tersebut karena di dalam hartanya ada hak orang-orang lain, yaitu hak orang yang memberikan utang kepadanya.³⁵¹ Dasar hukum Islam mengenai *al-hajr* adalah Hadist Shahih Bukhari dan Hadist Shahih Muslim bahwa Nabi Muhammad SAW bersabda, "*Barang siapa yang menjumpai hartanya berada pada seseorang laki-laki yang telah bangkrut/pailit, maka ia lebih berhak dengan harta tersebut daripada orang lain*" Hal yang menarik untuk dianalisis adalah sejauh mana Bank Syariah dan Unit Usaha Syariah dapat dilingkupi oleh Hukum Kepailitan Islam.

Penelitian ini menemukan bahwa dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah, ketentuan yang mengatur tentang *taflis* sangat terbatas yakni:³⁵²

³⁴⁹ Dalam Pasal 1 angka 6 Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah

³⁵⁰ Al Hushein, *Imron Hukum Kepailitan (Taflis) Dalam Islam* (Januari 01, 2012) Available at <http://alhushein.blogspot.com/2012/01/hukum-kepailitan-taflis-dalam-islam.html>

³⁵¹ *Ibid*

³⁵² Lihat penjelasan lebih rinci pada Pasal 2, 5, 88, dan 350 dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah

1. Pasal 2 ayat (2), *“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”*
2. Pasal 5 ayat (2), *“Dalam hal badan hukum terbukti tidak mampu lagi berprestasi sehingga menghadapi kepailitan, atau tidak mampu membayar utang dan meminta permohonan penundaan kewajiban pembayaran utang, maka pengadilan dapat menetapkan kurator atau pengurus bagi badan hukum tersebut atas permohonan pihak yang berkepentingan”*
3. Pasal 88 ayat (1), *“Jika pembeli jatuh pailit setelah menerima barang yang dibelinya kemudian meninggal dunia, namun belum membayarnya, maka penjual boleh menuntut pembeli untuk mengembalikan barang yang telah dijualnya”*
4. Pasal 88 ayat (2), *“Jika pembeli meninggal dan jatuh pailit sebelum penerimaan barang yang dibeli dan sebelum pembayaran, maka penjual mempunyai hak untuk menahan barangnya.”*
5. pasal 391 ayat (1) *“Apabila pemberi gadai meninggal dunia dalam keadaan pailit, pinjaman tersebut tetap berada dalam status harta gadai.”*
6. *Pasal 391 ayat (2), “Harta gadai sebagaimana dimaksud pada ayat (1) di atas tidak boleh dijual tanpa persetujuan pihak pemberi gadai.”*
7. Pasal 391 ayat (3) Apabila pihak pemberi gadai bermaksud menjual harta gadai sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), harta tersebut harus dijual meskipun tanpa persetujuan penerima gadai.

Aturan-aturan tersebut masih belum dapat dikatakan mampu mengakomodir aplikasi proses pailit yang timbul sebagai implikasi dari praktek ekonomi syariah. Secara sekilas tampaknya Mahkamah Agung berupaya untuk menuangkan seluruh kaidah-kaidah yang terdapat dalam prinsip syariah kedalam satu kumpulan aturan, yang dapat menjadi acuan dasar bagi peradilan agama untuk menjalankan kompetensinya yang diperluas oleh UU Peradilan Agama. Namun hal tersebut berpotensi besar mengakibatkan *legal confuseness* bagi para penegak hukum syariah dan praktisi di Indonesia.

Pertama, eksistensi Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah tidak mengesampingkan peraturan kepailitan konvensional yang telah ada di Indonesia yakni UU 37 Tahun 2004. Perlu diketahui bahwa hukum kepailitan pada dasarnya adalah suatu hukum acara karena mayoritas aturan dalam UU Kepailitan mengatur tentang prosedur memailitkan seseorang atau badan hukum, demikian pula dengan prosedur penundaan kewajiban pembayaran utang. UU Kepailitan lebih rinci mengatur tentang prosedur-prosedur kepailitan mulai dari sejak permohonan pailit, syarat pengajuan, legal standing pemohon, hingga sampai dengan upaya hukum. Selain itu, dalam UU Kepailitan juga memberikan mekanisme penundaan kewajiban pembayaran utang yang kesempatan bagi debitor (yang tidak insolven) untuk merestrukturisasi utang-utangnya. Sebenarnya dalam praktik perbankan syariah, penyelesaian pembiayaan bermasalah dikenal *First Way Out* dan *Second Way Out*³⁵³ dimana dalam penyelesaian *First Way Out* penyelesaian tersebut dilakukan dengan cara revitalisasi yakni:

³⁵³ Amalia, Chrisanty dkk, *Analisis Yuridis Penyelesaian Pembiayaan Bermasalah Pada Bank Syariah (Studi pada PT. Bank Muamalat Indonesia, Tbk di Kota Medan)*, USU LAW JOURNAL, 2013, 1.1. hal. 11

- a. *Reschedulling*, yaitu penjadwalan kembali berkaitan dengan waktu pembayaran berupa pelunasan utang pokok maupun bagi hasil, *profit margin*, maupun *fee* yang merupakan kewajiban dari pihak nasabah debitor.
- b. *Restructuring*, yaitu upaya perbaikan yang dilakukan Bank dalam penyediaan dana terhadap nasabah yang mengalami kesulitan untuk memenuhi kewajibannya dengan mengikuti ketentuan yang berlaku yaitu Fatwa Dewan Syariah Nasional dan standar akuntansi keuangan yang berlaku bagi bank syariah.
- c. *Reconditioning*, yaitu upaya perbaikan yang dilakukan oleh pihak bank berupa perubahan persyaratan yang ada di dalam akad, misalnya mengenai margin, nisbah bagi hasil, jaminan, dan sebagainya.
- d. Konversi Akad, yaitu penanganan suatu pembiayaan bermasalah dengan melakukan perubahan terhadap bentuk akad, misalnya dari awalnya akad *murabahah*, karena mengalami kemacetan, maka diganti menjadi akad *mudharabah*, sehingga barang yang menjadi objek dalam *murabahah* berubah kedudukannya menjadi penyertaan modal dari pihak bank.

Penyelesaian tersebut merupakan suatu pengejawantahan dari QS Al-Baqarah ayat 280 yang menyatakan bahwa “*Dan jika (orang yang berhutang itu) dalam kesukaran, maka berilah tangguh sampai dia berkelapangan. Dan menyedekahkan (sebagian atau semua utang) itu, lebih baik bagimu, jika kamu mengetahui.*” Formulasi aturan yang lebih kompleks didalam UU Kepailitan masih perlu diterapkan dalam proses hukum acara *taflis* di Indonesia dan dapat pula ditemukan bahwa masih terdapat perkara pembiayaan syariah yang seharusnya

menjadi kompetensi absolut pengadilan agama yang diajukan permohonan pailit ke pengadilan niaga.

Kedua, dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah pasal 5 ayat (2) juga disebutkan tentang pengurusan kurator dan pengurus dalam proses *taflis*. Hal tersebut membutuhkan *effort* yang sangat besar untuk diaplikasikan mengingat kurator/pengurus di Indonesia sudah terbiasa berkecimpung dalam ranah penyelesaian kepailitan konvensional. Dalam hal ini, pemerintah (Mahkamah Agung) harus memberikan solusi atas permasalahan ini karena tidak menutup kemungkinan bahwa nantinya dalam proses *taflis* nuansa konvensional terlihat begitu kental, serta pemahaman yang kurang atas prinsip syariah menjadikan proses *taflis* tidak dapat diselesaikan secara optimal karena kemungkinan besar para kurator/pengurus hanya mengacu pada ketentuan dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah tanpa memperhatikan ketentuan dalam Al-Qur'an dan fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia.

Kemudian konsep *Second Way Out*, merupakan penyelesaian yang bersifat "*ultimum remedium*" jika *First Way Out* gagal dilakukan yakni dengan melakukan eksekusi atas jaminan.³⁵⁴ Namun faktanya, pemberian jaminan dalam akad *mudharabah* masih menyimpang dari prinsip syariah. Pada dasarnya bentuk bank syariah yang terdapat di Indonesia adalah perseroan terbatas, terlepas dari unit usaha syariah (yang induknya juga berbentuk perseroan terbatas). Suatu perseroan terbatas merupakan perkumpulan modal atau saham yang menjadi harta kekayaan dari perseoran terbatas tersebut. Berkurangnya harta kekayaan suatu perseroan terbatas, selain mengakibatkan kerugian bagi badan usaha tersebut, juga

³⁵⁴ *Ibid.* hlm. 12.

berdampak pada pemegang saham. Sehingga dapat dipastikan bahwa dalam kegiatan bisnisnya, suatu perseroan terbatas berorientasi pada profit atau keuntungan. Hal yang sama terjadi pada praktek perbankan syariah di Indonesia, bank syariah terkesan tidak mau menanggung kerugian yang dialami pihak pengelola dana (pihak yang menerima pembiayaan) dengan jaminan yang bertujuan untuk memastikan agar bank syariah tidak kehilangan dana pokok objek pembiayaan dan bagi hasil.³⁵⁵ Praktek semacam ini tentunya menyimpang jauh dari prinsip syariah³⁵⁶ karena pembebanan agunan tersebut dapat dikategorikan sebagai penempatan bank syariah sebagai kreditor separatis. Selain itu, pada beberapa bank syariah ditemukan bahwa *nishab* atau perhitungan bagi hasil sudah ditentukan secara tertulis dalam suatu form yang menurut peneliti identik dengan tenor cicilan pada pemberian kredit bank konvensional. Hal tersebut sangat tidak tepat karena pada dasarnya konsep bagi hasil dalam pembiayaan syariah, baik untung maupun rugi seyogyanya ditanggung oleh kedua belah pihak. Penyimpangan tersebut mengakibatkan timbulnya posisi sebagai kreditor dan debitor dalam praktik perbankan syariah.

Apabila dikembalikan kepada ketentuan hukum seperti yang dijelaskan sebelumnya, tentu dalam praktiknya seperti diatur dalam pasal 1 angka 12 UU Perbankan Syariah yang telah disebutkan diatas, terdapat tiga kategori produk yang dikeluarkan oleh Bank Syariah dan Unit Usaha Syariah di Indonesia hanya melakukan kegiatan usahanya yakni produk penyaluran dana, produk penghimpunan dana dan produk yang berkaitan dengan dengan jasa lainnya yang diberikan

³⁵⁵ Hasil wawancara dengan pegawai Bank Syariah (bagian legal) yang berkedudukan di Sidoarjo, pada hari Selasa tanggal 1 September 2016

³⁵⁶ Lihat hal. 30 diatas

perbankan kepada nasabahnya. Inilah yang perlu dipahami dalam perspektif manajemen perbankan yang disebut dengan fungsi intermediasi, yakni bank merupakan institusi keuangan yang berorientasi keuntungan (*profit oriented*).

Oleh karena itu, hal yang menarik dari ketentuan hukum kepailitan dalam pembiayaan *musyarakah* di bank syariah jika dikaitkan dengan kepailitan adalah pada dasarnya dalam praktek perbankan syariah jelas tidak dimungkinkan adanya posisi kreditor dan debitor dengan argumen bahwa posisi yang demikian tentu bertentangan dengan prinsip hukum Islam karena pada dasarnya kredit sangat berhubungan erat dengan bunga atau *riba*'. Argumen tersebut didasarkan pada istilah kredit dalam Undang-Undang Perbankan pasal 1 angka 11 yang menyebutkan "*penyediaan uang atau tagihan yang dapat dipersamakan dengan itu, berdasarkan persetujuan atau kesepakatan pinjam-meminjam antara bank dengan pihak lain yang mewajibkan pihak peminjam untuk melunasi utangnya setelah jangka waktu tertentu dengan pemberian bunga.*"³⁵⁷

Mengacu kepada ketentuan hukum di atas dapat dipahami di sini bahwa setiap perjanjian ada kemungkinan terjadinya sengketa yang melibatkan para pihak. Sengketa tersebut boleh jadi muncul akibat salah satu pihak tidak memenuhi kewajibannya kepada pihak lain dan/atau dapat disebabkan salah satu pihak melakukan pengingkaran terhadap kesepakatan yang telah dibuat. Sebagai contoh, untuk memenuhi rasa keadilan dalam penyelesaian perkara perdata syari'ah, klausula arbitrase banyak digunakan sebagai pilihan penyelesaian sengketa kepailitan karena dipandang sifatnya mengikat (*binding*) dan memiliki kekuatan hukum tetap seperti putusan pengadilan.

³⁵⁷ Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan

Selain itu, setiap pendapat yang berlawanan terhadap pendapat hukum yang diberikan itu berarti pelanggaran terhadap perjanjian (*breach of contract - wanprestasi*). Oleh karena itu tidak dapat dilakukan perlawanan dalam bentuk upaya hukum apapun. Setiap Putusan Arbitrase tersebut bersifat mandiri, final dan mengikat (*in kracht*), sehingga Ketua Pengadilan tidak diperkenankan untuk memeriksa alasan atau pertimbangan dari putusan arbitrase tersebut. Artinya, putusan lembaga arbitrase dianggap sah apabila ia dianggap telah memenuhi rasa keadilan bagi para pihak.

Khusus yang berkaitan dengan sengketa perbankan syari'ah tidak terlepas dari kedudukan bank syari'ah sebagai lembaga intermediasi yang memiliki fungsi untuk menarik, mengelola, dan mendistribusikan dana masyarakat.³⁵⁸ Kegiatan usaha bank selaku badan usaha adalah menghimpun dana dari masyarakat dalam bentuk simpanan dan menyalurkannya kepada masyarakat dalam bentuk kredit dan/atau bentuk-bentuk lainnya dalam rangka meningkatkan taraf hidup rakyat banyak. Hal tersebut merujuk kepada ketentuan dalam Pasal 1 ayat (1 dan 2) UU Nomor 7 Tahun 1992 Jo UU Nomor 10 Tahun 1998 Jo. UU Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syari'ah.

Menurut ketentuan UU Perbankan Syari'ah,³⁵⁹ bank syari'ah dapat melakukan kegiatan menghimpun dana (*funding*) dilakukan melalui simpanan/ investasi diantaranya adalah Simpanan Giro (*demand deposit*), Simpanan atau Tabungan (*saving deposit*), dan Simpanan Deposito (*time deposit*). Sedangkan

³⁵⁸ Dalam Bab VI Pasal 28 UU Nomor 7 Tahun 1992 Jo. UU Nomor 10 Tahun 1998 Jo. UU Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syari'ah disebutkan bahwa bank syari'ah wajib melakukan kegiatan usaha dengan menerapkan prinsip syari'ah dalam melakukan kegiatan usahanya yang meliputi penghimpunan dana, penyaluran dana, dan jasa.

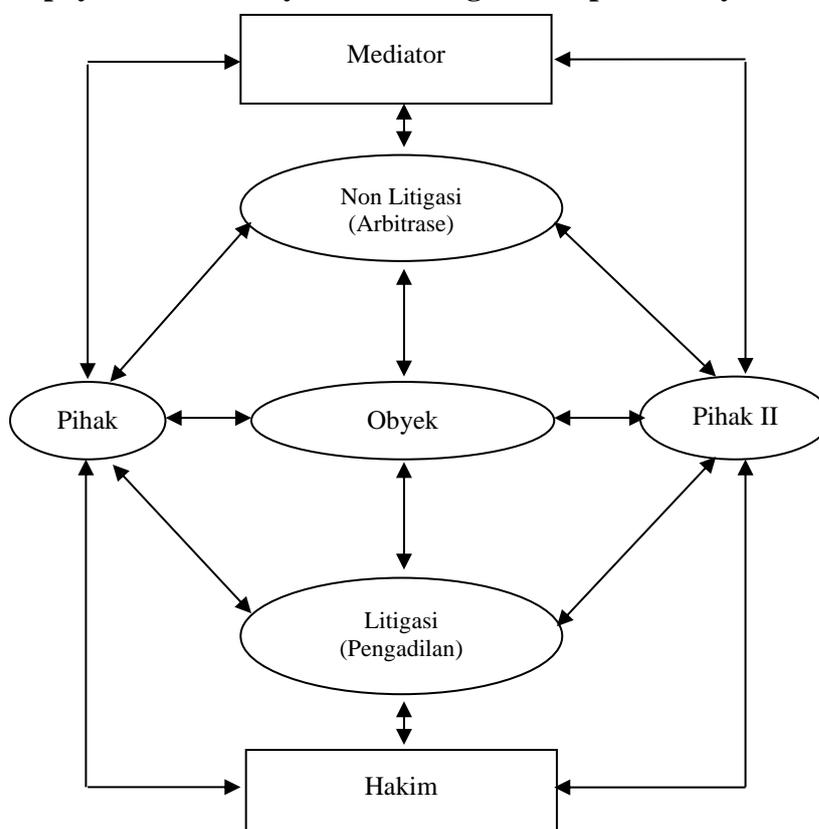
³⁵⁹ Dalam Pasal 1 huruf g dinyatakan bahwa kegiatan usaha berdasarkan prinsip syari'ah adalah kegiatan usaha perbankan yang dilakukan berdasarkan prinsip syari'ah sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 Angka 13 UU Nomor 7 Tahun 1992 Jo. UU Nomor 10 Tahun 1998 Jo. UU Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syari'ah.

kegiatan menyalurkan dana (*lending*) dilakukan melalui Kredit dan Pembiayaan, diantaranya melalui Kredit/Pembiayaan Investasi, Kredit/Pembiayaan Modal Kerja, dan Kredit/Pembiayaan Perdagangan. Jasa-jasa yang dilakukan oleh bank diantaranya adalah *Transfer, Clearing, Inkaso, Letter of Credit, Safe Deposite Box, Bank Garansi, dan Travellers Cheque*.

Banyaknya jumlah (*kuantitas*) kegiatan perbankan yang dilakukan oleh bank ditambah pula dengan banyaknya jumlah lembaga perbankan yang ada di Indonesia, baik Bank Umum Syari'ah maupun Bank Pembiayaan Rakyat Syari'ah menyebabkan peran lambaga perbankan sangat penting dalam roda perekonomian nasional, sehingga sangat penting untuk selalu diadakan pembinaan dan pengawasan secara rutin.

Gambar 3.3

Upaya Hukum Penyelesaian Sengketa Kepailitan Syariah



Mengacu kepada gambar di atas, peneliti dapat merumuskan kerangka berfikir bahwa para pihak dapat melakukan upaya hukum penyelesaian sengketa ekonomi syariah melalui mediasi di lembaga arbitrase (*non litigation*). Apabila perdamaian tidak tercapai, maka para pihak dapat pula melakukan upaya hukum penyelesaian sengketa ekonomi syaria'ah melalui pengadilan pada Peradilan Agama (*litigation*). Hal ini merujuk kepada ketentuan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Jo. Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 Jo. Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009 Tentang Peradilan Agama.

Banyaknya kegiatan usaha yang dilakukan bank, tidak mungkin bisa menghindari dari adanya sengketa (*conflict*) antara para pihak (nasabah/wakilnya dengan bank). Apabila sengketa-sengekta yang ada tidak segera diselesaikan secara cepat dan efektif maka akan menjadi halangan tersendiri bagi keberlanjutan operasional bank, terlebih apabila sudah memudar bahkan hilang kepercayaan masyarakat (*distrust*) terhadap bank syariah, maka akan mengancam keberadaan (eksistensi) bank itu sendiri bahkan lebih besar lagi akan berdampak sistemik pada kepercayaan terhadap bank-bank yang lainnya, secara skala besar (makro) akan mengancam kestabilan perekonomian nasional. Oleh karena itu, para pihak yang sedang bersengketa dapat menempuh dua cara penyelesaian hukum, yakni melakukan upaya hukum mediasi di lembaga arbitrase (*non litigation*) dan upaya hukum formal di pengadilan (*litigation*).

Uraian di atas relevan dengan *applied theory* sebelumnya yang mengacu kepada penjelasan Moh. Ma'sum Billah, yang memaknai perjanjian menurut syariah sebagai "*An agreement of particular transaction between two or more parties, wich is bonded upon the contracting parties provided that the parties, the terms, the natur of agreement and the subjrc t matter of the agreement should not*

be contrary to the Quran and sunnah or Islamic fiqh".³⁶⁰ Sebuah persetujuan transaksi tertentu antara dua atau lebih pihak yang bersifat mengikat kepada pihak-pihak dalam persetujuan tersebut dengan ketentuan bahwa pihak-pihak, syarat-syarat, tabiat persetujuan dan inti persetujuan tidak boleh bertentangan dengan al-Qurán dan al-Sunnah atau Fiqih Islam.

Teori yang sama juga dikemukakan oleh Fathurrahman Djamil yang telah menguraikan beberapa asas dalam perjanjian menurut hukum Islam, jika asas itu tidak terpenuhi, maka akan berakibat pada batal atau tidak sahnya suatu akad. Intinya semua penyelesaian sengketa ekonomi syariah dikembalikan kepada jenis akadnya.³⁶¹ Seperti juga diatur dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) pada Buku II Bab I Pasal 20 dinyatakan bahwa yang dimaksud dengan akad adalah kesepakatan dalam suatu perjanjian antara dua pihak atau lebih untuk melakukan dan atau tidak melakukan perbuatan hukum tertentu.

Pengaturan tentang pengaturan hukum kepailitan dan pembiayaan *musyarakah* pada bank syariah di Indonesia sebagaimana diatur di dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) pada Buku II Bab I Pasal 20 di atas sejalan dengan teori kepastian hukum di mana hukum ekonomi syariah menjadi fondasi, kaidah penilaian dan kaidah hukum tertinggi dalam suatu sistem hukum untuk mengukur dan menilai sejauhmana kepastian suatu keputusan yang dipakai dalam suatu sistem hukum.

Demikian halnya asas kepastian hukum juga bukan hanya untuk tujuan menegakan hukum, tetapi juga menjadi salah satu asas penting dalam penegakan

³⁶⁰ Moh. Ma'sum Billah, *Shari'ah Standard of Business Contract*, A.S. Noordeen, Kuala Lumpur, 2006, hlm. 3

³⁶¹ Fathurrahman Djamil, *Penerapan Hukum Perjanjian dalam Transaksi di Lembaga Keuangan Syariah*, Sinar Grafika, Jakarta, 2013, hlm. 15-27

hukum itu sendiri. Ini mendukung penjelasan Bellefroid yang menjelaskan bahwa asas kepastian hukum adalah tegaknya norma dasar yang dijabarkan dari hukum positif, yang oleh ilmu hukum tidak dianggap berasal dari aturan-aturan yang lebih umum. Dengan demikian, asas kepastian hukum dalam praktik perbiayaan syariah merupakan kristalisasi hukum positif dalam suatu masyarakat.³⁶²

Hal yang serupa juga dikemukakan oleh Paton yang menjelaskan asas kepastian hukum sebagai meta-norma hukum yang memberikan arah, tujuan, serta penilaian fundamental bagi keberadaan suatu norma hukum. Bahkan asas hukum merupakan jantung norma hukum. Hal ini karena asas hukum merupakan landasan yang paling luas bagi lahirnya suatu norma hukum. Artinya, setiap norma hukum dapat dikembalikan pada asas-asas hukum. Di samping itu, asas hukum juga merupakan alasan bagi lahirnya suatu norma hukum atau merupakan *ratio legis* dari norma hukum. Asas hukum tidak akan pernah habis kekuatannya dengan melahirkan norma hukum, melainkan tetap ada dan akan terus melahirkan norma-norma hukum baru.³⁶³

Yang paling akhir, peneliti juga sepakat dengan penjelasan Shidarta yang menegaskan bahwa kepastian hukum berkaitan erat dengan asas kebenaran, yaitu sesuatu yang secara ketat dapat disilogismekan secara legal-formal. Melalui logika deduktif, aturan-aturan hukum positif ditempatkan sebagai premis mayor, sedangkan peristiwa konkret menjadi premis minor. Melalui sistem logika tertutup akan serta merta dapat diperoleh konklusinya. Konklusi itu harus sesuatu yang dapat diprediksi, sehingga semua orang wajib berpegang kepadanya. Dengan

³⁶² Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum: Suatu Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 2003, hlm. 34.

³⁶³ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000, hlm.45.

pegangan inilah masyarakat menjadi tertib. Oleh sebab itu, kepastian hukum akan mengarahkan masyarakat kepada ketertiban.³⁶⁴

Oleh karena itu, kepastian hukum sangat erat kaitannya dengan asas kepercayaan. Asas kepercayaan termasuk salah satu asas hukum yang paling mendasar dalam hukum perdata maupun hukum publik. Dalam hukum publik, implementasi dari asas kepercayaan dengan melaksanakan secara pasti, konsisten dan konsekuen peraturan perundang-undangan yang berlaku. Sedangkan dalam hukum perdata terwujud dengan melaksanakan secara penuh segala kesepakatan atau perjanjian yang dibuat oleh para pihak dalam hubungan keperdataan baik lisan maupun tulisan dan/atau dituangkan dalam akta otentik, sehingga tidak memunculkan perbuatan wanprestasi.³⁶⁵

Dengan demikian peneliti dapat merumuskan sebagai berikut: *pertama*, Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah tidak mengesampingkan peraturan kepailitan konvensional yang telah ada di Indonesia yakni UUK-PKPU; *kedua*, penyelesaian sengketa ekonomi syariah, termasuk di dalamnya sengketa kepailitan dalam pembiayaan bank syariah jelas merupakan bagian dari kompetensi absolut peradilan agama sebagaimana diatur secara implisit dalam Pasal 49 UU Nomor 3 Tahun 2006; *ketiga*, segala bentuk penyelesaian sengketa kepailitan dalam pembiayaan di bank syariah dapat ditempuh baik melalui non litigasi maupun litigasi; dan *keempat*, Pengaturan tentang hukum kepailitan dalam pembiayaan

³⁶⁴ Shidarta, "Putusan Hakim: Antara Keadilan, Kepastian Hukum, dan Kemanfaatan", Makalah disampaikan dalam *Seminar Pernerkuatan Pemahaman Hak Asasi Manusia Untuk Hakim Seluruh Indonesia*, diselenggarakan oleh Komisi Yudisial dan Pusat Studi Hak Asasi Manusia Universitas Islam Indonesia (PUSHAM-UUI), Hotel Grand Angkasa Medan, 2 - 5 Mei 2011, hlm. 3.

³⁶⁵ Jazim Hamidi, *Penerapan Asas-Asas Umum Penyelenggara Pemerintahan Yang Layak di Lingkungan Peradilan Administrasi Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999, hlm. 36.

pada bank syariah di Indonesia telah diatur di dalam hukum positif dan khususnya Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES), sedangkan pengaturan khusus kepailitan dalam pembiayaan *musyarakah* tidak ditemukan baik dalam referensi pustaka maupun dalam regulasi terkait ekonomi syariah.

B. Penyelesaian Sengketa Kepailitan di Indonesia

Setelah menjelaskan kriteria kepailitan dalam pembiayaan di bank syariah, maka pada bagian ini peneliti akan menjelaskan lebih jauh tentang penyelesaian sengketa kepailitan perjanjian pembiayaan di bank syariah.

1. Kepailitan dalam Perjanjian Utang-Piutang

Sebagaimana diatur dalam Pasal 1233 KUHPerduta disebutkan bahwa utang piutang lazim dikenal dalam dunia usaha dapat timbul dari adanya suatu perikatan dan sebagaimana diketahui bahwa perikatan tersebut dapat timbul sebagai akibat dari perjanjian dan undang-undang.³⁶⁶ Definisi perjanjian diatur dalam Pasal 1313 KUHPerduta menyatakan:

“Suatu perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih”³⁶⁷

Dari perjanjian ini timbulah prestasi dan kontra prestasi yang harus dilakukan oleh masing-masing pihak berdasarkan kesepakatan. Jika salah satu pihak melanggar perjanjian dan atau melaksanakannya dengan tidak sempurna, maka pihak yang dirugikan akan perbuatannya tersebut dapat memilih untuk memaksa pihak lain untuk meneruskan perjanjian tersebut, atau meminta pemba-

³⁶⁶ Rizky Dwinanto, *Prosedur Penyelesaian Utang Piutang Jika Perusahaan Tutup dan Pailit*, artikel dalam <https://www.hukumonline.com/klinik/detail/ulasan/c11591/hutang-usaha>, diakses 28 Januari 2019.

³⁶⁷ Lihat Pasal 1313 KUHPerduta.

talannya disertai penggantian biaya kerugian dan bunga sebagaimana diatur dalam Pasal 1267 KUHPerduta.

Selanjutnya yang kedua adalah perikatan yang timbul dari undang-undang sebagaimana dapat kita lihat dari ketentuan Pasal 1352 KUHPerduta:

“Perikatan-perikatan yang dilahirkan demi undang-undang, timbul dari undang-undang saja atau dari undang-undang sebagai akibat perbuatan orang”.³⁶⁸

Contoh perikatan yang timbul dari undang-undang seperti dimaksud Pasal 1352 KUHPerduta adalah kewajiban kita terhadap negara dalam hal pembayaran pajak, dan perikatan sebagai akibat perbuatan orang adalah amar putusan hakim terkait perbuatan melanggar hukum yang memerintahkan untuk melakukan sesuatu.

Dalam kasus di mana usaha suatu perusahaan tutup perlu dicermati lebih dalam apa yang dimaksud dalam usaha tutup. Penutupan usaha memerlukan proses yang hampir sama dengan pembentukan usaha baru. Sebagai contoh, jika kita ingin membuat usaha baru, misalnya Perseroan Terbatas (“PT”), maka memerlukan pengesahan dari Menteri Hukum dan HAM agar PT tersebut memperoleh status badan hukum. Hal ini juga berlaku sama jika suatu PT akan menutup usahanya maka secara hukum harus melalui proses likuidasi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 142 sampai dengan Pasal 152 Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 Tentang Perseroan Terbatas. Akhir dari proses pembubaran tersebut diberitahukan kembali kepada Menteri Hukum dan HAM.

Hal yang sama juga berlaku kepada badan usaha lainnya yang tidak berbadan hukum, yaitu diperlukan proses likuidasi guna melindungi pihak ketiga

³⁶⁸ Lihat Pasal 1352 KUHPerduta.

yang tidak mengetahui adanya pembubaran badan usaha tersebut. Jika hal ini sudah dilakukan, maka demi hukum badan usaha tersebut sudah bisa dinyatakan bubar/tutup. Namun sebaliknya, jika perusahaan tersebut belum melakukan proses likuidasi dalam rangka penutupan badan usahanya, maka demi hukum perusahaan tersebut masih hidup meskipun tidak lagi menjalankan kegiatan usahanya.

Dengan demikian perjanjian yang sudah disepakati kedua belah pihak berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Perjanjian merupakan hubungan hukum keperdataan sehingga akibat hukum dari tidak dilaksanakannya suatu perjanjian mengakibatkan hukuman yang bersifat keperdataan sebagaimana diatur dalam Pasal 1267 KUHPerdara, yang berbunyi:

“Pihak terhadap siapa perikatan tidak dipenuhi, dapat memilih apakah ia, jika hal itu masih dapat dilakukan akan memaksa pihak yang lain untuk memenuhi perjanjian atautkah ia akan menuntut pembatalan perjanjian disertai penggantian biaya, kerugian dan bunga.”³⁶⁹

Mengacu kepada ketentuan di atas, maka perjanjian tidak dapat dibawa ke dalam ranah pidana jika para pihak sebelum membuat suatu perjanjian telah meyakinkan tidak adanya tipu muslihat di dalamnya dan juga jika di dalam membuat perjanjian tersebut didasari pada iktikad baik.³⁷⁰ Di samping itu, ketentuan hukum pailit dalam utang-piutang juga perlu melihat ketentuan Pasal 1131 KUHPerdara yang menjelaskan sebagai berikut:

³⁶⁹ Pasal 1267 KUHPerdara

³⁷⁰ Rizky Dwinanto, Prosedur Penyelesaian Utang Piutang Jika Perusahaan Tutup dan Pailit, artikel dalam <https://www.hukumonline.com/klinik/detail/ulasan/c11591/hutang-usaha-diakses> 28 Januari 2019.

“Segala kebendaan si berutang, baik yang bergerak maupun yang tak bergerak, baik yang sudah ada maupun yang baru akan ada di kemudian hari, menjadi tanggungan untuk segala perikatan perseorangan”³⁷¹

Ketentuan Pasal 1131 KUHPer tersebut sangatlah jelas sehingga dapat dikatakan di sini bahwa utang-utang, baik itu bersumber dari perjanjian atau surat kesanggupan membayar (*Promissory Note*), daripada si berutang tidaklah hapus meskipun si berutang sebagai badan usaha sudah tidak beroperasi lagi. Hapusnya utang-utang si berutang hanya dapat disebabkan oleh hal-hal yang diatur dalam Pasal 1381 KUHPerdata, yaitu karena:³⁷²

- a. Pembayaran;
- b. Penawaran pembayaran tunai, diikuti dengan penyimpanan atau penitipan;
- c. Pembaharuan utang;
- d. Perjumpaan utang atau kompensasi;
- e. Percampuran utang;
- f. Pembebasan utang;
- g. Musnahnya barang yang terutang;
- h. Kebatalan atau pembatalan;
- i. Berlakunya suatu syarat batal; dan
- j. Lewatnya waktu.

Instrumen hukum lainnya yang dapat ditempuh adalah dengan melakukan permohonan kepailitan sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang,

³⁷¹ Pasal 1131 KUHPerdata.

³⁷² Pasal 1381 KUHPerdata

yang mana segala pengurusan dan pemberesan akan utang-utang dari si berutang akan dilakukan oleh kurator.

Persoalan berikutnya adalah bagaimana mengajukan permohonan pailit ke pengadilan. Pada umumnya permohonan pailit dapat diajukan oleh kreditor yang memiliki tunggakan piutang terhadap debitor. Namun pada dasarnya selain diajukan oleh pihak kreditor, debitor yang bersangkutan juga dapat mengajukan permohonan kepailitan atas dirinya sendiri. Hal tersebut sebagaimana diatur dalam Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 37 tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (UU Kepailitan dan PKPU³⁷³), yaitu:

“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.”³⁷³

Selanjutnya dalam Pasal 2 ayat (1) UU Kepailitan dan PKPU, tersebut juga disebutkan atas permohonan satu atau lebih kreditornya. Walaupun dapat diajukan oleh 1 kreditor, namun ketentuan tersebut tidak menghilangkan persyaratan utama dimana agar debitor dapat dinyatakan pailit setidaknya memiliki 2 kreditor. Jika yang mengajukan permohonan pailit salah seorang kreditor, maka dalam permohonan yang diajukannya perlu menjelaskan adanya kreditor-kreditor lain yang memiliki piutang terhadap debitor tersebut.

Selain itu dalam proses pembuktian, kreditor yang berkedudukan sebagai pemohon pailit, harus dapat mengajukan bukti-bukti terkait piutang-piutang yang

³⁷³ Lihat Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 37 tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang.

ada. Mulai dari bukti terkait piutang yang dimiliki pemohon pailit hingga piutang yang dimiliki oleh kreditor-kreditor lainnya, yang akan dicantumkan dalam permohonan pailit. Hal ini dikarenakan saat permohonan pailit tersebut didaftarkan harus disertai dengan bukti-bukti pendukung yang ada. Prosedur tersebut jelas berbeda dengan pengajuan gugatan perdata biasa, dimana bukti-bukti baru disampaikan pada tahap pembuktian.

Adapun bukti-bukti yang perlu disiapkan antara lain yaitu:³⁷⁴

- a. Bukti adanya hubungan hukum (transaksi/kerjasama dan lainnya) antara kreditor (pemohon pailit) dan debitor (termohon pailit). Dapat berupa perjanjian atau kontrak, *Purchase Order* (PO), dan lain-lain;
- b. Bukti adanya utang-piutang antara kreditor dan debitor, yaitu dapat berupa *invoice* atau surat tagihan dalam bentuk lain;
- c. Bukti korespondensi telah adanya upaya penagihan dari kreditor kepada debitor, dapat berupa surat penagihan, surat teguran atau somasi; dan
- d. Bukti adanya utang yang dimiliki debitor tersebut kepada kreditor lainnya.

Berdasarkan pengalaman kami dalam proses penyusunan dan menyiapkan bukti-bukti pada tahap Pra-Permohonan ini perlu adanya komunikasi dan kerjasama dengan kreditor lain. Hal tersebut mengingat perlu adanya bukti-bukti yang dapat menunjukkan debitor tersebut memiliki utang terhadap kreditor yang lainnya.

