

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Sebagai salah satu lembaga kekuasaan kehakiman di Indonesia, peradilan agama memiliki sejarah panjang dan berliku dalam menjalankan fungsi kekuasaan kehakimannya. Sejak sebelum kemerdekaan, pasca kemerdekaan selama masa orde baru hingga masa setelah reformasi hingga saat ini. Meskipun sebagai negara yang memiliki jumlah penduduk muslim terbesar di dunia, resistensi terhadap kewenangan peradilan agama cukup kuat, bukan hanya dari kalangan non muslim, tetapi dari kalangan internal ummat Islam sendiri. Selain terjadi benturan antara hukum sipil dan hukum syara' (Islam), terjadi juga benturan antara tiga sistem hukum; hukum Islam, hukum sipil (Barat) dan hukum adat.¹ Terlepas adanya unsur kesengajaan atau tidak dalam terjadinya benturan ketiga sistem hukum tersebut, hingga saat ini dalam realitasnya benturan itu masih saja terjadi.

Dengan disahkannya Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 yang mengamanatkan adanya tambahan kewenangan peradilan agama dalam penyelesaian sengketa ekonomi Syariah, resistensi terhadap kewenangan baru tersebut muncul dengan keluarnya Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang perbankan Syariah dimana dalam salah satu pasalnya (Pasal 55 ayat (2) dan (3) menyebutkan bahwa penyelesaian sengketa perbankan syariah secara litigasi dapat diselesaikan melalui peradilan umum.

Menyikapi adanya ketidakpastian atau dualisme dalam penyelesaian sengketa ekonomi syariah tersebut, seorang pelaku ekonomi syariah, Dadang Achmad, Direktur CV. Benua *Engineering Consultant* mengajukan permohonan *Judicial Review* ke Mahkamah Konstitusi pada tahun 2012. Atas permohonan tersebut, Mahkamah Konstitusi mengeluarkan putusan

¹ Busthanul Arifin, *Pelebagaan Hukum Islam Di Indonesia: Akar Sejarah, Hambatan, Dan Prospeknya*, Cet. 1 (Jakarta: Gema Insani Press, 1996), 33.

Nomor 93/PUU-X/2012 yang pada pokoknya menyatakan bahwa materi muatan ayat (2) dan ayat (3) pasal 55 undang-undang nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah bertentangan dengan pasal 28D ayat (1) UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat.²

Sebagai tindak lanjut terhadap kewenangan baru tersebut, Mahkamah Agung sebagai lembaga yang menaungi Badan Peradilan Agama telah menetapkan beberapa kebijakan, antara lain dengan memperbaiki sarana dan prasarana lembaga peradilan agama, meningkatkan kemampuan tenaga teknis sumber daya manusia (SDM) Peradilan agama dengan melakukan kerja sama dengan beberapa perguruan tinggi serta membentuk hukum materil dalam bentuk PERMA Nomor 2 tahun 2008 tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah (KHES) yang dijadikan pedoman bagi hakim peradilan agama dalam memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara ekonomi syariah.³

Untuk melengkapi serta mengisi kekosongan hukum acara dalam penyelesaian sengketa ekonomi syariah, pada tanggal 22 Desember 2016 Mahkamah Agung menerbitkan Peraturan Mahkamah Agung (PERMA) Nomor 5 Tahun 2016 tentang sertifikasi Hakim Ekonomi Syariah serta Peraturan Mahkamah Agung Nomor 14 Tahun 2016 tentang Tata Cara Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah. Kehadiran PERMA tersebut lebih mempertegas kewenangan peradilan agama terhadap penyelesaian sengketa ekonomi syariah, termasuk eksekusi jaminan kebendaan serta eksekusi putusan arbitrase syariah.⁴

Meskipun telah jelas dan tegas tentang kewenangan peradilan agama dalam penyelesaian sengketa ekonomi syariah, termasuk dalam pelaksanaan

² Amran Suadi dan Mardi Candra, *Politik Hukum: Perspektif Hukum Perdata Dan Pidana Islam Serta Ekonomi Syariah*, Cetakan ke-1 (Jakarta: Prenadamedia Group, 2016), 117.

³ Mardani, ed., *Hukum Islam: Kumpulan Peraturan Tentang Hukum Islam Di Indonesia*, Cetakan ke-1 (Jakarta: Prenadamedia Group, 2013), 42–43.

⁴ Imron Rosyadi, *Jaminan Kebendaan Berdasarkan Akad Syariah* (Jakarta: Prenadamedia Group, 2017), 46.

eksekusi jaminan kebendaan perkara ekonomi syariah, tetapi dalam hal penetapan dan penyelesaian kepailitan perkara ekonomi syariah masih menyisakan persoalan. Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang yang lahir 2 tahun sebelum lahirnya Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 sama sekali tidak mengatur kepailitan ekonomi syariah, padahal dalam ekonomi syariah juga berpotensi terjadinya kepailitan, baik dalam ruang lingkup lembaga keuangan syariah maupun lembaga bisnis syariah lainnya.

Dengan adanya fakta hukum terkait dengan penyelesaian sengketa ekonomi syariah di Pengadilan Agama tentu diperlukan pengamatan mengenai pemahaman dan kesadaran hukum masyarakat muslim yang berperkara dalam masalah kepailitan ekonomi syariah, di samping itu penyelesaian perkara kepailitan yang akadnya menerapkan akad ekonomi syariah akan tetapi penyelesaiannya bukan di Pengadilan Agama melainkan di Pengadilan Niaga. Pemahaman masyarakat mengenai penanganan perkara yang diinterpretasikan belum linier atau inkonsisten secara formil dan materil.

Berdasarkan data empirik berupa putusan pengadilan niaga, di antaranya kuasa hukum yang mengajukan permohonan kepailitan adalah kuasa hukum Bank Muamalat Indonesia, Bank BNI Syariah, Bank CIMB Niaga, dan PT. Bank Syariah Bukopin, berdasarkan kepada hasil wawancara dengan kuasa hukum masing-masing perusahaan yang berperkara mengenai kepailitan memahami peraturan perundangan yang terkait dengan kepailitan secara praktis, yaitu penyelesaian perkara yang dimaksud telah dikuasakan kepada pengacara atau kuasa hukum perusahaan, oleh karena itu pemahaman mengenai yuridis formal maupun materialnya tidak begitu dipersoalkan dikarenakan telah diurus oleh kuasa hukum, sebagaimana yang dikemukakan oleh MS salah satu direktur perusahaan (minta dirahasiakan, pen.) bahwa memahami mengenai penyelesaian sengketa ekonomi syariah dari membaca peraturan perundang-undangan yang berlaku, demikian pula tentang

kepailitannya, sehingga pengurusan perkara kepailitan diserahkan kepada kuasa hukum atas dasar kesadaran yang berbasis kepada pemahaman hukum yang secara literatif telah dituangkan dalam peraturan perundangan yang berlaku.⁵

Pada prinsipnya masyarakat yang berperkara memahami hukum mengenai penyelesaian sengketa ekonomi syariah yang menjadi kewenangan Peradilan Agama, demikian juga memahami bahwa berdasarkan ketentuan dalam Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004, Perkara kepailitan merupakan kewenangan pengadilan niaga dalam lingkungan peradilan umum. Hanya saja, masyarakat mempertanyakan linieritas kewenangan Peradilan Agama yang satu sisi memiliki kewenangan memutus perkara sengketa ekonomi syariah, akan tetapi tidak berhak dan berwenang memutus perkara kepailitannya, padahal akad-akad yang diterapkan adalah akad syariah, seperti akad mudharabah atau musyarakah, apabila terjadi sengketa diselesaikan di Pengadilan Agama, tetapi apabila perkaranya kepailitan pihak yang bekerjasama dalam usaha maka diajukan ke Pengadilan Niaga.

Kaitan dengan pandangan tersebut, dikemukakan oleh kuasa hukum PT. Lintas Sarana Komunikasi, yakni DSA (inisial atas permintaan responden) bahwa pihak perusahaan memahami dan menyadari bahwa penyelesaian kepailitan menjadi ranah Pengadilan Niaga dikarenakan pengetahuan mengenai itu diperoleh dari ahli hukum yang ada pada perusahaan. Setiap perusahaan memiliki bidang hukum dan pengacara khusus perusahaan maka seluruh pemahaman dan kesadaran hukum yang dimaksud diperoleh dari ahli hukum perusahaan. Oleh karena itu, pemahaman dan kesadaran hukum yang dikemukakan oleh masyarakat yang berperkara menyatakan bahwa meskipun peradilan agama memiliki kewenangan memeriksa dan menyelesaikan sengketa ekonomi syariah

⁵ Wawancara dengan MS, Direktur Perusahaan (rahasia), 21 September 2022.

berdasarkan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006, untuk perkara kepailitan menjadi kewenangan Pengadilan Niaga.⁶

Data yuridis empirik dalam penelitian ini yang berupa dokumentasi adalah Putusan Pengadilan Niaga, antara lain;

1. Putusan Nomor 7/Pailit/2011/PN.NIAGA.JKT.PST serta Putusan Kasasi di tingkat Mahkamah Agung Republik Indonesia atas perkara yang sama dan diajukan upaya hukumnya, yaitu sebagaimana dalam Putusan Nomor 346 K/PDT.SUS/2011 yang diajukan oleh Bank CIMB Niaga, Tbk terhadap PT. Lintas Sarana Komunikasi atas fasilitas pembiayaan Musyarakah yang diberikan PT. Bank CIMB Niaga terhadap PT. Lintas Sarana Komunikasi.⁷
2. Putusan Nomor 03/Pailit/2012/PN.Niaga/Medan tanggal 12 Juli 2012 yang diajukan oleh PT. Bank Muamalat Indonesia, Tbk terhadap PT. Riau Airlines atas fasilitas pembiayaan Musyarakah dan Kafalah yang diberikan PT. Bank Muamalat, Tbk terhadap PT. Riau Airlines. Putusan ini diperkuat putusan kasasi Nomor 622 K/Pdt.Sus/2012 t anggal 28 Januari 2013.
3. Putusan Nomor 10/Pdt.Sus-PKPU/2013/PN.Niaga.Jkt.Pst tanggal 15 April 2013 dan Putusan Nomor 10/Pdt.Sus-Pailit/2013/PN.Niaga.Jkt.Pst tanggal 12 Juni 2013 2011 yang diajukan oleh PT. Bank BNI Syariah, Tbk terhadap Purdi E Candra atas fasilitas pembiayaan Murabahah yang diberikan PT. Bank BNI Syariah terhadap Purdi E Candra, putusan ini diperkuat putusan kasasi Nomor 346/Pdt.Sus/2011 421 K/Pdt.Sus-PAILIT/2013 tanggal 13 November 2013.

⁶ Wawancara dengan DSA (Kuasa Hukum PT. Lintas Sarana Komunikasi), 22 September 2022)

⁷ Mahkamah Agung RI “Putusan Mahkamah Agung Nomor 346 K/PDT.SUS/2011” dalam <https://putusan.mahkamahagung.go.id/putusan/a50db229ea57f95e832c2a14469a3af0>. Diakses tanggal 15 November 2019

4. Putusan Nomor 354 K/Pdt.Sus-Pailit/2014 tanggal 28 November 2014 yang diajukan oleh PT. Bank Bukopin Syariah terhadap Haji Mujiono Rachmat pembiayaan Line Facility Musyarakah yang diberikan PT. Bank Bukopin Syariah terhadap Haji Mujiono Rachmat, putusan ini diperkuat putusan kasasi Nomor 354/Pdt.Sus/2014 tanggal 28 November 2014.⁸
5. Putusan 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.
6. Putusan 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.
7. Putusan 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, didaftarkan ke Pengadilan Niaga Jakarta tanggal 10 September 2013.
8. Putusan 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, didaftarkan ke Pengadilan Niaga Jakarta tanggal 22 April 2014.⁹
9. Putusan Nomor 03/Pailit/2014/PN.Niaga.Smg. antara Pemohon PT. Bank Sariah Bukopin dengan Termohon Ny. Hajjah Yudianti, jenis perkara kepailitan, didaftarkan di Pengadilan Niaga Semarang tanggal 17 April 2014.