³⁷⁴ Fasirus Haris, “Hal-Hal Penting Yang Harus Diperhatikan Dalam Mengajukan Permohonan Pailit Ke Pengadilan Niaga” dalam <https://bplawyers.co.id/2017/05/24/hal-hal-penting-yang-harus-diperhatikan-dalam-mengajukan-permohonan-pailit-ke-pengadilan-niaga/> diakses 28 Januari 2019.

Pada dasarnya perkara kepailitan menganut prinsip pembuktian yang sederhana. Yaitu adanya fakta pihak debitor memiliki 2 atau lebih kreditor, serta fakta utang tersebut telah jatuh tempo dan belum dibayarkan. Sedangkan perselisihan mengenai nominal dari utang tersebut tidak membuat permohonan pailit tersebut ditolak oleh pengadilan.

Hal lainnya yang perlu diingat di sini adalah adanya perbedaan dengan perkara perdata umum, permohonan pailit harus diajukan oleh seorang advokat. Sehingga dalam pengajuan permohonan pailit tidak dapat dilakukan oleh debitor atau kreditor itu sendiri, melainkan harus menggunakan jasa hukum seorang advokat. Hal tersebut sebagaimana diwajibkan dalam Pasal 7 ayat (1) UU Kepailitan dan PKPU.

Menurut Paulus E. Lotulung, dalam makalahnya "*Pencocokan Piutang*" yang dimuat dalam buku "*Penyelesaian Utang Piutang melalui Pailit atau Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang*". Menurutnya proses pencocokan piutang adalah "*Penentuan klasifikasi tentang tagihan-tagihan yang masuk terhadap Harta Pailit debitor, guna diperinci tentang berapa besarnya piutang-piutang yang dapat dibayarkan kepada masing-masing Kreditor, yang diklasifikasikan menjadi daftar piutang yang diakui maupun yang dibantah atau yang sementara diakui.*"³⁷⁵

Pencocokan piutang dilakukan dalam rapat kreditor, setelah putusan pailit dibacakan. Hal ini sesuai dengan pasal 113 ayat (1) Undang-Undang Nomor 37

³⁷⁵ Paulus E. Lotulung, *Pencocokan Piutang* dalam buku *Penyelesaian Utang Piutang melalui Pailit atau Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang*, yang dikutip oleh Shanti Rachmadsyah, *Kepailitan*, dalam <https://www.hukumonline.com/klinik/detail/ulasan/cl4504/kepailitan> diakses 28 Januari 2019 diakses 28 Januari 2019.

Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (UU Kepailitan):

“Paling lambat 14 (empat belas) hari setelah putusan pernyataan pailit diucapkan, Hakim Pengawas harus menetapkan:

- a. batas akhir pengajuan tagihan;*
- b. batas akhir verifikasi pajak untuk menentukan besarnya kewajiban pajak sesuai dengan peraturan perundang-undangan di bidang perpajakan;*
- c. hari, tanggal, waktu, dan tempat rapat Kreditor untuk mengadakan pencocokan piutang.”*

Dalam rapat kreditor tersebut, kreditor wajib menyerahkan piutangnya masing-masing kepada Kurator, disertai perhitungan atau keterangan tertulis lainnya yang menunjukkan sifat dan jumlah piutang, disertai dengan surat bukti atau salinannya, dan suatu pernyataan ada atau tidaknya Kreditor mempunyai suatu hak istimewa, hak gadai, jaminan fidusia, hak tanggungan, hipotek, hak agunan atas kebendaan lainnya, atau hak untuk menahan benda (pasal 114 UU Kepailitan).

Demikian halnya dengan perhitungan piutang tersebut selanjutnya akan dicocokkan oleh kurator. Salah satu caranya adalah dengan mencocokkan perhitungan piutang yang diserahkan oleh Kreditor dengan catatan yang telah dibuat sebelumnya dan keterangan Debitor Pailit (pasal 116 ayat [1] huruf a UU Kepailitan). Dalam penjelasan pasal 2 UU Kepailitan, disebutkan bahwa dalam kepailitan kreditor dibedakan menjadi tiga, yaitu:³⁷⁶

³⁷⁶ Paulus E. Lotulung, *Pencocokan Piutang* dalam buku *Penyelesaian Utang Piutang melalui Pailit atau Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang*, yang dikutip oleh Shanti Rachmadsyah, *Kepailitan*, dalam <https://www.hukumonline.com/klinik/detail/ulasan/cl4504/kepailitan> diakses 28 Januari 2019 diakses 28 Januari 2019.

- a. Kreditor separatis (kreditor yang memegang hak jaminan kebendaan atas piutangnya). Jaminan ini mencakup Gadai, Fidusia, Hak Tanggungan dan Hipotik Kapal.
- b. Kreditor preferen (kreditor yang diistimewakan). Kreditor jenis ini merujuk pada Pasal 1139 dan Pasal 1149 KUHPer, yaitu kreditor yang memiliki piutang-piutang yang diistimewakan, antara lain mencakup:
 - 1) biaya perkara;
 - 2) uang sewa dari benda tak bergerak;
 - 3) harga pembelian benda bergerak yang belum dibayar;
 - 4) upah para buruh.
- c. Kreditor konkuren (kreditor biasa), artinya kreditor yang sama sekali tidak memegang jaminan khusus atas piutangnya dan tidak memperoleh hak diistimewakan dari undang-undang.

Mengacu kepada ketentuan tersebut, maka permohonan kepailitan pada umumnya banyak digunakan oleh kreditor ke pengadilan untuk melakukan suatu proses likuidasi terhadap badan usaha yang sudah berhenti operasi tersebut. Hal ini guna mendapatkan kepastian hukum akan status pailit badan usaha tersebut. Dengan kata lain, likuidasi juga dapat membantu merestrukturisasi utang-utang perusahaan yang belum terbayarkan dan juga menghentikan kewajiban badan usaha terhadap negara (*pembayaran pajak*).

Dengan demikian dapat diumuskan bahwa dalam proses kepailitan, pihak kreditor dilarang untuk menagih utangnya kepada debitor. Kreditor diwajibkan untuk melaporkan piutangnya tersebut kepada Kurator, untuk selanjutnya

dilakukan proses pencocokan piutang dan pemberesan kepailitan (pasal 26 UU Kepailitan). Semua ketentuan tersebut dapat dilihat dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (*Burgerlijk Wetboek Voor Indonesie* atau BW, dan Staatsblad 1847 Nomor 23) serta Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang.

2. Kepailitan dalam Pembiayaan *Musyarakah*

Perbankan syariah dalam kegiatan bisnisnya wajib menjalankan prinsip sebagaimana diatur dalam Pasal 1 angka 12 Undang-Undang Perbankan Syariah. Prinsip bagi hasil merupakan konsep praktik yang membedakan kegiatan usaha bank syariah dengan bank konvensional dimana hubungan yang timbul adalah hubungan antara pemilik modal atau *shohibul mal* dan pekerja atau *mudharib*.³⁷⁷

Secara umum, terdapat dua jenis utama atau akad dari *syirkah* yakni *Musyarakah* dan *Mudharabah*. *Musyarakah* adalah akad kerja sama antara dua pihak atau lebih untuk suatu usaha tertentu, di mana masing-masing pihak memberikan kontribusi dana dengan ketentuan bahwa keuntungan dibagi berdasarkan kesepakatan sedangkan kerugian berdasarkan porsi kontribusi dana.³⁷⁸ Sedangkan *Mudharabah* adalah akad kerjasama antara pihak pemilik dana (*shohibul mal*) dengan pihak pengelola dana (*mudharib*) dimana keuntungan dibagi sesuai nisbah yang disepakati, sedangkan kerugian ditanggung oleh pemilik modal.

Dengan demikian, jika dikaitkan dengan ketentuan yang diatur dalam UU Perbankan Syariah maka karakteristik pembiayaan dalam ekonomi syariah yang dijalankan oleh perbankan syariah tidak mengandung riba. Definisi riba dalam bahasa bermakna *zidayah* atau tambahan, riba juga berarti tumbuh dan membesar.

³⁷⁷ Bank Indonesia, *Kamus Istilah Keuangan dan Perbankan Syariah* 2006. hlm.51

³⁷⁸ PSAK No. 106

Jika dikaitkan dengan perintah Allah SWT dalam QS an-Nisaa' ayat 29 yang menyebutkan bahwa:

“Hai orang-orang yang beriman, janganlah kamu saling memakan harta sesamamu dengan jalan yang batil, kecuali dengan jalan perniagaan yang berlaku dengan suka sama suka di antara kamu. Dan janganlah kamu membunuh dirimu, sesungguhnya Allah adalah Maha penyayang kepadamu”

Mengacu kepada ayat hukum di atas, riba adalah pengambilan tambahan, baik dalam transaksi jual-beli maupun pinjam-meminjam secara batil atau bertentangan dengan prinsip muamalah dalam Islam.³⁷⁹ Pengertian riba yang paling tepat menurut peneliti adalah pendapat Ibnu al-Arabi al-Maliki bahwa *“Pengertian riba secara bahasa adalah tambahan, namun yang dimaksud riba dalam Al-Qur’an yaitu setiap penambahan yang dialami tanpa adanya satu transaksi pengganti atau penyeimbang yang dibenarkan syariah”*³⁸⁰

Istilah “transaksi pengganti atau penyeimbang” dalam pendapat tersebut memiliki makna transaksi bisnis atau komersial yang melegitimasi adanya penambahan nilai secara adil, misalkan dalam konteks pembiayaan bagi hasil, jika terjadi sindikasi pemilik dana maka mereka berhak atas keuntungan karena selain memberikan kontribusi berupa modal, mereka juga wajib menanggung kerugian yang timbul dari pengelolaan dana tersebut.

Apabila dihubungkan dengan konsep utang-piutang konvensional yang bertujuan untuk dikelola, yang menimbulkan unsur tidak adil dan menghilangkan unsur penyeimbang adalah pihak kreditor pasti mendapatkan keuntungan tanpa melihat dalam pengelolaan dana tersebut apakah terjadi kerugian atau tidak.

³⁷⁹ Muhammad Syafi’i Antonio, *Bank Syariah: Dari Teori Ke Praktik*, hlm. 37, 2007, Cetakan Kesebelas, Gema Insani, Jakarta

³⁸⁰ *Ibid*, hlm. 38

Ketidakadilan tersebut dinilai dari ratio legis bahwa jika tidak ada pengelola dana (debitor), belum tentu kreditor dapat mendapatkan keuntungan dari dana yang dia miliki. Selanjutnya dalam Islam, sudah ditegaskan dalam QS Al-Baqarah yakni:

“Orang-orang yang makan (mengambil) riba tidak dapat berdiri melainkan seperti berdirinya orang yang kemasukan syaitan lantaran (tekanan) penyakit gila. Keadaan mereka yang demikian itu, adalah disebabkan mereka berkata (berpendapat), sesungguhnya jual beli itu sama dengan riba, padahal Allah telah menghalalkan jual beli dan mengharamkan riba. Orang-orang yang telah sampai kepadanya larangan dari Tuhannya, lalu terus berhenti (dari mengambil riba), maka baginya apa yang telah diambilnya dahulu (sebelum datang larangan); dan urusannya (terserah) kepada Allah. Orang yang kembali (mengambil riba), maka orang itu adalah penghuni-penghuni neraka; mereka kekal di dalamnya” (QS. Al-Baqarah 275)

“Allah memusnahkan riba dan menyuburkan sedekah. Dan Allah tidak menyukai setiap orang yang tetap dalam kekafiran, dan selalu berbuat dosa.” (QS. Al-Baqarah 276)

“Hai orang-orang yang beriman, bertakwalah kepada Allah dan tinggalkan sisa riba (yang belum dipungut) jika kamu orang-orang yang beriman.” (QS. Al-Baqarah 278)

“Maka jika kamu tidak mengerjakan (meninggalkan sisa riba), maka ketahuilah, bahwa Allah dan Rasul-Nya akan memerangimu. Dan jika kamu bertaubat (dari pengambilan riba), maka bagimu pokok hartamu; kamu tidak menganiaya dan tidak (pula) dianiaya.” (QS. Al-Baqarah 279).

Dalam ayat-ayat diatas, dalam konsep Islam, praktek riba secara tegas dilarang. Pencapaian paling utama dalam suatu investasi adalah apabila risiko dan keuntungan dibagi rata antara pemilik modal dan pengelola modal atau yang lebih dikenal dengan sistem *loss and profit sharing*. Hal ini amatlah berlawanan dengan sistem investasi yang menggunakan riba yang hanya menjamin posisi risiko dan keuntungan di satu sisi saja, oleh karena itu sistem riba tersebut amatlah tidak

memenuhi rasa keadilan dan sudah selayaknya di haramkan secara syariah.

Menurut pendapat Saleem yang dijelaskan bahwa:³⁸¹

“Moreover, it is one of the objectives of shariah that wealth should benefit not only owner, but also the other contracting party and the society as a whole. This is best achieved when the risk and rewards of investment are shared between the fund owner and its user. In contrast, usury only guarantees a certain predetermined rate of return to the fund owner and ignores its user. A needy person who borrows money for consumption purposes is required to pay back more than what he has borrowed, and a person who borrows capital for trade and business has to take the risk of loss in case the business fails. The capital provider is guaranteed his capital plus interest and protected from losses. The risks of investment are entirely shifted to the borrowers”.

Al-Quran melarang adanya praktik bisnis yang mengandung gharar atau ketidakpastian ini dalam setiap transaksi keuangan, hal ini dimaksudkan supaya salah satu pihak yang bertransaksi tersebut tidak memakan harta benda pihak yang lain dengan jalan yang bathil, hal ini sebagaimana yang telah diatur dalam Q.S.

Al-Baqarah ayat 188 yang menyebutkan bahwa:

“Dan janganlah sebagian kamu memakan harta sebagian yang lain di antara kamu dengan jalan yang batil dan (janganlah) kamu membawa (urusan) harta itu kepada hakim, supaya kamu dapat memakan sebagian dari harta orang lain itu dengan (jalan berbuat) dosa, padahal kamu mengetahui”.

Berdasarkan ayat-ayat diatas dapat dikatakan bahwa setiap tingkah laku dan perbuatan manusia tidak akan luput dari ketentuan Allah SWT. Hal tersebut dijelaskan juga lebih lanjut dalam QS. Al-Hadid ayat 4 yang artinya *“Dia bersama kamu dimana saja kamu berada, Dan Allah maha melihat apa yang kamu kerjakan”*. Kegiatan muamalah termasuk perbuatan perjanjian, tidak pernah akan lepas dari nilai-nilai ketauhidan. Dengan demikian manusia memiliki tanggung

³⁸¹ Muhammad Yusuf Saleem, *Islamic Commercial Law*, John Wiley and Sons Singapore Pte. Ltd, Singapore, 2013,h.2.

jawab akan hal itu. Tanggung jawab kepada masyarakat, tanggung jawab pada pihak kedua, tanggung jawab terhadap diri sendiri dan tanggung jawab kepada Allah SWT. Akibat penerapan asas ini, manusia tidak akan berbuat sekehendak hatinya karena segala perbuatannya akan mendapat balasan dari Allah SWT.³⁸²

Akad syariah disatu sisi melarang adanya ketidak-pastian dalam setiap kegiatan bisnis, yang lebih dikenal dengan istilah *al-gharar* atau *gharar*, dalam hal ini pelarangan terhadap adanya *gharar* dalam setiap kegiatan bisnis dan investasi ditujukan supaya dalam kegiatan tersebut harus terdapat adanya kepastian terhadap hak dan kewajiban yang akan diterima oleh para pihak yang dapat meliputi, jumlah modal, jenis usaha, jangka waktu, keamanan, komitmen para pihak, pengawasan usaha, maupun pembagian untung rugi dan mekanisme penyelesaian sengketa yang dapat muncul dikemudian hari.

Selain itu dengan adanya larangan *gharar* ini para pihak yang mengadakan kegiatan bisnis dan investasi dituntut untuk ikhlas (bebas dari paksaan) dan bebas dari manipulasi (*al-khilabah*), sehingga setiap transaksi ekonomi haruslah memuat kepastian (*certainty*) demi menghindari adanya kebathilan, selain itu menurut Ibnu Taimiyyah selain karena memakan harta orang lain dengan jalan bathil, *gharar* juga merupakan transaksi yang mengandung unsur untung-untungan atau judi,³⁸³ hal ini secara tegas nyata-nyata dilarang dalam Islam sebagaimana yang diatur dalam Q.S. Al-Maidah ayat 90 yang mengatur bahwa “*Hai orang-orang yang beriman, sesungguhnya (meminum) khamr, berjudi, (berkorban untuk)*

³⁸² Muhammad Syakir Aula, *Asuransi Syari'ah (Life and General): Konsep dan Sistim Operasional*, Cetakan Pertama, Gema Insani Press, Jakarta, 2004, hlm.723-727.

³⁸³ Prawitra, Thalib dan Aditya, Kukul L. S., *Kepailitan dalam Perbankan Syariah*, diterbitkan pada prooceding Konferensi Nasional Asosiasi Pengajar Hukum Keperdataan, 2015, Bali.

berhala, mengundi nasib dengan panah, adalah perbuatan keji termasuk perbuatan setan. Maka jauhilah perbuatan-perbuatan itu agar kamu mendapatkan keberuntungan”.

Dalam hal ini transparansi pada bank ditunjukkan dengan penyediaan informasi yang benar tentang pentingnya variabel keuangan, lembaga lain dan faktor administratif yang mempengaruhi kredibilitas bank. Hal ini tidak hanya penting untuk menjaga kepentingan pemilik dana dan pihak lain, tetapi juga masalah stabilitas sistem. Inilah yang menjadi prinsip utama dari standar akuntansi internasional. Konsep berbagi risiko (*risk sharing*) dari pembiayaan syariah harus ditingkatkan, karena pihak pemegang saham dan deposan investasi harus dapat mengawasi operasional bank sehingga dapat meningkatkan kedisiplinan bank. Selain itu dengan adanya penerapan konsep berbagi risiko dan keuntungan yang diterapkan dengan baik akan memberikan keadilan bagi pemilik dana dan pengelola dana, hal ini sejalan dengan salah satu tujuan dari hukum Islam, yaitu untuk mewujudkan keadilan.³⁸⁴

Dalam hukum ekonomi Islam, keadilan langsung merupakan perintah Al-Quran yang menegaskan: “*Berlaku adillah, karena adil itu lebih dekat kepada taqwa*” (QS.5:8)³⁸⁵ juga dalam Q.S Al-Hadid ayat 25 disebutkan bahwa Allah berfirman yang artinya ”*Sesungguhnya kami telah mengutus rasul-rasul Kami dengan membawa bukti-bukti yang nyata dan telah Kami turunkan bersama mereka al-kitab dan Neraca (keadilan) supaya manusia dapat melaksanakan keadilan*”. Menurut asas ini para pihak yang melakukan kontrak dituntut untuk

³⁸⁴M. Umer Chapra dan Tariqullah Khan, *Regulasi dan Pengawasan Bank Syariah*, diterjemahkan oleh Ikhwan Abidin Basri, Bumi Aksara, Jakarta, 2008, hlm.76.

³⁸⁵Syamsul Aniqwar, *Hukum Perjanjian Syariah, Studi tentang Teori Akad dalam Fiqh Muamalah*. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2010, hlm. 92.

berlaku benar dalam mengungkapkan kehendak dan keadilan, memenuhi perjanjian yang telah mereka buat, dan memenuhi semua kewajibannya.

Dalam praktiknya, banyak dijumpai bahwa skema pembiayaan yang dilakukan oleh bank syariah diikuti perjanjian *assesoir* yang pada intinya menyatakan pihak yang dibiayai harus memberikan sejumlah agunan kepada Bank Syariah selaku pemberi biaya. Islam mengenal lembaga jaminan yang disebut dengan *rahn*, sebagai suatu jaminan *rahn* adalah perjanjian *assesoir* yang mengikuti perjanjian awal yaitu utang *qardh* atau utang piutang, pada dasarnya *qardh* adalah akad tabaru yang bertujuan untuk menolong sesama manusia.

Oleh karena itulah dalam *qardh* tidak boleh adanya tambahan karena setiap tambahan adalah *riba*, dan dalam akad *qardh* tidak diperkenan adanya pengambilan keuntungan oleh pemilik dana. Jaminan diperkenankan dalam Islam namun pada posisi untuk mengamankan akad utama yaitu apabila orang yang berutang tidak mampu membayar utangnya hal ini sebagaimana yang diatur dalam Q.S. Al-Baqarah 282-283 yang secara eksplisit melarang memakan harta *riba* dari perjanjian utang-piutang.

Namun ditinjau dari perspektif kepailitan syariah di Indonesia ada suatu kecenderungan untuk mengubah esensi utang secara syariah menjadi utang-piutang secara konvensional. Perubahan esensi dari hubungan hukum demikian tampak dari unsur syarat mengajukan permohonan kepailitan dalam Pasal 2 ayat 1 UU Nomor 37 Tahun 2004 terpenuhi yakni adanya kreditor dan debitor. Implikasinya

adalah hal tersebut secara otomatis akan mengalihkan kompetensi absolut dari Pengadilan Agama ke Pengadilan Niaga.³⁸⁶

Namun demikian setiap sengketa kepailitan syariah yang terjadi selalu menimbulkan upaya paksa untuk memunculkan kreditor dan debitor, padahal para pihak tersebut (kreditor dan debitor) tidak ada dalam setiap pembiayaan syariah, dalam pembiayaan syariah dikenal hubungan kemitraan, yaitu pihak yang satu membantu pihak yang lain, yang dibiayai membantu yang membiayai dan sebaliknya, tidak ada pengambilan keuntungan secara tidak adil dalam setiap pembiayaan syariah, adanya agunan merupakan pra-syarat yang disyariatkan dalam Q.S. Al-Baqarah 282-283 untuk menjaga iktikad baik dari para pihak supaya tidak ada yang dirugikan dari pembiayaan tersebut. Ketiadaan regulasi yang mengatur tentang kepailitan syariah secara khusus menyebabkan setiap sengketa kepailitan syariah di selesaikan melalui cara-cara konvensional, kedepan hal inilah yang harus disempurnakan mengingat karakteristik dari bisnis syariah yang berbeda dengan bisnis konvensional mengharuskan adanya regulasi yang berbeda pula.

Apabila dianalisis lebih jauh dari segi kewenangan peradilan agama untuk memproses perkara kepailitan bank syariah apakah sesuai dengan apa yang diatur dalam tersebut diuraikan dalam yakni Pengadilan Agama berwenang dalam hal Ekonomi Syariah. Perkembangan Ekonomi Syariah di Indonesia ditunjukkan dengan berkembangnya eksistensi Bank Syariah yang banyak diminati oleh masyarakat luas. Ekonomi Syariah itu sendiri secara sederhana adalah suatu sistem ekonomi yang sumbernya dari Al-Qur'an dan Hadist, dan sistem ekonomi

³⁸⁶ Sebagaimana tertuang dalam Yurisprudensi Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi dalam putusan Nomor 93/PUU-X/2012.

tersebut harus selaras dengan prinsip syariah. hal tersebut ditegaskan dalam Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2008 tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syari'ah bahwa Ekonomi Syariah adalah *usaha atau kegiatan yang dilakukan oleh orang perorang, kelompok orang, badan usaha yang berbadan hukum atau tidak berbadan hukum dalam rangka memenuhi kebutuhan yang bersifat komersial dan tidak komersial menurut Prinsip Syariah.*

Dengan demikian, jika suatu kegiatan ekonomis didasarkan pada prinsip syariah, saat terjadi perkara maka sepatutnya dikategorikan sebagai perkara ekonomi syariah. Ekonomi Syariah itu sendiri diuraikan dalam pasal 49 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama yakni Pengadilan Agama berwenang dalam hal Ekonomi Syariah seperti; Bank Syari'ah, Lembaga Keuangan Mikro Syari'ah, Asuransi Syari'ah, Reasuransi Syari'ah, Reksadana Syari'ah, Obligasi Syari'ah dan Surat Berharga Berjangka Menengah Syari'ah, Sekuritas Syari'ah, Pembiayaan Syari'ah, Pegadaian Syari'ah, Dana Pensiun Lembaga Keuangan Syari'ah, dan Bisnis Syari'ah.

Prinsip Syariah itu sendiri tercantum dalam pasal 1 angka 12 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah yakni *prinsip hukum Islam dalam kegiatan perbankan berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah.* Namun dalam praktek banyak masalah yang masih terdapat kekosongan hukum ataupun minimnya perluasan interpretasi mengenai aturan-aturan yang berkaitan dengan Ekonomi Syariah itu sendiri. Titik berat pada penelitian ini adalah suatu kepailitan yang terjadi akibat praktek pembiayaan pada Bank Syariah. Kompetensi

Pengadilan Agama sebagaimana pasal 49 UUPA tersebut tidak menjelaskan secara *eksplisit* dalam hal kepailitan apakah merupakan kewenangan Pengadilan Agama mengingat konsep kepailitan juga dikenal dalam konteks hukum Islam yakni *taflis*.

3. Perkembangan Kasus Sengketa Kepailitan Pembiayaan *Musyarakah* di Bank Syariah

Di dalam Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah disebutkan akad *musyarakah* di dalam lima tempat, yaitu pada pasal 1 ayat (25) huruf a tentang pembiayaan berupa transaksi bagi hasil, pasal 19 ayat (1) huruf c tentang kegiatan usaha bank umum syariah berupa penyaluran pembiayaan, pasal 19 ayat (2) huruf c tentang kegiatan usaha UUS berupa penyaluran pembiayaan, pasal 19 ayat (1) dan (2) masing–masing huruf i tentang kegiatan usaha Bank umum syariah dan UUS berupa pembelian, penjualan atau menjamin atas resiko sendiri surat berharga pihak ketiga yang diterbitkan atas dasar transaksi nyata atas dasar prinsip syariah, dan pasal 21 huruf b angka 1 tentang kegiatan usaha bank berupa penyaluran pembiayaan bagi hasil.

Kemudian petunjuk teknis operasional pasal-pasal di atas, meskipun UU ini ditetapkan tahun 2008, mengacu kepada: PBI Nomor: 7/46/PBI/2005 tentang Akad Penghimpunan dan Penyaluran Dana Bagi Bank yang Melaksanakan Kegiatan Berdasarkan Prinsip Syariah; PBI Nomor: 8/24/PBI/2006 tentang Penilaian Kualitas Aktiva Bagi Bank Perkreditan Rakyat Berdasarkan Prinsip Syariah; dan SE BI Nomor: 10/14/Dpbps/2008.

Pembiayaan *musyarakah* dapat diberikan dalam bentuk kas, setara kas, atau aktiva nonkas, termasuk aktiva tidak berwujud seperti lisensi ataupun hak

paten. Secara umum tujuan pembiayaan dibedakan menjadi dua kelompok besar, yaitu tujuan pembiayaan untuk tingkat makro dan tujuan pembiayaan untuk tingkat mikro. Secara makro, pembiayaan *musyarakah* bertujuan untuk:³⁸⁷

- a. Peningkatan ekonomi umat, artinya masyarakat yang tidak dapat akses secara ekonomi, dengan adanya pembiayaan mereka tentu dapat melakukan akses ekonomi. Dengan demikian dapat meningkatkan taraf ekonominya;
- b. Tersedianya dana bagi peningkatan usaha, artinya untuk pengembangan usaha membutuhkan dana tambahan. Dana tambahan ini dapat diperoleh melakukan aktivitas pembiayaan. Pihak yang surplus dana menyalurkan kepada pihak yang minus dana, sehingga dapat tergulirkan;
- c. Meningkatkan produktivitas usaha, artinya adanya pembiayaan memberikan peluang bagi masyarakat usaha agar mampu meningkatkan daya produksinya. Sebab upaya produksi tidak akan dapat berjalan tanpa adanya dana;
- d. Membuka lapangan kerja baru, artinya dengan dibukanya sektor-sektor usaha melalui penambahan dana pembiayaan, maka sektor usaha tersebut akan menyerap tenaga kerja. Hal ini berarti menambah atau membuka lapangan kerja baru.

Adapun secara mikro, pembiayaan *musyarakah* di bank syariah diberikan dalam rangka untuk:³⁸⁸

- a. Upaya mengoptimalkan laba, artinya setiap usaha yang dibuka memiliki tujuan tertinggi, yaitu menghasilkan laba usaha. Setiap pengusaha meng-

³⁸⁷ Veitzal Rivai, *Islamic Banking*, PT. Bumi Aksara, Jakarta, 2010, hlm.. 681-682.

³⁸⁸ Veitzal Rivai, *Islamic Banking*, PT. Bumi Aksara, Jakarta, 2010, hlm.. 681-682.

- inginkan mampu mencapai laba maksimal. Untuk dapat menghasilkan laba maksimal maka mereka perlu dukungan dana yang cukup;
- b. Upaya meminimalkan resiko, artinya usaha yang dilakukan agar mampu menghasilkan laba maksimal, maka pengusaha harus mampu meminimalkan resiko yang mungkin timbul. Resiko kekurangan modal usaha dapat diperoleh melalui tindakan pembiayaan;
 - c. Pendayagunaan sumber ekonomi, artinya sumber daya ekonomi dapat dikembangkan dengan melakukan *mixing* antara sumber daya alam dengan sumber daya manusia serta sumber daya modal. Jika, sumber daya alam dan sumber daya manusianya ada, dan sumber daya modal tidak ada. Maka dipastikan diperlukan pembiayaan;
 - d. Penyaluran kelebihan dana, artinya dalam kehidupan masyarakat ini ada pihak yang memiliki kelebihan sementara ada pihak yang kekurangan. Dalam kaitannya dengan masalah dana, maka mekanisme pembiayaan dapat menjadi jembatan dalam penyeimbangan dan penyaluran kelebihan dana dari pihak yang kelebihan (*surplus*) kepada pihak yang kekurangan (*minus*) dana.

Semakin berkembangnya pembiayaan syariah tidak dapat dilepaskan dari perkembangan ekonomi yang sangat pesat khususnya di Indonesia mengakibatkan munculnya konsep-konsep baru yang mengikuti perkembangan sosial ekonomi di masyarakat. Indonesia sebagai salah satu negara, juga berkembang mengikuti pola perkembangan kebutuhan masyarakatnya untuk memajukan perekonomian negara. Salah satu contoh konkrit adalah menjamurnya bank-bank syariah, dimana “seyogyanya” perbankan syariah di Indonesia secara mutlak menerapkan prinsip syariah sehingga menunjang perkembangan ekonomi syariah di Indonesia.

Penggunaan kalimat “seyogyanya” tersebut oleh karena pada prakteknya terdapat bank syariah yang tidak menerapkan praktek ekonomi syariah yang akan dibahas pada bab selanjutnya dalam penelitian ini. Hal tersebut dapat dimaklumi mengingat praktek ekonomi syariah sudah lama menjadi *living law* dalam kehidupan bermasyarakat di Indonesia namun baru diakomodir setelah era reformasi, tepatnya pada lahirnya UU No 10 Tahun 1998 tentang perubahan UU No 7 Tahun 1992 tentang Perbankan dan lebih lanjut diakomodir dalam UU Perbankan Syariah.³⁸⁹

Perkara ekonomi syariah sendiri muncul di dalam penjelasan pasal 49 UU Peradilan Agama yakni:

“Yang dimaksud dengan “ekonomi syari’ah” adalah perbuatan atau kegiatan usaha yang dilaksanakan menurut prinsip syari’ah, antara lain meliputi:

- a. bank syari’ah;*
- b. lembaga keuangan mikro syari’ah*
- c. asuransi syari’ah;*
- d. reasuransi syari’ah;*
- e. reksa dana syari’ah;*
- f. obligasi syari’ah dan surat berharga berjangka menengah syari’ah;*
- g. sekuritas syari’ah;*
- h. pembiayaan syari’ah;*
- i. pegadaian syari’ah;*
- j. dana pensiun lembaga keuangan syari’ah; dan*
- k. bisnis syari’ah”*

Dalam sudut pandang konsep Islam, model ekonomi syariah dibangun atas filosofi religiusitas, institusi keadilan serta instrumen kemaslahatan³⁹⁰ yang diatur dalam Alqur’an dalam Al-Qur’an antara lain:

“Apa saja harta rampasan (fai-i) yang diberikan Allah kepada Rasul-Nya (dari harta benda) yang berasal dari penduduk kota-kota maka adalah untuk Allah, untuk Rasul, kaum kerabat, anak-anak yatim, orang-orang

³⁸⁹ Santoso, Lukman, *Politik Hukum Ekonomi Syariah Pasca Reformasi di Indonesia*, SOSIO-RELIGIA, Vol. 10, No.2, 2012

³⁹⁰ Yahya, Muchlis dan Agunggunanto, Edy Yusuf, *Teori Bagi Hasil (Profit and Loss Sharing) dan Perbankan Syariah dalam Ekonomi Syariah*, Dinamika Ekonomi Pembangunan, Vol. 1 No 1, 2011

miskin dan orang-orang yang dalam perjalanan, supaya harta itu jangan beredar di antara orang-orang kaya saja di antara kamu. Apa yang diberikan Rasul kepadamu, maka terimalah. Dan apa yang dilarangnya bagimu, maka tinggalkanlah. Dan bertakwalah kepada Allah. Sesungguhnya Allah amat keras hukumannya.” (QS al-Hasyr 7),

“laki-laki yang tidak dilalaikan oleh perniagaan dan tidak (pula) oleh jual beli dari mengingati Allah, dan (dari) mendirikan sembahyang, dan (dari) membayarkan zakat. Mereka takut kepada suatu hari yang (di hari itu) hati dan penglihatan menjadi goncang” (QS an-Nuur 37)

“Dan janganlah sebahagian kamu memakan harta sebahagian yang lain di antara kamu dengan jalan yang bathil dan (janganlah) kamu membawa (urusan) harta itu kepada hakim, supaya kamu dapat memakan sebahagian daripada harta benda orang lain itu dengan (jalan berbuat) dosa, padahal kamu mengetahui.” (QS Al-Baqarah 188)

Sedangkan ditinjau dari konsep keilmuan, pengertian yang tercantum dalam UU Peradilan Agama tersebut merupakan penyederhanaan dari pendapat Abdul Manan yakni ekonomi islam sebagai “*Social science which studies the economic problems of people imbued with the values of Islam*”.³⁹¹ *Values of islam* dalam pendapat tersebut menurut Lukman Santoso dapat didasarkan pada kaidah *tafriq al-halal min al-haram* dan *i’adah al-nadhar*,³⁹² di mana pengertian *tafriq al-halal min al-haram* adalah pemisahan unsur halal dari yang haram, karena mengingat praktek ekonomi syari’ah di Indonesia masih terdapat riba. Dengan demikian diperlukan “pemisahan yang tegas” antara praktek kegiatan ekonomi yang halal dengan praktek yang haram.

Selanjutnya kaidah *I’adah al-nadhar* merupakan dasar untuk melakukan *review* atau telaah ulang atas alasan hukum yang telah disampaikan oleh ulama tentang suatu masalah yang sudah terjadi.³⁹³ Dengan kata lain, pendapat ulama terdahulu dapat ditinggalkan karena sudah tidak aplikatif bagi kondisi yang terus berkembang. Namun perkembangan kondisi tersebut juga harus diikuti dengan

³⁹¹ Fariana Andi, *Peran Statgis Pengadilan Agama Dalam Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah*, Al-Ihkam, Vol 10 No 2, 2015

³⁹² Santoso, Lukmasn *Op.Cit* hal 13

³⁹³ *Ibid.* hlm. 14.

adanya pendapat-pendapat ulama yang baru dan lebih membawa kemaslahatan. Di Indonesia, pendapat-pendapat ulama baru tersebut dikeluarkan oleh Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia (DSN-MUI).

Dalam perkembangannya saat ini, setelah UU Peradilan Agama disahkan, Ketua MA pada tanggal 20 Oktober 2006 menerbitkan SK No: KMA/097/SK/X/2006 yang merupakan tindak lanjut dari rapat kelompok kerja perdata agama MA dimana Tim Penyusunan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah yang diketuai Prof Abdul Manan dibentuk. Penyusunan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah tersebut merupakan upaya untuk melakukan positivisasi hukum ekonomi syariah di Indonesia. Namun hingga penelitian ini dibuat, Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah, yang nantinya merupakan sumber hukum materiil bagi peradilan agama di Indonesia, masih belum sepenuhnya diaplikasikan secara optimal meskipun telah terbit Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 2 tahun 2008 tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah yang dalam pasal 1 ayat (1) dan pasal 2 yang menyatakan bahwa “*Hakim pengadilan dalam lingkungan peradilan agama yang memeriksa, mengadili dan menyelesaikan perkara yang berkaitan dengan ekonomi syariah, mempergunakan sebagai pedoman prinsip syariah dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah*”, “*Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah sebagaimana dimaksud dalam pasal 1 adalah Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah yang menjadi lampiran yang tidak terpisahkan dari Peraturan Mahkamah Agung ini.*”

Berdasarkan data yang didapat oleh redaksi Majalah Peradilan Agama³⁹⁴ terdapat 7 dari 9 putusan pasca diterbitkannya PERMA Nomor 2 Tahun 2008

³⁹⁴ Lihat Editor, *Majalah Peradilan Agama*, Edisi 8 Desember 2015, www.badilag.net, diakses pada tanggal 29 September 2016

pada rentang waktu 2008-2015 yang menggunakan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah sebagai sumber hukum dalam menyelesaikan sengketa ekonomi syariah yang ditunjukkan dalam tabel berikut:

NO	PARA PIHAK	NOMOR PUTUSAN	JENIS SENGKETA	SUMBER HUKUM		
				KHES	BW	Fatwa DSN-MUI
1	Antara PT. BPR Syariah Tulen Amanah vs Nasabah;	419/Pdt.G/2008/PA.SEL	Wanprestasi akad Mudharabah	✓	✓	✓
2	Antara Bank Muamalat Indonesia vs PT. Asuransi Takaful Umum;	1221/Pdt.G/2009/P.A.JS	Wanprestasi akad asuransi	✓		✓
3	PT. BPR Syariah vs Nasabah	882/Pdt.G/2010/PA.Sit	Wanprestasi akad Musyarakah	□	✓	
4	Antara Nasabah vs KSU Bait Mal wa Tamwil;	463/Pdt.G./2011/PN . Btl	Wanprestasi akad Mudharabah	✓		
5	KSU BMT Bina Sejahtera Mandiri vs Nasabah	318/Pdt.G/2011/PA. Btl	Wanprestasi akad Mudharabah	✓	✓	✓
6	BPRS Buana Mitra Perwira vs Nasabah	1740/Pdt.G/2011/P.A.Pbg	Wanprestasi akad Mudharabah	✓		
7	Nasabah vs KSU BMT Islam Sejahtera	700/Pdt.G/2011/PA. Btl	Wanprestasi akad Mudharabah	□		✓
8	Istri Nasabah vs Bank Sumut Syariah Cabang Padangsidempuan	967/Pdt.G/2012/PA. Mdn	Wanprestasi akad Mudharabah	✓		✓
9	PT. BNI Syariah Kecapem Mikro Prabumulih vs Nasabah	964/Pdt.G/2014/PA. ME	Wanprestasi akad Mudharabah	✓	✓	✓

Hasil temuan tersebut bertujuan untuk menjelaskan bahwa Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah sudah diterapkan oleh mayoritas hakim pengadilan agama yang dibuktikan bahwa 7 dari 9 kasus sumber materilnya didasarkan pada aturan tersebut. Namun perlu diperhatikan bahwa eksistensi Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah faktanya tidak mengesampingkan BW sebagai sumber hukum perdata konvensional. Dengan demikian masih terdapat potensi tercampur-aduknya konsep hukum pembiayaan syariah dan konvensional jika dilihat dari tabel diatas bahwa 8 kasus merupakan sengketa yang terjadi akibat dari pembiayaan yang berlandaskan prinsip syariah.

Hal tersebut yang mengakibatkan kerancuan penyelesaian sengketa

ekonomi atau bisnis syariah karena yang digunakan adalah hukum acara konvensional di Indonesia yakni hukum acara perdata yang notabene merupakan hasil konkordansi dari Hukum Belanda tidak selaras dengan ideologi yang menjunjung tinggi prinsip syariah.

Potensi kaburnya penerapan prinsip syariah tersebut merupakan suatu hal yang bersifat *urgent* untuk ditanggulangi mengingat menurut anggota Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia, Adiwarman A. Karim, Indonesia merupakan bank retail Islam terbesar di dunia³⁹⁵ dengan 5 alasan yakni:

- a. jaringan kelembagaan yang telah mencapai 199 bank syariah yakni 12 Bank Umum Syariah, 22 Bank Umum yang memiliki unit usaha syariah, serta 165 Bank Pembiayaan Rakyat Syariah (Per-Juli 2016) yang berpotensi semakin besar jika didukung oleh perkembangan positif pada sektor-sektor ekonomi syariah yang lain.
- b. Jumlah nasabah perbankan syariah setidaknya 17 juta orang yang murni dari unsur masyarakat tanpa adanya campur tangan dari unsur pemerintah. Hal tersebut membuktikan bahwa nasabah perbankan syariah *grow from bottom* dibandingkan negara lain. Di kawasan Timur Tengah lebih condong ke arah *Islamic Investment Banking* karena tumbuhnya perbankan syariah di daerah tersebut didukung oleh dana-dana investasi. Sedangkan di negara tetangga, Malaysia, pertumbuhan perbankan syariah bergantung pada dana pemerintah dan BUMN yang mencapai angka 70-75% sehingga lebih condong ke arah *Islamic Corporate Banking*.
- c. Pertumbuhan perbankan syariah di Indonesia didukung oleh jumlah anggota

³⁹⁵ Lihat penjelasan Adiwarman Karim tentang data perbankan syariah di Indonesia dalam *Majalah Peradilan Agama*, Edisi 3, 2014.

Dewan Pengawas Syariah terbesar di dunia yang tersertifikasi, yang bertugas untuk mengawasi dan memastikan kegiatan operasional perbankan syariah telah *sharia compliance*

- d. Dengan jaringan kelembangaan yang besar, dapat dipastikan Indonesia juga memiliki jumlah bankir Islam/syariah terbesar didunia yang membidani kegiatan operasional perbankan syariah.
- e. Indonesia memiliki perguruan tinggi terbanyak yang menawarkan materi perbankan syariah sebagai mata kuliah yang berpotensi menjamin ketersediaan regenerasi sumber daya manusia yang dibutuhkan perbankan syariah.

Berdasarkan uraian di atas maka dapat dirumuskan bahwa prinsip syariah yang tercantum dalam pasal 1 angka 12 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah mengatur semua kegiatan perbankan berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah. Namun dalam praktek banyak masalah yang masih terdapat kekosongan hukum ataupun minimnya perluasan interpretasi mengenai aturan-aturan yang berkaitan dengan ekonomi syariah itu sendiri. Namun peneliti ingin tegaskan di sini bahwa penyelesaian sengketa kepailitan dalam pembiayaan *musyarakah* di bank syariah yang terjadi saat ini merupakan bagian dari kompetensi absolut peradilan agama sebagaimana diatur dalam pasal 49 UU Peradilan Agama.

4. Penyelesaian Sengketa Kepailitan Pembiayaan *Musyarakah* Melalui Pengadilan

Menurut sebagian pihak adanya dualisme hukum yang berlaku dalam penanganan perkara yang berkaitan dengan praktek ekonomi syariah sebagaimana

yang telah diuraikan diatas, berdampak sistemik terhadap aplikasi hukum acara yang digunakan. UU Perbankan Syariah dalam Pasal 55 ayat (1) dengan tegas menyatakan bahwa *“penyelesaian sengketa perbankan syariah dilakukan oleh pengadilan agama dalam lingkungan peradilan agama”*. Dengan demikian jika terjadi proses kepailitan, maka seyogyanya kompetensi absolut berada pada Pengadilan Agama karena. Pengadilan Agama memiliki kewenangan berkaitan dengan Ekonomi Syariah.³⁹⁶ Dalam penjelasan pasal 49 UU Peradilan Agama, dijelaskan bahwa *“penyelesaian sengketa tidak hanya dibatasi di bidang perbankan syariah, melainkan juga di bidang ekonomi syariah lainnya.”*

Namun permasalahan timbul dengan adanya pengaturan dalam ayat (2) dari pasal tersebut yakni *“dalam hal para pihak telah memperjanjikan penyelesaian sengketa selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1), penyelesaian sengketa dilakukan sesuai isi akad”*. Sedangkan penjelasan dari pasal tersebut menyatakan dalam huruf d menyatakan bahwa yang dimaksud dengan penyelesaian sengketa sesuai isi akad dapat diperjanjikan melalui pengadilan dalam lingkungan peradilan umum.

Aturan tersebut jelas semakin menghambat unifikasi aturan yang selaras dengan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah, karena pasal 5 ayat (2) UU Perbankan Syariah secara eksplisit memberikan alternatif lain atas kompetensi absolut peradilan agama; misalkan dalam akad pembiayaan para pihak sepakat jika terdapat sengketa maka penyelesaian dilakukan di pengadilan negeri. Hal tersebut semakin diperparah bahwa penyelesaian sengketa menurut ayat (3) wajib menggunakan kaidah yang terdapat pada prinsip syariah.

³⁹⁶Ekonomi Syariah Ekonomi syari’ah diartikan dengan: “Perbuatan atau kegiatan usaha yang dilaksanakan menurut prinsip syari’ah.”

Oleh karena itu dapat dipastikan bahwa penanganan perkara syariah yang diajukan ke lingkungan peradilan umum tidak dapat dilakukan secara optimal karena hakim dalam lingkungan peradilan umum tidak memahami prinsip syariah. Sebagai contoh kasus Purdi E. Chandra, majelis hakim pemeriksa perkara baik di tingkan Pengadilan Niaga maupun di Tingkat Mahkamah Agung semuanya berlatar belakang sebagai hakim pengadilan negeri.³⁹⁷

Atas kerancuan dalam pasal 5 UU Perbankan syariah tersebut, Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi dalam putusannya Nomor 93/PUU-X/2012 telah memutuskan bahwa seluruh penyelesaian sengketa perbankan syariah harus berada pada wilayah yurisdiksi pengadilan agama. Namun hal tersebut menimbulkan permasalahan lebih lanjut yakni adanya kekurangan dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah tentang kepailitan yang dapat dijadikan dasar oleh Pengadilan Agama untuk memproses perkara kepailitan. Sangat tidak mungkin Pengadilan Agama menggunakan Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 karena konsep hubungan hukum yang terkandung sangat berbeda seperti yang sudah diuraikan sebelumnya.

Oleh karena itu masih terdapat kasus kepailitan yang ditemukan pasca putusan Mahkamah Konstitusi yang diselesaiannya di pengadilan niaga yakni:³⁹⁸

- a. Perkara Nomor: 13/PAILIT/2013/PN.JKT.- PST antara Pemohon PT. Bank Syariah Bukopin dengan termohon PT. Haseda Remindo, Pengadilan Niaga Jakarta tanggal 18 Februari 2013.

³⁹⁷ Indrapraja, Yudha. *Kegagalan Hukum di Indonesia Dalam Menciptakan Kepastian Hukum Terkait Sengketa Kepailitan Perbankan Syariah*. Jurnal Asy-Syari'ah, 2014, 16.3.

³⁹⁸ *Ibid.*

- b. Perkara Nomor: 6/PKPU/2013/PN.PN.- JKT.PST antara Pemohon PT. Bank Syariah Bukopin dengan termohon PT. Haseda Remindo, jenis perkara Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, di- daftarkan ke Pengadilan Niaga Jakarta Pusat tanggal 6 Maret 2013.
- c. Perkara Nomor: 7/PKPU/2013/PN.PN.- JKT.PST antara Pemohon PT. Bank BNI Syariah dengan termohon Purdi E Chandra, jenis perkara Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, didaftarkan ke Pengadilan Niaga Jakarta tanggal 6 Maret 2013.
- d. Perkara Nomor: 57/PKPU/2013/PN.JKT.- PST antara Pemohon PT. Bank BNI Syariah dengan Termohon PT. Rolika Caterindo,Cs, jenis perkara Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, didaftar- kan ke Pengadilan Niaga Jakarta tanggal 10 September 2013.
- e. Perkara Nomor 20/PKPU/2014/PN.JKT.- PST antara Pemohon PT. Bank BNI Syariah dengan Termohon PT. Prahaja Panca Vano, jenis perkara Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, didaftar kan ke Pengadilan Niaga Jakarta tanggal 22 April 2014

Di samping putusan tersebut, terdapat beberapa putusan kepailitan di pengadilan niaga tentang sengketa pembiayaan *musyarakah*, antara lain:

- a. Putusan Kasasi Mahkamah Agung Nomor: 354 K/Pdt.Sus-Pailit/2014 antara **Haji Mujiono Rachmat**, bertempat tinggal di Ngrejopuro RT. 01/003 Jalan Raya Slogohimo, Wonogiri, Jawa Tengah, dalam hal ini memberi kuasa kepada Muh. Kurniawan BW, S.Ag., S.H., M.H., dan kawan, Para Advokat, beralamat di Jalan Adi, Nomor 8, Kepatihan Wetan, Jebres, Kota Surakarta, Jawa Tengah, berdasarkan Surat Kuasa Khusus tanggal 24 April 2014, sebagai Pemohon Kasasi dahulu **Termohon Pailit** melawan **PT. Bank**

Syariah Bukopin, berkedudukan di Jalan Salemba Raya, Nomor 55, Jakarta, diwakili Direktur Utama Riyanto, dalam hal ini memberi kuasa kepada Purwoko J. Soemantri, S.H., M.Hum., dan kawan-kawan, Para Advokat, beralamat di Gedung Manggala Wanabakti, Blok IV, Lantai 5, Wing A, Ruang 502 A, Jalan Jend. Gatot Subroto, Senayan, Jakarta, berdasarkan Surat Kuasa Khusus tanggal 9 Mei 2014, sebagai Termohon Kasasi dahulu Pemohon Pailit.

Adapun kasus posisi dalam perkara Nomor: 354 K/Pdt.Sus-Pailit/2014 adalah didasarkan kepada Akta Akad Line Facility Musyarakah Nomor 60 dan Akta Pengakuan Hutang Nomor 63, tertanggal 16 Februari 2012, yang dibuat dihadapan Notaris Shallman, S.E., S.H., M.M., M.Kn., Notaris di Surakarta, Pemohon setuju memberikan pinjaman kepada Debitor/Termohon plafond maksimal sebesar Rp1.298.000.000,00 (satu miliar dua ratus sembilan puluh delapan juta rupiah) yang akan digunakan untuk take over fasilitas pembiayaan di Bank Syariah Mandiri Cabang Solo, dalam bentuk fasilitas modal kerja, Nisbah bagi hasil yang diberikan oleh Bank sebesar 0.39 % (Nisbah Bank) dan 99.61 % (Nisbah Nasabah), dengan jangka waktu berlaku 12 bulan sejak tanggal pencairan, dimana untuk menjamin tertibnya pembayaran kembali/pelunasan hutang dan/atau margin Termohon pada waktu yang telah disepakati, maka Termohon menyerahkan jaminan berupa sejumlah sertifikat tanah dan bangunan.

Dalam pertimbangannya, majelis hakim menyebutkan bahwa sudah jelas akad yang digunakan Pemohon dengan Termohon Kasasi adalah akad *musyarakah* yaitu pembiayaan berdasarkan akad kerjasama antara dua pihak atau lebih

untuk suatu usaha tertentu, dimana masing-masing pihak memberikan kontribusi dana dengan ketentuan bahwa keuntungan dan resiko akan ditanggung bersama sesuai dengan kesepakatan. Kerugian atas akad musyarakah harus dibagi di antara para mitra secara proporsional menurut saham masing-masing dalam modal. Dan Jika salah satu pihak tidak menunaikan kewajibannya atau jika terjadi perselisihan di antara para pihak, maka penyelesaiannya dilakukan melalui badan Arbitrase Syariah setelah tidak tercapai kesepakatan melalui musyawarah. (Fatwa DSN Nomor 08/DSN-MUI/IV/2000).

Selain itu disebutkan pula bahwa Bahwa akad yang dipergunakan oleh Pemohon dengan Termohon Kasasi adalah akad *musyarakah*, yang seharusnya keuntungan dan kerugian Pemohon dan Termohon Kasasi menjadi tanggung jawab bersama sesuai modal yang ditanamkan. Namun yang terjadi Termohon Kasasi hanya mau keuntungannya saja dan tidak mau menanggung kerugian bersama dengan mempersengketakan dan mempailitkan di Pengadilan Niaga yang seharusnya diselesaikan melalui Arbitrase Syariah.

Bahwa keputusan pailit telah memenuhi syarat Pasal 2 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang.

Bahwa dalam Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 dan Perubahan Kedua dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009, serta peraturan perundang-undangan lain yang bersangkutan,

sehingga dalam amarnya hakim memutuskan untuk menolak permohonan kasasi dari Pemohon Kasasi.

- b. Putusan Kasasi Mahkamah Agung Nomor: 622 K/Pdt.Sus/2012 antara PT. Riau Airlines sebagai Pemohon Kasasi dahulu Termohon Pailit melawan PT. Bank Muamalat Indonesia Tbk. dan Ir. Benny Septiady (Direktur PT Anugerah Citrabogatama), keduanya sebagai Termohon Kasasi dahulu Pemohon Pailit I dan II.

Dalam pertimbangannya hakim mengemukakan bahwa *Termohon Pailit Telah Tidak Membayar Kepada Pemohon Suatu Hutang Yang Telah Jatuh Tempo Dan Dapat Ditagih*, Bahwa Termohon Pailit telah memperoleh fasilitas pembiayaan dari Pemohon Pailit I melalui beberapa kali tahapan fasilitas pembiayaan.

Bahwa untuk menjamin kepastian dan ketertiban pembayaran dan/atau pengembalian fasilitas tahapan pembiayaan yang diterima Termohon Pailit, termasuk margin dan/atau nisbah bagi hasil yang telah disepakati, telah diberikan jaminan pembiayaan yang secara hukum telah diikat dengan Hak Tanggungan dan Fiducia terhadap jaminan pembiayaan.

Bahwa karena Termohon Pailit tidak dapat memenuhi kewajibannya untuk melakukan penyelesaian atas kewajiban pembiayaan sesuai dengan jadwal pembayaran yang jatuh tempo, maka berdasarkan ketentuan Pasal 16 ayat (1) Akad Ijarah No. 64 Tanggal 26 Juni 2007 menyebabkan berlakunya ketentuan Pasal 17 Akad Ijarah No. 64 Tanggal 26 Juni 2007 serta ketentuan-ketentuan akad lainnya sehubungan dengan pembiayaan Termohon Pailit mengaki-

batkan ” terjadinya suatu peristiwa cedera janji karena tidak dapat memenuhi kewajiban

untuk melakukan penyelesaian kewajiban yang jatuh tempo maka Pemohon Pailit dengan pemberitahuan tertulis berhak menyatakan bahwa seluruh pembiayaan *Al-Musyarakah* yang Terhutang (Ic. Termohon Pailit), dan semua uang yang harus dibayarkan berdasarkan perjanjian ini menjadi jatuh tempo dan harus dibayar seketika atau tanpa pemberitahuan lebih lanjut dan tanpa diperlukan adanya putusan pengadilan”.

Bahwa Pemohon Kasasi pada memori kasasinya mendalilkan pertimbangan hukum *Judex Facti* dalam putusan pailit No.03/Pailit/ 2012/PN.Niaga/Medan telah dinyatakan bahwa Pemohon Kasasi tidak membantah adanya utang terhadap Para Pemohon Pailit (*vide* Putusan halaman 48-49) dan dalam hal ini *Judex Facti* telah salah menerapkan hukum pembuktian dalam perkara kepailitan serta tidak mempertimbangkan dengan saksama tentang fakta hukum yang terbukti pada proses pemeriksaan perkara dan bahkan tidak mempertimbangkan bukti dan fakta persidangan secara fair dan benar sesuai hukum acara yang berlaku.

Mahkamah Agung mempertimbangkan bahwa alasan-alasan kasasi tersebut tidak dapat dibenarkan, oleh karena setelah meneliti dengan seksama memori kasasi tanggal 18 Juli 2012 dan kontra memori tanggal 30 Juli 2012 dihubungkan dengan pertimbangan *Judex Facti* dalam hal ini putusan Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri Medan, ternyata tidak salah dalam menerapkan hukum dan telah memberi pertimbangan yang cukup dan benar, karena Pemohon Pailit I dan Pemohon Pailit II, berdasarkan bukti-bukti yang diajukan, telah berhasil membuktikan dalil permohonannya, bahwa Termohon

Pailit mempunyai 2 (dua) kreditor dan adanya hutang yang sudah jatuh tempo dan dapat ditagih serta dapat dibuktikan secara sederhana, memenuhi ketentuan Pasal 2 jo. Pasal 8 ayat (4) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004, oleh karenanya adalah beralasan untuk mengabulkan permohonan Pemohon Pailit I dan Pemohon Pailit II.

Memperhatikan pasal-pasal dari Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004, Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009, Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 sebagaimana yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 dan perubahan kedua dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2009, serta peraturan perundang-undangan lain yang bersangkutan, maka majelis hakim menolak permohonan kasasi dari Pemohon Kasasi : PT. RIAU AIRLINES tersebut

Dua putusan tersebut di atas, khusus dalam kasus di mana terjadi kerugian, akan ditanggung bersama sesuai dengan proporsi penyertaan modal masing-masing (semua ulama sepakat dalam hal ini). Dalam *musyarakah* keuntungan dibagi berdasarkan kesepakatan para pihak, sedangkan kerugian ditanggung bersama sesuai dengan proporsi penyertaan modal masing-masing pihak. *Musyarakah* pada umumnya merupakan perjanjian yang berjalan terus sepanjang usaha yang dibiayai bersama terus beroperasi. Meskipun demikian, perjanjian *musyarakah* dapat diakhiri dengan atau tanpa menutup usaha. Apabila usaha ditutup dan dilikuidasi, maka masing-masing mitra usaha mendapat hasil likuidasi aset sesuai nisbah penyertaannya. Apabila usaha terus berjalan, maka mitra usaha yang ingin mengakhiri perjanjian dapat menjual sahamnya ke mitra usaha yang lain dengan harga yang disepakati bersama.

Kemudian dalam perkara-perkara tersebut jika diperhatikan bahwa pihak pemohon adalah bank syariah selaku pemilik dana. Hal tersebut membuktikan bahwa Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) masih belum dapat dijadikan pedoman dalam penanganan perkara *taflis*. Dan hingga penelitian ini dibuat, masih belum ditemukan yurisprudensi Mahkamah Agung yang berkaitan dengan penanganan perkara *taflis*. Jika diperhatikan, nampaknya para pihak yang terlibat dalam praktek ekonomi syariah mempunyai linearitas pemikiran bahwa sampai saat ini hanya UU 37 Tahun 2004 yang dapat mengakomodir perkara kepailitan. Dengan kata lain, jika dilihat dari sudut pandang *civil law system*, maka peneliti dapat mengatakan bahwa pengadilan niaga terlalu prematur diberikan kewenangan untuk mengadili perkara kepailitan ekonomi syariah terlebih lagi pada pembiayaan *musyarakah*.

BAB IV
ANALISIS PENERAPAN HUKUM KEPAILITAN DALAM
PEMBIAYAAN *MUSYARAKAH* PADA BANK SYARIAH
DI INDONESIA

A. Analisis Terhadap Penerapan Hukum Kepailitan dalam Pembiayaan *Musyarakah* pada Bank Syariah di Indonesia

1. Mekanisme Penentuan Bagi Hasil dalam Pembiayaan *Musyaraka* di Bank Syariah

Bagi hasil merupakan suatu sistem pengolahan dana dalam perekonomian Islam yakni pembagian hasil usaha antara pemilik modal (*shahibul maal*) dan pengelola (*Mudharib*). Bagi hasil menurut terminologi asing (Inggris) dikenal dengan sebutan *profit sharing*. *Profit sharing* dalam kamus ekonomi diartikan dengan pembagian laba. Sedangkan secara definitif, penerapan prinsip bagi hasil atau *profit sharing* adalah pembagian atas hasil usaha yang telah dilakukan oleh pihak-pihak yang melakukan perjanjian yaitu pihak nasabah dan pihak perbankan syariah.³⁹⁹

Dalam hukum ekonomi Islam diatur pelarangan riba karena suatu penolakan terhadap timbulnya risiko finansial tambahan yang ditetapkan dalam transaksi uang atau modal maupun jual beli yang dibebankan kepada satu pihak saja sedangkan pihak yang lain dijamin keuntungannya. Oleh karenanya, besaran *nisbah* ditentukan berdasarkan kesepakatan masing-masing pihak yang melakukan perjanjian. Jadi, angka besaran *nisbah* ini muncul sebagai hasil tawar-menawar antara *shahibul maal* dengan *mudharib*. Dengan demikian, angka *nisbah* ini

³⁹⁹ Ibn Qudamah. *Al-Mughni*, Dar al-Fikr, Beirut, 1981, hlm. 109

bervariasi, bisa 50:50, 60:40, 70:30, 80:20, bahkan 99:1. Namun para ahli fiqh sepakat bahwa *nisbah* 100:0 tidak diperbolehkan.⁴⁰⁰

Sistem bagi hasil dalam hukum ekonomi syariah merupakan sistem di mana dilakukan perjanjian atau ikatan bersama di dalam melakukan kegiatan usaha. Di dalam kegiatan usaha diperjanjikan adanya pembagian hasil atas keuntungan yang akan didapat antara kedua belah pihak atau lebih. Bagi hasil dalam praktik perbankan syariah merupakan ciri khusus yang ditawarkan kepada masyarakat, dan di dalam aturan syariah yang berkaitan dengan pembagian hasil usaha harus ditentukan terlebih dahulu pada awal terjadinya kontrak (akad). Besarnya penentuan porsi bagi hasil antara kedua belah pihak ditentukan sesuai kesepakatan bersama, dan dibuat dengan dasar kerelaan (*an-taradhin*) di masing-masing pihak tanpa adanya unsur paksaan.

Oleh karena itu, *nisbah* harus dinyatakan dalam bentuk persentase antara kedua belah pihak, bukan dinyatakan dalam nilai nominal rupiah tertentu. Dalam konteks akad jual beli, Bank sebagai penjual boleh menetapkan harga berapapun yang di kehendaki. Saeed mengutip dari Rafiq al-Mishri mengatakan bahwa: *“Penjual pada prinsipnya bebas menetapkan harga barangnya. Jika harga-harga ini terlalu tinggi, pembeli boleh memilih untuk tidak membelinya atau mencari penggantinya, atau penjual lain boleh masuk ke pasar untuk menyeimbangkan harga di pasar”*, namun demikian bank syariah dalam menjaga fungsi intermediasi, tidak hanya berfikir untuk mendapatkan keuntungan yang lebih tinggi melainkan bagaimana fungsi intermediasi berjalan lancar, karena sangat terkait dengan keluar masuknya nasabah di bank syariah.

⁴⁰⁰ Muhammad, *Manajemen Dana Bank Syari'ah*, Ekonesia, Yogyakarta, 2004, hlm..123.

Mekanisme penentuan bagi hasil dalam pembiayaan *musyarakah* dapat dipengaruhi oleh beberapa faktor sebagai berikut:⁴⁰¹

a. Komposisi Pendanaan

Bagi bank syariah yang pendanaannya sebagian besar diperoleh dari giro dan tabungan, yang nisbah nasabah tidak setinggi deposito, maka penentuan keuntungan (margin atau bagi hasil bagi bank) akan lebih kompetitif jika di bandingkan suatu bank yang pendanaannya porsi terbesar dari deposito.

b. Tingkat Persaingan

Jika tingkat kompetisi ketat, porsi keuntungan bank tipis, sedangkan pada tingkat persaingan nasabah masih longgar bank dapat mengambil keuntungan lebih tinggi.

c. Risiko Pembiayaan

Pada pembiayaan pada sektor yang beresiko tinggi, bank dapat mengambil keuntungan lebih tinggi dibanding yang berisiko sedang. Hal ini sangat mempengaruhi pihak bank dalam mengambil keputusan memberikan pembiayaan kepada calon debitur.

d. Jenis Nasabah

Yang di maksud adalah nasabah prima, dimana usahanya besar dan kuat, bank cukup mengambil keuntungan tipis, sedangkan untuk pembiayaan kepada nasabah biasa diambil keuntungan yang lebih tinggi.

e. Kondisi Perekonomian

Siklus ekonomi meliputi *revival*, *boom/peak* puncak, *resesi*, dan *depresi*. Jika perekonomian secara umum berada pada dua kondisi pertama, dimana usaha

⁴⁰¹ Desti Anggraini, *Faktor-faktor yang Mempengaruhi Penawaran Pembiayaan Mudharabah dan Musyarakah (Studi Kasus Bank Syariah Mandiri)*, (Universitas Indonesia: Thesis Tidak diterbitkan).

berjalan lancar, maka bank bank dapat mengambil suatu kebijakan pengambilan keuntungan yang lebih besar. Namun jika pada kondisi sebaliknya bank tidak merugipun sudah bagus.

f. Tingkat Keuntungan yang Diharapkan Bank

Secara kondisional hal yang menghambat keuntungan yang di harap bank adalah keadaan ekonomi yang ada tetapi dalam keadaan apapun bank syariah haruslah tetap siap menghadapi apapun.

Berdasarkan faktor-faktor di atas maka dapat dirumuskan bahwa besarnya bagi hasil untuk setiap produk atau bahkan untuk setiap perbankan syariah itu tidak sama, dikarenakan setiap adanya perbedaan yang ada pada masing- masing unsur tersebut menjadikan hasil yang berbeda pula. Pembagian hasil usaha dalam perbankan syariah ditetapkan dengan menggunakan nisbah. Nisbah merupakan presentase tertentu yang disebutkan dalam akad kerja sama usaha yang telah disepakati antara bank dan nasabah investor.

Angka dalam nisbah bagi hasil merupakan angka hasil negosiasi *shahibul maal* dan *mudharib* dengan mempertimbangkan semua potensi dari proyek yang dibiayai. Faktor-faktor penentu tingkat nisbah adalah unsur *iwad* yang dapat dipahami sebagai *equivalent countervalue* yang berupa resiko (*ghurmi*), nilai tambah dari kerja dan usaha (*kasb*), dan tanggungan (*daman*).⁴⁰² Dengan kata lain, penentuan besaran nisbah bukanlah suatu angka keramat yang tidak diketahui asal usulnya, melainkan angka rasional yang disepakati bersama dengan mempertimbangkan proyek yang akan dibiayai dari berbagai sisi.

⁴⁰² Ascarya, *Akad dan Produk Bank Syariah*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2008, hlm.124.

Dalam praktiknya, penentuan nisbah bagi hasil dalam praktik pembiayaan *musyarakah* dapat ditentukan dengan mempertimbangkan aspek-aspek sebagai berikut:

a. Referensi tingkat margin keuntungan

Yang dimaksud dengan referensi tingkat margin keuntungan yang di terapkan oleh rapat ALCO.

b. Perkiraan tingkat keuntungan bisnis/proyek yang dibiayai

Perkiraan tingkat keuntungan bisnis/ proyek yang dibiayai di hitung dengan mempertimbangkan sebagai berikut:

1) Perkiraan penjualan atau

- a) Volume penjualan setiap transaksi atau volume penjualan setiap bulan.
- b) *Sales turn over* atau frekuensi penjualan setiap bulan.
- c) Fluktuasi harga penjualan.
- d) Rentang harga penjualan yang dapat di negosiasikan.
- e) Margin keuntungan setiap transaksi.

2) Lama *cash to cash cycle*

- a) Lama proses barang.
- b) Lama persediaan.
- c) Lama piutang.

3) Perkiraan biaya-biaya langsung

Perkiraan biaya-biaya langsung merupakan biaya yang langsung berkaitan dengan kegiatan penjualan seperti biaya pengangkutan, biaya pengemasan dan lain-lain.

4) Perkiraan biaya-biaya tidak langsung

Adalah biaya yang tidak langsung berkaitan dengan kegiatan penjualan, seperti biaya sewa kantor, biaya gaji, dan biaya-biaya lain yang dikaitkan ke dalam *overhead*.

5) *Delayed factor*

Tambahan waktu diberikan oleh pihak bank dengan tujuan untuk mengantisipasi timbulnya suatu keterlambatan dalam pembayaran dari nasabah kepada bank.

Bagi hasil merupakan langkah inovatif lembaga keuangan syari'ah dan merupakan langkah keseimbangan sosial dalam memperoleh kesempatan pendapatan ekonomi. Dengan demikian, sistem bagi hasil dapat dikatakan sebagai konsep yang mempunyai unsur keadilan, dimana tidak ada suatu pihak yang diuntungkan sementara pihak lain dirugikan. Untuk menentukan sebuah besaran nisbah bagi hasil dalam suatu pembiayaan bank syariah menggunakan metode sebagai berikut:

a. Penentuan nisbah bagi hasil keuntungan.

Adalah menentukan nisbah berdasarkan pada perkiraan keuntungan yang diperoleh nasabah di bagi dengan refrensi tingkat keuntungan yang ditetapkan dalam rapat ALCO.

b. Penentuan nisbah bagi hasil pendapatan.

Adalah penentuan nisbah yang didasarkan pada perkiraan pendapatan yang diperoleh nasabah di bagi dengan refrensi tingkat keuntungan yang ditetapkan dalam rapat ALCO.

c. Penentuan nisbah bagi hasil penjualan

Adalah penentuan nisbah yang didasarkan pada perkiraan penerimaan penjualan yang diperoleh nasabah dibagi dengan pokok pembiayaan dan refrensi tingkat keuntungan yang di tetapkan dalam rapat ALCO.

Konsep bagi hasil berbeda sama sekali dengan konsep bunga yang diterapkan pada bank konvensional. konsep bagi hasil di bank syariah sebagai berikut:⁴⁰³

- a. Pemilik dana menginvestasikan dananya melalui lembaga keuangan bank yang bertindak sebagai pengelola dana.
- b. Pengelola/bank syariah mengelola dana tersebut diatas dalam system *pool of fund*, selanjutnya bank akan menginvestasikan dana tersebut kedalam proyek/ usaha yang layak dan menguntungkan serta memenuhi aspek syariah.
- c. Kedua belah pihak menandatangani *akad* yang berisi ruang lingkup kerjasama nominal, nisbah, dan jangka waktu berlakunya kesepakatan tersebut.

Pemberian *plafond* dan *nisbah* dilakukan setelah pihak melihat neraca dan laba rugi yang diperoleh perusahaan. Faktor-faktor yang mempengaruhi nisbah, adalah:⁴⁰⁴

- a. Ekspektasi Bagi Hasil untuk Bank
- b. Laba perusahaan nasabah.

Ada beberapa metoda dalam prosedur pemberian bagi hasil untuk pembiayaan *musyarakah*. Metode-metode tersebut adalah:

- a. Berdasarkan modal yang dimiliki.
- b. Nisbah Bank = Modal yang di miliki - *Skill* nasabah.

⁴⁰³ Raihana Daulah, *Pengaruh Nisbah Bagi Hasil Terhadap Pembiayaan Musyarakah Pada BRI Syariah Dikota Medan*, (Medan, skripsi tidak diterbitkan, 2010)

⁴⁰⁴ Slamet Wiyono, *Cara Mudah Memahami Akuntansi Perbankan Syariah..* PT Grasindo, Jakarta, 2005, hlm. 59.

- c. Nisbah Nasabah = Modal yang dimiliki + *Skill* nasabah.
- d. Skill = Penghargaan atas kemampuan (usaha) nasabah oleh pihak bank.
- e. Ekspektasi Bagi hasil.

Adanya ekspektasi minimal yang bisa diterima oleh pihak bank yang berlaku, dimana batas minimum pemberian ekspektasi bagi hasil untuk bank adalah sebesar 17,07 % p.a. Dari ketiga metode diatas, metode Ekspektasi bagi hasil yang banyak dipergunakan oleh bank yang menjalankan usahanya dengan sistem syariah.

Contoh perhitungan bagi hasil untuk pembiayaan *musyarakah* yang menggunakan metode Ekspektasi Bagi Hasil dimana Ekspektasi Bagi Hasil yang diharapkan oleh bank syariah adalah sebesar 20 % p.a, maka bagi hasil yang diperoleh masing-masing pihak adalah sebagai berikut : Tn. Mahesha mengajukan pembiayaan *Musyarakah* (modal kerja) kepada Bank Syariah sebesar Rp. 350.000.000,00 Jangka waktu 6 bulan, untuk tambahan modal kerja proyek pekerjaan hotmik jalan. Data-data yang diperoleh *Account Officers* Bank Syariah atas proyek tersebut adalah sebagai berikut:

- a. Nilai proyek Rp. 500.000.000,00
- b. *Real Cost Project (RCP)* atau biaya menyelesaikan proyek sebesar 80% atau Rp. 400.000.000,00
- c. *Ekspektasi Laba Proyek* sebesar 20% dari nilai proyek atau sebesar Rp. 100.000.000,00
- d. Modal sendiri yang dimiliki Tn. Mahesha adalah 40% dari RCP atau sebesar Rp. 160.000.000,00.