⁸ Mahkamah Agung RI “Putusan Mahkamah Agung Nomor 354 K/Pdt.Sus-Pailit/2014,” dalam <https://putusan.mahkamahagung.go.id/putusan/21428a963326e5f03c69a0ea3c5a6a5> 9. Diakses tanggal 15 November 2019

⁹ Ghansam Anand, Kukuh Leksono S Aditya, and Bagus Oktafian Abrianto, “Problematika Aplikasi Ekonomi Syariah Dalam Rezim Hukum Kepailitan Di Indonesia,” *Jurnal Bina Mulia Hukum* 2 (2017): 13.

Menurut DSA, secara prinsipil kepailitan bukanlah semata sebuah upaya untuk memudahkan sebuah usaha milik individu atau korporasi menjadi pailit, tetapi dimaksudkan sebagai upaya mengatasi kepailitan perusahaan, meskipun salah satu mekanismenya dengan cara melakukan penyitaan dan menjual asset yang dijadikan jaminan untuk memenuhi kewajiban debitor kepada para kreditornya. Hal ini menunjukkan pemahaman yang cukup mendalam mengenai tujuan penyelesaian perkara kepailitan. Dalam hal tersebut Hadi Shubhan berpendapat bahwa perkara kepailitan itu ada yang dimohonkan oleh perusahaan yang menghadapi gugatan dari pihak kedua atau ketiga yang merupakan mitra kerjanya, atau pailit yang berdasarkan putusan pengadilan niaga mengingat berdasar bukti dan fakta hukum ketidakmungkinan perusahaan membayar seluruh piutang yang digugat oleh pihak penggugat.¹⁰

Secara yuridis Mahkamah Agung telah mengeluarkan PERMA Nomor 14 Tahun 2016 tentang Tata Cara Penyelesaian Perkara Ekonomi Syariah, peradilan agama berwenang melakukan eksekusi hak tanggungan dan hak fidusia jika akadnya berdasarkan akad syariah, PERMA tersebut memberikan aturan secara khusus terhadap pelaksanaan eksekusi Hak Tanggungan yang telah diatur dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda yang Berkaitan dengan Tanah yang di dalamnya menyatakan bahwa pelaksanaan eksekusi hak tanggungan dilaksanakan oleh Pengadilan Negeri.

Pada dasarnya pelaksanaan eksekusi dan penetapan kepailitan memiliki tujuan yang sama dalam hal memberikan hak yang dimiliki kreditor dari hasil penjualan atas barang atau harta kekayaan milik debitor yang telah melakukan wanprestasi atau perbuatan melawan hukum. Kepailitan memberikan jaminan kepada pihak kreditor bahwa debitor tidak akan berbuat curang dan tetap bertanggung jawab atas semua utang-utangnya, selain itu

¹⁰ Hadi Shubhan, *Hukum Kepailitan; Prinsip, Norma Dan Praktik Di Peradilan* (Jakarta: Prenadamedia Group, 2008), 63.

kepailitan juga dapat memberikan perlindungan kepada debitor terhadap kemungkinan eksekusi massal oleh kreditor-kreditornya.¹¹

Selain telah diatur secara tegas mengenai pelaksanaan eksekusi hak tanggungan dan hak fidusia terhadap perkara ekonomi syariah, Mahkamah Agung juga telah mengeluarkan Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) Nomor 2 Tahun 2019 pada tanggal 27 November 2019 tentang pemberlakuan rumusan hasil rapat pleno Kamar Mahkamah Agung Tahun 2019 sebagai pedoman pelaksanaan tugas bagi Pengadilan.

Salah satu rumusan penting dalam rumusan tersebut adalah Rumusan Hukum Kamar Agama terkait Ekonomi Syariah yang secara tegas menyatakan bahwa penyelesaian sengketa ekonomi syariah secara *litigasi* pasca putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 tanggal 29 Agustus 2013 menjadi kompetensi absolut / kewenangan mutlak Peradilan Agama, sedangkan penyelesaian sengketa secara *non litigasi* dilakukan sesuai akad.

Belum adanya aturan yang secara tegas mengatur tentang kepailitan ekonomi syariah akan berdampak kepada timbulnya kepastian hukum di masyarakat, khususnya para pelaku bisnis yang melakukan akad dengan berdasarkan prinsip syariah. Oleh karena itu perlu segera dicarikan solusi untuk memberikan kepastian hukumnya, mengingat potensi terjadinya kepailitan dalam perkara ekonomi syariah sangat terbuka lebar seiring dengan semakin tumbuh dan berkembangnya transaksi bisnis yang berdasarkan akad syariah.

Selama belum diatur secara tegas dalam aturan perundang-undangan, persoalan penyelesaian kepailitan perkara ekonomi syariah menimbulkan *choice of forum* sebagaimana pernah terjadi dalam penyelesaian sengketa perbankan syariah yang berujung keluarnya putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 tanggal 29 Agustus 2013. Adanya *choice of forum*

¹¹ Mahdi Surya Apriliansyah, "Tinjauan Yuridis Penyelesaian Sengketa Kepailitan Terhadap Adanya Klausul Arbitrase" (2017): 20.

dapat menimbulkan *legal disorder* (kekacauan hukum). Selain itu juga dapat menimbulkan disparitas keputusan, ketika putusan yang satu lahir dari peradilan agama, sementara putusan yang lainnya lahir dari pengadilan umum untuk kasus yang sama, atau ada dua kasus yang memiliki kemiripan atau bahkan sama, maka akan terjadi keanehan bagi para pihak yang menerima putusan.¹²

Meskipun dalam rumusan tersebut tidak secara tegas menyatakan penyelesaian sengketa kepailitan, namun dapat dipahami bahwa pada dasarnya peradilan agama memiliki kewenangan mutlak dalam penyelesaian sengketa kepailitan, karena kepailitan menunjukkan adanya sengketa antarbeberapa pihak baik perorangan maupun lembaga, antara lain debitor, kreditor, Kejaksaan, Bank Indonesia, Otoritas Jasa Keuangan (OJK) dan Kementerian Keuangan.

Di sisi lain, meskipun Indonesia merupakan negara dengan jumlah penduduk Muslim terbesar sebagai mayoritas, jumlahnya diperkirakan sejumlah 229 juta atau sekitar 87,2% dari populasi penduduk Indonesia yang berjumlah 263 juta jiwa atau sekitar 13% dari populasi Muslim dunia.¹³ Namun hal tersebut belum berbanding lurus dengan tingkat literasi ekonomi syariah, termasuk dalam perkembangan ekonomi syariah serta dalam hal penyelesaian sengketyanya. Tingkat pertumbuhan ekonomi syariah masih belum meningkat secara signifikan.

Salah satu faktor pendukung bagi keberlangsungan serta pertumbuhan ekonomi syariah adalah adanya pemahaman dan kesadaran hukum dari masyarakat yang berperkara dalam menyelesaikan sengketa kepailitan yang

¹² Afrik Yunari, "Choice Of Forum Dalam Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah Pasca Terbitnya Putusan Mahkamah Konstitusi No.93/Puu-X/2012," *Ahkam: Jurnal Hukum Islam* 4, No. 1 (1 Juli, 2016), 43–56.

¹³ _____ "Indonesia Population 2020 (Demographics, Maps, Graphs)," dalam <https://worldpopulationreview.com/countries/indonesia-population>. diakses tanggal 20 Oktober 2020

dapat memberikan rasa aman, rasa adil dan kepastian hukum.¹⁴ Untuk menyikapi persoalan pemahaman dan kesadaran hukum yang merupakan aspek penting dalam terlaksananya sistem ekonomi syariah, tentu diperlukan penelitian mendalam terhadap indikasi adanya peningkatan pemahaman dan kesadaran hukum yang dimaksudkan. Hal tersebut berlandaskan kepada pemahaman bahwa ekonomi syariah dalam kaitannya dengan penyelesaian kepailitan harus berkembang mengimbangi kemajuan berpikir masyarakat sehingga dapat difahami oleh para penegak hukum dalam menghadapi fakta yang ada guna sinkronisasi dan harmonisasi dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.¹⁵

Penyelesaian sengketa kepailitan “ekonomi syariah” belum ada peraturan perundang-undangannya, yang ada hanyalah penyelesaian sengketa ekonomi syariah, oleh karena itu masyarakat yang berperkara dalam sengketa ekonomi syariah khusus mengenai kepailitan diselesaikan melalui pengadilan niaga. Beberapa perkara kepailitan yang diselesaikan di pengadilan niaga menyangkut perbankan syariah dan lembaga keuangan syariah yang lainnya. Pemahaman para pihak yang berperkara tentang kewenangan pengadilan niaga cukup beragam, misalnya salah satu kuasa hukum dari Bank Victoria Syariah mengatakan bahwa perkara sengketa syariah mengenai kepailitan merupakan ranah Pengadilan Niaga karena secara tegas terdapat ketentuan peraturan perundangannya.¹⁶ Demikian pula dengan pendapat, kuasa hukum yang lainnya menegaskan bahwa perkara kepailitan diajukan kepada Pengadilan Niaga mengingat Pengadilan Agama tidak secara tegas berwenang menerima pengajuan perkara kepailitan.¹⁷

¹⁴ Iyah Faniyah, *Kepastian Hukum Sukuk Negara Sebagai Instrumen Investasi Di Indonesia* (Jakarta: Deepublish, 2018). 14.

¹⁵ Jazim Hamidi, Moch. Adi Sugiharto, and Muhammad Ihsan, *Membedah Teori-Teori Hukum Kontemporer* (Malang: Universitas Brawijaya Press, 2013), 132.

¹⁶ Wawancara dengan kuasa hukum Bank Victoria Syariah, RFRH, 24 Maret 2022

¹⁷ Wawancara dengan kuasa hukum Bank Victoria Syariah, MS, 24 Maret 2022

Contoh yang lainnya yakni pada Putusan Nomor 25/Pdt.Sus-PAILIT/2020/PN.Niaga.Jkt.Pst mengenai perkara kepailitan yang dialami oleh salah satu bank syariah, yakni PT. Bank Victoria Syariah, menuntut salah satu hakim anggota Pengadilan Niaga, perkara kepailitan diajukan ke Pengadilan Niaga sesuai dengan ketentuan peraturan dan perundangan yang berlaku, hal ini merupakan salah satu indikasi bahwa masyarakat memiliki pemahaman tentang kewenangan Pengadilan Niaga secara yuridis normatif,¹⁸ namun dari segi pemahaman tentang kewenangan Pengadilan Agama mengenai penyelesaian sengketa syariah dalam menyelesaikan perkara kepailitan belum dapat diketahui secara pasti sehingga diperlukan pengamatan lebih mendalam. Di sisi lain, fenomena penyelesaian kepailitan yang terjadi dan telah diputus serta diselesaikan Pengadilan Niaga semenjak berlakunya Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 dan putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 93/PUU-X/2012 mengenai *Judicial Review* atas Undang-Undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah yang memberikan kewenangan baru kepada Peradilan Agama dalam mengadili dan menyelesaikan sengketa di bidang ekonomi syariah.

Melalui pemaparan tersebut maka urgensi penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Pemahaman masyarakat yang berperkara menilai bahwa proses penyelesaian kepailitan di Pengadilan Niaga dalam lingkungan peradilan umum belum konsisten dengan penyelesaian sengketa ekonomi syariah yang dilakukan di Pengadilan Agama meskipun akar perkaranya berawal dari bisnis syariah, sehingga menjadi amat penting untuk diteliti dan dianalisis lebih mendalam;
2. Pemahaman masyarakat yang berperkara kepada beberapa kasus kepailitan dalam bidang ekonomi syariah yang telah diputus dan diselesaikan di pengadilan Niaga yang merupakan peradilan khusus

¹⁸ Wawancara dengan kuasa hukum Bank Victoria Syariah, AKH, 26 Maret 2022

(*right case not in the right court*) mengindikasikan bahwa proses pemeriksaan perkara kepailitan berawal dari adanya sengketa ekonomi syariah, dengan demikian menjadi urgent untuk diteliti;

3. Kesadaran masyarakat dalam penyelesaian kepailitan di bidang ekonomi syariah sebagian besar melibatkan para ahli dan praktisi yang memahami persoalan hukum kepailitan secara konvensional dan ekonomi syariah sehingga para pihak yang berperkara yang menguasakan kepada pengacara, kuasa hukum, maupun kepada advokat, memberikan indikasi kesadaran hukum untuk level masyarakat kelas tinggi yang mengelola perusahaan besar, meskipun terdapat perusahaan menengah ke bawah namun penyelesaiannya berdasarkan putusan pengadilan niaga amat jarang bahkan tidak ada.