- e. *Ekspektasi* Bagi hasil yang diharapkan adalah 20% p.a
- f. Jangka waktu 6 bulan

Mengacu kepada data-data yang diperoleh di atas, maka *Account Officers Bank* dapat mengusulkan struktur pembiayaan sebagai berikut:

- a. Jenis Pembiayaan : *Musyarakah* (modal kerja / *Joint Financing*)
- b. Jangka waktu : 8 bulan termasuk 2 bulan masa penagihan *termyn*
- c. Plafond/pagu pembiayaan = $(Rp. 400.000.000,00 \times 80\%) \times 60\% = Rp.192.000.000,00$
- d. Ekspektasi Bagi Hasil = $(Rp. 192.000.000,00 \times 20\%) \times 8/12 = Rp. 25.600.000,00$

Mengacu kepada rumus perhitungan di atas dapat diperoleh perhitungan *nisbah* atau bagi hasil untuk masing-masing pihak, antara lain :

- a. Pihak Bank : $(Rp. 25.600.000,00 : Rp. 100.000.000,00) \times 100\% = 25.60\%$
- b. Pihak Nasabah : $100\% - 25.60\% = 74.40\%$

Berdasarkan contoh perhitungan di atas, besaran *nisbah* atau bagi hasil yang diterima oleh masing-masing pihak dalam pembiayaan *Musyarakah* yang diajukan oleh Tn. Mahesha, di mana pihak bank sebagai penyedia dana (*Shahibul Maal*) dan pihak Tn. Mahesha sebagai pengelola dana (*Mudharib*) adalah 25.60 % : 74.40 %.

Apabila dianalisis dari perspektif hukum perikatan Islam tampak bahwa konsep bagi hasil merepresentasikan implementasi prinsip-prinsip universal di bidang ekonomi Islam. Dalam konteks ini, Juhaya S. Praja menjelaskan bahwa terdapat beberapa prinsip hukum ekonomi Islam yang digunakan dalam praktik penentuan bagi hasil pada pembiayaan *musyarakah* di bank syariah, antara lain:

- a. Prinsip *la yakun dawlatan bayn al-agniya*, yakni prinsip hukum ekonomi yang menghendaki pemerataan dalam pendistribusian harta kekayaan.
- b. Prinsip *antaradin*, yakni pemindahan hak kepemilikan atas harta yang dilakukan secara sukarela.
- c. Prinsip *tabadul al-manafi'*, yakni pemindahan hak atas harta yang didasarkan kepada azas manfaat.
- d. Prinsip *takaful al-ijtima'*, yakni pemindahan hak atas harta yang didasarkan kepada kepentingan solidaritas sosial.
- e. Prinsip *haq al-lah wa hal al-adami*, yakni hak pengelolaan harta kekayaan yang didasarkan kepada kepentingan milik bersama, di mana individu maupun kelompok dapat saling berbagi keuntungan serta diatur dalam suatu mekanisme ketatanegaraan di bidang kebijakan ekonomi.⁴⁰⁵

Di samping prinsip-prinsip tersebut, dalam sistem hukum ekonomi Islam dijelaskan pula berbagai ketentuan yang terangkum dalam asas-asas muamalah. Ahmad Azhar Basyir telah menjelaskan tentang asas-asas muamalah dalam hukum ekonomi Islam⁴⁰⁶, antara lain:

- a. Asas kehormatan manusia (QS 17: 70);
- b. Asas kekeluargaan dan kemanusiaan (QS 49: 13);
- c. Asas gotong-royong dalam kebaikan (QS 5: 2);
- d. Asas keadilan, kelayakan dan kebaikan (QS 16: 90);
- e. Asas menarik manfaat dan menghindari madharat (QS 2: 282);

⁴⁰⁵ Juhaya S. Praja, Orasi Ilmiah Pengukuhan Guru Besar Madya Filsafat Hukum Islam tentang *Rekonstruksi Paradigma Ilmu: Titik Tolak Pengembangan Ilmu Agama dan Universalitas Hukum Islam* pada tanggal 1 April 2000 di IAIN Sunan Gunung Djati Bandung.

⁴⁰⁶ Ahmad Azhar Basyir, *Refleksi Atas Persoalan Keislaman*, Mizan, Bandung, 1994, hlm. 190-191.

- f. Asas kebebasan dan kehendak (QS 2: 30);
- g. Asas kesukarelaan (QS 4: 39).

Prinsip-prinsip dan asas-asas muamalah tersebut merupakan pijakan mendasar bagi perumusan nilai-nilai dasar etika bisnis Islami. Demikian halnya untuk menjamin praktik bisnis yang sesuai dengan prinsip-prinsip dan asas-asas muamalah, umat muslim dapat menjabarkan berbagai bentuk akad (*al-ba'i, musyarakah, mudharabah, murabahah, qard, rahn*, dan sebagainya) di lembaga-lembaga keuangan syari'ah (bank dan non bank). Saat ini, penerapan prinsip-prinsip dan asas-asas muamalah pada lembaga keuangan syari'ah bukan lagi merupakan tuntutan umat muslim, tetapi telah menjadi kebutuhan umum.

Berkenaan dengan hal tersebut di atas, Islam memandang kegiatan akad dan pemilikan harta dengan cara jual beli sebagai perbuatan yang mulia sebab kegiatan ini bisa dijadikan salah satu sarana untuk beribadah atau mendekatkan diri kepada Allah SWT, selama kegiatan-kegiatan ini dilandasi dengan perintah-perintah-Nya. Prinsip yang harus dijalankan dalam kegiatan berdagang atau mencari nafkah lainnya, seperti yang diperintahkan dalam QS al-Baqarah ayat 188: "*Jangan mencarinya dengan jalan yang bathil*", QS al-Munafiqun ayat 9: "*Jangan lupa berdzikir atau mengingat Allah*", QS an-Nur ayat 37: "*Jangan lupa untuk mengeluarkan zakat dan sedekah dari sebagian harta yang diperolehnya*", dan QS al-Hasyr ayat 7: "*Jangan memusatkan harta kekayaan hanya kepada sekelompok orang saja*".

Perintah-perintah yang terkandung dalam ayat hukum tersebut di atas bukan berarti menghambat apalagi melarang adanya kegiatan akad dan pemilikan harta melalui jual beli atau perdagangan, melainkan secara teologis menunjukkan

bagaimana kegiatan tersebut dapat tegak sambil menjalankan kebaikan dan kebenaran yang bersumber kepada nilai-nilai ketuhanan (al-Qur'an) serta berusaha untuk memuliakan nilai-nilai kemanusiaan, sekaligus merupakan upaya dalam memakmurkan alam semesta ini.

Syari'at Islam menganggap bahwa harta adalah termasuk lima tujuan yang harus dijaga dan dipelihara untuk mencapai kemaslahatan dan kebahagiaan manusia baik di dunia maupun di akhirat. Lima tujuan ini disebut dengan *al-unsur al-dharuriyah* (urusan-urusan yang *dhaluri*) dalam kehidupan manusia, adalah sesuatu yang menjadi kebutuhan primer manusia untuk kemaslahatan hidupnya dan jika kebutuhan itu tidak terpenuhi, maka hidupnya di dunia dan akhirat akan berantakan, kekacauan dan kerusakan timbul di mana-mana, akibatnya kemaslahatan atau kebaikan itu akan lenyap dari kehidupan manusia.⁴⁰⁷

Menurut Faturrahman Djamil⁴⁰⁸ bahwa *al-unsur al-dharuriyah* (urusan-urusan yang *dhalury*) itu ada lima, yaitu:

- a. Memelihara agama (*hifz al-din*);
- b. Memelihara jiwa (*hifz al-nafs*);
- c. Memelihara akal (*hifz al-'aql*);
- d. Memelihara keturunan (*hifz al-nasl*);
- e. Memelihara harta (*hifz al-maal*).

Islam telah menetapkan untuk setiap urusan *dhaluri* merupakan hukum-hukum yang mencapai akan eksistensinya dan pemeliharaannya yang disebut hukum *dharuri* (aturan *dhaluri*). Mengenai urusan *dhaluri* sering disebut sebagai

⁴⁰⁷ Atang Abdul Hakim, *Filsafat Hukum Islam*, Pustaka Setia, Bandung, 1997, hlm. 52.

⁴⁰⁸ Fathurrahman Djamil, *Filsafat Hukum Islam*, Logos Wacana Ilmu, Jakarta, 1999, hlm. 128.

kebutuhan primer. Dalam teori motivasi A. Maslow, sebagaimana dikutip oleh Buchari Alma,⁴⁰⁹ telah membagi kebutuhan primer menjadi lima bagian, antara lain yaitu:

- a. Kebutuhan fisiologis, yaitu kebutuhan terhadap makanan, minuman, dan istirahat;
- b. Kebutuhan terhadap rasa aman dan keselamatan;
- c. Kebutuhan terhadap afiliasi, cinta dan sosial;
- d. Kebutuhan terhadap pengakuan, penghargaan, dan kedudukan; dan
- e. Kebutuhan akan aktualisasi diri.

Dalam melaksanakan ekonomi dalam jual beli agar sesuai dengan tujuan dan prinsip dasar fiqih muamalah, yakni asas-asas muamalah yang meliputi pengertian-pengertian dasar yang dikatakan sebagai teori yang membentuk hukum muamalah. Dalam konteks ini, Juhaya S. Praja menjelaskan asas-asas muamalah sebagai berikut:⁴¹⁰

1. *Asas taba'dul al-manafi'*, yang berarti bahwa segala bentuk muamalah harus memberikan keuntungan dan manfaat bagi pihak-pihak yang terlibat dalam perjanjian;
2. *Asas pemerataan*, adalah menerapkan keadilan dalam bidang muamalah yang menghendaki agar harta tersebut tidak hanya dikuasai oleh segelintir orang sehingga harta itu harus terdistribusikan secara merata dalam masyarakat, baik kaya maupun miskin;
3. *Asas suka sama suka*, yaitu bahwa setiap bentuk muamalah antar individu atau antar pihak harus berdasarkan kerelaan masing-masing;

⁴⁰⁹ Buchari Alma, *Kewirausahaan*, Alfabeta, Bandung, 2004, hlm. 65.

⁴¹⁰ Juhaya S. Praja, *Filsafat Hukum Islam*, Yayasan Piara, Bandung, 1997, hlm. 113.

4. *Asas adamul gharar*, bahwa pada setiap bentuk muamalah boleh ada *gharar*, yaitu tipu daya atau sesuatu yang menyebabkan salah satu pihak merasa dirugikan oleh pihak yang lainnya, sehingga dapat mengakibatkan hilangnya unsur kerelaan salah satu pihak dalam melakukan suatu transaksi atau perikatan;
5. *Asas al-bir wa al-taqwa*, yaitu menekankan bentuk muamalah yang termasuk kategori suka sama suka ialah sepanjang bentuk muamalah dan pertukaran manfaat itu dalam rangka pelaksanaan saling menolong antar sesama manusia untuk *asas al-bir wa al-taqwa*, yakni kebajikan dan ketakwaan dalam berbagai bentuknya;
6. *Asas musyarakah*, yaitu kerjasama antar pihak yang saling menguntungkan, bukan saja bagi pihak yang terlibat melainkan bagi keseluruhan masyarakat manusia.

Berpegang pada prinsip-prinsip dan asas-asas hukum perikatan Islam di atas, dapat diambil beberapa rumusan sebagai berikut: pertama, setiap perjanjian bisnis termasuk pula pembiayaan *musyarakah* hendaknya berpegang kepada prinsip-prinsip dan asas-asas ekonomi Islam sesuai dengan tujuan syariat Islam; kedua, pengambilan keuntungan sejenis persentase bagi hasil dalam perjanjian pembiayaan *musyarakah* hendaknya tetap memperhatikan prinsip-prinsip dan asas-asas hukum perikatan Islam; dan ketiga, tujuan akad pembiayaan *musyarakah* dalam hukum ekonomi Islam hendaknya bukan hanya ditujukan untuk pemilikan harta dan keuntungan yang banyak, tetapi juga harus memperhatikan manfaat dan madharatnya.

2. Penyelesaian Sengketa Kepailitan Pembiayaan *Musyarakah* di Bank Syariah

Penyelesaian sengketa kepailitan umumnya terjadi terhadap kasus-kasus pembiayaan bermasalah di bank syariah. Dalam berbagai peraturan yang diterbitkan Bank Indonesia tidak dijumpai pengertian dari “pembiayaan bermasalah”. Begitu juga istilah Non Performing Financings (NPFs) untuk fasilitas pembiayaan maupun istilah Non Performing Loan (NPL) untuk fasilitas kredit tidak dijumpai dalam peraturan-peraturan yang diterbitkan di Bank Indonesia. Namun dalam setiap Statistik Perbankan Syariah yang diterbitkan oleh Direktorat Perbankan Syariah Bank Indonesia dapat dijumpai istilah Non Performing Financings (NPFs) yang diartikan sebagai “Pembiayaan Non Lancar mulai dari kurang lancar sampai dengan macet”.⁴¹¹

Pembiayaan bermasalah secara teknis suatu hal yang biasa dipergunakan di kalangan perbankan terhadap upaya-upaya yang dilakukan bank dalam mengatasi pembiayaan bermasalah. Sedangkan menurut istilah adalah upaya yang dilakukan bank dalam rangka membantu nasabah agar dapat menyelesaikan kewajibannya, antara lain melalui penjadwalan kembali (*rescheduling*), persyaratan kembali (*reconditioning*), dan penataan kembali (*restructuring*).

Dalam berbagai peraturan yang diterbitkan Bank Indonesia tidak dijumpai pengertian dari “pembiayaan bermasalah”. Begitu juga istilah Non Performing Financings (NPFs) untuk fasilitas pembiayaan maupun istilah Non Performing Loan (NPL) untuk fasilitas kredit tidak dijumpai dalam peraturan-peraturan yang diterbitkan di Bank Indonesia. Namun dalam setiap Statistik Perbankan Syariah

⁴¹¹ Faturrahman Djamil, *Penyelesaian Pembiayaan Bermasalah di Bank Syariah*, Sinar Grafika, Jakarta, 2012, hlm. 66

yang diterbitkan oleh Direktorat Perbankan Syariah Bank Indonesia maka dapat dijumpai istilah Non Performing Financing (NPF) yang diartikan sebagai “Pembiayaan Non Lancar mulai dari kurang lancar sampai dengan macet”.

Pembiayaan bermasalah tersebut, dari segi produktivitasnya (performancenya) yaitu dalam kaitannya dengan kemampuannya menghasilkan pendapatan bagi bank, sudah berkurang atau menurun dan bahkan mungkin sudah tidak ada lagi. Bahkan dari segi bank, sudah tentu mengurangi pendapatan, membesarnya biaya pencadangan, yaitu PPAP (Penyisihan Penghapusan Aktiva Produktif), sedangkan dari segi nasional, mengurangi kontribusinya terhadap pembangunan dan pertumbuhan ekonomi.

Terdapat beberapa peraturan Bank Indonesia yang berlaku bagi Bank Umum Syariah (BUS) dan Unit Usaha Syariah (UUS) dalam melakukan penyelesaian pembiayaan bermasalah, yaitu:⁴¹²

- a. Peraturan Bank Indonesia No. 10/18/PBI/2008 tanggal 25 September 2008 tentang Penyelamatan Pembiayaan Bermasalah bagi Bank Umum Syariah dan Unit Usaha Syariah, sebagaimana telah diubah dengan PBI No. 13/9/PBI/2011 tanggal 8 Februari 2011.
- b. Surat Edaran Bank Indonesia No. 10/34/DPbS tanggal 22 Oktober 2008 dan Surat Edaran Bank Indonesia No. 10/35/DPbS tanggal 22 Oktober 2008 perihal Penyelamatan Pembiayaan Bermasalah bagi Bank Umum Syariah dan Unit Usaha Syariah, sebagaimana telah diubah dengan SEBI No. 13/18/DPbS tanggal 30 Mei 2011.

⁴¹² A. Wangsawidjaja, *Pembiayaan Bank Syariah*, PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2012, hlm. 447-448.

Dalam penjelasan Pasal 8 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 jo. UU Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perbankan maupun dalam Penjelasan Pasal 37 UU Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah antara lain dinyatakan bahwa kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah yang diberikan oleh bank mengandung resiko, sehingga dalam pelaksanaannya bank harus memperhatikan asas-asas perkreditan atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah yang sehat. Apabila bank tidak memperhatikan asas-asas pembiayaan yang sehat dalam menyalurkan pembiayaannya, maka akan timbul berbagai risiko yang harus ditanggung oleh bank antara lain berupa:

1. Utang atau kewajiban pokok pembiayaan tidak dibayar;
2. Margin atau bagi hasil atau fee tidak dibayar;
3. Membengkaknya biaya yang dikeluarkan;
4. Turunnya kesehatan pembiayaan (*finance soundness*).

Risiko-risiko tersebut dapat mengakibatkan timbulnya pembiayaan bermasalah (*Non Performing Financings/NPF*) yang disebabkan oleh faktor intern bank. Dalam konteks ini bank akan melakukan upaya atau penyelesaian pembiayaan bermasalah dengan menerapkan langkah awal dalam mengetahui gejala pembiayaan yang berpotensi bermasalah, bank harus segera melakukan upaya penanganan sebelum masalah tersebut menimbulkan kerugian bagi pihak bank.

Dalam proses penanganan pembiayaan bermasalah di bank syariah, penanganannya umumnya dilakukan sesuai dengan kolektabilitas pembiayaan, yaitu sebagai berikut:⁴¹³

⁴¹³ Muhammad, *Manajemen Pembiayaan Bank Syariah*, UPP AMP YKPN, Yogyakarta, 2005, hlm. 268.

- a. Pembinaan potensial bermasalah, dilakukan dengan cara:
 - 1) Pembinaan anggota
 - 2) Pemberian dengan surat edaran
 - 3) Kunjungan lapangan oleh sebagian pembiayaan kepada nasabah
 - 4) Upaya preventif dengan penanganan *rescheduling*, yaitu penjadwalan kembali jangka waktu angsuran serta memperkecil jumlah angsuran juga dapat dilakukan dengan *reconditioning*, yaitu memperkecil keuntungan atau bagi hasil.
- b. Pembiayaan diragukan dan macet, dilakukan dengan cara:
 - 1) Membuat surat teguran atau peringatan .
 - 2) Kunjungan lapangan oleh sebagian pembiayaan kepada nasabah secara lebih bersungguh-sungguh .
 - 3) Upaya penyehatan dengan cara *rescheduling*, yaitu penjadwalan kembali jangka waktu angsuran serta memperkecil margin keuntungan atau bagi hasil.
- c. Pembiayaan diragukan dan macet, dilakukan dengan cara :
 - 1) Dilakukan *rescheduling*, yaitu penjadwalan kembali jangka waktu angsuran serta memperkecil jumlah angsuran.
 - 2) Dilakukan *reconditioning*, yaitu memperkecil margin atau bagi hasil usaha.
 - 3) Dilakukan dengan pengalihan atau pembiayaan ulang dalam bentuk pembiayaan al-Qardhul Hasan.

Apabila dihubungkan dengan ketentuan dalam Peraturan Bank Indonesia Nomor: 10/18/PBI/2008 tentang Penyelesaian Pembiayaan Bagi Bank Syariah dan

Unit Usaha Syariah, semua bentuk manajemen risiko pembiayaan hendaknya dilakukan secara hati-hati (*principle of sharia compliance*). Menurut Faturrahman Djamil, secara umum proses penyelesaian pembiayaan bermasalah dalam lembaga keuangan syariah atau bank syariah dapat dilakukan dengan cara:⁴¹⁴

1. *Rescheduling*, yaitu penjadwalan kembali jangka waktu angsuran pembiayaan serta memperkecil jumlah angsuran pembiayaan.
2. *Reconditioning*, yaitu perubahan sebagian atau seluruh syarat-syarat pembiayaan meliputi perubahan jadwal pembayaran angsuran, jangka waktu dan margin.
3. *Restructuring*, yaitu tindakan bank kepada nasabah dengan cara menambah modal nasabah dengan pertimbangan bahwa nasabah membutuhkan tambahan dana atau usaha yang dibiayai masih layak.
4. *Combination*, merupakan kombinasi dari ketiga jenis metode yang digunakan diatas. Misalnya kombinasi antara restructuring denganreconditioning atau rescheduling dengan restructuring.
5. Penyitaan jaminan atau agunan yang merupakan jalan terakhir apabila nasabah sudah benar-benar tidak punya itikad baik atau sudah tidak mampu lagi dalam membayar utang-utangnya.

Kemudian dilihat dari aspek manajemen risiko banyak orang berpendapat bahwa penyelesaian masalah pembiayaan sebagai suatu pekerjaan yang mudah, dan tidak perlu dipelajari, namun sebenarnya memerlukan pola berfikir tertentu dan teknik-teknik yang merupakan prasarat yang harus dipahami. Selain itu juga

⁴¹⁴ Faturrahman Djamil, *Penyelesaian Pembiayaan Bermasalah di Bank Syariah*, Sinar Grafika, Jakarta, 2012, hlm. 68.

dituntut kemampuan analisis yang tangguh. Karena jika terjadi kesalahan dalam memecahkan masalah akan berakibat fatal bagi keberhasilan organisasi. Dalam suatu transaksi pembiayaan *musyarakah* yang dilandasi adanya keinginan para pihak yang berkerja sama untuk meningkatkan nilai aset yang mereka miliki secara bersama-sama,

Dalam ilmu manajemen dijelaskan bahwa manusia berusaha memecahkan permasalahan yang dihadapinya melalui berbagai cara. Froment E. Kast dan James E. Rosenzweig seperti yang dikutip oleh Dydiet Hardjito mengungkapkan bahwa sedikitnya ada 5 (lima) cara berbeda yang ditempuh manusia dalam memecahkan permasalahannya: (a) pendekatan pada kekuatan supernatural (b) pendekatan pada kekuasaan (otoritas) (c) naluri (intuisi) (d) pengetahuan awam (*common sense*), dan (e) metode ilmiah.⁴¹⁵

Dalam konteks inilah menurut S. Prajudi Atmosudirdjo di dalam buku pengambilan keputusan yang mengemukakan keputusan adalah sebagai sesuatu pengakhiran atau pemutusan daripada suatu proses pemikiran tentang suatu masalah atau problema, untuk menjawab pertanyaan apa yang harus diperbuat guna mengatasi masalah tersebut, dengan menjatuhkan pilihan (*choice*) pada salah satu alternatif yang tertentu.⁴¹⁶ Tujuan dalam pengambilan keputusan adalah mengurangi kecemasan maupun keraguan dalam membuat keputusan-keputusan penting. Sehingga bagaimana caranya memecahkan keputusan besar menjadi sejumlah keputusan kecil.⁴¹⁷

⁴¹⁵ Dydiet Hardjito, *Pemecahan Masalah yang Analitik (Analytical Problem Solving)*, Prenada, Bogor, 2003. hlm. 6-7.

⁴¹⁶ S. Prajudi Atmosudirdjo, *Beberapa Pandangan Umum Tentang Pengambilan Keputusan (Decisions Making)*, Bumi Aksara, Jakarta, 2007, hlm. 54-55

⁴¹⁷ Harvey Kaye, *Mengambil Keputusan Penuh Percaya Diri*, Mitra Utama, Jakarta, 1997, hlm. xi.

Selanjutnya dilihat dari perspektif penelitian hukum acara, upaya hukum penyelesaian sengketa kepailitan pembiayaan *musyarakah* di bank syariah dapat dilakukan sekurang-kurangnya dengan dua cara, sebagai berikut:

a. Upaya Hukum Non Litigasi Melalui Mediasi atau Arbitrase

Arbitrase adalah cara penyelesaian sengketa perdata di luar peradilan umum yang didasarkan pada kontrak arbitrase secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa, di mana pihak penyelesaian sengketa tersebut dipilih oleh para pihak yang bersangkutan yang terdiri dari orang-orang yang tidak berkepentingan dengan perkara yang bersangkutan, orang-orang mana akan memeriksa dan memberi putusan terhadap sengketa tersebut.⁴¹⁸

Keberadaan arbitrase merupakan salah satu alternatif penyelesaian sengketa sebenarnya sudah lama dikenal meskipun jarang dipergunakan. Istilah arbitrase untuk pertama kalinya diperkenalkan di Indonesia bersamaan dengan dipakainya *Reglement op deRechtsvordering* (RV) dan *Het Herziene Indonesisch Reglement* (HIR) ataupun *Rechtsreglement Bitengewesten* (RBg), karena semula Arbitrase ini diatur dalam Pasal 615 s/d 651 *Reglement of De Rechtvordering*. Ketentuan-ketentuan tersebut sekarang ini sudah tidak berlaku lagi seiring dengan telah dikeluarkannya UU Nomor 30 Tahun 1999.

Baru kemudian setelah ditetapkannya UU Nomor 14 Tahun 1970 Jo. UU Nomor 4 Tahun 2004 Jo. UU Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman, keberadaan arbitrase dapat dilihat dalam penjelasan pasal 3 ayat 1 yang antara lain menyebutkan bahwa penyelesaian perkara di luar pengadilan atas dasar perdamaian atau melalui arbitrase tetap diperbolehkan, akan tetapi putusan arbiter

⁴¹⁸ Jacqueline M. Nolan-Haley, *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell* (St. Paul: West Publishing Co., 1992), hlm. 4.

hanya mempunyai kekuatan eksekutorial setelah memperoleh izin atau perintah untuk dieksekusi dari Pengadilan.⁴¹⁹

Menurut ketentuan Pasal 1 Butir 1 UU Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase disebutkan bahwa arbitrase adalah cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa. Namun, pengertian yang diberikan tersebut belum menggambarkan pengertian arbitrase secara menyeluruh. Untuk memahami pengertian arbitrase secara menyeluruh diperlukan penjelasan yang diberikan oleh para ahli. Selain itu perlu dijelaskan mengenai syarat-syarat suatu sengketa agar dapat diselesaikan melalui mekanisme arbitrase serta bagaimana prosedur pelaksanaan arbitrase.⁴²⁰

Hal tersebut diperkuat oleh pendapat Priyatna Abdurrasyid,⁴²¹ bahwa arbitrase adalah salah satu solusi alternatif bagi penyelesaian sengketa – yang merupakan bentuk tindakan hukum yang diakui oleh undang-undang di mana salah satu pihak atau lebih menyerahkan sengketanya – ketidaksefahamannya – ketidaksepakatannya dengan satu pihak lain atau lebih kepada satu orang (arbiter) atau lebih (arbiter – arbiter – majelis) ahli yang profesional, yang akan bertindak sebagai hakim / peradilan swasta yang akan menerapkan tata cara hukum negara

⁴¹⁹ Arbitrase di Indonesia dikenal dengan “perwasitan” dan dapat dilihat dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1950. UU tersebut mengatur hukum acara dalam tingkat banding terhadap putusan-putusan wasit, dengan demikian orang yang ditunjuk mengatasi sengketa tersebut adalah wasit atau biasa disebut “arbiter”. Sebelum Undang-Undang Arbitrase berlaku, ketentuan mengenai arbitrase diatur dalam pasal 615 s/d 651 Reglemen Acara Perdata (Rv). Selain itu, pada penjelasan pasal 3 ayat(1) Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 Jo. Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 Jo. Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman menyebutkan bahwa penyelesaian perkara di luar Pengadilan atas dasar perdamaian atau melalui wasit (arbitrase) tetap diperbolehkan.

⁴²⁰ Lihat Pasal 1 butir 1 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase.

⁴²¹ Lihat Priyatna Abdurrasyid, *Arbitrase: Solusi Alternatif Penyelesaian Sengketa Perdata*, dalam <http://id.shvoong.com/law-and-politics/1908998-keunggulan-dan-kelemahan-arbitrase/> diakses tanggal 15 April 2019.

yang berlaku atau menerapkan tata cara hukum perdamaian yang telah disepakati bersama oleh para pihak terdahulu untuk sampai kepada putusan yang final dan mengikat (*in kracht*).

Demikian pula R. Subekti⁴²² menjelaskan bahwa arbitrase adalah penyelesaian suatu perselisihan (perkara) oleh seorang atau beberapa orang wasit (arbiter) yang bersama-sama ditunjuk oleh para pihak yang berperkara dengan tidak diselesaikan lewat Pengadilan. Berdasarkan pendapat kedua ahli tersebut, dapat disimpulkan pengertian dari arbitrase, yaitu: proses penyelesaian sengketa diantara para pihak yang mengadakan perjanjian untuk menunjuk seorang atau lebih sebagai arbiter dalam memutus perkara yang sifat putusannya adalah final mengikat.

Objek perjanjian arbitrase (sengketa yang akan diselesaikan di luar pengadilan melalui lembaga arbitrase dan atau lembaga alternatif penyelesaian sengketa lainnya) menurut Pasal 5 ayat 1 UU Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase) hanyalah sengketa di bidang perdagangan dan mengenai hak yang menurut hukum dan peraturan perundang-undangan dikuasai sepenuhnya oleh pihak yang bersengketa.

Adapun kegiatan dalam bidang perdagangan antara lain: perniagaan, perbankan, keuangan, penanaman modal, industri dan hak milik intelektual. Sementara itu Pasal 5 (2) UU Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase memberikan perumusan negatif bahwa sengketa-sengketa yang dianggap tidak dapat diselesaikan melalui arbitrase adalah sengketa yang menurut peraturan perundang-

⁴²² R. Subekti, *Arbitrase Perdagangan*, (Bandung: Bina Cipta, 1979), hlm. 3.

undangan tidak dapat diadakan perdamaian sebagaimana diatur dalam KUH Perdata Buku III bab kedelapan belas Pasal 1851 s/d1854.

Arbitrase juga dapat berupa arbitrase sementara (*ad hoc*) maupun arbitrase melalui badan permanen (institusi). Arbitrase *Ad hoc* dilaksanakan berdasarkan aturan-aturan yang sengaja dibentuk untuk tujuan arbitrase, misalnya UU Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa atau UNCITRAL Arbitration Rules. Pada umumnya arbitrase *Ad hoc* dapat ditentukan berdasarkan perjanjian yang menyebutkan penunjukan majelis arbitrase serta prosedur pelaksanaan yang disepakati oleh para pihak. Penggunaan model arbitrase *Ad hoc* perlu disebutkan dalam sebuah klausul arbitrase.

Upaya hukum arbitrase yang diatur di dalam UU Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Penyelesaian Sengketa dapat diimplementasikan melalui mekanisme sebagai berikut:

- 1) Memintai keterangan kedua belah pihak yang sedang bersengketa sebelum dilakukan dengar pendapat, yang mencakup: pemberitahuan kepada arbiter tentang penunjukannya, persiapan arbiter, melakukan pemeriksaan pendahuluan, prosedur pelaksanaan tugas arbiter, menentukan waktu dan dengar pendapat, dan komunikasi perorangan para pihak;
- 2) Memintai keterangan kedua belah pihak yang bersengketa pada waktu dengar pendapat. Arbiter memiliki kedudukan sebagai seorang hakim berdasarkan adanya kesepakatan penunjukan para pihak yang bersengketa. Penunjukan oleh para pihak ini memberikan wewenang kepada arbiter untuk dapat memutus berdasarkan fakta yang diberikan kepadanya;

- 3) Menetapkan putusan yang disepakati kedua belah pihak dan dituangkan ke dalam amar putusan yang selanjutnya diajukan ke pengadilan untuk memperoleh penetapan agar memiliki kepastian hukum.

Berdasarkan ketentuan Pasal 59 UU Nomor 30 Tahun 1999 tersebut, maka dapat dipahami bahwa tata cara pelaksanaan pokok-pokok di dalam putusan arbitrase tergantung pada telah didaftarkan ke pengadilan atau belum.⁴²³ Oleh karena itu, agar putusan arbitrase dapat dipaksakan pelaksanaannya, putusan itu harus diserahkan dan didaftarkan ke pengadilan dengan mendaftarkan dan menyerahkan lembar asli atau salinan otentik putusan arbitrase oleh arbiter atau kuasanya ke panitera pengadilan dalam waktu 30 (tiga puluh) hari setelah putusan arbitrase diucapkan. Sehingga putusan Arbitrase itu menjadi bersifat mandiri, final, dan mengikat, serta setara kedudukannya dengan putusan pengadilan tingkat pertama.

Apabila dikemudian hari salah satu pihak merasa keberatan dengan hasil-hasil putusan Arbitrase dan/atau telah melakukan pengingkaran atau melalaikan kewajiban yang telah disepakati dalam putusan Arbitrase tersebut, maka ia dapat mengajukan upaya hukum banding secara langsung ke Mahkamah Agung.⁴²⁴ Namun penting untuk digarisbawahi di sini bahwa dalam kasus sengketa ekonomi syari'ah berbeda dengan upaya hukum banding biasa. Mengapa bisa demikian?

⁴²³ Dalam hal pembatalan arbitrase, lihat surat Edaran Mahkamah Agung Nomor 8 Tahun 2008, UU Nomor 4 Tahun 2004 Jo. Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman, dan Pasal 59 ayat (3) UU Nomor 30 Tahun 1999 yang menjelaskan bahwa pembatalan putusan arbitrase harus berdasarkan alasan sebagaimana diatur dalam Pasal 70 UU Arbitrase dan dalam penjelasan pasal tersebut dijelaskan alasan pembatalan yang dimaksud harus dibuktikan dengan putusan pengadilan.

⁴²⁴ Disarikan dari Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang atau Perpu Nomor 1 Tahun 1998 Tentang Perubahan atas Undang-Undang Kepailitan, yang kemudian disahkan menjadi UU Nomor 4 Tahun 1998 Tentang Kepailitan (UUK) pada tanggal 24 Juli 1998 yang merupakan penyempurnaan dari *Faillissement Verordening Staatsblad* Tahun 1905 Nomor 217 Jo. *Staatsblad* Tahun 1906 Nomor 834.

Karena upaya hukum banding terhadap putusan arbitrase yang sudah mendapatkan penetapan pengadilan merupakan upaya hukum “banding luar biasa”.

Apabila diannalisis dari perspektif hukum formil, pemberlakuan hukum acara yang berlaku di Peradilan Agama sama dengan hukum acara yang berlaku di Peradilan Umum. Dalam beberapa kasus, upaya hukum banding dalam sengketa ekonomi syari’ah umumnya bisa dilakukan “banding biasa” mulai dari pengadilan tingkat pertama di PA, dan pengadilan tingkat banding di PTA, serta Kasasi dan Peninjauan Kembali di Mahkamah Agung.

Namun demikian upaya hukum “banding luar biasa” dalam sengketa ekonomi syari’ah melalui putusan arbitrase dan telah mendapatkan penetapan pengadilan dapat langsung dilakukan upaya hukum “banding luar biasa” ke Mahkamah Agung.⁴²⁵ Menurut pendapat peneliti, hal ini hampir sama dengan upaya hukum banding luar biasa yang berlaku di peradilan niaga, peradilan hubungan industrial, peradilan tata usaha negara, dan peradilan khusus lainnya yang bersifat *Ad Hoc*.

b. Upaya Hukum Litigasi Melalui Pengadilan

Sebagai salah satu pilar kekuasaan kehakiman, Pengadilan Agama memiliki kompetensi absolut untuk menerima, memeriksa, dan menyelesaikan perkara bagi orang Islam, termasuk di dalamnya menyelesaikan sengketa ekonomi syari’ah melalui litigasi.⁴²⁶ Dalam arti kata, apabila dikemudian hari salah satu pihak merasa dirugikan akibat telah melakukan pengingkaran dan/atau melalaikan

⁴²⁵ Lihat dalam Gunawan Wijaya, *Risiko Hukum dan Bisnis Perusahaan Pailit*, (Jakarta: Forum sahabat, 2009), hlm. 1.

⁴²⁶ Lihat Pasal 1, 2, dan 49 UU Nomor 7 Tahun 1989 Jo. UU Nomor 3 Tahun 2006 Jo. UU Nomor 50 Tahun 2009 Tentang Peradilan Agama.

kewajiban terhadap suatu perjanjian yang telah disepakati, maka secara teoritis dapat dilakukan upaya hukum litigasi melalui pengadilan secara berjenjang. Sehingga upaya hukum litigasi yang berlaku di Peradilan Agama sama halnya dengan yang berlaku di Peradilan Umum.

Seperti dalam praktik hukum formil pada umumnya, hakim berkewajiban untuk mendamaikan kedua belah pihak. Upaya damai dalam rangka penyelesaian sengketa ekonomi syari'ah, khususnya di Pengadilan Agama lebih tertuju pada ketentuan Pasal 154 R.Bg/130 HIR dan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, hal ini sejalan dengan ketentuan Pasal 154 R.Bg/130 HIR yang tertuang didalam Pasal 3 Perma tersebut, kedua peraturan tersebut menjadi landasan yuridis bagi upaya perdamaian di tingkat pertama.

Selanjutnya diatur pula bahwa upaya hukum dalam bentuk persidangan baru dibolehkan dengan memeriksa perkara melalui proses hukum acara perdata biasa, apabila anjuran melakukan perdamaian (mediasi) ternyata gagal menghasilkan kesepakatan. Tindakan selanjutnya yang dapat ditempuh oleh hakim adalah menerima dan/atau menolak perkara yang diajukan kepadanya.⁴²⁷

Apabila pengajuan gugatan perkara diterima, maka hakim dapat meneruskan proses pemeriksaan dan penyelesaian perkara dengan melalui proses persidangan, serta memintakan keterangan dari para pihak dan saksi, menampilkan semua alat bukti, dan mengungkapkan semua fakta hukum selama

⁴²⁷ Lihat Pasal 115 R.Bg atau Pasal 131 HIR ayat (1) dan (2) jo., Pasal 3 Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, dan Pasal 1320 sampai dengan Pasal 1349 KUH Perdata.

persidangan, sehingga bisa diambil pertimbangan hukum untuk selanjutnya disimpulkan dan dituangkan ke dalam amar putusan.

Namun yang perlu ditekankan di sini adalah upaya hukum litigasi dapat mengacu kepada peraturan perundang-undangan lembaga penyelesaian perkara perbankan syariah sendiri sudah diatur dalam Pasal 55 ayat (1), ayat (2) dan ayat (3) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, yaitu:

1. *Penyelesaian sengketa Perbankan syari'ah dilakukan oleh Pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama;*
2. *Dalam hal para pihak telah memperjanjikan penyelesaian sengketa selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1), penyelesaian sengketa dilakukan sesuai isi akad.*
3. *Penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak boleh bertentangan dengan prinsip syariah.*

Berkenaan dengan upaya hukum biasa ini, dalam beberapa kasus perdata syari'ah, termasuk pula sengketa kepailitan pembiayaan *musyarakah* syari'ah yang telah diputus oleh hakim dan memiliki putusan hukum yang mengikat pada pengadilan tingkat pertama di Pengadilan Agama, selama 14 (empat belas) hari setelah diijatuhkannya putusan, para pihak yang keberatan selanjutnya diberikan kesempatan untuk mengajukan upaya hukum “banding biasa” melalui pengadilan tingkat banding di PTA, serta jika keberatan atas putusan tingkat banding kembali terjadi, maka para pihak dapat mengajukan Kasasi dan/atau Peninjauan Kembali ke Mahkamah Agung.

Apabila dihubungkan dengan penerapan UU Kepailitan, maka eksistensi lembaga kepailitan merupakan lembaga hukum yang mempunyai fungsi penting, sebagai realisasi dari dua pasal penting dalam KUH Perdata yakni Pasal 1131 dan

1132 mengenai tanggung jawab debitor terhadap utang-utangnya.⁴²⁸ Menurut Pasal 1131, segala kebendaan si berutang, baik yang bergerak maupun yang tak bergerak, baik yang sudah ada maupun yang baru akan ada dikemudian hari, menjadi tanggungan untuk segala perikatannya perseorangan. Pasal 1132 yang berbunyi kebendaan tersebut menjadi jaminan bersama-sama bagi semua orang yang mengutangkan padanya, pendapatan penjualan benda-benda itu dibagi-bagi menurut keseimbangan, yaitu menurut besar kecilnya piutang masing-masing kecuali apabila diantara para berpiutang itu ada alasan-alasan yang sah untuk didahulukan.

Menurut pendapat peneliti, kedua pasal tersebut di atas dapat memberikan jaminan kepastian kepada kreditor bahwa kewajiban debitor akan tetap di penuhi/lunas dengan jaminan dari kekayaan debitor baik yang sudah ada maupun yang masih akan ada kemudian hari Pasal 1131 KUH Perdata dan 1132 KUH Perdata ini merupakan perwujudan adanya asas jaminan kepastian pembayaran atas transaksi-transaksi yang telah diadakan.

Mengacu kepada uraian di atas, peneliti dapat merumuskan bahwa dalam setiap penyelesaian sengketa selalu terbuka kemungkinan untuk melakukan berbagai upaya hukum. Untuk terpenuhi rasa keadilan dan kepastian hukum, sesuai dengan doktrin hukum Islam tentunya upaya hukum yang paling baik adalah perdamaian (*ishlah*), baik itu melalui mediasi ataupun arbitrase. Namun ada kalanya para pihak tidak puas atau berkhianat dengan kesepakatan semula, sehingga terbuka kemungkinan untuk melakukan upaya hukum litigasi melalui pengadilan.

⁴²⁸ Rahayu Hartini, *Hukum Kepailitan*, UMM Press, Malang, 2007. hlm. 14

B. Solusi Penyelesaian Kepailitan dalam Pembiayaan *Musyarakah* pada Bank Syariah di Indonesia

Karena belum adanya ketentuan hukum yang tegas mengatur tentang penyelesaian sengketa kepailitan dalam pembiayaan pada bank syariah di Indonesia lebih khusus lagi pembiayaan *musyarakah*, maka peneliti menawarkan beberapa solusi sebagai berikut:

1. Perubahan Kontrak Baku Pembiayaan *Musyarakah* pada Bank Syariah

Kompetisi dan tuntutan pasar yang terjadi mendesak perbankan syariah untuk melakukan peningkatan layanan dan pengembangan produk yang berdaya saing dan dapat memenuhi kebutuhan masyarakat. Fakta menunjukkan bahwa perkembangan produk sebagai salah satu sarana inti untuk memenuhi kebutuhan masyarakat akan transaksi perbankan syariah dan untuk meningkatkan pelayanan kepada masyarakat, belum berjalan secara optimal, terlebih produk berbasis kemitraan yang masih belum banyak dikembangkan oleh perbankan syariah secara maksimal.

Produk berbasis kemitraan dengan bagi hasil seperti *musyarakah* sebagai produk unggulan kompetitif perbankan syariah belum mengalami pertumbuhan sebagaimana produk lainnya. Kurangnya pengembangan produk berbasis kemitraan di perbankan syariah yang dipandang lebih fleksibel jangka waktunya, terutama pembiayaan jangka panjang telah menyebabkan perbankan syariah lebih banyak produknya didasari oleh pembiayaan dengan pendapatan tetap yang memiliki kemiripan dengan pola konvensional yang menggunakan struktur penda-

patan yang tetap (*fixed income*) dan cenderung berjangka waktu pendek dan menengah.

Apabila dikembalikan kepada esensinya, pembiayaan *musyarakah* merupakan salah satu jenis kontrak yang diterapkan oleh perbankan syariah. *Musyarakah* diterapkan melalui mekanisme pembagian keuntungan serta kerugian (*profit loss sharing*) diantara para pihak (mitra/syarik) melalui metode profit maupun *revenue sharing*. Porsi pembiayaan dengan akad *musyarakah* saat ini hanya berkontribusi sebesar 22% dari total pembiayaan perbankan syariah Indonesia sementara *murabahah* sekitar 60%.

Konsep *profit loss sharing* dalam akad *Musyarakah* merupakan ciri khusus sebagai pembeda antara aktivitas perbankan syariah dengan perbankan konvensional. Tanggung renteng atas keuntungan dan kerugian yang dialami antara bank dan nasabah menjadi kriteria khusus yang dapat menarik jumlah nasabah lebih banyak jika bank mampu mengelola risiko dengan baik. Akad *musyarakah* dapat diaplikasikan dan dikembangkan dalam berbagai bentuk produk pembiayaan baik yang bersifat produktif maupun konsumtif untuk tujuan modal kerja usaha, investasi maupun konsumsi.

Dalam banyak kasus di mana terjadi pailit yang diterapkan dalam pembiayaan *musyarakah* dapat terjadi akibat kurang patuhnya penyelenggara perbankan syariah terhadap regulasi (*sharia compliance*) dan dapat pula disebabkan debitor tidak mampu menunaikan kewajibannya sesuai dengan perjanjian. Oleh karena itu, menurut hemat peneliti diperlukan komitmen kedua belah pihak baik bank syariah maupun nasabah terhadap perjanjian yang telah disepakati, dengan beberapa solusi sebagai berikut:

a. Kepatuhan Terhadap Akad/Perjanjian yang Disepakati

Pembiayaan *musyarakah* adalah pembiayaan berupa akad kerjasama antara pihak BUS/UUS/BPRS dengan pihak nasabah berupa penyatuan modal oleh masing-masing pihak untuk melaksanakan usaha atau proyek tertentu dan/atau upaya untuk memiliki aset tertentu yang bertujuan untuk memperoleh sejumlah keuntungan dengan ketentuan bahwa keuntungan (*profit*) dan kerugian (*loss*) akan ditanggung bersama. Keuntungan dibagi berdasarkan atas kesepakatan atau porsi modal sementara untuk kerugian yang ditanggung hanya sebesar porsi modal masing-masing.⁴²⁹

Menurut Wahbah al-Zuhayli, kebebasan membuat akad merupakan kajian tentang kewenangan kehendak akad dan persyaratan tertentu yang disepakati harus ada dalam suatu akad. Setiap pihak memiliki kebebasan untuk membuat berbagai akad dan syarat-syarat yang terkandung dalam bentuk klausul-klausula dalam shighat akad selama berada dalam koridor yang dibolehkan yaitu tidak menghalalkan yang haram dan mengharamkan yang halal atau tidak bertentangan dengan kaidah-kaidah umum tentang *qawaid fihiyyah* yang merupakan hasil analisis dari syariat.⁴³⁰

Suatu akad yang dibuat termasuk syarat yang dikandungnya harus mampu mewujudkan keinginan para pihak untuk tujuan kemaslahatan baik bagi individu, kelompok maupun masyarakat, baik dalam aspek sosial maupun ekonomi secara menyeluruh. Al-Zuhayli melanjutkan bahwa prinsip kebebasan yang dimiliki oleh para pihak untuk membuat suatu akad atau perjanjian hendaknya didasarkan pada kemauan dan kerelaan sendiri serta kemampuan para pihak untuk mematuhi

⁴²⁹ Lihat Fatwa DSN-MUI No. 08/DSN-MUI/IV/2000 tentang Pembiayaan *Musyarakah*.

⁴³⁰ Wahbah al-Zuhayli, *Al-Wajiz fi Ushūl al-Fiqh*, Dār al-Fikr al-Mu‘aṣir, Beirut, 1997, Jilid IV, hlm. 511.

klausula perjanjian yang dibuat bahkan poin-poin tertentu yang diajabarkan dalam suatu akad.⁴³¹

Demikian pula bagi para pihak yang membuat akad memiliki wewenang mutlak untuk membuat akad dan membuat klausula tertentu dalam akad tertentu yang disepakati yang dapat mengikat para pihak atau satu pihak saja dengan kewajiban tertentu demi terpenuhinya kebutuhan dan menjaga kepentingan masing-masing. Para pihak dalam membuat akad bisa saja merumuskan diktum perjanjian tertentu yang dapat menarik pihak lainnya untuk mematuhi ketentuan yang telah dirumuskan dan kemudian disepakati bersama, tanpa perlu memperhatikan keseimbangan posisi atau efek dari akad tersebut dari sisi laba atau rugi atau *ghaban fahisy* yang mungkin akan dialami oleh salah satu dari para pihak.⁴³²

Berkenaan dengan hal tersebut, peneliti berpendapat bahwa kepatuhan terhadap akad syariah salah satunya dapat mengacu kepada peraturan OJK yang mencakup atas:⁴³³

- 1) Perjanjian dengan akad *musyarakah* harus memenuhi rukun;
- 2) Pengikatan perjanjian pembiayaan *musyarakah* antara BUS/UUS/BPRS dan Nasabah harus dituangkan secara tertulis yang dapat dilakukan secara di bawah tangan atau di bawah legalisasi secara notarial;
- 3) Dalam perjanjian pembiayaan *musyarakah* antara BUS/UUS/BPRS dan Nasabah harus dinyatakan secara jelas bahwa kerjasama diantara para pemilik modal dilaksanakan dengan tujuan mencari keuntungan.

⁴³¹ *Ibid.* hlm. 511.

⁴³² *Ibid.* hlm. 512.

⁴³³ Tim Penyusun, *Standar Kepatuhan Terhadap Akad Syariah*, dalam *Buku Standar Produk Pembiayaan Musyarakah dan Musyarakah Mutanaqisah*, OJK, Jakarta, 2016.

- 4) Dalam perjanjian pembiayaan *musyarakah*, nasabah dan BUS/UUS/BPRS sama-sama menyediakan modal dan harus dinyatakan dengan tegas perbandingan antara modal BUS/UUS/BPRS dan modal Nasabah.
- 5) Pembiayaan *musyarakah* yang diberikan BUS/UUS/BPRS dan nasabah adalah untuk membiayai usaha/proyek/aset tertentu, baik yang sudah berjalan maupun yang baru, yang akan dikelola oleh nasabah menurut ketentuan yang disepakati oleh BUS/UUS/BPRS.
- 6) Pembiayaan *musyarakah* yang diberikan BUS/UUS/BPRS dapat bersifat kerjasama modal baik dalam jumlah tetap (modal tidak diangsur) maupun jumlah menurun (modal diangsur).
- 7) Dalam pembiayaan *musyarakah* jumlah tetap, bagian modal setiap mitra ditentukan sesuai akad dan jumlahnya tetap hingga akhir masa akad, di mana pada akhir masa akad BUS/UUS/BPRS berjanji akan menjual keseluruhan modalnya sekaligus kepada nasabah dan nasabah berjanji untuk membeli keseluruhan modal BUS/UUS/BPRS tersebut.
- 8) Dalam pembiayaan *musyarakah* jumlah menurun, bagian modal BUS/UUS/BPRS akan dijual secara bertahap (diangsur) kepada nasabah (atau pihak lain) sehingga bagian modal BUS/UUS/BPRS akan menurun dari masa ke masa dan pada akhir masa akad, BUS/UUS/BPRS tidak lagi memiliki modal (menjadi pemilik) dalam usaha/proyek/aset tersebut.
- 9) Pengembalian modal dan bagi hasil hak BUS/UUS/BPRS yang dihitung dan disepakati berdasarkan perjanjian yang dibuat oleh para pihak terkait.
- 10) Nisbah bagi hasil tidak harus selalu sama setiap bulannya selama masa pembiayaan, walaupun kontribusi modal tetap ataupun juga kontribusi modal

menurun, selama hal ini disepakati dari awal dan sudah jelas tertulis pada pembuatan akad. Hal ini tergantung dari perhitungan *cash flow* atas proyek/ usaha yang akan dibiayai.

- 11) Jika selama masa kegiatan proyek atau kegiatan usaha dari pembiayaan *musyarakah* terjadi perubahan kontribusi modal sehingga menyebabkan juga perubahan nisbah bagi hasil, maka harus dibuatkan *addendum* (perubahan) atas perjanjian sebelumnya yang disepakati dan ditanda tangani oleh para pihak terkait.

Di samping itu ada beberapa ketentuan hukum yang juga mengikat pihak-pihak yang terkait dalam perjanjian pembiayaan *musyarakah* di bank syariah, antara lain:⁴³⁴

- 1) Para pihak dalam kontrak *musyarakah* adalah pihak yang diperbolehkan yang termasuk ke dalam orang-perorangan dan/atau perusahaan/badan usaha.
- 2) Para pihak dalam kontrak *musyarakah* harus mempunyai kapasitas hukum untuk melaksanakan kontrak.
- 3) Kontrak *musyarakah* harus disertai dengan penawaran (*ijab*) dan penerimaan (*qabul*) dari kedua belah pihak.
- 4) Salah satu atau kedua belah pihak diperbolehkan melaksanakan kontrak melalui perantara yang sah, dibuktikan dengan surat pernyataan perwakilan yang ditandatangani oleh pihak yang bersangkutan.

⁴³⁴ Tim Penyusun, *Standar Kepatuhan Terhadap Akad Syariah*, dalam *Buku Standar Produk Pembiayaan Musyarakah dan Musyarakah Mutanaqisah*, OJK, Jakarta, 2016.

- 5) Para pihak harus terikat oleh ketentuan yang telah disepakati kedua belah pihak dalam kontrak yang mana seluruh ketentuan tersebut tidak ada satu pun yang melanggar kepatuhan prinsip syariah di dalamnya.

Kaitannya dengan pengakhiran akad *musyarakah*, kedua belah pihak dapat membuat kesepakatan sebagai berikut:⁴³⁵

- 1) Pengakhiran akad *musyarakah* dapat disebabkan oleh sebab berakhirnya jangka waktu akad, peristiwa cidera janji, dan nasabah mengajukan pengakhiran akad *musyarakah*.
- 2) Ketika berakhirnya akad, maka nasabah wajib mengembalikan seluruh kewajiban modal pembiayaan yang telah diberikan oleh pihak BUS/UUS/ BPRS serta bagi hasil porsi BUS/UUS/BPRS pada periode terakhir saat pelunasan.

Sebaliknya dalam hal perpanjangan akad *musyarakah*, kedua belah pihak juga dapat membuat kesepakatan sebagai berikut:⁴³⁶

- 1) Perpanjangan Fasilitas pembiayaan dibedakan menjadi dua hal sebagai berikut:
 - a) Perpanjangan fasilitas pembiayaan dalam rangka peningkatan usaha nasabah.
 - b) Perpanjangan fasilitas pembiayaan dalam rangka penyelamatan pembiayaan.
- 2) Pihak BUS/UUS/BPRS harus menentukan kriteria, persyaratan, dan standar khusus terkait perpanjangan fasilitas pembiayaan dalam rangka peningkatan usaha Nasabah sesuai dengan kebijakan masing-masing BUS/UUS/BPRS.

⁴³⁵ *Ibid.* hlm. 142-143.

⁴³⁶ *Ibid.* hlm. 144-145.

Dari sekian banyak persoalan yang sering terjadi dalam akad pembiayaan *musyarakah* adalah klausul mengenai wanprestasi yang menetapkan standar sebagai berikut:

- 1) Wanprestasi adalah kegagalan nasabah dalam memenuhi kewajiban atau segala hal yang ditentukan dan disepakati bersama dalam kontrak sehingga menimbulkan kerugian bagi BUS/UUS/BPRS baik dalam berupa penyusutan nilai modal maupun pengurangan nilai bagi hasil untuk BUS/UUS/BPRS.
- 2) Jika wanprestasi terjadi akibat kelalaian nasabah yang mengakibatkan kerugian pihak bank, maka BUS/UUS/BPRS berhak mendapatkan ganti rugi (*ta'widh*).
- 3) Pembebanan ganti rugi (*ta'widh*) hanya dapat dikenakan apabila:⁴³⁷
 - a) Pihak yang melakukan ingkar janji setelah dinyatakan ingkar janji, tetap melakukan ingkar janji; atau
 - b) Sesuatu yang harus diberikan atau dibuatnya hanya dapat diberikan atau dibuat dalam tenggang waktu yang telah dilewatinya; atau
 - c) Pihak yang ingkar janji tidak dapat membuktikan bahwa perbuatan ingkar janji itu terjadi karena keadaan memaksa yang berada di luar kuasanya (*force majeure*).

Di samping itu persoalan berikutnya yang sering terjadi di dalam akad pembiayaan *musyarakah* terdapat pada klausul mengenai denda dan ganti rugi yang menetapkan standar sebagai berikut:⁴³⁸

⁴³⁷ *Ibid.* hlm. 145-146.

⁴³⁸ *Ibid.* hlm. 146-149.

- 1) BUS/UUS/BPRS dapat memberikan sanksi berupa kepada Nasabah mampu bayar yang terbukti melakukan tunggakan atas pembayaran angsuran dan/atau wanprestasi atas setiap ketentuan yang telah disepakati dalam kontrak.
- 2) Sanksi yang dapat diterapkan adalah berupa denda (*ta'zir*) dan/atau ganti rugi (*ta'widh*). BUS/UUS/BPRS dapat menerapkan salah satu atau keduanya sesuai dengan syarat dan kondisi yang dijelaskan dalam standar ini.
- 3) Denda atas tunggakan (*ta'zir*) harus diperuntukkan sebagai dana sosial atau dana kebajikan sementara ganti rugi (*ta'widh*) dapat diakui sebagai pendapatan dalam pembukuan BUS/UUS/BPRS.
- 4) Denda atas tunggakan (*ta'zir*) hanya dikenakan kepada nasabah jika nasabah terbukti lalai atas kewajiban pembayaran angsurannya.
- 5) Kelalaian nasabah didefinisikan sebagai kesalahan yang dilakukan oleh nasabah dalam hal pengelolaan aset/usaha/proyek yang diwakilkan kepadanya untuk dikelola dengan baik sehingga terjadi kerusakan, kegagalan, dan/ atau kehilangan aset/usaha/proyek yang dikerjasamakan dalam kontrak ini.
- 6) Ketentuan mengenai pembebanan ganti rugi (*ta'widh*) kepada nasabah dibatasi oleh beberapa standar berikut ini:
 - a) Ganti rugi dikenakan kepada nasabah yang memang sengaja atau karena lalai melakukan sesuatu yang menyimpang dari akad dan mengakibatkan kerugian pada BUS/UUS/BPRS.
 - b) Besarnya ganti rugi yang dapat diakui sebagai pendapatan bank adalah sesuai dengan kerugian riil (*real loss*) dan bukan kerugian yang diperkirakan akan terjadi (*potential loss*).

- c) BUS/UUS/BPRS hanya dapat mengenakan ganti rugi pada keuntungan bank yang sudah jelas tidak dibayarkan oleh nasabah.
 - d) Klausul ganti rugi harus ditetapkan secara jelas dalam akad dan dipahami oleh nasabah.
 - e) Penetapan ganti rugi atau kerugian riil ditetapkan berdasarkan kesepakatan antara nasabah bank dan nasabah.
- 7) Kerugian riil adalah biaya riil yang dikeluarkan oleh BUS/UUS/BPRS dalam melakukan penagihan hak BUS/UUS/BPRS yang seharusnya ditunaikan oleh nasabah.

b. Kehati-hatian Terhadap Mekanisme Pembiayaan *Musyarakah*

Terlepas dari banyaknya persoalan yang sering terjadi dalam akad pembiayaan *musyarakah*, kedua belah pihak dapat menyepakati di awal mengenai standar penyelesaian sengketa, dengan ketentuan sebagai berikut:⁴³⁹

- 1) Pengaturan mengenai penyelesaian sengketa antara pihak BUS/UUS/BPRS dengan nasabah harus mengutamakan prinsip musyawarah mufakat.
- 2) Prinsip musyawarah mufakat dapat dilakukan melalui beberapa cara seperti penjadwalan kembali (*rescheduling*), penambahan syarat baru (*reconditioning*) ataupun penggunaan struktur baru (*restructuring*).
- 3) Apabila mekanisme musyawarah belum berhasil, penyelesaian sengketa dapat dilakukan secara non litigasi misalnya melalui Badan Arbitrase Syariah Nasional (Basyarnas) dan eksekusi atau putusan arbitrase syariah itu akan ditetapkan melalui Pengadilan Agama.

⁴³⁹ *Ibid.* hlm. hlm. 149-152

- 4) Apabila para pihak menyepakati untuk menyelesaikan sengketa melalui pengadilan, maka BUS/UUS/BPRS dan nasabah harus menyepakati dalam kontrak bahwa kewenangan untuk mengadili sengketa kontrak ini diselesaikan melalui Pengadilan Agama.
- 5) Pihak BUS/UUS/BPRS tidak diperkenankan melakukan eksekusi agunan dan jaminan secara langsung sesaat setelah terjadi tunggakan ataupun wanprestasi sebelum ada putusan pengadilan yang menyatakan bahwa nasabah lalai dan memberikan hak kepada BUS/UUS/BPRS untuk eksekusi agunan dan jaminan.
- 6) Pihak BUS/UUS/BPRS tidak diperkenankan menuliskan klausula dalam kontrak yang membolehkan BUS/UUS/BPRS melakukan eksekusi agunan dan jaminan secara langsung sesaat setelah terjadi tunggakan atau wanprestasi tanpa putusan pengadilan.
- 7) Jika sampai tahap eksekusi agunan obyek pembiayaan *musyarakah* dan/atau jaminan lainnya dilakukan, maka hasil eksekusi (penjualan/pelelangan) tersebut diutamakan untuk mengembalikan modal BUS/UUS/BPRS.
- 8) Jika ada kelebihan nilai eksekusi maka dikembalikan ke nasabah, jika masih kurang menutupi modal BUS/UUS/BPRS maka hal itu tetap menjadi kewajiban nasabah hingga BUS/UUS/BPRS menghapuskan kewajiban tersebut.

Agar perjanjian pembiayaan *musyarakah* tersebut menjadi lengkap, maka dimasukkan ketentuan mengenai standar *force majeure*, yang mengatur berikut:

- 1) BUS/UUS/BPRS perlu mencantumkan klausula *force majeure* dalam kontrak akad untuk mencegah sengketa atau konflik jika terjadi *force majeure*.

- 2) Peristiwa atau keadaan yang tergolong dalam kategori *force majeure* adalah peristiwa atau keadaan yang terjadi di luar kekuasaan atau kemampuan salah satu atau para pihak, yang mengakibatkan salah satu atau para pihak tidak dapat melaksanakan hak-hak dan/atau kewajiban-kewajiban sesuai dengan standar dalam kontrak ini, termasuk namun tidak terbatas pada gempa bumi, badai, angin topan, banjir, kebakaran, tanah longsor, peperangan, embargo, pemogokan umum, huru-hara, peledakan dan pemberontakan.
- 3) BUS/UUS/BPRS perlu mengatur mengenai penyelesaian permasalahan yang timbul akibat *force majeure* secara musyawarah mufakat tanpa mengurangi hak-hak BUS/UUS/BPRS sebagaimana yang telah diatur dalam akad.
- 4) Keadaan *force majeure* bisa menjadi alasan pembebasan pemberian ganti rugi akibat tidak terlaksananya kontrak atau perjanjian.

Dalam kaitannya dengan upaya hukum menyelesaikan sengketa pembiayaan *musyarakah*, perlu diketahui terlebih dahulu mengenai klausula pilihan penyelesaian sengketa (*choice of law*) yang terdapat dalam perjanjian pembiayaan *musyarakah* yang disepakati oleh nasabah.⁴⁴⁰

- 1) Pengaturan mengenai penyelesaian sengketa antara pihak BUS/UUS/BPRS dengan nasabah harus mengutamakan suatu prinsip musyawarah mufakat.
- 2) Apabila musyawarah mufakat tidak tercapai, maka BUS/UUS/BPRS dengan nasabah dapat menyelesaikan sengketa alternatif, antara lain dengan mediasi perbankan sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

⁴⁴⁰ Tim Penyusun, *Standar Kepatuhan Terhadap Akad Syariah*, dalam *Buku Standar Produk Pembiayaan Musyarakah dan Musyarakah Mutanaqisah*, OJK, Jakarta, 2016.

- 3) Apabila mekanisme mediasi belum berhasil, penyelesaian sengketa dapat dilakukan secara non litigasi melalui badan arbitrase syariah, seperti BASYARNAS.
- 4) Eksekusi atau putusan arbitrase syariah itu akan ditetapkan melalui Pengadilan Agama.
- 5) BUS/UUS/BPRS dan nasabah juga harus menyepakati kewenangan untuk mengadili apabila terdapat sengketa adalah melalui Pengadilan Agama sesuai dengan kewenangan absolut yang dimiliki berdasarkan Pasal 55 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.

Di samping ketentuan tersebut, biasanya terdapat pula klausul tentang larangan pencantuman klausula eksemisi dalam standar baku akad *musyarakah*, yang mengatur sebagai berikut:

- 1) BUS/UUS/BPRS dilarang mencantumkan klausula eksemisi yaitu klausula dalam perjanjian atau akad yang membebaskan atau membatasi tanggungjawab dari salah satu pihak jika terjadi wanprestasi padahal menurut hukum, tanggungjawab tersebut mestinya dibebankan kepadanya.
- 2) Berdasarkan Pasal 18 ayat 1 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen diatur ketentuan bahwa pelaku usaha dilarang mencantumkan klausula baku di dalam perjanjian yang dibuatnya apabila:
 - a) Menyatakan pengalihan tanggungjawab pelaku usaha;
 - b) Menyatakan bahwa pelaku usaha berhak menolak penyerahan
 - c) kembali barang yang dibeli konsumen;
 - d) Menyatakan bahwa pelaku usaha berhak menolak penyerahan kembali uang yang dibayarkan atas barang dan/atau jasa yang dibeli oleh pihak konsumen;

- e) Menyatakan pemberian kuasa dari konsumen kepada pelaku usaha; baik secara langsung maupun tidak langsung untuk melakukan segala tindakan sepihak yang berkaitan dengan barang yang dibeli oleh konsumen secara angsuran;
 - f) Mengatur hal pembuktian atas hilangnya kegunaan barang atau pemanfaatan jasa yang dibeli oleh konsumen;
 - g) Memberi hak kepada pelaku usaha untuk mengurangi manfaat jasa atau mengurangi harta kekayaan konsumen yang menjadi obyek jual-beli jasa;
 - h) Menyatakan tunduknya konsumen kepada peraturan yang mana berupa aturan baru, tambahan, lanjutan dan/atau perubahan lanjutan yang dibuat sepihak oleh pelaku usaha dalam masa konsumen memanfaatkan jasa yang akan dibelinya;
 - i) Menyatakan bahwa konsumen itu memberi kuasa kepada pelaku usaha untuk pembebanan hak tanggungan, hak gadai, atau hak jaminan terhadap barang yang dibeli oleh konsumen secara angsuran.
- 3) BUS/UUS/BPRS dilarang menetapkan klausula eksemsi yang termasuk didalamnya mengenai pembatasan tindakan nasabah dalam melakukan tindakan serta melakukan hubungan hukum dengan pihak ketiga dalam rangka melakukan pengembangan usaha apabila tidak berkaitan dengan perjanjian atau akad *Musyarakah*.

Selanjutnya terdapat klausul jaminan (*collateral/rahn*), antara lain:

- 1) BUS/UUS/BPRS dibolehkan meminta jaminan dalam pembiayaan *musyarakah* bertujuan agar nasabah serius melakukan pembayaran secara tertib.

- 2) Klausul mengenai jaminan bersifat boleh disertakan dalam rangka mitigasi dan penerapan manajemen risiko BUS/UUS/BPRS.
- 3) Dalam perjanjian mengenai eksekusi jaminan dalam perjanjian *musyarakah* perlu disebutkan bahwa eksekusi harus berdasarkan kesepakatan para pihak BUS/UUS/BPRS dengan nasabah apabila nasabah benar-benar tidak bisa lagi melakukan pelunasan atas pembiayaan yang diberikan dan tidak boleh dilakukan "serta merta" apabila Nasabah mengalami keterlambatan dalam membayar.
- 4) Apabila terpaksa dilakukan eksekusi atas jaminan, perlu diatur bahwa bagi hasil eksekusi bukan didasarkan pada *outstanding* pembiayaan *musyarakah* namun sebesar sisa pembiayaan yang belum dibayarkan oleh nasabah.

Sedangkan klausul cidera janji (wanprestasi) mencakup atas beberapa aspek sebagai berikut:

- 1) Wanprestasi atau cidera janji merupakan kelalaian debitur untuk memenuhi kewajibannya sesuai dengan perjanjian yang telah disepakati sehingga menimbulkan kerugian yang diderita oleh pihak yang haknya tidak terpenuhi.
- 2) Ingkar janji atau wanprestasi dalam suatu akad diatur dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah Pasal 36, dengan kriteria yaitu:
 - a) Tidak melakukan apa yang dijanjikan untuk melakukannya;
 - b) Melaksanakan apa yang dijanjikannya, tetapi tidak sebagaimana dijanjikan;
 - c) Melakukan apa yang dijanjikannya, tetapi terlambat; atau
 - d) Melakukan sesuatu yang menurut perjanjian tidak boleh dilakukan

- 3) Apabila terjadi wanprestasi atau kelalaian nasabah, BUS/UUS/BPRS berhak mendapatkan ganti rugi.
- 4) Ganti rugi dibatasi yaitu hanya meliputi kerugian yang dapat diduga dan yang merupakan akibat langsung dari wanprestasi.
- 5) Sanksi terhadap terjadinya peristiwa ingkar janji (wanprestasi) hanya dapat dikenakan apabila:
 - a) Pihak yang melakukan ingkar janji setelah dinyatakan ingkar janji, tetap melakukan ingkar janji.
 - b) Sesuatu yang harus diberikan atau dibuatnya hanya dapat diberikan atau dibuat dalam tenggang waktu yang telah dilewatinya.
 - c) Pihak yang ingkar janji tidak dapat membuktikan bahwa perbuatan ingkar janji itu terjadi karena keadaan memaksa yang berada di luar kuasanya (*force majeure*).
- 6) Berdasarkan PBI Nomor: 7/2/PBI/2005 tentang Penilaian Kualitas Aktiva Bank Umum juncto Surat Edaran Bank Indonesia Nomor: 10/14/DPBS tanggal 17 Maret 2008 tentang Pelaksanaan Prinsip Syariah dalam Kegiatan Penghimpunan Dana dan Penyaluran Dana serta Pelayanan Jasa Bank Syariah/Unit Usaha Syariah, pengenaan ganti rugi oleh BUS/UUS/BPRS dibatasi oleh beberapa ketentuan:
 - a) Ganti rugi dikenakan kepada Nasabah yang memang sengaja atau karena lalai melakukan sesuatu yang menyimpang dari akad dan mengakibatkan kerugian pada BUS/UUS/BPRS.

- b) Besarnya ganti rugi yang dapat diakui sebagai pendapatan BUS/UUS/BPRS adalah sesuai dengan kerugian riil (*real loss*) dan bukan kerugian yang diperkirakan akan terjadi (*potential loss*).
 - c) Untuk akad *musyarakah*, BUS/UUS/BPRS sebagai *shahibul mal* hanya dapat mengenakan ganti rugi pada keuntungan BUS/UUS/BPRS yang sudah jelas tidak dibayarkan oleh Nasabah.
 - d) Klausul ganti rugi harus ditetapkan secara jelas dalam akad dan dipahami oleh Nasabah.
 - e) Penetapan ganti rugi atau kerugian riil ditetapkan berdasarkan kesepakatan antara BUS/UUS/BPRS dan Nasabah.
- 7) Kerugian riil adalah biaya riil yang dikeluarkan oleh BUS/UUS/BPRS dalam melakukan penagihan hak BUS/UUS/BPRS yang seharusnya dibayarkan oleh Nasabah.

Apabila mengacu kepada ketentuan dalam Fatwa DSN-MUI No. 08/DSN-MUI/IV/2000 tentang Pembiayaan *Musyarakah* pada ketentuan 3 point (d) ditegaskan bahwa kerugian harus dibagi antara para mitra secara proposional menurut saham masing-masing dalam modal. Sedangkan dalam Fatwa DSN-MUI No. 17/DSN-MUI/IX/2000 tentang Sanksi Menunda-nunda Pembayaran dijelaskan bahwa apabila nasabah dengan sengaja tidak membayar utang-utangnya padahal ia mampu, maka nasabah tersebut berhak dihukum dengan memberikan denda atas utangnya.

Dalam keadaan di mana nasabah meminta keringanan untuk membayar utangnya dapat diatur berdasarkan Fatwa DSN-MUI No.48/DSN-MUI/II/2005

tentang Penjadwalan Kembali (*Rescheduling*), yang mana *rescheduling* dapat dilakukan bagi nasabah yang tidak mampu bayar dengan beberapa ketentuan:

- 1) Tidak menambah jumlah tagihan yang tersisa
- 2) Pembebanan biaya dalam proses penjadwalan kembali adalah biaya riil
- 3) Perpanjangan masa pembayaran harus berdasarkan kesepakatan kedua belah pihak.