B. Rumusan Masalah

Dengan latar belakang masalah tersebut diajukan rumusan masalah dengan pertanyaan sebagai berikut berikut:

1. Bagaimana pemahaman dan kesadaran masyarakat dalam menyelesaikan sengketa ekonomi syariah di Pengadilan Agama?
2. Mengapa masyarakat memilih menyelesaikan perkara kepailitan di Pengadilan Niaga?
3. Bagaimana konstruksi hukum penyelesaian sengketa ekonomi syariah dan perkara kepailitan terhadap sistem peradilan di Indonesia?

C. Tujuan Penelitian

Tujuan penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Menganalisis pemahaman dan kesadaran masyarakat dalam menyelesaikan sengketa ekonomi syariah di Pengadilan Agama;
2. Menganalisis alasan-alasan masyarakat memilih Pengadilan Niaga dalam penyelesaian kepailitan; dan

3. Menganalisis konstruksi hukum penyelesaian sengketa ekonomi syariah dan perkara kepailitan terhadap sistem peradilan di Indonesia

D. Kegunaan Penelitian

Disertasi ini diharapkan dapat memberikan manfaat baik secara teoritis maupun secara praktis sebagai berikut:

1. Kegunaan Teoritis

Hasil penelitian ini diharapkan dapat memberikan manfaat secara akademis untuk:

- a. Memperkuat dan mendukung hasil penelitian terdahulu yang telah menjelaskan tentang penyelesaian kepailitan di bidang ekonomi syariah.
- b. Menambah khazanah baru sekaligus menjadi rujukan baru bagi para pemerhati dan peneliti ekonomi syariah tentang kepailitan di bidang ekonomi syariah.

2. Kegunaan Praktis

Melalui penelitian ini diharapkan dapat memberikan sumbangan pemikiran kepada para pembuat dan perumus kebijakan, terutama di lingkungan Mahkamah Agung sebagai lembaga induk kekuasaan kehakiman yang memiliki otoritas dalam perumusan dan pembuatan peraturan perundang-undangan sebagaimana dinyatakan dalam Undang-Undang No. 14 tahun 1985 tentang Mahkamah Agung sebagaimana dirubah dengan Undang-Undang No. 5 tahun 2004 dan Undang-undang Nomor 3 tahun 2009 (UU MA), Mahkamah Agung diberikan wewenang antara lain untuk meminta keterangan tentang hal-hal yang bersangkutan dengan teknis peradilan dari semua lingkungan peradilan dan juga untuk memberi petunjuk, teguran, atau peringatan yang dipandang perlu kepada pengadilan di semua lingkungan peradilan. UU MA juga menyatakan Mahkamah Agung dapat mengatur lebih lanjut hal-hal yang diperlukan bagi kelancaran penyelenggaraan peradilan apabila terdapat hal-hal yang belum cukup diatur

dalam UU MA tersebut,¹⁹ khususnya tentang peluang pembentukan pengadilan niaga syariah di lingkungan Peradilan Agama.

E. Kerangka Pemikiran

Indonesia sebagai negara hukum, segala sesuatu diselesaikan dengan tata aturan hukum yang ada dan sangat menghindari terjadinya kondisi main hakim sendiri sehingga terjadinya *chaos* dan suasana yang kuat memangsa yang lemah. Melalui norma hukum, ditetapkan posisi masing-masing anggota masyarakat dalam hubungannya dengan pemenuhan suatu kebutuhan tertentu dan mengatur bagaimana keterkaitannya dengan posisi anggota masyarakat yang lain. Kehadiran hukum diharapkan dapat menimbulkan suatu kemandapan dan keteraturan dalam meneyelenggarakan kebutuhan-kebutuhan seluruh masyarakat.

Dunia bisnis di Indonesia dewasa ini telah mengalami perkembangan pesat khususnya dalam aspek variasi instrument pelaksanaan bisnis yang saat ini dikenal menjadi dua sistem yaitu bisnis konvensional dan bisnis syari'ah. Entitas bisnis syari'ah sebagai badan hukum yang eksis di Indonesia mempunyai dua tatanan hukum yang harus dipatuhi, yaitu tatanan hukum positif yang berlaku dan juga tatanan hukum syari'ah yang mengikat struktur operasional lembaga lembaga tersebut. Tatanan hukum positif yang berlaku tertuang dalam berbagai peraturan baik Undang-Undang maupun peraturan pelaksanaan pada lembaga terkait (Kementrian keuangan, Bank Indonesia, dan lembaga lainnya), sedangkan dalam tatanan hukum syari'ah dituangkan dalam fatwa-fatwa yang diterbitkan oleh Dewan Syari'ah Nasional Majelis Ulama Indonesia.

Dalam penelitian ini beberapa teori digunakan sebagai perangkat analisis dan diklasifikasikan menjadi *grand theory*, *middle range theory* dan

¹⁹ Maqdir Ismail dan Partners, "Mahkamah Agung – Badan Legislatif Ke-Empat Di Indonesia?" dalam <https://mip-law.com/uncategorized/mahkamah-agung-badan-legislatif-ke-empat-di-indonesia/>. Diakses tanggal 20 Januari 2020.

applied theory. Dengan berbagai pendekatan teori tersebut diharapkan dapat menganalisa lebih dalam serta memperoleh gambaran yang jelas untuk menjawab persoalan-persoalan yang muncul dalam penulisan disertasi ini.

Terhadap penelitian ini, peneliti menggunakan teori penyelesaian sengketa, teori kekuasaan kehakiman dan teori kewenangan, sebagai berikut:

1. Grand Theory: Teori Kepastian dan Keadilan Hukum

a. Kepastian Hukum

Hukum itu harus pasti, inilah yang kemudian disebut sebagai teori kepastian hukum. Kepastian yang dimaksudkan adalah suatu keputusan hukum yang hanya berdasarkan kepada hukum yang berlaku secara normatif, artinya menurut ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku yang mengatur secara pastu dan logis.²⁰

Menurut Cst Kansil, untuk mewujudkan keadilan hukum maka harus melaksanakan kepastian hukum sebagai upaya mencapai tujuan hukum, yakni keadilan itu sendiri. Adapun realisasi kepastian hukum adalah penegakan hukum dengan prinsip persamaan dan kesederajatan. Penegakan hukum kepada semua manusia dengan prinsip *equality before the law*. Dengan cara tersebut maka akan diperoleh kepastian hukum. Hukum tidak tajam ke bawah tumpul ke atas, melainkan hukum tajam ke setiap arah, artinya untuk siapa saja yang melanggarnya akan berhadapan sama di depan hukum. Hukum tanpa nilai kepastian akan kehilangan substansinya dan tidak memberikan manfaat bagi nilai kemanusiaan univereal.²¹

Dengan penjelasan tersebut maka teori kepastian hukum ini dapat diambil dari beberapa pandangan pakar hukum, yaitu sebagai berikut:²²

- 1) Menurut Apeldoorn, ada dua aspek kepastian hukum, yaitu: (1) aspek dapat dibentuknya hukum pada sesuatu yang nyata dan

²⁰ Cst Kansil, *Kamus Istilah Hukum*, (Gramedia Pustaka, Jakarta, 2009)385

²¹ Cst Kansil, *Kamus istilah Hukum*, 386

²² L.j Van Apeldoorn dalam Shidarta, *Moralitas Profesi Hukum Suatu Tawaran Kerangka Berfikir*, (Refika Aditama, Bandung, 2006) 82-83

setiap pihak bebas mempelajari hukum dan memahaminya demi merasakan keadilan hukum dalam menghadapi perkara hukum; (2) Setiap orang dilindungi oleh hukum, aman karena ada hukum, dan terhindar dari kesewenangan Hakim yang memegang kendali hukum di pengadilan, artinya kepastian hukum adalah segala keputusan hukum sesuai dengan kehendak hukum yang berlaku atau hukum positif dan menolak ketentuan apapun yang bukan hukum atau yang mirip hukum. Bahkan suatu undang-undang yang tidak memiliki kepastian tidak dapat disebut sebagai hukum.

- 2) Jan Michiel Otto memberikan batasan kepastian hukum dengan beberapa ketentuan, yaitu: (1) tersedia aturan-aturan yang konsisten dan mudah diperoleh (*accessible*); (2) Instansi-instansi penguasa terutama penegak hukum dan atau pemerintah selalu menerapkan aturan hukum secara konsisten, taat, dan tunduk hanya kepada hukum yang berlaku; (3) Secara prinsipil semua masyarakat berperilaku menyesuaikan diri kepada hukum yang berlaku; (4) Hakim dan semua lembaga pradial serta aparat penegak hukum yang lainnya selalu berpedoman, berpegang teguh secara konsisten hanya kepada norma hukum yang berlaku secara mandiri dan tidak ada keberpihakan kepada selain hukum.
- 3) Para hakim dan penegak hukum sebagai penjamin kepastian hukum, sehingga hanya hukum yang berkekuatan dalam menegakkan keadilan untuk seluruh perkara yang ada dalam proses peradilan.

b. Keadilan Hukum

Dalam Islam perintah berlaku adil ditujukan kepada setiap orang tanpa membedakan. Meskipun kepada kerabat sendirinya semua orang harus berlaku adil, bahkan kepada orang kafir sekali pun umat Islam diperintahkan berlaku adil. Untuk keadilan sosial harus ditegakkan tanpa membedakan karena kaya miskin, pejabat atau rakyat jelata, wanita atau pria, mereka

harus diperlakukan sama dan mendapat kesempatan yang sama.²³

Menurut Aliran Mu'tazilah, Tuhan yang telah memberikan kemerdekaan dan kebebasan bagi manusia dalam menentukan kehendak dan perbuatannya. Oleh karena itu Tuhan bagi mereka tidak lagi bersifat absolut kehendak-Nya. menurutnya Tuhan telah menciptakan akal manusia sedemikian rupa sehingga mampu melihat yang baik dan buruk secara objektif. Manusialah yang berhak sekaligus berkewajiban menentukan keadilannya menurut akalnya, sementara Allah hanya menggambarkan sesuatu yang dapat dipilih oleh manusia.²⁴

Mu'tazilah percaya pada kekuasaan akal dan kemerdekaan serta kebebasan manusia mempunyai tendensi untuk melihat wujud ini dari sudut rasio dan kepentingan manusia. Manusia yang berakal sempurna kalau berbuat sesuatu pasti mempunyai tujuan, baik untuk kepentingan sendiri atau kepentingan orang lain, Tuhan juga mempunyai tujuan perbuatannya, tetapi karena Tuhan Maha Suci dari sifat berbuat untuk kepentingan diri sendiri, perbuatan Tuhan adalah kepentingan *maujud* selain Tuhan.²⁵

Adapun Asy'ariyah berpendapat bahwa Tuhan menghendaki sesuatu yang ada dan tidak menghendaki sesuatu yang tidak ada. Dengan kata lain sesuatu yang ada artinya dikehendaki dan sesuatu yang tidak ada artinya tidak dikehendaki, maka berarti Tuhan menghendakinya. Tuhan menghendaki kekafiran bagi manusia yang sesat dan menghendaki iman bagi orang yang mendapat petunjuk. Tuhan dalam faham Asy'ariyah dapat berbuat segala yang dikehendakinya, sesungguhnya hal itu menurut pandangan manusia adalah tidak adil. Asy'ari berpendapat bahwa Tuhan tidaklah berbuat salah, jika memasukan seluruh manusia ke dalam neraka. Perbuatan salah dan tidak adil adalah perbuatan yang melanggar hukum, dan

²³ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, (PT. Citra Aditya Bakti, Bandung : 2000) 3.

²⁴ Harun Nasution, *Teologi Islam*, (Cetakan ke-10, UI Press, Jakarta 2003) 118.

²⁵ Harun Nasution, *Teologi Islam*, 120.

karena itu Tuhan tidak pernah bertentangan dengan hukum.²⁶

Faham Asy'ariyah tentang keadilan Tuhan merupakan keadilan raja yang absolut. Ketidakadilan dapat terjadi pada saat seseorang melanggar hak orang lain, tetapi tidak pada Tuhan. Tuhan tidak bisa dikatakan tidak adil, walaupun manusia menganggap hal tersebut tidak adil. apabila ini tetap dilakukan oleh Tuhan, sesungguhnya Tuhan tidaklah berbuat salah dan Tuhan masih adil. Dengan demikian faham Asy'ariyah yaitu segala sesuatu yang telah ditetapkan oleh Tuhan itu adalah keadilan.²⁷ Dengan demikian, keadilan Tuhan tidak bergantung kepada makhluknya, meskipun manusia menyatakan Tuhan berlaku adil maka bukan berarti keadilan Tuhan ada dikarenakan oleh adanya pernyataan tersebut.