Jika dilihat dari segi esensinya, pembiayaan jelas berbeda dengan utang. Utang adalah kewajiban yang dinyatakan dalam jumlah uang baik mata uang Indonesia maupun mata uang asing, baik secara langsung maupun yang akan timbul dikemudian hari atau kontinjen, yang timbul karena perjanjian atau undang-undang dan yang wajib dipenuhi oleh debitor dan bila tidak dipenuhi memberikan hak kepada kreditor untuk mendapat pemenuhannya dari harta kekayaan debitor. Terkecuali apabila syarat kepailitan sudah terpenuhi, dan termohon akhirnya dinyatakan pailit dalam proses dipersidangan, maka kurator berhak mengurus harta termohon sesuai dengan pasal 69 UUK-PKPU guna membayar utang-utang para kreditor.

Kasus sebagaimana terdapat dalam Putusan No. 01/Pdt-Sus-PKPU/2015/PN Niaga Mdn adalah bentuk kerjasama antara debitor pailit dan kreditor adalah pembiayaan kombinasi antara *murabahah* dan *musyarakah*. Padahal dalam peraturan perundang-undangan telah tegas diatur bahwa lembaga penyelesaian perkara perbankan syariah sendiri sudah diatur dalam Pasal 55 ayat (1), ayat (2) dan ayat (3) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, yaitu:

- 1) Penyelesaian sengketa Perbankan syari'ah dilakukan oleh Pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama;

- 2) Dalam hal para pihak telah memperjanjikan penyelesaian sengketa selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1), penyelesaian sengketa dilakukan sesuai isi akad.
- 3) Penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak boleh bertentangan dengan prinsip syariah.

Analisa peneliti lebih difokuskan pada penjelasan tentang prinsip syariah yang terdapat di dalam UU Perbankan bahwa prinsip syariah adalah prinsip hukum Islam dalam kegiatan perbankan yang berdasarkan pada fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah. Prinsip syari'ah dalam kegiatan bank difatwakan oleh Majelis Ulama Indonesia. Lebih jelas Peraturan Bank Indonesia (PBI) Nomor: 11/15/PBI/2009 menyebutkan bahwa, "*Prinsip Syariah adalah prinsip hukum Islam dalam kegiatan perbankan berdasarkan pada fatwa yang dikeluarkan oleh Dewan Syari'ah Nasional-Majelis Ulama Indonesia.*"

Dengan demikian, dalam memutuskan pailit pengadilan harus mempertimbangkan fatwa-fatwa DSN-MUI yang berkaitan dengan pembiayaan *murabahah* dan *musyarakah* karena menyangkut prinsip syariah itu sendiri. Namun demikian dalam beberapa kasus di pengadilan, penyelesaian sengketa pembiayaan *musyarakah* menjadi sengketa kepailitan belum banyak diatur dalam fatwa DSN-MUI. Pendek kata, belum adanya penjelasan yang spesifik tentang tata cara penyelesaian perkara ekonomi syariah, dan subjek hukum yang dinyatakan pailit, begitu juga dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) dan PERMA

Nomor 14 Tahun 2016 Tentang Tata Cara Penyelesaian Perkara Ekonomi Syariah.

Peneliti berpendapat bahwa Perma Nomor 2 Tahun 2008 tentang KHES menjelaskan pada Pasal 2 ayat (2) buku I, hanya mengatur badan usaha yang berbadan hukum atau tidak berbadan hukum, dapat melakukan perbuatan hukum dalam hal tidak dinyatakan *taflis*/atau pailit berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap. Dalam pasal tersebut ternyata juga tidak dijelaskan syarat dan ketentuan badan hukum atau perorangan yang dinyatakan jatuh pailit, akan tetapi hanya menjelaskan secara implisit tentang subyek hukum ekonomi syariah.

Demikian pula ketentuan lebih lanjut juga telah disebutkan di dalam Pasal 5 ayat (2) buku I Perma Nomor 2 Tahun 2008 tentang KHES bahwa dalam hal badan hukum terbukti tidak mampu lagi berprestasi sehingga menghadapi kepailitan, atau tidak mampu membayar utang dan meminta pemohon penundaan kewajiban pembayaran utang, maka pengadilan dapat menetapkan kurator atau pengurus bagi badan hukum tersebut atas permohonan para pihak yang berkepentingan.

Ketentuan hukum yang mungkin sering dijadikan rujukan adalah Peraturan Mahkamah Agung Nomor 14 Tahun 2016 Tentang Tata Cara Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah, awalnya rancangan itu berbentuk dalam Kompilasi Hukum Acara Ekonomi Syariah (KHAES) melalui beberapa tahap pembahasan terbentuklah rancangan Perma yang pada akhirnya tanggal 21 Desember 2016 Perma tentang tata cara penyelesaian perkara ekonomi syariah disetujui dengan

menunda satu pasal yaitu *taflis*/kepailitan. Hal ini menjelaskan bahwa belum adanya kepastian hukum yang mengatur tentang penyelesaian kepailitan dalam bidang ekonomi syariah termasuk didalamnya perkara kepailitan perbankan syariah. Dengan kata lain, ketentuan hukum secara spesifik mengenai penyelesaian sengketa kepailitan dalam pembiayaan *musyarakah* di bank syariah belum ada ketentuannya.

2. Pengadilan yang Berwenang Menyelesaikan Kepailitan Pembiayaan *Musyarakah* di Bank Syariah

Hukum kepailitan sebenarnya sudah ada di Indonesia sejak tahun 1905 dengan peng-aturan dalam bentuk *faillissements-Verordening Staatsblaad* Tahun 1905 No. 217 juncto *Staats-blaad* Tahun 1906 No.348 (FV). Namun terjadinya krisis moneter di Indonesia tahun 1997-1998 telah memberi dampak yang tidak menguntungkan terhadap perekonomian nasional. Untuk membantu dunia usaha agar dapat segera menyelesaikan pinjaman bermasalah, Pemerintah Republik Indonesia telah mengeluarkan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang Nomor 1 Tahun 1998 tentang Kepailitan yang kemudian dikukuhkan menjadi Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998 Tentang Kepailitan.

Dengan diundangkannya UU Nomor 4 Tahun 1998 tentang Kepailitan telah menimbulkan harapan besar bagi dunia usaha untuk dapat segera menyelesaikan pinjaman bermasalah dengan cepat melalui proses kepailitan. Kepailitan yang semula tidak menjadi fokus publik dan tidak menarik mendadak menjadi proses penyelesaian pinjaman bermasalah yang sangat di minati oleh para pelaku usaha. Hal ini terlihat dengan adanya lonjakan jumlah permohonan kepailitan di

Pengadilan Niaga Jakarta Pusat menjadi 100 perkara kepailitan yang masuk dalam tahun 1999.

Pada awalnya dunia usaha memang sangat berharap Pengadilan Niaga mampu menyelesaikan perkara yang masuk dengan cepat, transparan, dan adil. Namun dalam perkembangannya Pengadilan Niaga menemui banyak hambatan dalam menyelesaikan tugasnya sehingga hasil kinerjanya menjadi tidak maksimal. Kondisi ini mengecewakan para pelaku usaha sehingga mereka menjadi kurang berminat menempuh proses kepailitan untuk menyelesaikan kemelut pinjaman bermasalah yang dihadapinya.

Mengingat UU Nomor 4 Tahun 1998 dirasa belum dapat mengakomodir kepentingan dunia usaha dan untuk mengatasi kendala dalam praktik penerapan UU Nomor 4 Tahun 1998 maka dikeluarkan UU Nomor 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang sebagai pengganti UU Nomor 4 Tahun 1998.

Untuk mengetahui perkembangan penyelesaian perkara kepailitan ekonomi syariah di Pengadilan Niaga selama periode berlakunya UU Nomor 37 Tahun 2004, peneliti telah melakukan penelitian di Pengadilan Niaga Jakarta Pusat. Namun beberapa perkara yang diperoleh di pengadilan niaga menunjukkan bahwa kajian tentang sengketa kepailitan ekonomi syariah masih terbatas jumlahnya. Oleh karena itu, untuk mencari penyebab naik turunnya jumlah perkara selama periode yang diteliti dan untuk mengetahui kendala-kendala yang timbul dalam proses penyelesaian perkara kepailitan. Pelaku usaha tentu berharap proses kepailitan dapat membantu mempercepat hasil penyelesaian hutang piutang dengan hasil *asset recovery* yang maksimal.

Seperti telah dijelaskan sebelumnya masalah kepailitan dalam kajian hukum ekonomi Islam bukanlah merupakan suatu hal yang baru, para ulama terdahulu telah membahas mengenai penyelesaian perkara kepailitan. Di dalam Islam kepailitan atau pailit disebut dengan *At-taflis*, diambil dari kata *al-fals* jamaknya *fulus*. *Al-fals* adalah jenis uang yang paling sedikit (uang recehan) yang terbuat dari tembaga. *Fulus* biasanya dikesankan sebagai harta seseorang yang paling buruk dan mata uang yang paling kecil. Dalam konteks ekonomi, istilah *taflis* diartikan sebagai orang yang hutangnya lebih besar dari hartanya.⁴⁴¹ Sedangkan secara terminologi ahli *fiqh*, *At-taflis* (penetapan pailit) didefinisikan oleh para ulama dengan "*Keputusan hakim yang melarang seseorang bertindak hukum atas hartanya*". Larangan itu dijatuhkan karena ia terlibat hutang yang meliputi atau bahkan melebihi seluruh hartanya.⁴⁴²

Nasabah yang dinyatakan pailit maka terjadilah sita umum atas harta kekayaannya untuk kemudian berada pada kekuasaan kurator yang bertugas untuk membereskannya sekaligus membayarkan piutang bank.⁴⁴³ Putusan pailit dari pengadilan membuat debitor tidak dapat menguasai, mengelola, baik menjual ataupun menggadaikan hartanya.⁴⁴⁴ Dalam konsep hukum Islam menjual harta debitor juga dijelaskan secara rinci, salah satunya menurut pandangan imam Syafii, beliau membolehkan kreditor menjual harta debitor guna membayar semua utang-utangnya.

⁴⁴¹ Abdullah bin Abdurrahman Al Bassam. *Syarah Bulughul Maram*, (Jakarta: Pustaka Azzam, Cetakan Pertama, , 2006), h.504

⁴⁴² Ahmad Safrudin dan Ahmad Satiri, *Teknik Penyelesaian Perkara Kepailitan Ekonomi Syariah*, (Jogjakarta: Pustaka Pelajar, 2018), h.1

⁴⁴³ Pasal 1 angka 1 Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (PKPU).

⁴⁴⁴ Abdul R. Saliman, *Hukum Bisnis Untuk Perusahaan Teori dan Contoh Kasus, Cet. Ke- 7*, (Jakarta: Kencana, 2014), h. 121

Sebagaimana halnya pada bank konvensional, dalam menjalankan usahanya bank syariah juga memiliki berbagai risiko antara lain: risiko pembiayaan (*finance risk*) pada bank konvensional disebut risiko kredit (*credit risk/default risk*), risiko investasi (*investment risk*), risiko likuidasi (*liquidity risk*), risiko operasional (*operational risk*), risiko penyelewengan (*fraud risk*) dan risiko fidusia (*fiduciary risk*).⁴⁴⁵

Pada pembiayaan misalnya, bank berada pada risiko yang diakibatkan oleh kegagalan atau ketidakmampuan nasabah penerima pembiayaan mengembalikan jumlah pembiayaan yang diterima dari bank beserta bagi hasil/margin sesuai jangka waktu yang telah ditentukan atau dijadwalkan. Padahal sejak diketahui bahwa dana yang dialirkan ke masyarakat dalam bentuk pembiayaan tersebut merupakan dana milik pihak ketiga yang harus dikembalikan.

Bahkan menurut sebagian pendapat hal tersebut tidak harus dikembalikan secara utuh, pada akad-akad tertentu selain *wadiah* (titipan) pihak ketiga dalam akad perjanjian awal juga berhak atas bagi hasil atau keuntungan bilamana dana yang disalurkan untuk pembiayaan mendapatkan bagian keuntungan (*profit sharing*) baik dengan menggunakan akad *murabahah*, *musyarakah*, ataupun *mudharabah*.⁴⁴⁶

Adanya pembiayaan bermasalah yang kurang lancar, diragukan, dan macet maka, langkah selanjutnya adalah bank melakukan upaya-upaya untuk mengem-

⁴⁴⁵ Dadan Muttaqien dan Fakhruddin Cikman, *Penyelesaian Sengketa Perbankan Syari'ah*, (Yogyakarta: Total Media, 2008), h. 40.

⁴⁴⁶ Siti Kadariyah, Pangeran Harahap, dan Sukiati, *Analisis Penyelesaian Kepailitan Perbankan Syariah Di Pengadilan Niaga Dalam Putusan No.01/Pdt-Suspku/ 2015/Pn Niaga Medan Ditinjau Dari Perspektif Ekonomi Islam*, dalam *Jurnal Penelitian Medan Agama* Vol. 9, No. 1, 2018.

balikan dana pihak ketiga dengan melakukan restrukturisasi. Restrukturisasi dilakukan guna membantu nasabah agar dapat menyelesaikan kewajibannya yaitu dengan melakukan penjadwalan kembali (*rescheduling*), persyaratan kembali (*reconditioning*), dan penataan kembali (*restructuring*) utang-utangnya.⁴⁴⁷

Apabila upaya penyelamatan pembiayaan melalui restrukturisasi tidak berhasil bank akan melakukan penjualan terhadap barang jaminan milik penerima pembiayaan yang diserahkan pada saat disepakatinya perjanjian pembiayaan. Adakalanya untuk mengembalikan dana pihak ketiga bank juga menempuh jalur litigasi dengan melakukan permohonan pailit debitur ke Pengadilan Niaga bila ternyata debitur memenuhi syarat untuk dipailitkan. Upaya pailit dapat dilakukan apabila debitur wanprestasi tidak mampu untuk melakukan pembayaran kepada para kreditornya (*insolvent*), atau karena memang tidak mau membayar.

Pada dekade terakhir ini, masyarakat Indonesia mulai cenderung memilih lembaga yang menggunakan transaksi ekonomi syariah, seperti asuransi syariah, reksa dana syariah, obligasi syariah, bank syariah, pegadaian syariah, dan bisnis syariah lainnya. Transaksi ekonomi syariah tidak selamanya berjalan dengan baik, melainkan di dalamnya terdapat potensi konflik antara pihak-pihak yang saling berhubungan yang mungkin terjadi pada saat pelaksanaan perjanjian (akad) maupun konflik dalam hal penafsiran isi suatu perjanjian (akad). Untuk itu diperlukan suatu lembaga penegak hukum yang mampu menjadi benteng terakhir (*the last resort*) bagi para pihak yang bermasalah terkait dengan transaksi ekonomi syariah.

⁴⁴⁷ A. Wangsawidjaja Z, *Pembiayaan Bank Syari'ah*, (Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2012), h. 447.

Dalam transaksi ekonomi syariah, salah satunya adalah perbankan syariah ketika salah satu pihak tidak dapat memenuhi apa yang menjadi kewajibannya (debitor) maka pihak lainnya (kreditor) dapat mengajukan gugatan ke Pengadilan Agama untuk meminta pemenuhan apa yang menjadi haknya berdasarkan Pasal 49 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006. Namun bagaimana halnya jika pihak yang dibebani kewajiban tersebut (debitor) dalam transaksi ekonomi syariah mempunyai lebih dari satu kreditor yang piutangnya telah jatuh tempo dan debitor berada dalam keadaan berhenti membayar. Situasi seperti ini menurut Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 telah terpenuhi unsur kepailitan dan merupakan kewenangan dari Pengadilan Niaga.

Pasca lahirnya Putusan MK Nomor: 93/PUU-X/2012, *quo vadis* tentang kewenangan mengadili antara Pengadilan Umum dan Pengadilan Agama dalam penyelesaian sengketa ekonomi syariah secara normatif telah berakhir dan konklusinya adalah Peradilan Agama memiliki legal konstitusional dalam menangani sengketa ekonomi syariah. Namun dalam tataran empiris masih ditemukan adanya sengketa kepailitan berdasarkan akad syariah yang diselesaikan melalui Pengadilan Niaga dalam lingkungan Peradilan Umum.

Mengacu kepada sejumlah sumber yang terdapat dalam beberapa putusan pengadilan, peneliti menemukan beberapa faktor penyebab terjadinya dualisme berkenaan dengan kewenangan absolut pengadilan Agama dalam menyelesaikan sengketa kepailitan pembiayaan *musyarakah* tersebut antara lain:

Pertama, adanya konflik/pertentangan norma antara Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 dengan Perma Nomor 2 Tahun 2008. Untuk melihat lebih jelas adanya konflik pertentangan norma hukum tentang kewenangan/kompetensi

mengadili antara Pengadilan Niaga dan Pengadilan Agama dalam perkara Kepailitan dan PKPU pada lembaga keuangan syariah baik itu bank maupun non bank, bisa dilihat dalam ketentuan pasal 300 ayat 1 Undang-Undang Nomor 37 tahun 2004 tentang Kepailitan dan PKPU, dimana bunyi pasal tersebut menyebutkan:

“Pengadilan sebagaimana yang dimaksud dalam Undang-Undang ini selain memeriksa dan memutus permohonan pernyataan Pailit dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, berwenang pula memeriksa dan memutus perkara lain di bidang perniagaan yang penetapannya dilakukan dengan Undang-Undang”.

Makna kata Pengadilan dalam pasal diatas adalah Pengadilan Niaga dalam lingkungan Peradilan Umum sebagaimana termuat sebelumnya dalam pasal 1 ayat 7 Undang-Undang ini. Kata pengadilan dalam pasal tersebut, secara implisit juga menunjuk kepada Pengadilan Niaga, karena secara historis pembentukan Pengadilan Niaga adalah dalam rangka untuk mempercepat proses penyelesaian pembayaran utang-piutang debitor yang memerlukan proses sederhana dan cepat serta menumbuhkan kepercayaan para investor luar negeri.

Sedangkan yang dimaksud debitor dalam Undang-Undang tersebut adalah mencakup perseorangan atau korporasi termasuk korporasi yang berbentuk badan hukum atau tidak berbadan hukum dalam likuidasi.⁴⁴⁸ Lebih lanjut klasifikasi debitor bisa juga berupa Bank, Perusahaan Efek, Bursa Efek, Lembaga Kliring dan Penjaminan, Lembaga Penyimpanan dan Penyelesaian, Perusahaan Asuransi, Reasuransi, Dana Pensiunan BUMN untuk kepentingan publik.⁴⁴⁹

Semua lembaga keuangan tersebut adalah lembaga konvensional yang dalam setiap perjanjian kontraknya berpatokan pada hukum bisnis dan perdata

⁴⁴⁸ Pasal 1 ayat 11 UU Kepailitan Nomor 37 tahun 2004.

⁴⁴⁹ Pasal 2 ayat 3-5 UU Kepailitan Nomor 37 tahun 2004.

umum, sehingga dalam setiap sengketa yang muncul di dalamnya dipastikan memerlukan penyelesaian sengketa menurut hukum perdata umum termasuk di dalamnya sengketa kepailitan yang dalam hal ini forum penyelesaiannya secara litigasi diputus oleh Pengadilan Niaga dalam lingkungan Peradilan Umum.

Sebelum Undang-Undang Nomor 37 tahun 2004 lahir, Hukum acara yang dipakai dalam memutus dan mengadili perkara Kepailitan dan PKPU pada lembaga keuangan konvensional adalah hukum acara perdata umum yang dipakai pada Pengadilan Umum sehingga proses penyelesaian utang-piutang memerlukan waktu yang relatif lama. Akibatnya respons publik terhadap proses beracara di Pengadilan yang sifatnya berlarut-larut mengalami penurunan dan memunculkan stigma yang negatif. Untuk mengantisipasi hal yang demikian, maka lahirilah Undang-Undang Kepailitan sekarang yang merevisi segala ketentuan yang termuat dalam peraturan sebelumnya dimana konten hukum acaranya disederhanakan berdasarkan azas pemeriksaan cepat dan proses penyelesaiannya diperpendek hingga waktu 60 hari.

Perkara Kepailitan dan PKPU adalah jenis perkara yang sifatnya *voluntair* (permohonan) dan bukan *contensius* (sengketa). Jika salah satu pihak keberatan dengan hasil putusan tingkat pertama, maka pihak yang keberatan bisa mengajukan upaya hukum kasasi ke Mahkamah Agung. Untuk mempailitkan sebuah lembaga keuangan, tidak harus melihat kepada syariah atau konvensionalnya sebuah lembaga keuangan, jika perkaranya sudah diajukan dan telah memenuhi syarat yang ditetapkan dalam Undang-Undang Kepailitan yaitu debitor yang mempunyai dua atau lebih kreditor dan tidak membayar lunas sedikitnya satu

utang yang telah jatuh waktu dan dapat ditagih, maka keadaan itu secara kumulatif dapat dinyatakan Pailit oleh Hakim Niaga.

Undang-Undang Kepailitan Nomor 37 tahun 2004 tidak membedakan antara lembaga keuangan konvensional dan lembaga keuangan syariah karena pada waktu undang-undang itu lahir, pertumbuhan lembaga keuangan yang menggunakan prinsip syariah masih belum maksimal dan belum mengalami peningkatan yang signifikan. Keadaan inilah yang sampai sekarang masih tetap dipertahankan, meskipun lembaga keuangan syariah sudah eksis dan mengalami pertumbuhan yang drastis, namun tetap saja sengketa kepailitan pada lembaga keuangan syariah masih diajukan ke Pengadilan Niaga. Kontradiksi ini terjadi ketika kita membaca ketentuan Perma Nomor 2 Tahun 2008 tentang KHES.

Apabila mengacu kepada ketentuan dalam pasal 5 ayat 2 berbunyi *“Dalam hal badan hukum terbukti tidak mampu lagi berprestasi sehingga menghadapi kepailitan atau tidak mampu membayar utang dan meminta permohonan penundaan kewajiban pembayaran utang, maka pengadilan dapat menetapkan curator atau pengurus bagi badan hukum tersebut atas permohonan pihak yang berkepentingan”*.Seluruh kata-kata pengadilan dalam Perma tersebut harus dibaca Pengadilan/Mahkamah Syariah dalam lingkungan Peradilan Agama, sebagaimana merujuk bunyi pasal 1 ayat 8 ketentuan Perma ini.

Perma Nomor 2 tahun 2008 lahir dalam rangka merespons lahirnya amanah Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama yang memberikan amanah kepada Pengadilan Agama untuk menyelesaikan sengketa ekonomi syariah. Oleh karena hukum materiil yang menjadi pedoman dalam

penanganan ekonomi syariah masih belum ada saat itu, maka Perma ini berfungsi sebagai pengisi kekosongan hukum. Semua ketentuan yang termasuk dalam Perma Nomor 2 tahun 2008 tentang KHES adalah menyangkut perihal hukum materiil ekonomi syariah dan lembaga peradilan yang menanganinyapun seluruhnya harus dibaca Pengadilan Agama/Mahkamah Syariah.

Kedua, adanya kondisi “*legal loophole*” tentang Hukum Kepailitan Syariah. Sejak lahirnya Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama, pengaturan tentang Kepailitan Syariah belum dibuat hingga sekarang. Kemungkinan faktor utamanya karena perkara Kepailitan dan PKPU adalah perkara yang jarang muncul kepermukaan dan tidak sebanyak perkara perdata umum sehingga pemerintah dalam hal ini tidak terlalu memfokuskannya.

Ketika pembahasan undang-undang Nomor 3 tahun 2006 tentang Pengadilan Agama, semua anggota Panja Perumus Undang-Undang di DPR menerima secara aklamasi eksistensi Undang-Undang tersebut. Sayangnya dalam pasal 49 huruf (i) tentang bagian penjelasan kata “ekonomi syariah” hanya menyebut sampai point (k) saja dan tidak memasukkan point Kepailitan Syariah sebagai bagian dari sengketa ekonomi syariah.

Menurut Amran Suadi (Ketua Kamar Agama MARI) ketika kondisi pembahasan Undang-Undang Peradilan Agama waktu itu, para stakeholder dan petinggi Peradilan Agama sengaja tidak memasukkan point kepailitan berdasarkan akad syariah sebagai bagian dari sengketa ekonomi syariah, hal ini merupakan upaya politik hukum agar positivisasi hukum ekonomi Islam ke ranah hukum

nasional tidak terlihat represif dan radikal serta perlu proses yang matang agar bisa diterima publik.

Adapun yang menjadi entry point saat itu adalah menggolkan kewenangan Peradilan Agama dalam menangani sengketa ekonomi syariah agar tidak terjadi tarik ulur kepentingan politik. Adanya suatu kondisi yaitu kekosongan hukum atau *legal loophole* dalam sistem hukum di Indonesia dimana belum terdapat pengaturan yang pasti tentang proses ataupun prosedur pailit bagi bank syariah, maka sengketa kepailitan berdasarkan syariah di Indonesia diselesaikan sesuai dengan regulasi kepailitan konvensional. Peraturan kepailitan berdasarkan syariah dalam regulasi Indonesia hanya ada dalam Perma Nomor 2 tahun 2008 tentang KHES dan itupun hanya beberapa pasal yang membicarakannya. Diantara pasal yang memuat tentang kepailitan dan PKPU adalah dimulai dari pasal 1 ayat 6,7,8, pasal 5 ayat 2, pasal 7 dan 8.

Dalam Pasal 1 ayat 6 berbunyi “Muwalla adalah seseorang yang belum cakap melakukan perbuatan hukum atau badan hukum yang dianggap taffis/pailit berdasarkan putusan pengadilan yang memperoleh kekuatan hukum tetap”. Sedangkan pasal 7 “*Wali adalah seseorang atau kurator badan hukum yang ditetapkan oleh pengadilan untuk melakukan perbuatan hukum, baik di dalam maupun di luar pengadilan, untuk kepentingan terbaik bagi muwalla. Adapun pasal 8 “Pengadilan adalah pengadilan/ mahkamah syar'iyah dalam lingkungan peradilan agama”.*

Perkara Pailit dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (PKPU) menurut Pasal 1 ayat (6) KHES telah mengklasifikasikan subjek hukum baik perorangan maupun badan hukum yang dinyatakan pailit ke dalam kategori

muwalla, sehingga pasal 1 ayat (7) istilah kurator sebagai subjek hukum yang menangani lembaga yang dinyatakan pailit sepadan dengan kata “wali”. Pasal 1 ayat (8) secara implisit memberikan kewenangan putusan pailit subjek hukum dalam perkara ekonomi dan bisnis syariah diselesaikan pada Pengadilan Agama. Adapun dalam pasal 5 ayat 2 berbunyi *“Dalam hal badan hukum terbukti tidak mampu lagi berprestasi sehingga menghadapi kepailitan, atau tidak mampu membayar utang dan meminta permohonan penundaan kewajiban pembayaran utang, maka pengadilan dapat menetapkan kurator atau pengurus bagi badanhukum tersebut atas permohonan pihak yang berkepentingan”*.

Pasal tersebut menunjukkan adanya permohonan PKPU dari debitor yang mengharuskan hakim menunjuk seorang kurator atau pengurus yang bertugas untuk melakukan mediasi atau negosiasi tentang pelunasan utang-utangnya sebelum putusan pailit dijatuhkan. Permohonan penetapan perwalian atas orang yang berhutang oleh pihak yang berpiutang juga ditegaskan pada pasal 7 yang menyatakan bahwa *“Pengadilan dapat menetapkan orang yang berhutang berada dalam pewalian berdasarkan permohonan orang yang berpiutang.”*

Sedangkan permohonan perwalian atas orang yang tindakannya menyebabkan kerugian banyak orang termuat pada pasal 8 yang berbunyi *“Pengadilan berwenang menetapkan perwalian bagi orang yang tindakannya menyebabkan kerugian orang banyak”*. Kesemua pasal-pasal tersebut bersifat general (umum) dan secara implisit menunjuk Pengadilan Agama untuk mengadili perkara kepailitan dan PKPU yang lahir berdasarkan akad syariah. Namun sangat disayangkan, perumus pasal tidak mengatur secara spesifik tentang teknis hukum acara pemeriksaan serta prosedur mengajukan perkara kepailitan dan PKPU berda-

sarkan akad syariah di Pengadilan Agama. Minimnya konten pengaturan tentang prosedur dan teknis pemeriksaan hukum acara Kepailitan dan PKPU berdasarkan akad syariah dalam KHES inilah yang menjadi penyebab perkara kepailitan yang menggunakan akad syariah masih diajukan ke Pengadilan Niaga.

Pada ranah yurisdiksi pengadilan agama dalam menyelesaikan sengketa ekonomi syariah, pembentukan Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) menjadi salah satu bentuk nyata formalisasi hukum Islam, sekaligus sebagai salah satu cara dalam memenuhi kebutuhan hukum diranah penyelesaian sengketa tersebut. Hingga saat ini eksistensi KHES oleh beberapa kalangan masih dipertanyakan, umumnya dikarenakan payung hukumnya masih berupa peraturan Mahkamah Agung. Hal ini dapat dimengerti ketika melihat perkembangan formalisasi hukum Islam di Indonesia pada ranah ekonomi dan keuangan syariah, KHES ini harus beriringan dengan hukum perdata dan bisnis yang diakomodir dalam peraturan perundang-undangan maupun ketentuan ekonomi syariah dalam Fatwa DSN MUI yang telah diakomodir oleh Peraturan Bank Indonesia berdasarkan amanat Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.

Salah satu kelemahan dalam KHES oleh banyak kalangan terletak pada payung hukum yang memberikan legitimasi atas keberadaan KHES tersebut. Jika menilik pada hierarki peraturan perundang-undangan, sebagai hukum materiil dalam sengketa ekonomi syariah, bargaining position KHES harus dikatakan cukup lemah, meskipun dalam Pasal 2, PERMA Nomor 2 Tahun 2008 tentang

KHES tegas dinyatakan bahwa “*tidak mengurangi tanggung jawab hakim dalam menemukan hukum untuk menjamin putusan yang adil*”.

Dalam nomenklatur sistem hukum di Indonesia, hukum pada pokoknya merupakan pengambilan keputusan yang ditetapkan oleh fungsi-fungsi kekuasaan negara yang mengikat subjek hukum dengan hak dan kewajiban berupa larangan (*prohibere*), keharusan (*obligatere*), dan kebolehan (*permittere*). Norma ini dapat berupa norma hukum umum dan individual, norma hukum hukum abstrak dan konkret, norma hukum yang berlaku terus menerus (*dauerhafting*) dan sekali-selesai (*einmahlig*), serta norma hukum tunggal dan berpasangan. Pada teorinya, peraturan (*regels*) dapat berupa peraturan hukum (*rechtsregels*) maupun peraturan kebijakan (*beleidregels*). Jimly Asshiddiqie menjabarkan terdapat 3 jenis dari produk hukum berdasarkan pembagian norma, yakni pengaturan yang menghasilkan peraturan (*regels*), penetapan yang menghasilkan ketetapan atau keputusan (*beschikkings*), dan keputusan hakim (*vonnis*).

Dalam konteks ini, dapat dipahami bahwa peraturan Mahkamah Agung, merupakan jenis peraturan yang bersifat internal (*internal regulation*). Jimly Asshiddiqie menyebutkan kadang kala kriteria yang diterapkan untuk norma yang mengikat berlaku keluar dan kedalam ini sangat tipis perbedaannya. Karena ketika dalam hukum, norma ini dianggap mengikat ke dalam, ternyata terkandung pula unsur-unsur daya ikat yang berlaku keluar. Inilah yang dapat ditemukan dalam Peraturan Mahkamah Agung maupun Peraturan Mahkamah Konstitusi, karena subjek hukum yang dikenakan kedua aturan tersebut juga berlaku bagi mereka yang akan mencari keadilan di kedua lembaga peradilan tersebut.

Ketiadaan regulasi setingkat undang-undang yang mengatur tentang kepailitan berdasarkan akad syariah inilah yang menyebabkan kewenangan mengadili dalam perkara kepailitan dan PKPU pada lembaga keuangan syariah masih berada pada lingkup Pengadilan Niaga. Semestinya seluruh konten materi yang ada dalam Perma Nomor 2 Tahun 2008 tentang KHES juga memuat konten hukum acara dan teknis pemeriksaan perkara kepailitan berdasarkan akad syariah dan kalau perlu payung hukumnya ditingkatkan menjadi undang-undang.

Untuk mengantisipasi kondisi seperti ini perlu ada aturan khusus tentang kewenangan Pengadilan Agama menangani permohonan pailit sebagaimana yang telah diatur dalam Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan PKPU dengan cara membuat Perma tersendiri. Bahkan menurut Amran Suadi, berdasarkan pasal 3A Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 dapat diadakan pengkhususan Pengadilan yang diatur dalam undang-undang.

Artinya bahwa Pengadilan Agama dapat didirikan pengadilan khusus yakni Pengadilan Niaga Syariah berdasarkan Undang-Undang seperti halnya Pengadilan Niaga pada Pengadilan Negeri yang berada di lingkungan Peradilan Umum yang hakim-hakim dan para paniteranya memiliki keahlian khusus di bidang ekonomi syariah. Pengadilan Niaga pada Pengadilan Agama dimaksud yang didirikan secara bertahap di kota-kota besar yang banyak kegiatan ekonomi syariah seperti di Jakarta, Medan, Bandung, Semarang, Surabaya dan Makasar berwenang memeriksa dan memutus perkara ekonomi syariah.

Peneliti memandang bahwa perubahan undang-undang sebagai dasar dibentuknya pengadilan baru seperti Pengadilan Niaga Syariah tentu memakan waktu relatif lama, sedangkan sengketa kepailitan di bidang ekonomi syariah

memerlukan penyelesaian sesuai karakter syariah secepatnya, oleh karena itu peneliti menawarkan solusi yakni agar ada revisi PERMA yang mengatur pengadilan agama yang berwenang mengadili kepailitan ekonomi syariah, atau setidaknya Mahkamah Agung menunjuk majelis hakim agung pada Kamar Agama untuk mengadili sengketa kepailitan ekonomi syariah sebagai puncak upaya hukum.

Ketiga, adanya Keputusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 32/SK/IV/2006 perihal penyelesaian Kepailitan diselesaikan melalui Pengadilan Niaga. KMA ini pada dasarnya adalah surat keputusan yang ditujukan kepada seluruh aparat peradilan dibawahnya baik yang menyangkut masalah teknis yudisial maupun non teknis yudisial untuk melakukan sebuah tindakan hukum. Surat keputusan ini biasanya berbentuk instruksi yang bersifat imperatif dan harus dipatuhi oleh semua aparat peradilan. Surat keputusan Ketua Mahkamah Agung (KMA) biasanya lahir berdasarkan rapat pokja yang dilakukan sebelumnya oleh kamar-kamar di Mahkamah Agung dan diadakan tiap tahun sekali tentang rumusan hasil rapat kerja nasional (Rakernas), saat ini pada setiap ahir tahun Mahkamah Agung mengagendakan Rapat Pleno Kamar yang membahas permasalahan hukum baik dari Mahkamah Agung sendiri maupun hasil inventarisasi permasalahan hukum dari pengadilan di daerah yang selanjutnya diberlakukan melalui Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) atas hasil Rapat Pleno Kamar Tersebut.

KMA Nomor 32/SK/IV/2006 adalah surat keputusan yang memuat tentang petunjuk dan pedoman pemberlakuan administrasi peradilan (buku I) yang kontennya berisi tentang segala petunjuk teknis penerapan hukum formil dan

meteriil pada empat lingkungan peradilan. Sejak tahun 2006 hingga sekarang, buku I tersebut selalu mengalami perubahan disetiap materinya dengan menyesuaikan perubahan waktu dan sekarang telah berubah menjadi buku II.

Adapun kaitannya dengan perkara kepailitan dan PKPU, surat KMA ini berisi instruksi untuk mempedomani seluruh isi dari buku II ini yang pada bagian awalnya menyebutkan bahwa "*Permohonan Pernyataan Pailit dan PKPU serta HKI diperiksa dan diputus oleh Pengadilan Niaga.*" Dalam KMA ini, Mahkamah Agung tidak membedakan antara kepailitan yang terjadi pada lembaga keuangan konvensional dengan lembaga keuangan syariah, hanya menyebutkan secara umum tentang kepailitan saja. Konsekuensinya hal ini membawa kepada pemahaman umum bahwa segala kepailitan yang terjadi baik pada lembaga keuangan konvensional maupun syariah harus diajukan kepada Pengadilan Niaga.

Terlepas dari apakah ada pengaruh politik hukum ataukah tidak dibalik pembuatan Surat Keputusan Ketua Mahkamah Agung ini, namun menurut peneliti hal ini disebabkan karena di tahun 2006 tersebut berbarengan dengan lahirnya Undang-Undang Nomor 3 tahun 2006 tentang Peradilan Agama. Tentu saja dengan kondisi ini, kepailitan dan PKPU pada lembaga keuangan syariah belum menjadi isu sentral bahkan belum ada pada waktu itu.

Seharusnya dengan lahirnya Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama yang memberikan porsi kewenangan penyelesaian sengketa ekonomi syariah, Mahkamah Agung segera melakukan pemetaan tentang batasan sengketa yang terjadi pada lembaga keuangan konvensional dan lembaga keuangan syariah terutama sengketa kepailitan dan permohonan PKPU yang terjadi pada lembaga keuangan syariah. Dengan pemetaan ini, maka proses

penyelesaian sengketa akan linier ditangani oleh lembaga yang memiliki kompetensi dibidangnya.

Ketiga faktor di atas tentu saja memimiliki akibat hukum bagi terjadinya dualisme kompetensi yang berlaku dalam penanganan perkara yang berkaitan dengan kepailitan dalam akad ekonomi syariah antara lain:

Pertama, akan berdampak sistemik terhadap aplikasi hukum materiil yang digunakan. Ditinjau dari perspektif kepailitan berdasarkan akad syariah di Indonesia ada suatu kecenderungan untuk mengubah esensi utang secara syariah menjadi utang-piutang secara konvensional.⁴⁵⁰ Perubahan esensi dari hubungan hukum demikian tampak dari unsur syarat mengajukan permohonan kepailitan dalam pasal 2 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang yakni adanya kreditor dan debitor. Hal tersebut secara otomatis mengalihkan kompetensi absolut dari Pengadilan Agama ke Pengadilan Niaga sebagaimana tertuang dalam yurisprudensi Putusan Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi Nomor: 93/PUU-X/2012.

Setiap sengketa kepailitan selalu menimbulkan upaya paksa untuk memunculkan istilah kreditor dan debitor, padahal para pihak tersebut (kreditor dan debitor) tidak ada dalam bidang pembiayaan syariah yang berbasis pada hubungan kemitraan seperti *musyarakah* dan *mudharabah*, yaitu pihak yang satu membantu pihak yang lain, yang dibiayai untuk membantu yang membiayai dan sebaliknya, di mana pengambilan keuntungan dilakukan secara adil dalam setiap

⁴⁵⁰ Konsep Utang dalam UU Kepailitan mengarah kepada praktik bunga yang harus dibayar setelah jatuh tempo (lihat pasal 1 ayat 6 UUK-PKPU). Hal ini bertentangan dengan konsep “*Dayn*” hutang dalam Islam yang mengharamkan praktik pengambilan bunga di setiap transaksi serta memberikan kelonggaran dalam setiap pembayaran utang (lihat fatwa MUI No 04/DSNMUI/V/2000) tentang *Murabahah*.

pembiayaan syariah. Jadi apabila memasukan klausula utang dalam pembiayaan *musyarakah*, maka akan berakibat hukum terbukaanya potensi upaya hukum pailit dan sekaligus tercampuraduknya konsep pembiayaan syariah berbasis kemitraan dengan konsep utang-piutang seperti yang terjadi dalam akad konvensional.

Tentu saja dengan tercampur aduknya kedua konsep diatas pasti akan membawa konsekuensi hukum pula, dimana konsep pembiayaan syariah akan tereduksi ke dalam konsep utang-piutang konvensional dan juga tidak menutup kemungkinan akan terjadi praktik pengambilan bunga disetiap utang piutang yang telah jatuh tempo tersebut karena hukum penyelesaian sengketa yang dijadikan pegangan oleh Hakim Pengadilan Niaga adalah berdasarkan aturan perdata umum.

Kedua, ditanganinya perkara kepailitan pada lembaga keuangan syariah oleh Pengadilan Niaga tentunya akan berimplikasi kepada terjadinya ketidak-sinkronan antara akad dengan penyelesaian sengketa. Percampuran satu akad dengan akad tidak akan terhindarkan dan bahkan berpotensi untuk bertentangan dengan sejumlah Fatwa DSN-MUI terkait keabsahan akad syariah. Oleh sebab itu, penyelesaian perkara kepailitan dalam pembiayaan *musyarakah* di bank syariah hendaknya tetap dilakukan dalam lingkungan Peradilan Agama sesuai Pasal 49 UU Nomor 3 Tahun 2006 yang secara eksplisit berwenang menangani perkara perdata ekonomi syariah.

Sebaliknya apabila penyelesaian kepailitan diserahkan kepada Peradilan Niaga/Peradilan Umum, maka akan terdapat ketidakjelasan landasan hukumnya atau *legal standing*-nya karena Peradilan Umum/Peradilan Niaga tidak memiliki kompetensi untuk menyelesaikan sengketa ekonomi syariah. Argumen ini sejalan dengan kompetensi absolut Peradilan Agama yang diatur dalam Pasal 49 UU

Nomor 3 Tahun 2006, termasuk di dalamnya hukum acara yang berlaku di Peradilan Agama juga sama dengan hukum acara yang berlaku pada Peradilan Umum.

Di samping itu, hasil temuan peneliti menunjukkan bahwa dalam beberapa kasus di lapangan, penyelesaian sengketa perjanjian pembiayaan *musyarakah* banyak berpatokan kepada ketentuan Fatwa DSN-MUI Nomor: 08/DSN-MUI/IV/2000 tentang *Musyarakah*. Hal tersebut dapat dilihat dalam klausul point 4 (b) Fatwa DSN-MUI Nomor: 08/DSN-MUI/IV/2000 tegas dinyatakan: “*Jika salah satu pihak tidak menunaikan kewajibannya atau jika terjadi perselisihan di antara para pihak, maka penyelesaiannya dilakukan melalui Badan Arbitrase Syariah setelah tidak tercapai kesepakatan melalui musyawarah*”.

Aturan terbaru dalam Buku Standar Produk Pembiayaan *Musyarakah* dan *Musyarakah Mutanaqisah* yang dikeluarkan oleh OJK tahun 2016 secara eksplisit menyebutkan: Penyelesaian sengketa dapat dilakukan secara non litigasi misalnya melalui Badan Arbitrase Syariah Nasional (Basyarnas) dan eksekusi atau putusan arbitrase syariah itu akan ditetapkan melalui Pengadilan Agama. Apabila para pihak menyepakati untuk menyelesaikan sengketa melalui pengadilan, maka BUS/UUS/BPRS dan nasabah harus menyepakati dalam kontrak bahwa kewenangan untuk mengadili sengketa kontrak ini diselesaikan melalui Pengadilan Agama. Pihak BUS/UUS/BPRS tidak diperkenankan melakukan eksekusi agunan dan jaminan secara langsung sesaat setelah terjadi tunggakan ataupun wanprestasi sebelum ada putusan pengadilan yang menyatakan bahwa nasabah lalai dan memberikan hak kepada BUS/UUS/BPRS untuk eksekusi agunan dan jaminan.

Ketiga, hukum kepailitan yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 37 tahun 2004 menganut prinsip persaingan usaha dimana undang-undang ini tidak

memperhatikan sama sekali kesehatan keuangan debitor itu *solven* atau *insolven*, asalkan memenuhi beberapa persyaratan yaitu debitor yang mempunyai dua atau lebih kreditor dan tidak membayar lunas sedikitnya satu utang yang telah jatuh waktu dan dapat ditagih, maka keadaan itu secara kumulatif dapat dinyatakan pailit oleh hakim niaga.

Ketentuan ini sangat kontradiktif dengan konsep kepailitan dalam Islam. Istilah *solven* atau *insolven* dalam konteks kajian hukum kepailitan Islam dikenal dengan sehat atau tidaknya debitor. Kesehatan ini tentunya bisa difahami dari segi fisik atau keuangannya. Dalam kitab *Bidayatul Mujtahid*, Ibnu Rusyd memaknai kata sehat ini sebagai kesehatan fisik dan jiwa, karena debitor yang memiliki utang dan dalam keadaan sakit (bukan dibuat-buat) tidak harus ditagih utangnya namun diberikan batas toleransi waktu/perpanjangan untuk melunasi utangnya sehingga dia sehat dan bisa kembali beraktifitas.⁴⁵¹

Oleh karena perkara kepailitan dan PKPU ini bersifat *voluntair*, maka target penyelesaian perkara diminimalisir waktu penyelesaiannya, yang mana hal ini bertujuan untuk memperlancar prinsip persaingan usaha dan bisnis yang sedang berlangsung. Oleh karena prinsip yang dianut dalam Undang-Undang Kepailitan dan PKPU ini lebih cenderung bersifat bisnis oriented dan mengutamakan kepentingan kreditor (*non imparial*), hal ini tentunya sangat bertentangan dengan prinsip-prinsip keadilan (*social justice*) yang terkandung dalam hukum ekonomi syariah.

Pada gilirannya peneliti berpendapat bahwa perlu dilakukan sinkronisasi norma hukum sebagai upaya menuju kepastian hukum antara Undang-Undang

⁴⁵¹ Dian Asriani Lubis, *Kepailitan Menurut Ibnu Rusyd dan Perbandingannya Dengan Hukum Kepailitan di Indonesia*, Jurnal Hukum Islam, Vol. XIII, No. 2, Nopember (2013), hlm. 272.

Nomor 37 Tahun 2004 dan Perma Nomor 2 Tahun 2008. Salah satu penyebab terjadinya dualisme kewenangan mengadili antara Pengadilan Niaga dan Pengadilan Agama dalam perkara kepailitan dan PKPU pada lembaga keuangan dan perbankan syariah adalah disebabkan tidak sinkronnya norma hukum yang tertuang dalam pasal 300 ayat 1 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan PKPU dan pasal 7 ayat 2 PERMA Nomor 2 Tahun 2008 tentang KHES.

Ketidaksinkronan norma hukum dalam kedua peraturan tersebut tentu dapat menyebabkan lahirnya dualisme pemahaman tentang kompetensi mengadili dalam perkara kepailitan dan PKPU pada lembaga keuangan syariah. Padahal dalam Pasal 300 ayat 1 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 menyebutkan bahwa Pengadilan Niaga berwenang dalam mengadili perkara perniagaan termasuk perkara kepailitan dan PKPU pada setiap lembaga keuangan. Sedangkan dalam PERMA nomor 2 Tahun 2008 pasal 7 ayat 2 menyebutkan Pengadilan Agama berkompetensi dalam mengadili perkara kepailitan dan PKPU yang terjadi pada lembaga keuangan syariah. Untuk menyinkronkan kedua norma ini, perlu dilihat terlebih dahulu bagaimana teori sinkronisasi hukum secara umum dalam peraturan perundang-undangan demi tujuan kepastian hukum.

Untuk melakukan sinkronisasi antara peraturan perundang-undangan dapat dilakukan dengan dua cara berikut:

Pertama, sinkronisasi vertikal yaitu dilakukan dengan melihat apakah suatu peraturan perundang-undangan yang berlaku dalam suatu bidang tertentu tidak saling bertentangan antara satu dengan yang lain. Menurut Undang-undang Nomor 12 tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan Pasal

7 ayat (1) menetapkan bahwa jenis dan hirarkhi peraturan perundang-undangan adalah sebagai berikut: (a) Undang-Undang Dasar 1945 (b) Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat (c) Undang-Undang/Perpu (d) Peraturan Pemerintah (e) Peraturan Presiden (f) Peraturan Daerah Provinsi (g) Peraturan Daerah Kabupaten/Kota. Kesemuanya itu mestinya dilakukan sesuai dengan tata aturan penyusunan peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia baik secara vertikal maupun horizontal.

Kedua, harmonisasi berdasarkan teori kewenangan dalam Undang-Undang Nomor 3 tahun 2006, yang mana Peradilan Agama diberikan penambahan kewenangan untuk menyelesaikan perkara-perkara ekonomi syariah. Dalam penjelasan pasal 49 huruf i tersebut yang dimaksud dengan “ekonomi syariah” adalah adalah perbuatan atau kegiatan usaha yang dilaksanakan menurut prinsip syariah, antara lain: (a) Bank Syariah (b) Lembaga Keuangan Mikro Syariah (c) Asuransi Syariah (d) Reasuransi Syariah (e) Reksa Dana Syariah (f) Obligasi Syariah dan Surat Berharga Berjangka Menengah Syariah (g) Sekuritas Syariah (h) Pembiayaan Syariah (i) Pegadaian Syariah (j) Dana Pensiun Lembaga Keuangan Syariah dan (k) Bisnis Syariah.

Mengacu kepada ketentuan dalam Pasal 49 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama, lahirlah Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah yang dalam salah satu bab dan pasalnya yaitu Bab IX Pasal 55 memunculkan mekanisme penyelesaian sengketa jika terjadi sengketa (*dispute*) antara bank syariah dengan nasabah. Ketentuan tersebut selengkapnya berbunyi:

Pasal 55:

1. *Penyelesaian sengketa perbankan syariah dilakukan oleh Pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama.*
2. *Dalam hal para pihak telah memperjanjikan penyelesaian sengketa selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1) penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan isi akad.*
3. *Penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak boleh bertentangan dengan prinsip syariah. Isi Pasal 55 ayat (2) tersebut di atas diberikan penjelasan Pasal demi Pasal sebagai berikut :“Yang dimaksud dengan penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan isi akad adalah upaya sebagai berikut (a) Musyawarah, (b) Mediasi perbankan, (c) Melalui Badan Arbitrasi Syariah Nasional (BASYARNAS) atau lembaga arbitrase lain dan atau (d) Melalui pengadilan dalam lingkungan peradilan umum”.*

Dengan demikian apabila muncul ketidakpastian hukum (*legal disorder*) dalam penyelesaian sengketa perbankan syariah sebagai akibat norma penjelasan Pasal 55 ayat (2) dan (3) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah ini, maka secara yuridis-normatif hendaknya dikembalikan kepada ketentuan Pasal 55 ayat (1) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 yang secara tegas menyebutkan bahwa “*Pengadilan dalam Lingkungan Peradilan Agama yang Menyelesaikan Sengketa Perbankan Syariah*” dengan ketentuan Pasal 55 ayat (2) dan (3) yang membebaskan kepada para pihak untuk memilih lembaga peradilan mana yang akan mengadili jika terjadi sengketa di perbankan syariah. Klausul ini bisa diasumsikan boleh memilih peradilan umum bahkan di lingkungan peradilan lain yang disepakati para pihak berdasarkan prinsip *choice of law*, dan tentu saja akibatnya sangat jelas akan melahirkan penafsiran sendiri-sendiri dan sama sekali tidak ada kepastian hukum yang dijamin.

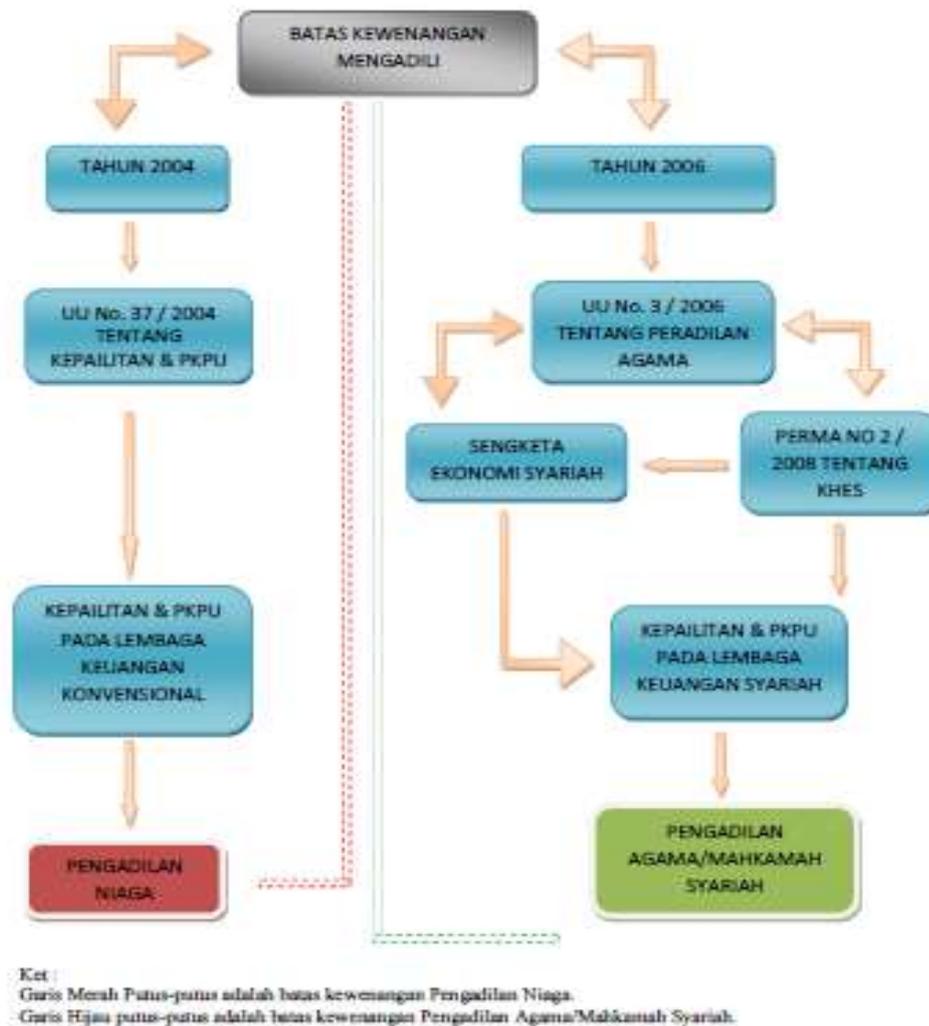
Namun kondisi ketidakpastian hukum ini telah dijawab berdasarkan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012, sehingga ketentuan Pasal 55 Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tidak mengalami perubahan baik ayat (1), ayat (2) maupun ayat (3) nya, akan tetapi penjelasan Pasal 55 ayat (2) undang-

undang tersebut yang berbunyi: “*yang dimaksud dengan penyelesaian sengketa dilakukan sesuai dengan isi akad adalah upaya hukum sebagai berikut: (a) musyawarah, (b) mediasi perbankan, (c) melalui Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS) atau lembaga arbitrase lain dan atau (d) melalui pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum*” dinyatakan tidak berlaku lagi karena bertentangan dengan Undang-Undang Dasar 1945 dan tidak mengikat.

Dengan demikian putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 justru hadir sebagai norma baru dan berfungsi untuk menjamin kepastian hukum sebagaimana yang diamanatkan oleh Pasal 28 ayat (1) Undang-Undang Dasar (UUD) 1945 terutama dalam hal penyelesaian sengketa perbankan syariah itu sendiri. Penyelesaian sengketa perbankan syariah merupakan kewenangan absolut (mutlak) Peradilan Agama sebagaimana yang diamanatkan Pasal 49 huruf (i) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama dan Pasal 55 ayat (1) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.

Untuk lebih jelasnya gambar atau skema berikut ini dapat memberikan ilustrasi bahwa semua penyelesaian sengketa perbankan syariah jelas merupakan kewenangan absolut (mutlak) Peradilan Agama sebagaimana yang diamanatkan Pasal 49 huruf (i) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 Tentang Peradilan Agama, Pasal 55 ayat (1) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah, dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 semakin meneguhkan kepastian hukum Peradilan Agama memiliki kewenangan mutlak dalam penyelesaian sengketa kepailitan ekonomi syariah, termasuk pula dalam penyelesaian sengketa kepailitan pembiayaan *musyarakah* di bank syariah.

SKEMA : Batas Kewenangan Mengadili



Gambar 4.1

Kewenangan Absolut Peradilan Agama dalam Penyelesaian Sengketa Kepailitan Pembiayaan Musyarakah di Bank Syariah

Gambar atau Skema di atas juga sekaligus memberikan gambaran kepada public bahwa keberadaan Pengadilan Niaga jelas tidak berwenang untuk memutus dan mengadili perkara kepailitan dan PKPU pada lembaga keuangan syariah, karena dasar hukum yang dijadikan pedoman dalam mengadili adalah Undang-

Undang Nomor 37 Tahun 2004 yang secara substantif hanya terbatas pada lembaga keuangan konvensional (hukum perdata) dan belum menjangkau ranah hukum lembaga keuangan syariah.

Pada gilirannya peneliti ingin menegaskan di bagian akhir analisis ini bahwa pencantuman klausula utang dalam perjanjian pembiayaan *musyarakah* di bank syariah, sekalipun dianggap sebagai “pintu masuk” untuk melakukan upaya hukum pailit, namun hal tersebut menurut hemat peneliti tegas, jelas, dan nyata “melawan hukum”, dalam arti bukan hanya bertentangan dengan prinsip-prinsip dan asas-asas hukum perjanjian ekonomi syariah sebagaimana diatur dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES), namun juga bertentangan dengan peraturan perundang-undangan lainnya yang mengatur hukum kepailitan di Indonesia.

Adapun dalil hukum yang ingin peneliti sampaikan dalam akhir analisis ini adalah pencantuman klausula utang dalam perjanjian pembiayaan *musyarakah* di bank syariah “demi alasan” untuk melakukan upaya hukum pailit, secara teoritis dan praktis juga jelas sangat bertentangan dengan teori kepastian hukum, teori hukum kepailitan, dan teori perjanjian bisnis syariah, yang mana semua bentuk perjanjian bisnis syariah hendaknya tidak melawan hukum syariah itu sendiri.

Sejalan dari semua itu, pada akhirnya peneliti telah sampai pada temuan penting dalam penelitian disertasi ini, antara lain: *pertama*, prinsip-prinsip hukum ekonomi Islam terbukti telah berkontribusi positif dalam perumusan peraturan perundang-undangan nasional, yang dibuktikan dengan lahirnya fatwa-fatwa DSN-MUI dalam bidang ekonomi syariah, terumuskannya Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah, Undang-Undang Peradilan Agama, Undang-Undang Perbankan

Syariah, berikut semua bentuk peraturan turunannya; *kedua*, terbitnya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 terbukti semakin meneguhkan kepastian hukum bahwa Peradilan Agama memiliki kewenangan mutlak dalam penyelesaian sengketa kepailitan ekonomi syariah, yang dibuktikan dengan ketentuan hukum yang secara implisit berwenang pula menyelesaikan sengketa yang “dikategorikan” kepailitan pada pembiayaan *musyarakah* di bank syariah; dan *ketiga*, eksistensi para hakim di lingkungan Peradilan Agama saat ini terbukti senantiasa berupaya keras untuk lebih progresif dalam menggali norma-norma hukum baru baik pada ranah akademis, pendidikan dan pelatihan maupun tulisan-tulisan analisa hukum. Hal ini sejalan dengan pepatah dalam bahasa Latin: “*Ad Limites Legis, Paving via Pro Justitia*” yang berarti “*Menembus Batas Hukum, Meretas Jalan Bagi Keadilan*”.

BAB V

PENUTUP

A. Kesimpulan

Mengacu kepada uraian dan pembahasan pada bab-bab sebelumnya, pada gilirannya peneliti dapat merumuskan kesimpulan penelitian sebagai berikut:

1. Pembiayaan *musyarakah* yang disertai dengan akad pengakuan utang yang diterapkan dalam perjanjian baku pembiayaan *musyarakah* pada bank syariah telah merubah esensi akad *musyarakah* itu sendiri dari akad pembiayaan yang didasarkan kepada prinsip bagi hasil keuntungan dan kerugian menjadi utang-piutang, sehingga terbuka peluang dapat dipailitkannya nasabah pembiayaan *musyarakah*. Penerapan hukum terhadap penyelesaian sengketa kepailitan pembiayaan *musyarakah* saat ini hanya fokus kepada terpenuhinya syarat kepailitan pada akad pengakuan utang dengan tanpa mempertimbangkan eksistensi akad *musyarakah* yang merupakan akad utama dalam pembiayaan *musyarakah* pada bank syariah di Indonesia.
2. Sengketa kepailitan pembiayaan *musyarakah* menjadi kewenangan pengadilan agama karena pada dasarnya merupakan sengketa akad *musyarakah* bukan sengketa kepailitan. Kontrak baku pembiayaan *musyarakah* pada bank syariah di Indonesia yang mengkomulasikan dengan akad pengakuan utang berpotensi mengalihkan kompetensi absolut penyelesaian sengketa ekonomi syariah dari pengadilan agama ke pengadilan niaga. Penyelesaian kepailitan ekonomi syariah belum tegas diatur dalam undang-undang, fatwa DSN-MUI, peraturan OJK, Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah, dan PERMA Nomor 14 Tahun 2016 Tentang Tata Cara Penyelesaian Perkara

Ekonomi Syariah, sehingga perlu ada sinkronisasi peraturan perundangan terhadap penyelesaian kepailitan ekonomi syariah untuk mewujudkan kepastian hukum

B. Saran/Rekomendasi

Berdasarkan kesimpulan penelitian di atas, peneliti merumuskan beberapa saran atau rekomendasi sebagai berikut:

1. Bagi Peneliti

Perlu penelitian lebih lanjut terkait dengan kepailitan di luar pembiayaan *musyarakah* sehingga akan melengkapi konsep hukum kepailitan yang lebih komprehensif untuk diaplikasikan dalam penyelesaian sengketa ekonomi syariah di Indonesia.

2. Bagi Pemerintah

Agar segera menyiapkan Rancangan Undang-Undang (RUU) dengan mengkodifikasikan hukum materiil ekonomi syariah, khususnya tentang pembiayaan *musyarakah* yang tersebar dalam aturan berbagai institusi seperti Fatwa DSN-MUI, Peraturan Bank Indonesia, Peraturan Otoritas Jasa Keuangan, Peraturan dan Surat Edaran Mahkamah Agung Republik Indonesia, untuk selanjutnya dimintakan pengesahannya.

3. Bagi Mahkamah Agung Republik Indonesia

Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 14 Tahun 2016 agar segera revisi, khususnya pengaturan hukum acara tentang penyelesaian sengketa kepailitan ekonomi syariah yang akan menjadi *guideline* bagi pengadilan yang berwenang mengadilinya.

4. Bagi Praktisi Hukum

Agar lebih komprehensif dalam memahami pedoman dalam penyusunan draft akad pada pembiayaan *musyarakah*, disertasi ini dapat menjadi rujukan dalam penyelesaian sengketa ekonomi syariah terkait pembiayaan *musyarakah*.

5. Bagi Masyarakat

Agar lebih cermat dalam memahami eksistensi setiap akad yang dibuat dalam kegiatan transaksi bisnis pada lembaga keuangan dan perbankan syariah, khususnya dalam pembiayaan *musyarakah*, karena setiap akad akan memiliki hukum yang sangat spesifik dalam penyelesaiannya jika terjadi sengketa.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku/Kitab

- Abd al-Sattar Abu Ghadah, *Buhuts fi al-Mu'amalat wa al-Asalib al-Mashrafiyyah al-Islamiyyah*, Majmu'ah Dallah Barakah, KSA, 2003.
- Abd al-Rahman al-Jaziri, *Kitab al-Fiqh 'ala al-Muradhahib al-Arba'ah*, al-Maktabat al-Tijariyya al-Kubra, Cairo, III, t.th.
- Abdul Ghofur Anshori, *Perbankan Syariah di Indonesia*, (Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2007.
- Abdul Kadir Muhammad, *Pengantar Hukum Perusahaan Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993.
- Abdul Manan, *Hukum Ekonomi Syariah Dalam Perspektif Kewenangan Peradilan Agama*, Kencana, 2012.
- Abdul Kadir Muhammad, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Citra Aditya Bhakti, Bandung, 2000.
- Abdullah Saeed, *Bank Islam dan Bunga*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2003, hlm.106. Bandingkan dengan Wahbah az-Zuhaily, *al-Fiqh al-Islam wa Adillatuhu*, Dar al-Fikr, Dimasqi: 1985
- , *Islamic Banking And Interest: A Study of The Prohibition of Riba and Its Contemporary Interpretation: Bank Islam dan Bunga: Studi Kritis dan Interpretasi Kontemporer tentang Riba dan Bunga*, terjemahan M. Ufuqul Mubin (at.al.), Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2008.
- , *Bank Islam dan Bunga*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2003.
- Abdullah bin Abdurrahman Al Bassam. *Syarah Bulughul Maram*, (Jakarta: Pustaka Azzam, Cetakan Pertama, 2006.
- Abdul R. Saliman, *Hukum Bisnis Untuk Perusahaan Teori dan Contoh Kasus, Cet. Ke- 7*, (Jakarta: Kencana, 2014.
- Achmad Fauzi (et.al.), *Mencari Akar Masalah*, Majalah Peradilan Agama, Edisi IV, Jakarta, 2014.
- Ahmad Safrudin dan Ahmad Satiri, *Teknik Penyelesaian Perkara Kepailitan Ekonomi Syariah*, Jogjakarta: Pustaka Pelajar, 2018.
- Abu Bakar Muhammad, *Terjemah Subulussalam*, Al-Ikhlash, Surabaya, 1995.
- Abu Zakariyyah Yahya bin Sharraf Al-Nawawi, *al-Minhaj*, Dar Ihya' al-Turath al-Arabi, II, t.th.
- Abdurrachman, *Ensiklopedia Ekonomi, Keuangan dan Perdagangan*, Pradya Pramita, Jakarta, 1991.

- Adiwarman Karim. *Bank Islam (Analisis Fiqih dan Keuangan)*,: PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2006.
- Ahmad Ali, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, Jakarta: PT. Gunung Agung Tbk, 2002.
- Ahmad Azhar Basyir, *Hukum Islam tentang Riba, Utang-piutang, dan Gadai*, PT. Al-Ma'arif, Bandung, 1983.
- Ahmad. Kamil, Muhammad. Fauzan, *Kitab Undang-Undang Hukum Perbankan dan Ekonomi Syariah*, Kencana, Jakarta, 2007.
- Ahmad Saprudin dan Ahmad Satiri, *Teknik Penyelesaian Perkara Kepailitan Ekonomi Syariah*, Pustaka Pelajar, Jogjakarta, 2018.
- Ahmad Dahlan, *Bank Syariah (Teori,Praktik, Kritik)*, Teras, Yogyakarta, 2012.
- Ahmad Mujahidin, *Prosedur Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah di Indonesia*, Ghalia Indonesia, Bogor, 2010.
- A. Mukti Arto, *Mencari Keadilan*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2001.
- A. Wangsawidjaja Z, *Pembiayaan Bank Syari'ah*, Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2012.
- Alexander Peczenik, *On Law and Reason*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, Holland, 1989.
- Amiruddin dan H. Zainal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, (Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2006.
- Arief Sidharta, *Refleksi Tentang Struktur Hukum*, Mandar Maju, Bandung, 1999.
- Ascarya, *Akad dan Produk Bank Syariah*, Raja Gafindo Persada, Jakarta, 2006.
- Atang Abdul Hakim, *Filsafat Hukum Islam*, Pustaka Setia, Bandung, 1997.
- Aulis Aarnio, *The Rational as Reasonable: The Treatise on Legal Justification*, D. Riedel Publishing Company, Dordrecht, Holland, 1987.
- Azih Hamad, *Mu'jam al-Mushtalahat al-Iqtishadiyyah fi Lughati al-Fuqaha Herdom*, The International Institute of Islamic Thought, Virginia, 1993.
- Bank Indonesia, *Kamus Istilah Keuangan dan Perbankan Syariah* 2006.
- Bambang Riyanto, *Dasar-dasar Pembelajaran Perusahaan*, Yogyakarta, Penerbit Gajah Mada, 1979.
- Bambang Sugeng, dan Sujayadi, *Hukum Acara Perdata & Dokumen Litigasi Perkara Perdata*, cetakan ke-1, Kencana, Jakarta, 2011.
- Bernadette Waluyo, *Hukum Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang*, Mandar Maju, Bandung, 1999.
- Bernard Nainggolan, *Peranan Kurator dalam Pemberesan Boedel Pailit*, Alumni, Bandung, 2014.

- Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, West Group, West Group, St. Paul, Minnesota, 2009.
- Burhanuddin Susanto. *Hukum Perbankan Syariah di Indonesia*, UII Press Yogyakarta, Yogyakarta, 2008.
- Charles Himawan, *Hukum sebagai Panglima*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, 2003.
- C.F.G. Sunaryati Hartono, *Penelitian Hukum di Indonesia Pada Akhir Abad Ke-20*, Alumni, Bandung, 1994.
- Chairuman Pasaribu dan Suhwardi Lubis, *Hukum Perjanjian Dalam Islam*, Sinar Grafika, Jakarta, 2007.
- Deni K. Yusup, *Pembiayaan Musyarakah dan Tantangan Kemitraan Usaha di Lembaga Keuangan Mikro Syariah*, Laporan Penelitian Kompetitif Individu pada Fakultas Syariah dan Hukum UIN Sunan Gunung Djati Bandung, 2015.
- Departemen Agama RI. *Al-Qur'an dan Tafsirnya (Edisi Yang Disempurnakan)*. Vol. 10, Departemen Agama RI., Jakarta, 2009.
- Dydiet Hardjito, *Pemecahan Masalah yang Analitik (Analytical Problem Solving)*, Prenada, Bogor, 2003.
- Enid Campbell (*et.al.*), *Legal Research*, The Law Book Company Ltd., Sydney, 1996.
- Emmy Yuhassarie, *Penyempurnaan Undang-Undang Kepailitan*, Pusat Pengkajian Hukum, Jakarta, 2001.
- Emmy Suhassarie, *Pemikiran Kembali Hukum Kepailitan Indonesia*, Dalam: Emmy Yuhassarie (ed.), *Undang-Undang Kepailitan dan Perkembangannya*, Pusat Pengkajian Hukum, Jakarta, 2005.
- Fathurrahman Djamil, *Penerapan Hukum Perjanjian dalam Transaksi di Lembaga Keuangan Syariah*, Sinar Grafika, Jakarta, 2013.
- Fred BG Tumbuan, *Mencermati Makna Debitor, Kreditor, dan Utang Berkaitan dengan Kepailitan*, Dalam Emmy Yuhassarie (ed.), *Undang-Undang Kepailitan dan Perkembangannya*, Pusat Pengkajian Hukum, Jakarta, 2004.
- Gatot Soemargono, *Arbitrase dan Mediasi di Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2006.
- Gunawan Wijaya, *Risiko Hukum dan Bisnis Perusahaan Pailit*, (Jakarta: Forum sahabat, 2009.
- Gustav Radbruch, "Legal Philosophy", dalam: Emil Lask, Gustav Radbruch & Jean Dabin, *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin*, (trans.) Kurt Wilk, Harvard University Press, Cambridge, 1950.

- , "Five Minutes of Legal Philosophy", dalam: Joel Fienberg & Hyman Gross (eds.), *Philosophy of Law*, Wadsworth, Belmont, 1991.
- , *Statutory Lawlessness and Suprastatutory Law*, (trans.) Bonnie Litschewski Paulson & Stanley L. Paulson, 26:1 *Oxford Journal of Legal Studies* (2006)
- Habib Nazir dan Muhammad Hasanuddin, *Ensiklopedi Ekonomi dan Perbankan Syari'ah*, Kafa Publishing, Bandung, 2008.
- Harifin A. Tumpa, *Memahami Eksistensi Uang Paksa (Dwangsom) dan Implementasinya di Indonesia*, Kencana, Jakarta, 2010.
- H.M.N. Poerwosutjipto, *Pokok-pokok Hukum Dagang, Perwasitan, Kepailitan dan Penundaan Pembayaran*, Djambatan, Jakarta, 1992.
- Hasbi Hasan, *Kompetensi Peradilan Agama dalam Penyelesaian Perkara Ekonomi Syariah*, Gramata Publishing, Jakarta, 2010.
- Hasanuddin, *Bentuk-Bentuk Perikatan (Akad) dalam Ekonomi Syariah*, dalam Kapita Selakta Perbankan Syariah, Jakarta, 2006.
- H.M.N. Purwosutjipto, *Pengertian dan Pokok-pokok Hukum Dagang Indonesia*, Djambatan, Jakarta, 2007.
- Harold A. Larrabee, *Reliable Knowledge*, Houghton Mifflin, Boston, 1964.
- Heri Sudarsono, *Bank dan Lembaga Keuangan Syariah*, P3EI, Yogyakarta, 2004.
- Hendi Suhendi, *Fiqh Muamalah*, Rajawali Pers, Jakarta, 2010.
- Herowati Poesoko, *Parate Executie Obyek Hak Tanggungan: Inskonsistensi, Konflik Norma dan Kesesatan Penalaran dalam UUHT*, LaksBang Pressindo, Yogyakarta, 2008.
- H. Priyatna Abdurrasyid, *Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa: Suatu Pengantar*, Fikahati Aneska, Jakarta, 2002.
- Harvey Kaye, *Mengambil Keputusan Penuh Percaya Diri*, Mitra Utama, Jakarta, 1997.
- Ibnu Rusyd, *Bidayatul Mujtahid*, Darul Fikr, Andalusia, 595 H.
- Ibnu Qudamah, *Al-Mughini*, Maktabat al-Riyadh al-Haditha, Riyadh, V, 1981.
- Imam Az-Zabidi, *Ringkasan Hadits Shahih Al-Bukhari*, Pustaka Amani, Jakarta, 2002.
- Imran Nating, *Peranan dan Tanggung Jawab Kurator dalam Pengurusan dan Pemberesan Harta Pailit*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2005.
- Ismail Ramadan, *Makna Utang Jatuh Tempo dalam Sengketa Kepailitan*, Kumdil MA Press, Jakarta, 2013.
- Jan Michiel Otto, *Kepastian Hukum di Negara Berkembang*, (terj.) Tristam Moeliono, Komisi Hukum Nasional, Jakarta, 2003.