Menurut Maturidiyah, mengenai kewajiban Tuhan memenuhi janji dan ancaman-Nya, menyatakan bahwa Tuhan wajib menepati janji untuk memberi upah kepada yang berbuat baik. akan tetapi bisa saja Tuhan membatalkan ancaman untuk memberi hukuman kepada orang yang berbuat jahat. Nasib orang yang berbuat jahat ditentukan oleh kehendak mutlak Tuhan. Mengenai perbuatan manusia Maturidiyah Bukhara berpendapat bahwa manusia tidak mempunyai daya untuk melakukan perbuatan, hanyalah Tuhan yang dapat mencipta dan manusia hanya dapat melakukan perbuatan yang telah diciptakan Tuhan baginya. Dengan demikian Maturidiyah Bukhara berpendapat bahwa keadilan Tuhan haruslah dipahami dalam konteks kekuasaan dan kehendak mutlak Tuhan. Al-Bazdawi mengatakan bahwa Tuhan tidak mempunyai tujuan dan tidak mempunyai unsur pendorong untuk menciptakan kosmos, Tuhan berbuat sekehendak-Nya sendiri. Ini berarti bahwa alam tidak diciptakan Tuhan untuk kepentingan manusia atau dengan kata lain, konsep keadilan Tuhan bukan diletakkan untuk kepentingan manusia, tetapi pada Tuhan sebagai pemilik

²⁶ Harun Nasution, *Teologi Islam*, 121.

²⁷ Muhammad Helmi, *Konsep Keadilan Dalam Filsafat Hukum dan Filsafat Hukum Islam*, Mazahib, Jurnal Pemikiran Hukum Islam, Vol. XIV, No. 2, Desember 2015, (STIS Samarinda, 2015) 140

mutlak.²⁸

Dengan pandangan Maturidiyah tersebut dapat dipahami bahwa keadilan Tuhan tidak bergantung kepada yang lain, selain kepada kehendak-Nya atau kepada Dzatnya sendiri karena pemilik mutlak keadilan itu sendiri. Sedangkan menurut Ahl al-Sunnah wa al-Jama'ah, manusia diberi kebebasan menentukan pilihannya, bebas berbuat adil atau tidak adil, akan tetapi seluruhnya terikat oleh takdir. Dengan demikian, manusia diperintahkan berlaku adil dan menentukan keadilannya dengan membentuk pelbagai peraturan perundang-undangan demi terciptanya keadilan, akan tetapi keadilan mutlak tetap milik Allah swt., karena sudah ada sejak azalnya. Manusia hanya berikhtiyar untuk melaksanakan keadilan menurut ukuran kemampuannya.²⁹

Di samping pendapat keadilan menurut aliran *Mu'tazilah*, *Asy-'Ariyah*, *Maturidiyah*, dan *Ahl al-Sunnah wa al-Jama'ah*, ada pula keadilan menurut teori *Maqasid al-Syariah*. *Maqasid al-Syariah* adalah tujuan Allah dan Rasul-Nya dalam merumuskan hukum-hukum Islam. Tujuan itu dapat ditelusuri dalam ayat-ayat Al-quran dan hadist sebagai alasan logis bagi rumusan suatu hukum yang berorientasi kepada kemaslahatan manusia. Ibnu Qayyim menjelaskan bahwa tujuan hukum Islam adalah untuk mewujudkan hamba dunia akhirat. menurutnya, seluruh hukum itu mengandung keadilan, rahmat, kemaslahatan dan hikmah, jika keluar dari empat nilai yang dikandungnya, maka hukum tersebut tidak dinamakan Hukum Islam.³⁰

Dasar pemikiran teori keadilan menurut *maqasid al-Syariah* sebagai instrumen menggali nilai keadilan hukum adalah tujuan ditetapkannya hukum Islam. Seseorang tidak dapat dikatakan mampu menetapkan hukum dalam Islam, sebelum ia memahami benar tujuan Allah mengeluarkan perintah-perintah dan larangan-larangan-Nya. *Maqasid al-Syariah* adalah

²⁸ Muhammad Helmi, *Konsep Keadilan Dalam Filsafat Hukum dan Filsafat Hukum Islam*, 140

²⁹ Abdul Qodir Zaelani, *Aliran Ahl al-Sunnah Wa al-Jama'ah*, (Diponogoro, Bandung, 2000)

³⁰ Muhammad Helmi, *Konsep Keadilan Dalam Filsafat Hukum dan Filsafat Hukum Islam*,

tujuan yang menjadi target nash dan hukum-hukum partikular untuk direalisasikan dalam kehidupan manusia, baik berupa perintah, larangan dan mubah. Untuk individu, keluarga, jamaah dan umat. Dengan demikian, keadilan menurut tujuan syariat Islam adalah sebagaimana yang oleh al-Syatibi dijelaskan yaitu secara hierarkis melaksanakan perbuatan dengan tiga tingkatan, yaitu *dharuriyat*, *hajiyyat*, dan *tahsiniyyat*. Pengelompokkan ini didasarkan pada kebutuhan dan skala prioritas.³¹

Keadilan merupakan bagian dari nilai (*value*) yang bersifat abstrak. Keadilan adalah pencapaian tujuan hidup manusia melalui interaksi antarmanusia dengan menggunakan aksi-aksi dalam masyarakat yang terorganisasikan secara politik. Plato mengatakan bahwa keadilan dipengaruhi oleh cita-cita kolektivistik yang memandang keadilan sebagai hubungan harmonis dengan berbagai organisme sosial. Setiap warga negara harus melakukan tugasnya sesuai dengan posisi dan sifat alamiahnya.³²

Menurut Plato, keadilan terkait dengan peran dan fungsi individu dalam masyarakat. Idealisme keadilan akan tercapai apabila dalam kehidupan semua unsur masyarakat menempatkan dirinya pada proporsi masing-masing dan bertanggung jawab penuh terhadap tugasnya yang diemban. Adapun menurut Aristoteles, sebagaimana dikemukakan oleh Munir Fuady, keadilan dibagi menjadi dua bentuk, yakni sebagai berikut:³³

Pertama, keadilan distributif, adalah keadilan yang ditentukan oleh pembuat undang-undang, distribusinya memuat jasa, hak, dan kebaikan bagi anggota-anggota masyarakat menurut prinsip kesamaan proporsional.

Kedua, keadilan korektif, yaitu keadilan yang menjamin, mengawasi dan memelihara distribusi yang melawan serangan ilegal. Fungsi korektif keadilan pada prinsipnya diatur oleh hakim dan menstabilkan kembali *status*

³¹ Abu Ishaq Al-Syatibi, *Almuwafaqat fi Ushul Al-Syari'ah*, Jilid I, Cet. III, (Dar Kutub al-'Ilmiyyah, Beirut: 2003) 195.

³² Juhaya S. Pradja, *Teori Hukum dan aplikasinya*, 67

³³ Munir Fuady, *Dinamikia Teori Hukum*, Bogor, (Ghalia Indonesia. 2007)

quo dengan cara mengembalikan hak milik manusia yang seharusnya secara hukum.

Menurut Aristoteles keadilan itu ada apabila semua unsur masyarakat mendapat bagian yang sama dari semua benda yang ada di jagat raya ini, karena kedudukan manusia itu sejajar dan mempunyai hak yang sama atas kepemilikan suatu barang (materi) dan menikmati kekayaan alam serta pelayanan dari negara yang berpegang kepada landasan hukum yang adil. Meskipun konsep keadilan sama rata dari Aristoteles ini ditentang oleh William K. Frankena, yang berpandangan bahwa keadilan itu adalah kesamaan hak dan kewajiban yang diterima secara proposional sesuai dengan tugas dan fungsinya masing-masing dengan menempatkan sesuatu pada tempatnya. Pandangan Frankena tentang keadilan dilanjutkan oleh Herbert Spencer yang menegaskan bahwa substansi dari keadilan adalah berangkat dari kebebasan individu tetapi tidak mengganggu kepentingan orang lain dengan memertahankan keharmonisan hubungan antarmanusia dengan hidup berdampingan satu dengan yang lainnya. Sehingga setiap tindakan harus mengacu kepada dua pertimbangan, yaitu pertimbangan kepentingan pribadi dan kepentingan orang lain sebagai bentuk perhatian kolektif.³⁴

Menurut Hans Kelsen, teori keadilan hukum itu berlandaskan kepada dua dasar, yaitu keadilan rasional dan keadilan metafisik. Keadilan rasional adalah tipe keadilan yang rasional sebagaimana pandangan Aristoteles, yakni terukur secara rasional. Sedangkan keadilan tipe metafisik merupakan realisasi sesuatu yang diarahkan ke dunia lain di balik pengalaman manusia sebagaimana dikatakan oleh Plato. Keadilan metafisik ini menurut Immanuel Kant merupakan keadilan yang tertinggi atau keadilan yang bersifat absolut yang merupakan manifestasi dari wujud pemilik mutlak keadilan yang Maha

³⁴Bakir, Herman, *Filsafat Hukum* (Refika Aditama. Bandung, 2007) 56

Adil.³⁵ Dengan demikian, teori keadilan rasional dalam aplikasinya diperlukan ukuran yang berbeda-beda sesuai dengan perkembangan arti dari keadilan. Ukuran-ukuran dasar dari keadilan tersebut adalah: (1) ukuran hukum alam atau positivisme; (2) ukuran absolut atau relatif; dan (3) ukuran umum atau konkret.

Menurut John Rawls kebebasan dan kesamaan merupakan unsur yang menjadi bagian inti teori keadilan. Rawls menegaskan bahwa kebebasan dan kesamaan seharusnya tidak dikorbankan demi manfaat sosial atau ekonomi, betapapun besarnya manfaat yang dapat diperoleh dari sudut itu. Rawls percaya bahwa suatu perlakuan yang sama bagi semua anggota masyarakat yang terakomodasi dalam keadilan formal atau juga disebut keadilan regulatif, sesungguhnya mengandung pengakuan akan kebebasan dan kesamaan bagi semua orang.³⁶

Menurut John Rawls, prinsip keadilan itu bertolak dari konsep keadilan yang lebih umum yang dibagi menjadi dua konsep, yaitu:³⁷

Pertama, kebebasan ditempatkan sejajar dengan nilai-nilai lainnya tidak memberi tempat istimewa terhadap kebebasan. Keadilan berakar pada prinsip hak, bukan pada prinsip manfaat.

Kedua, keadilan tidak selalu berarti semua orang harus selalu mendapatkan sesuatu dalam jumlah yang sama; keadilan tidak selalu berarti semua orang harus diperlakukan secara sama tanpa memerhatikan dan dengan itu juga konsep umum keadilan perbedaan penting yang secara objektif ada pada setiap individu; ketidaksamaan dalam distribusi nilai-nilai sosial selalu dapat dibenarkan asalkan kebijakan itu ditempuh demi menjamin dan membawa manfaat bagi semua orang.

³⁵Padmo Wahyono, *Indonesia Negara Berdasarkan Atas Hukum*. Ghalia Indonesia. Jakarta : 1992, hlm. 129.