- Jazim Hamidi, *Penerapan Asas-Asas Umum Penyelenggara Pemerintahan Yang Layak di Lingkungan Peradilan Administrasi Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999.
- Jaya Nasti, *Pendirian dan Pengelolaan Baitul Mal Wat Tamwil (BMT) di Lingkungan Pondok Pesantren*, Depag RI, Jakarta, 1999.
- Jaih Mubarak, *Fikih Muámalah Maliyyah Prinsip-prinsip Perjanjian*, Simbiosis Rekatama Media, Bandung, 2017.
- Jacqueline M. Nolan-Haley, *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell*, St. Paul: West Publishing Co., 1992.
- John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, Stanford University Press, Stanford, 1985.
- .J. H. Bruggink, *Refleksi tentang Hukum*, (terj.) Arief Sidharta, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999.
- Johnny Ibrahim, *Teori dan Metode Penelitian Hukum Normatif*, Bayumedia Publishing, Malang, 2005.
- Jerry Hoff, *UU Kepailitan di Indonesia, (Indonesia Bankruptcy Law)*, Terjemahan Kartini Mulyadi, Jakarta, 2000.
- Karen Gross, *Failure and Forgiveness: Rebalancing The Bankruptcy System*, Yale University Press, New Haven-Connecticut, 1997.
- Kartono, *Pengantar Hukum Kepailitan dan Penundaan Pembayaran*, Pradya Pramita, Jakarta, 1974.
- Kashani, *Bada'i al-Sana'i fi Tartib al-Shara'i*, Dar al-Araby, Cairo, 1910.
- Kasmir, *Manajemen Perbankan*,: Rajawali Pers, Jakarta, 2014.
- Lilik Mulyadi, *Perkara Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (PKPU) Teori dan Praktik*, Ctk. Kedua, Alumni, Bandung, 2013.
- Leonard Riskin & James Westbrook, *Disputes Resolution and Lawyer*, West Publishing Company, St. Paul, 1987.
- Louis E. Levinthal, *The Early of Bankruptcy Law*, dalam: Sutan Remy Sjahdeini, *Sejarah, Asas, dan Teori Hukum Kepailitan, Memahami Undang-Undang No. 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran*, Kencana, Jakarta, 2016.
- Marwanto, *Formulasi Kebijakan Hukum Pemulihan Fungsi Lembaga Kepailitan Sebagai Lembaga Penyelesaian Kewajiban Debitor*, Disertasi, Program Doktor Fakultas Hukum Universitas Udayana, Denpasar, 2016.
- Milman, David & Christopher Durrant, *Corporate Insolvency: Law and Practice*, Sweet & Maxwell, London, 1987.
- Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep-Konsep Hukum dalam Pembangunan*, Bandung: Alumni, 2006.

- Mahkamah Agung RI, *Pedoman Teknis dan Administrasi dan Teknis Peradilan Agama*, Mahkamah Agung RI, Jakarta, 2009.
- M. Nasir, *Hukum Acara Perdata*, Djambatan, Jakarta, 2003.
- Moch. Basarah, *Prosedur Alternatif Penyelesaian Sengketa, Arbitrase Tradisional dan Modern (Online)*, Genta Publishing, Bandung, 2011.
- Moh. Ma'sum Billah, *Shari'ah Standard of Business Contract*, A.S. Noordeen, Kuala Lumpur, 2006.
- Moh. Taufik Makarao, *Pokok-Pokok Hukum Acara Perdata*, Cetakan Pertama, PT Rineka Cipta, Jakarta, 2004.
- Moh. Ma'sum Billah, *Shari'ah Standard of Business Contract*, A.S. Noordeen, Kuala Lumpur, 2006.
- Morris L. Cohen dan Kent C. Olson, *Legal Research in A Nutshell*, West Publishing Company, St. Paul Minnesota, 1992.
- M. Hadi Shubhan, *Hukum Kepailitan: Prinsip Norma dan Praktik di Peradilan*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta 2009.
- Muhammad, *Manajemen Pembiayaan Bank Syariah*, UPP AMP YKPN, Yogyakarta, 2005.
- Muhammad Syakir Aula, *Asuransi Syari'ah (Life and General): Konsep dan Sistem Operasional*, Gema Insani Press, Jakarta, 2004.
- Muhammad Yusuf Saleem, *Islamic Commercial Law*, John Wiley and Sons Singapore Pte. Ltd, Singapore, 2013.
- Muhammad Syakir Aula, *Asuransi Syari'ah (Life and General): Konsep dan Sistem Operasional*, Cetakan Pertama, Gema Insani Press, Jakarta, 2004.
- Muhammad Syafi'i Antonio, *Bank Syariah dari Teori ke Praktek*, Gema Insani Press, Jakarta, 2001.
- Muhammad Shalah Muhammad Al-Shawi, *Musykilat al-Istitsmar fi al-Bunuk al-Islamiyah wa Kaifa 'Alajaha al-Islam*, Dar al-Wafa, Al-Manshurah, 1990.
- Muhammad, *Kontruksi Mudharabah Dalam Bisnis Syariah: Mudharabah Dalam Wacana Fiqh Dan Praktik Ekonomi Modern*, Pusat Studi Ekonomi Islam (PSEI), Yogyakarta, 2003.
- Muhammad bin Ali bin Muhammad al-Shawkani, *Nayl al-Awtar*, Maktabat al-Da'wah al-Islamiyah, Cairo, V, t.th.
- Muhammad, *Sistim & Prosedur Operasional Bank Syariah*, UII Press, Yogyakarta, 2000.
- Muliaman D. Hadad (et.al.), *Indikator Kepailitan di Indonesia: An Additional Early Warning Tools pada Stabilitas Sistem Keuangan*, Bank Indonesia, Jakarta, 2003.
- Mustafa Edwin Nasution, (et al.), *Pengenalan Eksklusif Ekonomi Islam*, Kencana, Jakarta, 2006.

- Munir Fuady, *Hukum Pailit*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2002.
- M. Nur Rasaid, *Hukum Acara Perdata*, Sinar Grafika, Jakarta, 2003.
- M. Solly Lubis, *Filsafat Hukum dan Penelitian*, Mandar Maju, Bandung, 1994.
- M. Umer Chapra dan Tariqullah Khan, *Regulasi dan Pengawasan Bank Syariah*, diterjemahkan oleh Ikhwan Abidin Basri, Bumi Aksara, Jakarta, 2008.
- Moh. Taufik Makarao, *Pokok-pokok Hukum Acara Perdata*, Rineka Cipta, Jakarta, 2004.
- M. Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian dan Putusan Pengadilan*, Sinar Grafika, Jakarta, 2008.
- Mr. J.B. Huizink, *Insolventie*, terjemahan Linus Doludjawa, Kluwer Deventer, 1995.
- Nasrun Haroen, *Fiqh Muamalat*, Gaya Media Pratama, Jakarta, 2000.
- Nazmi Yunas, *Konsepsi Negara Hukum*, Padang: Angkasa Raya, 1992.
- Peter Mahmud Marzuki, *Batas-Batas Kebebasan Berkontrak*, Artikel dalam *Jurnal Yuridika*, Volume 18 No. 3, Mei 2003.
- Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Prenada Media, Jakarta, 2005.
- Peter Nygh, *Autonomy in International Contracts*, Clarendo Press, Oxford, 1999.
- Philipus M. Hadjon dkk., *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Gajah Mada University Press, Yogyakarta, 2001.
- Rachmat Syafei, *Fikih Muamalah*, Pustaka Setia, Bandung, 2006.
- Rahayu Hartini, *Hukum Kepailitan*, UMM Press, Malang, 2007.
- Rafiq Yunus Al-Mishri, *Fiqh al-Mu'amalat al-Maliyyah*, Dar al-Qolam, Damaskus, 2007.
- Rene David, *English Law and French Law*, Stevens and Sons, London, 1980.
- Retnowulan Sutantio, *Kepailitan sebagai Upaya Hukum Terakhir*, Mahkamah Agung, Jakarta, 1999.
- Retnowulan, *Kapita Selekta Hukum Ekonomi dan Perbankan*, Seri Varia Yustisia, Jakarta, 1996.
- Ricardo Simanjutak, *Kepailitan dan Likuidasi*, (Study Kasus: BPPN vs PT. Muara Alas Prima, Dalam: Valerie Selvie Sinaga (ed.), *Analisa Putusan Kepailitan Pada Pengadilan Niaga Jakarta*, Fakultas Hukum Universitas Katholik Atmajaya, Jakarta, 2005.
- Roeslan Saleh, *Penjabaran Pancasila dan UUD 1945 dalam Perundang-undangan RI Umumnya tentang Hak Asasi Manusia Khususnya*, 1995.
- Ronny Hanitijo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1994.

- Rudely Schlesinger, Hans Baade, Mirjan Dmanska & Peter Herzog, *Comparative Law: Cases – Text – Materials*, The Foundation Press, New York, 1988.
- Rahmadi Usman, *Pilihan Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003.
- R. Subekti, *Arbitrase Perdagangan*, Binacipta, Bandung, 1981.
- Sir Alfred Denning, *The Changing Law*, Stevens & Sons Limited, London, 1953, hlm. vii.
- Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum: Sebuah Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 2001.
- Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, 2002.
- Surya Perdana, *Perkembangan Alternative Dispute Resolution (ADR) di Indonesia dan Beberapa Negara di Dunia*, Ratu Jaya, Medan, 2009.
- Suyud Margono, *ADR dan Arbitrase: Proses Pelembagaan dan Aspek Hukum*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2000.
- Stephen J. Ware, *Alternative Dispute Resolution*, West Group, St. Paul, Minnesota, 2001.
- Syamsul Aniqwar, *Hukum Perjanjian Syariah, Studi tentang Teori Akad dalam Fiqh Muamalah*. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2010,
- Sams al-Din al-Sarakhsi, *Kitab al-Mabsut*, Dar al-Da'wah, Istanbul, XI, 1983.
- Satjipto Raharjo, *Hukum dan Masyarakat*, Angkasa, Bandung, 1980.
- , *Ilmu Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2000.
- Sayyid Sabiq, *Fiqh Sunnah*, Alfathu Lil I'lamil 'Aroby, t.th.
- Setiawan, *Pengertian Jatuh Tempo*, Dalam: Emmy Yuhassarie, *Undang-Undang Kepailitan dan Perkembangannya*, Pusat Pengkajian Hukum, Jakarta, 2004.
- Siti Soemarti Hartono, *Pengantar Hukum Kepailitan dan Penundaan Pembayaran*, Fakultas Hukum UGM, Yogyakarta, 1993.
- Siti Anisah, *Perlindungan Kepentingan, Kreditor dan Debitor dalam Hukum Kepailitan di Indonesia*, Total Media, Yogyakarta, 2008.
- Soeroso, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: Sinar Grafika, 1993.
- Soerjono Soekanto, *Penegakan Hukum*, Jakarta: Binacipta, 1983.
- Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*, Rajawali Pers, Jakarta, 2001
- Soetandyo Wignjosebroto, *Hukum, Paradigma Metode dan Dinamika Masalahnya*, Elsam dan Huma, Jakarta, 2002.

- Sopnar Maru Hutagalung, *Praktik Peradilan Perdata dan Alternatif Penyelesaian Perdata*, Sinar Grafika, Cetakan Pertama, Jakarta, 2012.
- Sunarjati Hartono, *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*, Bandung: Alumni, 1999.
- Sunggono, *Metodologi Penelitian Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2006.
- Subekti dan R. Tjitrosodibio, *Kamus Hukum*, Pradya Pramita, Jakarta, 1978.
- Subekti, *Pokok-pokok Hukum Dagang*, Intermasa, Jakarta, 1995.
- Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum: Suatu Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 2003.
- Sudargo Gautama, *Aneka Hukum Arbitrase: Ke Arah Hukum Arbitrase Indonesia yang Baru*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996.
- Sugiyono, *Memahami Penelitian Kualitatif*, CV. Alfabeta, Bandung, 2009.
- Susanti Adi Nugroho, *Hukum Kepailitan di Indonesia dalam Teori dan Praktik serta Penerapan Hukumnya*, Kencana Prenadamedia Group, Jakarta, 2018.
- Sutan Remy Sjahdeini, *Hukum Kepailitan Memahami Undang-Undang No 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan*, Pustaka Utama Grafiti, Jakarta, 2002.
- Syeikh 'Ala' al-Din Za'tari, *Fiqh al-Mu'amalat al-Maliyyah al-Muqaran Syiyaghoh Jadidah wa Amtsilah Mu'ashirah*, Dar al-Ashma', Damaskus, 2010.
- S. Prajudi Atmosudirdjo, *Beberapa Pandangan Umum Tentang Pengambilan Keputusan (Decisions Making)*, Bumi Aksara, Jakarta, 2007.
- Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barakatullah, *Filsafat, Teori dan Ilmu Hukum: Pemikiran Menuju Masyarakat Yang Berkeadilan dan Bermartabat*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2012.
- Tm Penyusun, *Standar Kepatuhan Terhadap Akad Syariah*, dalam *Buku Standar Produk Pembiayaan Musyarakah dan Musyarakah Mutanaqisah*, OJK, Jakarta, 2012.
- Tri Hernowo, *Sekilas Catatan tentang Hukum Kepailitan* dalam Valerie Selvie Sinaga (ed.), *Analisa Putusan Kepailitan pada Pengadilan Niaga Jakarta*, Fakultas Hukum Universitas Katolik Atmajaya, Jakarta, 2005.
- Trisadini P. Usanti dan Abd. Shomad, *Transaksi Bank Syariah*, Bumi Askara, Jakarta, 2013.
- Umar Abdul Khalil, *al-Qawaid al-Fiqhiyyah al-Kubra wa Atsaraha fi al-Mu'amalat al-Maliyyah*, Universitas Al-Azhar, Kairo, tt.
- UNCITRAL, *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 With amendments as adopted in 2006*, United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), Vienna, 2008.
- Van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1990.

- Veithzal Rivai (et.al), *Islamic Banking*, PT. Bumi Aksara, Jakarta, 2010.
- , *Islamic Banking*, PT. Bumi Aksara, Jakarta, 2010.
- Victor M. Situmorang dan Cormentina Sitanggang, *Grosse Akta dalam Pembuktian dan Eksekusi*, Rineka Cipta, Jakarta, 1993.
- Wangsawidjaja, *Pembiayaan Bank Syariah*, Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2012.
- Wirjono Prodjodikoro, *Hukum Acara Perdata di Indonesia*, Sumur, Bandung, 1975.
- Wahbah al-Zuhayli, *Al-Wajiz fi Ushūl al-Fiqh*, Dār al-Fikr al-Mu‘aşir, Beirut, 1997.
- , *Al-Fiqh al-Islam wa adillatuh*, Dar al-Fikr, Damaskus, 1984.
- W. Lawrence Neuman, *Social Research Methods: Qualitative and Quantitative Approach*, Allyn and Bacon, London, 2000.
- World Bank, *Alternative Dispute Resolution Guidelines*, World Bank, Washington D.C., 2011.
- Zainal Asikin, *Hukum Kepailitan dan Penundaan Pembayaran di Indonesia*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2002.
- Ziyad Shubhi Dzayab, *Iflas al-Syirkat al-Fiqh al-Islami wa al-Qanun wa al-Wadh'i*, Dar al-Nafa'is, Ardan, 2011.

B. Jurnal

- Ahmad, “Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah di Pengadilan Agama”, 2:6 *Jurnal IUS: Kajian Hukum dan Keadilan* (Desember 2014).
- Amalia, Chrisanty dkk, *Analisis Yuridis Penyelesaian Pembiayaan Bermasalah Pada Bank Syariah (Studi pada PT. Bank Muamalat Indonesia, Tbk di Kota Medan)*, USU Law Journal, 2013, 1.1.
- Asmuni, “Aplikasi Musyarakah Dalam Perbankan Islam; Studi Fiqih Terhadap Produk Perbankan Islam”, dalam *Jurnal Hukum Islam Al-Mawarid*, Edisi XI, 2004.
- Bismar Nasution, “Implikasi AFTA Terhadap Kegiatan Investasi dan Hukum Inventasi Indonesia”, *Jurnal Hukum Bisnis*, Volume 22, Jakarta, 2003.
- B. Arief Sidharta, “Kajian Kefilsafatan tentang Negara Hukum”, 2:3 *Jurnal Hukum Jentera* (November 2004).
- Danang Wahyu Muhammad, “Kedudukan Jaminan dalam Akad Pembiayaan pada Bank Syariah”, dalam *Jurnal Hukum Bisnis*, Volume 33, Nomor 3, 2014.

- Dewi Tuti Muryati dan B. Rini Heryanti, “Pengaturan dan Mekanisme Penyelesaian Sengketa Non Litigasi di Bidang Perdagangan”, 13:1 *Jurnal Dinamika Sosbud* (Juni 2011).
- Dian Latifiani, “Permasalahan Pelaksanaan Putusan Hakim”, 1:1 dalam *JHAPER* (Januari–Juni 2015),.
- Destri Budi Nugraheni, “Asas Kesetaraan Dalam Akad Pembiayaan Musyarakah pada Bank Syariah di Yogyakarta”, *Jurnal Mimbar Hukum*, Volume 22 No.1, 2010, hlm.128.
- Dian Asriani Lubis, *Kepailitan Menurut Ibnu Rusyd dan Perbandingannya Dengan Hukum Kepailitan di Indonesia*, Jurnal Hukum Islam, Vol. XIII, No. 2, Nopember (2013).
- Elina Paunio, “Beyond Predictability–Reflections on Legal Certainty and the Discourse Theory of Law in the EU Legal Order”, 10:11 *German Law Journal* (2009).
- Fatahullah, “Pluralitas Metode Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah di Indonesia”, 2:6 *Jurnal IUS: Kajian Hukum dan Keadilan* (Desember 2014).
- Herowati Poesoko, “Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Penyelesaian Perkara Perdata”, 1:2 *JHAPER: Jurnal Hukum Acara Perdata* (Juli–Desember 2015).
- H. Leawoods, “Gustav Radbruch: An Extraordinary Legal Philosopher”, 2 *Washington University Journal of Law & Policy* (2000).
- H. L.A. Hart, “*Positivism and the Separation of Law and Morals*”, 71:4 *Harvard Law Review* on Febuary 1958.
- Indrapraja, Yudha. *Kegagalan Hukum di Indonesia Dalam Menciptakan Kepastian Hukum Terkait Sengketa Kepailitan Perbankan Syariah*. Jurnal Asy-Syari'ah, 2014.3.
- Jan Gijssels & Mark van Hoecke, *What is Rechtsstheorie?* Dalam Jurnal *Kluwer Rechtsweten-Schappen*, Atwerpent, 1982.
- John Ayto, *Dictionary of Word Origin* dikutip dari Emmy Yuhassarie (ed), *Kepailitan dan Transfer Aset Secara Melawan Hukum*, Prosiding, Lokakarya Terbatas, Mahkamah Agung, Jakarta, 2004.
- Khopiatuziadah, “*Kajian Yuridis Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah*”, 10:3 *Jurnal Legislasi Indonesia* (September 2013).
- Khotibul Umam, “Implikasi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 Bagi Penyelesaian Sengketa Bisnis dan Keuangan Syariah”, 12:4 *Jurnal Konstitusi* (Desember 2015).
- Prawitra, Thalib dan Aditya, Kukuh L. S., *Kepailitan dalam Perbankan Syariah*, diterbitkan pada prooceding Konferensi Nasional Asosiasi Pengajar Hukum Keperdataan, Bali, 2015.

- Siti Kadariyah, Pangeran Harahap, dan Sukiati, *Analisis Penyelesaian Kepailitan Perbankan Syariah Di Pengadilan Niaga Dalam Putusan No.01/Pdt-Suspkp/ 2015/Pn Niaga Medan Ditinjau Dari Perspektif Ekonomi Islam*, dalam *Jurnal Penelitian Medan Agama* Vol. 9, No. 1, 2018.
- Stanley L. Paulson, “Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views, 15:3 *Oxford Journal of Legal Studies*, Autumn, 1995.

C. Makalah/Artikel

- Basuki Rekso Wibowo, “Penemuan, Penafsiran dan Penciptaan Hukum oleh Hakim Berkaitan dengan Jurisprudensi Sebagai Pedoman Penerapan Hukum Bagi Pengadilan”, *Yuridika*, No. 5 & 6 Th. XI, September-Desember 1996 *Majalah Hukum Varia Peradilan* No. 19, Bulan April 1987
- Dadan Muttaqien dan Fakhruddin Cikman, *Penyelesaian Sengketa Perbankan Syari’ah*, Yogyakarta: Total Media, 2008.
- Frank Haldemann, “Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law”, 18:2 *Ratio Juris* (June 2005)
- Go UKM “Pinjaman Bank Syariah Bukopin untuk Pembiayaan dan Modal Usaha”, (tanpa tahun), <https://goukm.id/pinjaman-bank-syariah-bukopin/> (diakses tanggal 06/01/2019, pukul 14.40).
- Hariandi, “Hukum Acara Pengadilan Niaga dalam Perkara Kepailitan”, 2014, <http://www.gresnews.com/berita/tips/012312-tips-hukum-acara-pengadilan-niaga-dalam-perkara-kepailitan/0/#sthash.H8e97rfe.dpuf>, (Tanggal 12/1/2018)
- Hikmahanto Juwana, *Hukum Sebagai Instrumen Politik: Intervensi Atas Kedaulatan Dalam Proses Legislasi di Indonesia*, makalah disampaikan dalam Orasi Ilmiah Dies Natalis Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara ke 50, tanggal 12 Januari 2004.
- Rizky Dwinanto, *Prosedur Penyelesaian Utang Piutang Jika Perusahaan Tutup dan Pailit*, artikel dalam <https://www.hukumonline.com/klinik/detail/ulasan/cl1591/hutang-usaha-> diakses 28 Januari 2019.
- Satjipto Raharjo, “Mengejar Keteraturan Menemukan Ketidakteraturan (*Teaching Order Finding Disorder*)”, *Pidato Mengakhiri Jabatan Sebagai Guru Besar Tetap*, Fakultas Hukum Universitas Diponegoro Semarang, 15 Desember 2000.
- Santoso, Lukman, *Politik Hukum ekonomi Syariah Pasca Reformasi Di Indonesia*, SOSIO-RELIGIA, Vol. 10, No.2, 2012
- Shidarta, “Putusan Hakim: Antara Keadilan, Kepastian Hukum, dan Kemanfaatan”, Makalah disampaikan dalam *Seminar Pernerkuatan Pemahaman Hak Asasi Manusia Untuk Hakim Seluruh Indonesia*, diselenggarakan oleh

- Komisi Yudisial dan Pusat Studi Hak Asasi Manusia Universitas Islam Indonesia (PUSHAM-UII), Hotel Grand Angkasa Medan, 2 - 5 Mei 2011.
- Siti Anisah, *Perlindungan Kepentingan Kreditor dan Debitor dalam Hukum Kepailitan di Indonesia, Studi Putusan-Putusan Pengadilan*, Disertasi, Total Media, Jakarta, 2008.
- Sudikno Mertokusumo, *Pokok-Pokok Hukum Acara Perdata dalam Menyongsong Undang-Undang Hukum Perdata yang Baru: Seminar Hukum Jaminan, Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman, Tanggal 9-11 Oktober 1978*, Binacipta, Yogyakarta, 1978.
- Sri Redjeki Hartono, *Analisis Terhadap Peraturan Kepailitan dalam Kerangka Pembangunan Hukum*, Makalah Seminar Nasional dan Lokakarya Restrukturisasi Organisasi Bisnis Melalui Hukum Kepailitan, FH UNDIP – Elips Project, Semarang, 2007.
- Sutan Remy Syahdeini, *Undang-Undang Kepailitan: Dalam Perspektif Hukum, Politik, dan Ekonomi*, makalah disampaikan dalam diskusi tentang Undang-Undang Kepailitan Dalam Perspektif Hukum, Politik, dan Ekonomi yang diselenggarakan oleh F-KP DPR-RI, Tgl. 7 Mei 1998, Jakarta.
- Sufiarina dan Efa Laela Fakhriah, *Kompetensi Pengadilan Niaga Dalam Penyelesaian Sengketa Bisnis di Indonesia*, Jurnal Masalah-masalah Hukum Vol. 43 No. 4 (2014), UNDIP, Semarang.
- Syamsul Anwar, *Kontrak dalam Islam*, makalah disampaikan pada Pelatihan Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syari'ah Di Pengadilan Agama. (Kerjasama Mahkamah Agung RI Dan Program Pascasarjana Ilmu Hukum Fakultas Hukum UII), Yogyakarta, 2006.
- Todung Mulya Lubis, *Mencari Keseimbangan Baru*, makalah dalam Seminar Komisi Hukum Nasional, Anggota Kelompok Kerja, Selasa, Tgl. 16 Juni 1998.
- Yahya, Muchlis dan Agunggunanto, Edy Yusuf, *Teori Bagi Hasil (Profit and Loss Sharing) dan Perbankan Syariah dalam Ekonomi Syariah*, Dinamika Ekonomi Pembangunan, Vol. 1 No 1, 2011.

D. Website/Internet/Portal

- Al Hushein, *Imron Hukum Kepailitan (Taflis) Dalam Islam* (Januari 01, 2012) Available at <http://alhushein.blogspot.com/2012/01/hukum-kepailitan-taflis-dalam-islam.html>
- Ariana Andi, *Peran Stategis Pengadilan Agama Dalam Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah*, Al-Ihkam, Vol 10 No 2, 2015.
- Bank Muamalat “*Mengenal Akad Perbankan Syariah*” (tanpa tahun), <http://www.bankmuamalat.co.id/edukasi-perbankan/mengenal-akad-perbankan-syariah>, (diakses tanggal 06/01/2019, pukul 14.00).

- Bank Syariah Bukopin “*Musyarakah*” (tanpa tahun), <https://www.syariahbukopin.co.id/id/produk-dan-jasa/pembiayaan/musyarakah>, (diakses tanggal 06/01/2019, pukul 14.30).
- Buku *Standar Produk Musyarakah dan Musyarakah Mutanaqishah*, <https://www.ojk.go.id/id/kanal/syariah/berita-dan-kegiatan/publikasi/Documents/Pages/Buku-Standar-Produk-Musyarakah-dan-Musyarakah-utanaqishah/Buku%20Standar%20Produk%20Musyarakah%20dan%20Musyarakah%20Mutanaqishah.pdf>. diakses pada tanggal 23 Oktober 2018.
- Editor, “Akad *Musyarakah*, Mudharabah, dan Muzaraah dalam Hukum Ekonomi Islam, artikel yang dipublikasikan dalam <http://www.ekomarwanto.com/2011/11/musyarakah-mudharabah-muzaraah.html> diakses tanggal 24 Juli 2015, 20:06.
- Editor, Bank Syariah Bukopin “*Musyarakah*” (tanpa tahun), <https://www.syariahbukopin.co.id/id/produk-dan-jasa/pembiayaan/musyarakah>, (diakses tanggal 06/01/2019, pukul 14.30)
- Editor, “Pembiayaan *Musyarakah* di Bank Syariah”, artikel dalam <http://bloggercahyati-indonesia.blogspot.com/2012/06/bab-i-pendahuluan.html> diakses tanggal 27 Juli 2018.
- Editor, “Pembiayaan *Musyarakah* di Bank Syariah”, artikel dalam <http://bloggercahyati-indonesia.blogspot.com/2012/06/bab-i-pendahuluan.html> diakses tanggal 27 Juli 2018.
- Editor, *Majalah Peradilan Agama*, Edisi 8 Desember 2015, [www. badilag.net](http://www.badilag.net), diakses pada tanggal 29 September 2016.
- Fasirus Haris, “Hal-Hal Penting Yang Harus Diperhatikan Dalam Mengajukan Permohonan Pailit Ke Pengadilan Niaga” dalam <https://bplawyers.co.id/2017/05/24/hal-hal-penting-yang-harus-diperhatikan-dalam-mengajukan-permohonan-pailit-ke-pengadilan-niaga/> diakses 28 Januari 2019.
- Ikhtisar UU 21 Tahun 2008, diambil dari; http://www.bi.go.id/id/perbankan/syariah/Documents/Iktisar_uu_21_2008.pdf
- Imron Al Hushein, “Hukum Kepailitan (Taflis) Dalam Islam”, 2012, <https://alhushein.blogspot.com/search?q=hukum+kepailitan>, [diakses tanggal 21/09/2018, pukul 16.00].
- Nur Utari Setiawati , Kriteria Ingkar Janji dalam Pembiayaan *Musyarakah* di Bank Syariah, artikel dalam <https://ejournal.unitomo.ac.id/index.php/hukum/article/.../699> diakses 28 Desember 2018.
- Paulus E. Lotulung, *Pencocokan Piutang* dalam buku *Penyelesaian Utang Piutang melalui Pailit atau Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang*, yang dikutip oleh Shanti Rachmadsyah, *Kepailitan*, dalam <https://www.hukumonline.com/klinik/detail/ulasan/cl4504/> kepailitan diakses 28 Januari 2019 diakses 28 Januari 2019.
- Priyatna Abdurrasyid, *Arbitrase: Solusi Alternatif Penyelesaian Sengketa Perdata*, dalam <http://id.shvoong.com/law-and-politics/1908998-keunggulan-dan-kelemahan-arbitrase/> diakses tanggal 15 April 2019.

Radian Adi Nugraha, “*Kedudukan Pengadilan Niaga Menurut Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004*”, <https://radianadi.wordpress.com/2011/03/14/kedudukan-pengadilan-niaga-pn-menurut-uu-np-37-tahun-2004/> (diakses 07/12/2018)

Samsun Nahar, Pembiayaan *Musyarakah*, artikel dalam <https://economy.okezone.com/read/2012/03/30/316/602652/pembiayaan-bagi-hasil-musyarakah> diakses 21 April 2019.

Standar Produk Musyarakah dan Musyarakah Mutanaqishah, <https://www.ojk.go.id/id/kanal/syariah/berita-dan-kegiatan/publikasi/Documents/Pages/Buku-Standar-Produk-Musyarakah-dan-Musyarakah-mutanaqishah/Buku%20Standar%20Produk%20Musyarakah%20dan%20Musyarakah%20Mutanaqishah.pdf>. diakses pada tanggal 23 Oktober 2018.

E. Peraturan Peundang-undangan

Undang-Undang Dasar 1945 beserta Amandemennya

Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama dan diubah kembali dengan Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama

Undang-Undang Nomotr 3 Tahun 2004 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1999 tentang Bank Indonesia.

Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2004 Tentang Lembaga Penjamin Simpanan.

Undang-Undang Nomotr 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang.

Undang- Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah.

Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman

Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2011 Tentang Otoritas Jasa Keuangan.

Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2016 Tentang Pencegahan dan Penanganan Krisis Sistem Keuangan.

Peraturan Mahkamah Agung Nomor 14 Tahun 2016 tentang Tata Cara Penyelesaian Perkara Ekonomi Syariah.

Peraturan OJK (POJK) Nomor 14 Tahun 2017 tentang Penetapan Status dan Tindak Lanjut Pengawasan Bank Umum.

Peraturan Otoritas Jasa Keuangan Nomor: 16/POJK.03/2014 tentang Penilaian Kualitas Aset Bank Umum Syariah dan Unit Usaha Syariah.

F. Fatwa/Keputusan Dewan Syariah Nasional

Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 08/DSN-MUI/IV/2000 tentang pembiayaan *Musyarakah*

Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 73/DSN-MUI/XI/2008 Tentang *Musyarakah Mutanaqishah*

Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 105/DSN-MUI/X/2016 Tentang Penjaminan Pengembalian Modal Pembiayaan *Mudharabah, Musyarakah dan Wakalah Bil Istitsmar*

Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 114/DSN-MUI/IX/2017 Tentang Akad *Syirkah*

Keputusan Dewan Syariah Nasional-Majelis Ulama Indonesia Nomor 01/DSN-MUI/X/2013 Tentang Pedoman Implementasi *Musyarakah Mutanaqishah* Dalam Produk Pembiayaan

G. Putusan Pengadilan

Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor: 622 K/Pdt.Sus/2012 tanggal 28 Januari 2013

Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor: 354 K/Pdt.Sus-Pailit/2014 tanggal 28 November 2014.

DAFTAR RIWAYAT HIDUP

- I. Nama : M. Slamet Turhamun
 Tempat/Tgl. Lahir : Semarang, 24 Juli 1967
 Alamat Rumah : Jl. Taruna I Barat No. 91 Kelurahan Cibubur,
 Kecamatan Ciracas – Jakarta Timur
 Alamat Kantor : Pengadilan Agama Bogor
 Jl. KH. Abdullah Bin Nuh, Kel. Curug Mangu,
 Kec. Bogor Barat - Kota Bogor
 Status Perkawinan : Kawin
 Istri : Tatik Ashla
 Anak : 1. Syakila Mufida
 2. Laidya Fithri
 3. Akfi Fiya Fithrota
- II. Pendidikan
- Sekolah Dasar/MI di Tuntang, tamat tahun 1979
 - Sekolah Menengah Tingkat Pertama di Tuntang, tamat tahun 1982
 - Sekolah Lanjutan Atas di Suarakarta, tamat tahun 1985
 - Fakultas Syariah IAIN Walisongo (S.1) di Semarang, tamat tahun 1992
 (Judul Skripsi: Study Analisis Terhadap Eksistensi Gharim Dalam Menerima Zakat di Kecamatan Tuntang Kab. Semarang)
 - Program Pascasarjana Magister Ilmu Hukum Universitas Jenderal Soedirman (S.2) di Purwokerto, tamat tahun 2008 (Judul Tesis: Penerapan Perdamaian dalam Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah (Suatu Studi Tentang Penyelesaian Gugatan Pembiayaan *Al Musyarakah* Secara Damai di Pengadilan Agama Purbalingga))
- III. Pekerjaan
- Cakim/Hakim Pengadilan Agama Kutacane (Tahun 1995 s/d. 2001)
 - Hakim Pengadilan Agama Purwokerto (Tahun 2001 s/d. 2008)
 - Hakim Yustisial/Asisten Mahkamah Agung RI (Tahun 2008 s/d. 2017)
 - Wakil Ketua Pengadilan Agama Tangerang (Tahun 2017 s/d. 2019)
 - Ketua Pengadilan Agama Bogor (Tahun 2019 s/d. sekarang)

IV. Pengalaman Organisasi

- Karang Taruna
- Senat Mahasiswa IAIN Walisongo

V. Karya Ilmiah

- Dinamika Pemikiran Hukum Ekonomi Syariah di Indonesia: Sebelum dan Setelah Era Reformasi (Artikel – Tidak Dipublikasikan)
- Kompetensi Absolut Peradilan Agama dalam Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah (Artikel – Tidak Dipublikasikan)
- Peluang dan Tantangan Peradilan Agama dalam Penyelesaian Sengketa Kepailitan Syariah (Artikel – Tidak Dipublikasikan)
- Disparitas Pelaksanaan Hukum Acara Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah di Peradilan Agama (Artikel – Tidak Dipublikasikan)