³⁶John Rawls, *A Theory of Justice*, Massachusetts : The Bellnap Press of Havard University. 1971, hlm. 59

³⁷ Abdul Ghafur Anshari, *Filsafat Hukum, Sejarah, Aliran dan Pemaknaan*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, 2006, hlm. 51

Dengan demikian, keadilan hukum itu memberikan tempat dan menghargai hak setiap orang untuk menikmati hidup yang layak sebagai manusia, termasuk mereka yang paling tidak beruntung. Menurut Rawls, kekuatan dalam keadilan dalam arti *Fairness* terletak pada tuntutan bahwa ketidaksamaan dibenarkan sejauh juga memberikan keuntungan bagi semua pihak dan sekaligus memberi prioritas pada kebebasan. Ini merupakan dua tuntutan dasar yang dipenuhi dan dengan demikian juga membedakan secara tegas konsep keadilan sebagai *Fairness* dari teori-teori yang dirumuskan dalam napas intuisiisme dalam cakrawala teologis. Untuk terjaminnya efektivitas dari kedua prinsip keadilan itu menurut Abdul Ghafur, Rawls menegaskan bahwa keduanya harus diatur dalam suatu tatanan yang disebutnya *serial order*. Dengan pengaturan seperti itu, Rawls menegaskan bahwa hak serta kebebasan dasar tidak dapat ditukar dengan keuntungan sosial dan ekonomis. Ini berarti prinsip keadilan yang kedua hanya bisa mendapat tempat dan diterapkan apabila prinsip keadilan yang pertama telah dipenuhi. Artinya penerapan dan pelaksanaan prinsip keadilan yang kedua tidak boleh bertentangan dengan prinsip keadilan yang pertama. Dengan demikian hak dan kebebasan dasar dalam konsep keadilan memiliki prioritas utama atas keuntungan sosial dan ekonomis.³⁸

Secara teoritik, keadilan itu dapat dinyatakan sebagai berikut:

1. Keadilan merupakan kehendak *{will}* dari negara. Teori ini diajarkan oleh Thomas Hobbes dan Pufendorf.
2. Keadilan merupakan sintesis antara kebebasan individu *{liberty}* dengan persamaan *{equality}*. Maka negara harus dapat menjamin kebebasan dan persamaan seluruh warga negara. Teori ini dinyatakan John Locke, Rousseau, dan Immanuel Kant yang mengajarkan keadilan *{justice}*, persamaan *{equality}*, dan kebebasan *{liberty}*. Dari teori ini kemudian pada abad ke-19 teori keadilan berpandangan sebagai berikut.
 - a. Paham dari aliran metafisis yang abstrak individual yang menyatakan

³⁸ Abdul Ghafur Anshari, *Filsafat Hukum ...*, 52

bahwa kebebasan individu merupakan pencapaian akhir dari manusia. Hukum menjadi adil apabila dapat melindungi kebebasan individu dalam masyarakat dan negara.

- 1) Paham utilitarianisme yang praktis dari Jeremy Bentham yang mengatakan bahwa hukum akan adil jika dapat melindungi kebebasan individu yang menimbulkan kesenangan terbesar bagi sebagian masyarakat.
- 2) Paham historisme Sir Henry Maine yang mengajarkan bahwa hukum akan adil jika dapat melindungi kebebasan individu yang terus berkembang.
- 3) Paham positivisme Immanuel Kant dan Herbert Spencer yang berorientasi pada perkembangan ilmu alam dan hukum gravitasi. Paham ini menegaskan bahwa keadilan itu tertuang secara pasti dalam perjanjian yang jelas antara hukum materil dan formil dengan subjek hukumnya.
- 4) Paham *juristic radicalism*, pada abad ke-19 yang sangat radikal. Paham ini terpecah menjadi dua sekte. *Sekte pertama* (*anarchist individualist* atau *philosophical anarchist*) mengajarkan bahwa hukum pada prinsipnya bersifat buruk karena selalu membatasi kebebasan seseorang. Karena itu, menurut manusia harus dibebaskan dari pengaruh ketentuan memaksa dari negara; *Sekte kedua* mengajarkan paham individualisme sosial (*social individualism*) yang pada prinsipnya menyatakan bahwa hukum dan pemerintah dapat sejajar dengan perlindungan kebebasan manusia. Dalam hal ini, dengan memperkenalkan kepentingan sosial dalam kehidupan individu, menyatakan bahwa kontrol yang maksimum oleh negara merupakan cara untuk memaksimalkan kebebasan manusia. Di akhir abad ke-19 ini, keadilan telah mulai diartikan dengan memperlihatkan segi-segi kemasyarakatan, kemudian teori seperti ini berkembang pesat di abad ke-20. Hanya saja, di sepanjang abad ke-19, belum ada satu paham

pun yang mencoba mempertanyakan atau menggugat keberadaan kebebasan individu (*individual liberty*) sebagai tujuan dari suatu hukum dan keadilan.

Dengan pemaparan pandangan tentang keadilan hukum tersebut maka hukum itu bermakna meletakkan segala sesuatu sesuai dengan proporsinya. Lawan dari keadilan adalah kezaliman atau kesesatan. Dengan meletakkan sesuatu secara proporsional berarti keadilan adalah ketertiban dan kedisiplinan, sebaliknya kesesatan merupakan tindakan yang melanggar prinsip proporsional, prinsip ketertiban dan kedisiplinan. Sebagaimana memakai sepatu di bawah kaki dan topi di atas kepala. Meletakkan dan menerapkan hukum sesuai dengan kesalahannya, dan kesalahan yang ditetapkan oleh hukum atas dasar bukti-bukti yang meyakinkan. Konsep keadilan sama dengan prinsip berpikir ilmiah, yang seharusnya objektif, empirik, dan konsisten, yakni terdapat relevansi antara pernyataan dengan kenyataannya. Keadilan tertinggi adalah keadilan Tuhan yang mutlak, tetapi mekanisme persidangannya tidak terlalu berbeda dengan penerapan prinsip keadilan di dunia, hanya keadilan Allah tidak dapat dibantah oleh makhluk-Nya. Demikian pula keadilan yang diperjuangkan di dunia. Alat-alat untuk membuktikan kejahatan seseorang demi keadilan adalah sumpah, saksi, bukti tertulis, firasat, alibi-alibi, dan sebagainya.³⁹

Untuk mendapatkan bukti-bukti, saksi-saksi dan berbagai alat bukti lainnya diperlukan aparat penegak hukum yang memahami makna keadilan bagi masyarakat. Aparat penegak hukum, yakni polisi diwajibkan menyelidiki berbagai dugaan perbuatan yang melanggar hukum, mengumpulkan petunjuk-petunjuk yang dapat memberatkan atau meringankan tersangka. Kemudian pengacara yang ahli dalam memahami hukum dan menerapkannya. Keberpihakan kuasa hukum adalah kepada hukum dan keadilan. Demikian pula dengan hakim, panitera, dan semua yang berkecimpung dalam dunia peradilan. Termasuk saksi yang dibutuhkan

³⁹ Juhaya S. Pradja, *Teori Hukum dan aplikasinya*, 67-69

untuk membuktikan pelbagai tindakan melawan dan melanggar hukum. Seorang saksi sebelum dimintai keterangannya akan disumpah sesuai dengan keyakinan dan ajaran agama yang dianutnya. Hal itu berarti, bahwa pelaksanaan hukum demi memperoleh keadilan telah melibatkan Tuhan sebagai Dzat yang Maha Adil. Meskipun keadilan di dunia tidak akan pernah diperoleh, tetapi atas nama Tuhan, keadilan akan diberikan oleh-Nya kepada siapapun yang belum tersentuh oleh hukum di dunia.

Realitasnya, masyarakat dan hukum serta harapan keadilan adalah gejala sosial yang saling berkaitan. Sistem hukum yang kuat adalah karena sub-sistem yang terdapat di dalamnya sangat kuat. Hukum dan keadilan akan kuat, apabila aparat penegak hukum dan seluruh komponen masyarakat yang menjadi sub-sistemnya memiliki kesadaran hukum dan rasa keadilan.

Tujuan akhir hukum adalah keadilan. Oleh karena itu, segala usaha yang terkait dengan hukum mutlak harus diarahkan untuk menemukan sebuah sistem hukum yang paling cocok dan sesuai dengan prinsip keadilan. Hukum harus terjalin erat dengan keadilan, hukum adalah undang-undang yang adil, apabila suatu hukum konkret, yakni undang-undang bertentangan dengan prinsip-prinsip keadilan maka hukum itu tidak bersifat normatif lagi dan tidak dapat dikatakan sebagai hukum lagi. Undang-undang hanya menjadi hukum apabila memenuhi prinsip-prinsip keadilan. Dengan kata lain, adil merupakan unsur konstitutif segala pengertian tentang hukum.⁴⁰

Sifat adil dianggap sebagai bagian konstitutif hukum adalah karena hukum dipandang sebagai bagian tugas etis manusia di dunia ini, artinya manusia wajib membentuk hidup bersama yang baik dengan mengaturnya secara adil. Dengan kata lain kesadaran manusia yang timbul dari hati nurani tentang tugas suci pengemban misi keadilan secara spontan adalah penyebab keadilan menjadi unsur konstitutif hukum. Huijbers menambahkan alasan

⁴⁰ Huijbers, Theo, *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*, (Kanisius Yogyakarta. 2009) 45

penunjang mengapa keadilan menjadi unsur konstitutif hukum, yaitu:⁴¹

- 1) Pemerintah negara selalu membela tindakan dengan memperlihatkan keadilan yang nyata.
- 2) Undang-undang yang tidak sesuai dengan prinsip-prinsip keadilan tidak boleh diberlakukan lagi.
- 3) Dengan bertindak tidak adil, suatu pemerintahan sebenarnya bertindak di luar wewenangnya yang tidak sah secara hukum.

Dengan pemahaman tersebut dapat dinyatakan bahwa teori keadilan hukum mengandung beberapa pernyataan, yaitu sebagai berikut:⁴²

- 1) Keadilan hukum menjunjung tinggi asas persamaan yang mengandung nilai-nilai universal dengan prinsip semua orang sama di depan hukum atau *equality before the law*. Keadilan merupakan tujuan hukum karenanya keadilan dipandang sebagai sikap tidak memihak (*impartiality*). Sikap inilah yang mengandung gagasan mengenai persamaan (*equality*) yaitu persamaan perlakuan yang adil terhadap semua orang.
- 2) Persamaan di depan hukum merupakan hak paling mendasar yang harus diterima oleh seluruh umat manusia tanpa terkecuali termasuk pembelakuan sanksi hukum bagi pelanggarnya;
- 3) Keadilan hukum sesuai dengan Pancasila yang memberikan landasan konstitusional bahwa keadilan mutlak milik Tuhan dengan mengejawantahkan nilai-nilai ketuhanan yang maha esa, kemanusiaan yang adil dan beradab, persatuan Indonesia, kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan perwakilan, dan keadilan seluruh rakyat Indonesia.

2. Middle Theory: Teori Kekuasaan kehakiman dan Kewenangan

Sebagai *Middle Theory* dalam penelitian ini adalah Teori Kekuasaan

⁴¹ Huijbers, Theo, *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*, 46

⁴² Manullang E.fernando M, *Menggapai Hukum Berkeadilan*, (Kompas, Jakarta, 2000) 57

kehakiman dan kewenangan. Bertitik tolak dari pemikiran bahwa kemerdekaan, kebebasan atau kemandirian kekuasaan kehakiman merupakan syarat mutlak dan sangat fundamental bagi negara yang berlandaskan pada sistem negara hukum dan sistem negara demokrasi. Apabila kekuasaan kehakiman dalam suatu negara telah berada di bawah pengaruh kekuasaan lainnya maka dapat dipastikan bahwa negara tersebut tidak menjunjung tinggi prinsip-prinsip negara hukum dan demokrasi.⁴³

Bagir Manan mengemukakan secara garis besar, susunan kekuasaan kehakiman suatu Negara dapat ditinjau dari beberapa dasar berikut:

Pertama; pembedaan antara badan peradilan umum (*the ordinary court*) dan badan peradilan khusus (*the special court*). Antara lain:

- a. Susunan kekuasaan kehakiman pada Negara-negara yang tergolong ke dalam “*Common Law State*”. Pada Negara-negara ini berlaku konsep “*rule of Law*” tidak ada perbedaan forum peradilan bagi pejabat administrasi Negara. Setiap orang-tanpa memandang sebagai rakyat biasa atau pejabat administrasi negara-akan diperiksa, diadili dan diputus oleh badan peradilan yang sama yaitu badan peradilan umum (*the ordinary court*).
- b. Susunan kekuasaan kehakiman yang pada negara-negara yang tergolong ke dalam “*prerogative state*”. Menurut konsep ini, pejabat administrasi negara dalam melakukan fungsi administrasi negaranya tunduk pada hukum administrasi negara. Apabila pejabat administrasi negara tersebut melakukan kesalahan atau kekeliruan dalam menjalankan fungsi administrasi negara akan mempunyai forum peradilan tersendiri yaitu peradilan administrasi negara.

Kedua, perbedaan antara susunan kekuasaan kehakiman menurut negara yang berbentuk federal dan negara kesatuan. Perbedaan ini menyangkut cara pengorganisasian badan peradilan.

⁴³ Imam Anshori Saleh, *Konsep Pengawasan Kehakiman* (Malang: Setara Press, 2014), 131.

Ketiga, kehadiran hak menguji. Faktor ketiga yang mempengaruhi susunan kekuasaan kehakiman adalah kehadiran hak menguji atas peraturan perundang-undangan dan tindakan pemerintahan.⁴⁴

Menurut Ketua Mahkamah Konstitusi, Anwar Usman menyatakan bahwa Independensi kekuasaan kehakiman merupakan prasyarat mutlak bagi tegaknya hukum dan keadilan. Tanpa independensi kekuasaan kehakiman, dapat dipastikan jaminan terwujudnya hukum dan keadilan tidak mungkin dapat tercapai. Secara konseptual maupun praktik, hubungan antara demokrasi dan negara hukum dengan kekuasaan kehakiman yang merdeka adalah sangat erat.

Tanpa kekuasaan kehakiman yang merdeka dan kebebasan hakim dalam memeriksa, mengadili, dan memutus perkara, tidak akan ada demokrasi dan bernegara yang berdasarkan atas hukum. Kekuasaan kehakiman yang merdeka, merupakan syarat bagi negara demokrasi yang berdasarkan atas hukum. Tetapi, hubungan ini tidak hanya bersifat satu arah. “Demokrasi dan negara yang berdasarkan atas hukum merupakan prasyarat bagi kekuasaan kehakiman yang merdeka. Dengan perkataan lain, ada hubungan timbal balik antara kekuasaan kehakiman yang merdeka dengan demokrasi dan negara hukum. Hal itu dapat diibaratkan seperti dua sisi dari sebuah koin mata uang.”⁴⁵

Di dunia internasional terdapat beberapa instrumen terkait prinsip-prinsip universal independensi kekuasaan kehakiman, antara lain:

- a. Setiap orang berhak memperoleh keadilan melalui proses peradilan yang independen dan tidak memihak” [*Article 10 Universal Declaration of Human Rights, 1948*];
- b. Setiap orang berhak memperoleh keadilan melalui proses peradilan

⁴⁴ Rahayu Prasetyaningsih, “Akuntabilitas Kekuasaan Kehakiman” No. 8 (2011), 20.

⁴⁵ “Ketua MK Paparkan Independensi Kekuasaan Kehakiman Kepada Mahasiswa FH Universitas Riau | Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia,” accessed October 11, 2021, <https://www.mkri.id/index.php?page=web.Berita&id=17392>.

yang kompeten, independen dan tidak memihak berdasarkan hukum [*Article 14 International Covenant of Civil and Political Rights, 1966*];

- c. Setiap hakim bebas memutuskan berdasarkan fakta dan pemahamannya terhadap hukum tanpa pengaruh; bujukan; tekanan; ancaman atau intervensi dari pihak mana pun atau untuk alasan apapun, dan peradilan independen dari pengaruh eksekutif dan legislatif [*Article 2 The Syracuse Draft Principle on Independence of the Judiciary, 1981*];
- d. Hakim harus mendapatkan independensi personal dan independensi substantif. Independensi personal mengartikan bahwa syarat dan kondisi pelayanan peradilan dijamin secara memadai untuk memastikan bahwa hakim tidak tunduk pada kontrol eksekutif. Independensi substantif mengartikan bahwa dalam melaksanakan fungsi yudisialnya, hakim tidak tunduk pada apapun selain hukum dan hati nuraninya. Kekuasaan kehakiman secara keseluruhan harus mendapatkan otonomi dan independensi kolektif seperti halnya eksekutif [*Article A.1-A.2 International Bar Association Code of Minimum Standards of Judicial Independence, 1982*];
- e. Peradilan harus memutus dengan tidak memihak, berdasarkan fakta-fakta dan sesuai dengan hukum, tanpa pembatasan; pengaruh yang tidak tepat; bujukan; tekanan; ancaman atau intervensi baik langsung maupun tidak langsung dari pihak mana pun atau untuk alasan apapun. Peradilan memiliki yurisdiksi terhadap isu hukum apapun dan harus memiliki kewenangan eksklusif untuk memutuskan apakah isu yang diajukan kepadanya sesuai dengan kompetensinya sebagaimana didefinisikan oleh hukum. Tidak boleh ada campur tangan yang tidak pantas atau tidak beralasan dalam proses peradilan. Prinsip ini tidak mengurangi hak judicial review oleh otoritas yang kompeten.” [*Article 2-4 United Nations Basic Principles on the*

Independence of the Judiciary, 1985];

- f. Hakim harus memastikan hak setiap orang untuk mendapat proses peradilan yang adil. Hakim harus mendukung hak setiap orang untuk mendapatkan proses peradilan yang adil dalam waktu yang dapat dipertanggungjawabkan oleh pengadilan yang independen dalam menentukan hak-hak sipil atau tindak pidana yang akan dijatuhkan. Independensi hakim sangat dibutuhkan untuk keadilan yang tidak memihak berdasarkan hukum. Semua institusi dan otoritas nasional maupun internasional harus menghormati, melindungi dan mempertahankan independensi-independensi tersebut [*Article 1 Universal Charter of the Judge, 1999*];
- g. Independensi peradilan merupakan prasyarat untuk terwujudnya negara hukum dan jaminan fundamental terhadap peradilan yang adil. Seorang hakim harus menjunjung tinggi independensi peradilan baik dari aspek individu maupun institusi [*Value 1 The Bangalore Principles Of Judicial Conduct, 2002*].⁴⁶

Menurut Shimon Shetreet dalam *Judicial Independence; New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges*, terdapat tiga macam independensi kekuasaan kehakiman yang dilekatkan sesuai objeknya (badan/lembaga peradilan dan hakim), yaitu: independensi kolektif; independensi personal; dan independensi internal. Berikut adalah jabaran dari ketiga macam independensi tersebut.⁴⁷

- a. Independensi kolektif, yaitu kemandirian yang diberikan kepada kekuasaan kehakiman sebagai lembaga secara kolektif dalam hubungannya dengan cabang-cabang kekuasaan lainnya. Kemandirian kolektif mensyaratkan bahwa kemandirian kekuasaan

⁴⁶ Nur Syarifah “Pengaturan Jabatan Hakim Untuk Menciptakan Independensi Peradilan,” dalam <https://leip.or.id/pengaturan-jabatan-hakim-untuk-menciptakan-independensi-peradilan/>. Diakses tanggal 21 Oktober 2021

⁴⁷ Novianto Murti Hantoro et al., *HAKIM: Antara Pengaturan dan Implementasinya* (Yayasan Pustaka Obor Indonesia, 2018), 182-183.

kehakiman harus dijamin oleh negara; direfleksikan dalam konstitusi dan hukum negara; dan wajib dihormati oleh pemerintah dan lembaga negara lainnya. Aspek-aspek independensi kolektif meliputi: (1) jaminan konstitusi terhadap keberadaan dan jalannya lembaga peradilan; (2) pembagian wewenang yang jelas dan tegas diantara pilar kekuasaan dalam Konstitusi; (3) hubungan dan kemandirian lembaga peradilan dengan pilar kekuasaan dan/atau lembaga negara lainnya; dan (4) peraturan perundangan-undangan yang menjamin/melindungi lembaga peradilan dan hakim (larangan membuat aturan/kebijakan yang merugikan hakim). Dalam konteks Indonesia, independensi kolektif terdapat dalam Pasal 3 ayat (2) UU No. 48/2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang berbunyi: “Badan peradilan adalah lembaga yang mandiri dan harus terbebas dari intervensi pihak lain di luar kekuasaan kehakiman.”

- b. Independensi personal, yaitu kemandirian kekuasaan kehakiman yang diberikan kepada hakim terkait dengan jabatannya. Independensi personal terbagi dua, yaitu: (1) independensi substantif, yaitu kemandirian yang diberikan kepada hakim dalam kaitannya dengan pelaksanaan fungsi memeriksa dan memutus perkara serta menjalankan tugas resmi lainnya dan (2) independensi personal hakim, yaitu kemandirian yang diberikan kepada hakim selama yang bersangkutan menjabat sebagai hakim. Aspek-aspek independensi substantif meliputi: (a) kebebasan dalam memutus; (b) kebebasan dari partai politik; (c) kenetralan; (d) menghindari konflik kepentingan; dan (e) jaminan kerahasiaan. Sedangkan aspek-aspek independensi personal hakim meliputi: (a) pengangkatan hakim; (b) masa jabatan hakim; (c) penempatan hakim; (d) karir hakim; (e) pemberhentian hakim; (f) kesejahteraan hakim; dan (g) keamanan hakim. Dalam konteks Indonesia, independensi personal terdapat dalam Pasal 3 ayat (1) UU No. 48/2009 yang berbunyi: “Dalam menjalankan tugas dan

fungainya, hakim dan hakim konstitusi wajib menjaga kemandirian peradilan.”

- c. Independensi internal, yaitu kemandirian kekuasaan kehakiman yang diberikan kepada hakim dalam berhubungan dengan kolega dan atasannya ketika melaksanakan tugas yudisialnya. Aspek-aspek independensi internal meliputi independensi dari kolega dan atasan dalam memeriksa dan memutus perkara, serta prosedur/manajemen administrasi perkara dan kebebasan dalam memutus. Jaminan independensi internal di Indonesia terdapat dalam Pasal 3 ayat (1) UU No. 48/2009 sebagaimana telah disebutkan di atas.

Secara historis akar konsep independensi kekuasaan kehakiman adalah doktrin pemisahan kekuasaan (*separation of powers*) yang idenya dikemukakan pertama kali oleh Aristoteles dalam *Politica*, dan memperoleh bentuk formulasi sempurna dari Montesquieu dalam buku *de l'esprit des lois* pada tahun 1748 yang mengatakan, (sebagaimana dikutip Djohansyah dari Montesquieu), “sekali lagi, tiada kebebasan, jika kekuasaan yudisial tidak dipisahkan dari legislatif dan eksekutif. Jika bergabung dengan kekuasaan legislatif, maka akan terjadi penyalahgunaan pengawasan karena hakim telah menjadi legislator. Jika bergabung dengan kekuasaan eksekutif, hakim dapat berbuat kejam dan sewenang-wenang. Kekuasaan lembaga peradilan yang merdeka mengandung makna bebas dalam menyelenggarakan fungsi peradilan, bebas dari intervensi dan campur tangan dari kekuasaan ekstra-yudisial. Wujud dari kekuasaan lembaga peradilan yang merdeka adalah adanya kebebasan hakim dalam memutus perkara.”⁴⁸

Adapun konsep kewenangan berasal dari kata dasar wewenang yang diartikan sebagai hal berwenang, hak dan kekuasaan yang dipunyai untuk melakukan sesuatu. Kewenangan adalah kekuasaan formal, kekuasaan yang diberikan oleh Undang- Undang atau dari kekuasaan

⁴⁸ Basuki Rekso Wibowo, “*Pembenahan Administrasi Peradilan*”, 183.

eksekutif administrasi. Menurut Ateng Syafrudin⁴⁹ ada perbedaan antara pengertian kewenangan dengan wewenang, kewenangan (*authority gezag*) adalah apa yang disebut kekuasaan formal, kekuasaan yang berasal dari kekuasaan yang diberikan oleh Undang-Undang, sedangkan wewenang (*competence bevoegheid*) hanya mengenai suatu "onderdeel" (bagian) tertentu saja dari kewenangan. Didalam kewenangan terdapat wewenang-wewenang (*rechtsbevoegdheden*).⁵⁰ Wewenang merupakan lingkup tindakan hukum publik, lingkup wewenang pemerintahan, tidak hanya meliputi wewenang membuat keputusan pemerintah (*bestuur*), tetapi meliputi wewenang dalam rangka pelaksanaan tugas, dan memberikan wewenang serta distribusi wewenang utamanya ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan.

Secara yuridis pengertian wewenang adalah kemampuan yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan untuk menimbulkan akibat-akibat hukum.⁵¹ Sedangkan pengertian wewenang menurut H.D. Stout adalah "*bevoegheid wet kan worden omscreven als het geheel van bestuurechtelijke bevoegheden door publiekrechtelijke rechtssubjecten in het bestuurechtelijke rechtsverkeer*" bahwa wewenang dapat dijelaskan sebagai keseluruhan aturan-aturan yang berkenaan dengan perolehan dan penggunaan wewenang pemerintah oleh subjek hukum publik dalam hukum publik.⁵²

Dalam literatur ilmu politik, ilmu pemerintahan, dan ilmu hukum

⁴⁹ Ateng Syafrudin, "Menuju Penyelenggaraan Pemerintahan Negara yang Bersih dan Bertanggungjawab", Jurnal Pro Justisia Edisi IV, Universitas Parahyangan, Bandung, 2000, 22.

⁵⁰ Ateng Syafrudin, "Menuju Penyelenggaraan Pemerintahan Negara yang Bersih dan Bertanggungjawab", 22.

⁵¹ Indrohato, *Asas-Asas Umum Pemerintahan yang baik*, dalam Paulus Efendie Lotulung, *Himpunan Makalah Asas-Asas Umum Pemerintahan yang baik*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1994), 65.

⁵² Stout HD, *de Betekenissen van de wet*, dalam Irfan Fachruddin, *Pengawasan Peradilan Administrasi terhadap Tindakan Pemerintah* (Bandung: Alumni, 2004), 4.

sering ditemukan istilah kekuasaan, kewenangan, dan wewenang. Kekuasaan sering disamakan begitu saja dengan kewenangan, dan kekuasaan sering dipertukarkan dengan istilah kewenangan, demikian pula sebaliknya. Bahkan kewenangan sering disamakan juga dengan wewenang. Kekuasaan biasanya berbentuk hubungan dalam arti bahwa “ada satu pihak yang memerintah dan pihak lain yang diperintah” (*the rule and the ruled*).⁵³

Berdasarkan pengertian tersebut dapat terjadi kekuasaan yang tidak berkaitan dengan hukum. Kekuasaan yang tidak berkaitan dengan hukum oleh Henc van Maarseven disebut sebagai “*blote macht*”⁵⁴, sedangkan kekuasaan yang berkaitan dengan hukum oleh Max Weber disebut sebagai wewenang rasional atau legal, yakni wewenang yang berdasarkan suatu sistem hukum ini dipahami sebagai suatu kaidah-kaidah yang telah diakui serta dipatuhi oleh masyarakat dan bahkan yang diperkuat oleh negara.⁵⁵

Dalam hukum publik, wewenang berkaitan dengan kekuasaan. Kekuasaan memiliki makna yang sama dengan wewenang karena kekuasaan yang dimiliki oleh Eksekutif, Legislatif dan Yudikatif adalah kekuasaan formal. Kekuasaan merupakan unsur esensial dari suatu negara dalam proses penyelenggaraan pemerintahan. Kekuasaan merupakan inti dari penyelenggaraan negara agar negara dalam keadaan bergerak (*de staat in beweging*) sehingga negara itu dapat berkiprah, bekerja, berkapasitas, berprestasi, dan berkinerja melayani warganya. Oleh karena itu negara harus diberi kekuasaan. Kekuasaan menurut Miriam Budiardjo adalah kemampuan seseorang atau sekelompok orang manusia untuk

⁵³ Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1998, hlm. 35-36.

⁵⁴ Suwoto Mulyosudarmo, *Kekuasaan dan Tanggung Jawab Presiden Republik Indonesia, Suatu Penelitian Segi-Segi Teoritik dan Yuridis Pertanggungjawaban Kekuasaan*, (Surabaya: Universitas Airlangga, 1990), 30.

⁵⁵ A. Gunawan Setiardja, *Dialektika Hukum dan Moral dalam Pembangunan Masyarakat Indonesia* (Jogjakarta: Kanisius, 1990), 52.

mempengaruhi tingkah laku seseorang atau kelompok lain sedemikian rupa sehingga tingkah laku itu sesuai dengan keinginan dan tujuan dari orang atau negara.⁵⁶

Agar kekuasaan dapat dijalankan maka dibutuhkan penguasa atau organ sehingga negara itu dikonsepsikan sebagai himpunan jabatan-jabatan (*een ambten complex*) di mana jabatan-jabatan itu diisi oleh sejumlah pejabat yang mendukung hak dan kewajiban tertentu berdasarkan konstruksi subyek-kewajiban.⁵⁷ Dengan demikian kekuasaan mempunyai dua aspek, yaitu aspek politik dan aspek hukum, sedangkan kewenangan hanya beraspek hukum semata. Artinya, kekuasaan itu dapat bersumber dari konstitusi, juga dapat bersumber dari luar konstitusi (inkonstitusional), misalnya melalui kudeta atau perang, sedangkan kewenangan jelas bersumber dari konstitusi.

Dari berbagai pengertian kewenangan sebagaimana tersebut di atas, penulis berkesimpulan bahwa kewenangan (*authority*) memiliki pengertian yang berbeda dengan wewenang (*competence*). Kewenangan merupakan kekuasaan formal yang berasal dari undang-undang, sedangkan wewenang adalah suatu spesifikasi dari kewenangan, artinya barang siapa (subyek hukum) yang diberikan kewenangan oleh undang-undang, maka ia berwenang untuk melakukan sesuatu yang tersebut dalam kewenangan itu.

a. Sumber Hukum Kewenangan

Didalam hukum dikenal asas legalitas yang menjadi pilar utamanya dan merupakan salah satu prinsip utama yang dijadikan dasar dalam setiap penyelenggaraan pemerintahan dan kenegaraan di setiap negara hukum terutama bagi negara-negara hukum dan kontinental.⁵⁸

⁵⁶ Miriam Budiardjo, Op Cit, 35.

⁵⁷ Rusadi Kantaprawira, Op Cit, 39.

⁵⁸ Tubagus Ronny Rahman Nitibaskara, *Paradoksal Konflik dan Otonomi Daerah, Sketsa Bayang-Bayang Konflik dalam Prospek Masa Depan Otonomi Daerah* (Jakarta: Sinar Mulia, 2002), 65.

Menurut Indroharto bahwa wewenang diperoleh secara atribusi, delegasi, dan mandat, kewenangan atribusi lazimnya digariskan melalui pembagian kekuasaan negara oleh Undang-Undang Dasar, kewenangan delegasi dan mandat adalah kewenangan yang berasal dari pelimpahan.

Pada kewenangan delegasi, harus ditegaskan suatu pelimpahan wewenang kepada organ pemerintahan yang lain. Pada mandat tidak terjadi pelimpahan apapun dalam arti pemberian wewenang, akan tetapi, yang diberi mandat bertindak atas nama pemberi mandat. Dalam pemberian mandat, pejabat yang diberi mandat menunjuk pejabat lain untuk bertindak atas nama mandator (pemberi mandat).

Dalam kaitan dengan konsep atribusi, delegasi, ataupun mandat, J.G. Brouwer dan A.E. Schilder, mengatakan:

- 1) *With attribution, power is granted to an administrative authority by an independent legislative body. The power is initial (originair), which is to say that is not derived from a previously existing power. The legislative body creates independent and previously non existent powers and assigns them to an authority.*
- 2) *Delegation is a transfer of an acquired attribution of power from one administrative authority to another, so that the delegate (the body that the acquired the power) can exercise power in its own name.*
- 3) *With mandate, there is not transfer, but the mandate giver (mandans) assigns power to the body (mandataris) to make decision or take action in its name.⁵⁹*

J.G. Brouwer berpendapat bahwa atribusi merupakan kewenangan yang diberikan kepada suatu organ (institusi) pemerintahan atau lembaga negara oleh suatu badan legislatif yang independen. Kewenangan ini

⁵⁹ J.G. Brouwer dan Schilder, *A Survey of Dutch Administrative Law*, (Nijmegen: Ars Aequilibrari, 1998), 16-17.

adalah asli, yang tidak diambil dari kewenangan yang ada sebelumnya. Badan legislatif menciptakan kewenangan mandiri dan bukan perluasan kewenangan sebelumnya dan memberikan kepada organ yang berkompeten.

Delegasi adalah kewenangan yang dialihkan dari kewenangan atribusi dari suatu organ (institusi) pemerintahan kepada organ lainnya sehingga delegator (organ yang telah memberi kewenangan) dapat menguji kewenangan tersebut atas namanya, sedangkan pada Mandat, tidak terdapat suatu pemindahan kewenangan tetapi pemberi mandat (mandator) memberikan kewenangan kepada organ lain (mandataris) untuk membuat keputusan atau mengambil suatu tindakan atas namanya.

Ada perbedaan mendasar antara kewenangan atribusi dan delegasi. Pada atribusi, kewenangan yang ada siap dilimpahkan, tetapi tidak demikian pada delegasi. Berkaitan dengan asas legalitas, kewenangan tidak dapat didelegasikan secara besar-besaran, tetapi hanya mungkin dibawah kondisi bahwa peraturan hukum menentukan mengenai kemungkinan delegasi tersebut.

Delegasi harus memenuhi syarat-syarat sebagai berikut:

- 1) Delegasi harus definitif, artinya delegasi tidak dapat lagi menggunakan sendiri wewenang yang telah dilimpahkan itu;
- 2) Delegasi harus berdasarkan ketentuan perundang-undangan, artinya delegasi hanya dimungkinkan jika ada ketentuan yang memungkinkan untuk itu dalam peraturan perundang-undangan;
- 3) Delegasi tidak kepada bawahan, artinya dalam hierarki kepegawaian tidak diperkenankan adanya delegasi;⁶⁰

b. Sifat Kewenangan

Sifat kewenangan secara umum dibagi atas 3 (tiga) macam, yaitu yang bersifat terikat, yang bersifat fakultatif (pilihan) dan yang bersifat bebas. Hal tersebut sangat berkaitan dengan kewenangan pembuatan dan penerbitan keputusan- keputusan (*besluiten*) dan ketetapan-ketetapan

⁶⁰ Philipus M. Hadjon, 5.

(*beschikkingen*) oleh organ pemerintahan sehingga dikenal adanya keputusan yang bersifat terikat dan bebas.

Menurut Indroharto, kewenangan yang bersifat terikat terjadi apabila peraturan dasarnya menentukan kapan dan dalam keadaan yang bagaimana kewenangan tersebut dapat digunakan atau peraturan dasarnya sedikit banyak menentukan tentang isi dan keputusan yang harus diambil. Pada kewenangan fakultatif apabila dalam hal badan atau pejabat tata usaha negara yang bersangkutan tidak wajib menerapkan kewenangannya atau sedikit banyak masih ada pilihan, sekalipun pilihan itu hanya dapat dilakukan dalam hal-hal tertentu atau keadaan tertentu sebagaimana ditentukan oleh peraturan dasarnya. Dan yang ketiga yaitu kewenangan bebas yakni terjadi apabila peraturan dasarnya memberikan kebebasan kepada badan atau pejabat tata usaha negara untuk menentukan sendiri isi dari keputusan yang akan dikeluarkannya. Philipus M Hadjon membagi kewenangan bebas dalam dua kategori yaitu kebebasan kebijaksanaan dan kebebasan penilaian yang selanjutnya disimpulkan bahwa ada dua jenis kekuasaan bebas yaitu kewenangan untuk memutuskan mandiri dan kewenangan interpretasi terhadap norma-norma tersamar (*verge norm*).

c. Batasan Kewenangan

Di dalam negara hukum dikenal asas legalitas yang menjadi pilar utama dan merupakan salah satu prinsip utama yang dijadikan dasar dalam setiap penyelenggaraan pemerintahan dan kenegaraan di setiap negara hukum terutama bagi negara-negara hukum dan sistem kontinental.⁶¹ Philipus M Hadjon mengemukakan bahwa kewenangan diperoleh melalui tiga sumber yaitu atribus, delegasi, mandate. Kewenangan atribus lazimnya digariskan melalui pembagian kekuasaan negara oleh Undang-Undang Dasar, kewenangan delegasi dan mandate adalah kewenangan yang berasal dari pelimpahan. Setiap kewenangan

⁶¹ Tubagus Ronny Rahman Nitibaskara, 65

dibatasi oleh isi atau materi wilayah dan waktu. Cacat dalam aspek-aspek tersebut dapat menimbulkan cacat kewenangan.

3. Aplicative Theory: Teori Pemahaman Kesadaran Hukum Islam

Pemahaman merupakan sifat dari faham, dalam bahasa Arab arti faham adalah mengerti yang kemudian dijadikan istilah khusus dalam ilmu yang ajeg, yakni ilmu fiqh. Fiqh menurut bahasa adalah faham, hanya faham yang dimaksudkan adalah faham dalam ilmu agama Islam khususnya hukum Islam, oleh karena itu membahas fiqh berarti membahas hukum Islam. Dengan demikian pemahaman hukum Islam adalah mengetahui dan mengerti seluk beluk hukum Islam, baik ilmu ushul yang pokoknya maupun ilmu cabang atau furu'. Sedangkan hukum Islam yang dimaksudkan sebagai fiqh merupakan hukum-hukum syariat Islam yang diambil dan digali dari dalil-dalil secara terperinci.⁶²

Pemahaman atau kepakihan masyarakat terhadap hukum Islam ada yang general, artinya secara keseluruhan ilmu pengetahuan Islam, ada pula yang parsial atau khusus yang lebih spesifik, misalnya paham mengenai ilmu tajwid, faham mengenai ilmu siyasah, faham mengenai ilmu tasawuf, dan yang khusus lainnya. Dalam konteks penelitian ini pemahaman atau paham yang dimaksudkan adalah memahami hukum Islam yang telah menjadi peraturan perundang-undangan di Indonesia, yakni memahamai hukum Islam yang telah menjadi *qanun*, memahami tentang penyelesaian perkara sengketa ekonomi syariah baik yang diselesaikan dengan cara mediasi dan kekeluargaan atau musyawarah maupun memahami tentang penyelesaian sengketa ekonomi syariah melalui pengadilan agama, demikian pula dengan penyelesaian perkara kepailitan.

Dalam teori hukum Islam mengenai pemahaman atau kepakihan masyarakat bertumpu kepada beberapa dasar pemahaman, yaitu sebagai

⁶² Juliana, *Hukum Islam dan Penerapannya*, (Jurnal Hukum Islam, Vol.17 No.2 Tahun 2017) 10.

berikut.⁶³

1. Faham mengenai landasan dalil atau sumber hukum utama, yakni al-Quran, al-Hadits, dan pendapat sahabat, tabi'in serta ulama mazhab;
2. Faham mengenai metodologi istinbath hukum, yakni menggali hukum dari dalil-dalil yang terperinci dengan menerapkan kaidah ushul fiqh dan kaidah fiqhiyahnya;
3. Faham menerapkan metode *tarjih*, yakni memilih dan menetapkan serta mengambil dalil hukum yang terkuat dari segala seginya, yakni segi muhkam mutasyabihnya, segi *qath'i* dan *zhanni dilalahnya*, dan dari *nasikh mansukhnya*;
4. Faham sebatas mengikuti dalil hukum Islam yang diikutinya berdasarkan pendapat ulama, fuqaha, ustaz, dan guru agama dalam sebutan yang lainnya, dan mampu melakukan penyelesaian kepada sumber kitab aslinya maupun kitab fiqh tertentu.

Dengan empat ciri tersebut dapat dipahami bahwa pemahaman mengenai hukum Islam adalah tingkat keilmuan yang berbeda yang dimiliki oleh seseorang. Oleh karena itu pemahaman hukum Islam seseorang atau masyarakat muslim tidak secara otomatis berhubungan dengan kesadaran hukumnya, hanya kesadaran hukum yang tumbuh dan berkembang pada masyarakat dapat ditunjang secara signifikan oleh pemahamannya.

Kesadaran hukum Islam yang dimaksudkan adalah pelaksanaan hukum Islam dalam kehidupan sehari-hari, hanya dalam konteks penelitian ini adalah kesadaran melaksanakan hukum Islam yang sudah diundangkan atau sudah menjadi *qanun*. Dalam konsep hukum Islam pelaksanaan hukum Islam ditetapkan oleh para ulama mengenai rukun dan syaratnya, yakni orang yang sudah balig, berakal, atau yang diasuh oleh walinya apabila baru

⁶³ Wahbah al-Zuhaili, *al-Fiqh al-Islami wa Adillatuhu*, (Bairut: Dar al-fikr, jilid 1, 1997) 497

mumayyiz. Orang yang demikian disebut sebagai orang yang sudah cakap hukum atau *mukallaf* yang terkena *taklif*.

Di antara yang terkena taklif adalah masyarakat cakap hukum yang berperkara di pengadilan terkait dengan penyelesaian sengketa ekonomi syariah dan kepailitan. Teori penyelesaian sengketa merupakan teori yang mengkaji dan menganalisis tentang kategori atau penggolongan sengketa atau pertentangan yang timbul dalam masyarakat, faktor penyebab terjadinya sengketa dan cara-cara atau strategi yang digunakan untuk mengakhiri sengketa tersebut. Dean G Pruitt dan Jeffrey Z. Rubin mengemukakan teori tentang penyelesaian sengketa.⁶⁴ Teori tersebut penulis jadikan sebagai *Grand theory* dalam penelitian ini. Menurutnya ada 5 (lima) cara dalam penyelesaian sengketa, yaitu;

- a. *Contending* (bertanding), yaitu mencoba menerapkan suatu solusi yang lebih disukai oleh salah satu pihak atas pihak yang lainnya.
- b. *Yielding* (mengalah), yaitu menurunkan aspirasi sendiri dan bersedia menerima kekurangan dari yang sebetulnya diinginkan.
- c. *Problem solving* (pemecahan masalah), yaitu mencari alternative yang memuaskan dari kedua belah pihak.
- d. *With drawing* (menarik diri), yaitu memilih meninggalkan situasi sengketa, baik secara fisik maupun psikologis.
- e. *In action* (diam), yaitu tidak melakukan apa-apa.⁶⁵

Sementara Laura Nader dan Harry F Todd Jr juga mengemukakan 7 cara penyelesaian sengketa⁶⁶;

1. Membiarkan saja (*lumping it*);
2. Mengelak (*avoidance*), yaitu pihak yang merasa dirugikan, memilih

⁶⁴Juwita Tarochi Boboy Boboy, Budi Santoso, dan Irawati Irawati, "Penyelesaian Sengketa Pertanahan Melalui Mediasi Berdasarkan Teori Dean G.Pruitt Dan Jeffrey Z.Rubin," *Notarius* 13, No. 2 (10 Agustus 2020), 803–818.

⁶⁵ Dean G Pruitt & Z. Rubbin, *Konflik Sosial*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2004), 4-6.

⁶⁶ Laura Nader dan Harry F. Todd Jr, *The Disputing Process Law in Ten Societies*, (New York: Columbia University Press, 1978) 9-11.

untuk mengurangi hubungan-hubungan dengan pihak yang merugikannya atau untuk sama sekali menghentikan hubungan tersebut.

3. Paksaan (*coercion*), yaitu pihak yang satu memaksakana pemecahan kepada pihak yang lain.
4. Perundingan (*negotiation*), yaitu para pihak yang mengalami perselisihan mencari pemecahan dan mengambil keputusan bersama-sama.
5. Mediasi (*mediation*), yaitu pihak ketiga mencoba membantu para pihak yang berselisih untuk menemukan kesepakatan.
6. Arbitrase, merupakan para pihak yang bersengketa sepakat untuk meminta perantara kepada pihak ketiga dan sejak semula telah bersepakat bahwa mereka akan menerima keputusan arbitrator.
7. Peradilan (*adjudication*), adalah pihak ketiga yang mempunyai wewenang untuk mencampuri pemecahan masalah dan berhak membuat keputusan dan menegakkan keputusan tersebut.

Dalam tradisi Islam terdapat beberapa jalur penyelesaian sengketa yakni jalur penyelesaian di luar peradilan yaitu musyawarah, *al-sulh*, *tahkim*, *hisbah*, dan jalur peradilan (*qadha*).⁶⁷ Penyelesaian secara damai (*shulh*) merupakan sebaik-baik penyelesaian (*al-shulhu khair*). Penyelesaian melalui jalur peradilan merupakan jalan terakhir (*ultimum remidium*) dalam menyelesaikan suatu sengketa, meskipun hasilnya belum tentu memuaskan dan memerlukan banyak pengorbanan baik waktu, tenaga maupun biaya.⁶⁸

Adapun nash al-Quran yang menegaskan penyelesaian sengketa adalah surat al-Baqarah ayat 213, sebagai berikut:

⁶⁷ Thalib Noor Cahyadi, "Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah (Kritik atas *Contradictio in Terminis* Pasal 55 Undang-undang no. 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah)," *JESI (Jurnal Ekonomi Syariah Indonesia)* 1, No. 2 (22 Maret 2016) 15.

⁶⁸ A. Khoirul Anam "Kisah Peletakan Hajar Aswad", dalam <https://nu.or.id/hikmah/kisah-peletakan-hajar-aswad-sHYzt>. Diakses tanggal 21 Oktober 2021.

كَانَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً فَبَعَثَ اللَّهُ النَّبِيِّنَ مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ وَأَنْزَلَ
 مَعَهُمُ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِيَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ فِي مَا اخْتَلَفُوا فِيهِ وَمَا اخْتَلَفَ
 فِيهِ إِلَّا الَّذِينَ أُوتُوهُ مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَتْهُمْ الْبَيِّنَاتُ بَغْيًا بَيْنَهُمْ فَهَدَى
 اللَّهُ الَّذِينَ ءَامَنُوا لِمَا اخْتَلَفُوا فِيهِ مِنَ الْحَقِّ بِإِذْنِهِ وَاللَّهُ يَهْدِي مَنْ
 يَشَاءُ إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ

Manusia itu (dahulunya) satu umat. Lalu Allah mengutus para nabi (untuk) menyampaikan kabar gembira dan peringatan. Dan diturunkan-Nya bersama mereka Kitab yang mengandung kebenaran, untuk memberi keputusan di antara manusia tentang perkara yang mereka perselisihkan. Dan yang berselisih hanyalah orang-orang yang telah diberi (Kitab), setelah bukti-bukti yang nyata sampai kepada mereka, karena kedengkian di antara mereka sendiri. Maka dengan kehendak-Nya, Allah memberi petunjuk kepada mereka yang beriman tentang kebenaran yang mereka perselisihkan. Allah memberi petunjuk kepada siapa yang Dia kehendaki ke jalan yang lurus.

Menurut Imam Musthafa al-Maraghi di dalam *Tafsir al-Quran al-Adhim*, ayat tersebut menjelaskan bahwa manusia itu dahulunya satu umat yang semuanya beriman kepada Allah, kemudian mereka berselisih, ada yang beriman dan ada yang kafir kepada Allah. Bisa juga dipahami bahwa manusia itu satu umat dalam arti kehidupan manusia diikat oleh kesatuan sosial yang satu dengan lainnya saling membutuhkan. Lalu Allah mengutus para nabi untuk menyampaikan kabar gembira kepada orang yang beriman bahwa mereka akan masuk surga dan peringatan kepada orang kafir bahwa mereka akan masuk neraka. Dan diturunkan-Nya bersama mereka Kitab yang mengandung kebenaran di dalam hukum-hukumnya untuk memberi keputusan yang benar dan adil di antara manusia tentang perkara yang mereka perselisihkan, yaitu perkara-perkara agama pada umumnya. Dan mereka yang berselisih tentang perkara-perkara itu tidak lain hanyalah

orang-orang yang telah diberi Kitab. Mereka berselisih setelah bukti-bukti yang nyata berupa penjelasan-penjelasan sampai kepada mereka, karena kedengkian di antara mereka sendiri, yakni kedengkian orang-orang kafir kepada orang-orang beriman. Maka dengan kehendak-Nya, Allah memberi petunjuk kepada mereka yang beriman tentang kebenaran perkara-perkara yang mereka perselisihkan. Allah memberi petunjuk kepada siapa yang Dia kehendaki ke jalan yang lurus. Perselisihan akan terus terjadi maka lembaga peradilan sebagai alat untuk menyelesaikan perselisihan, termasuk dalam sengketa perniagaan di antara masyarakat.⁶⁹

Kerangka pemikiran tersebut dapat digambarkan melalui skema berikut:



F. Definisi Operasional

Definisi operasional berisi penjelasan tentang kata kunci yang termaktub dalam judul penelitian. Berfungsi untuk membatasi pengertian, fokus kajian penelitian. Adapun penjelasan tentang definisi operasional dalam penelitian ini adalah sebagai berikut:

⁶⁹ Musthafa al-Maraghi, *Tafsir al-Quran al-'Adhim*, (Dar al-Fikr, Beirut, 1967) 345

1. Pemahaman masyarakat dalam penelitian ini adalah pengetahuan tentang hukum Islam terutama mengenai ekonomi syariah dalam hal kepailitan/*taflis* dari segi nashnya, metodologi hukum Islam dan peraturan perundang-undangan yang berlaku.
2. Kesadaran adalah keadaan yang dengan kehendaknya sendiri melaksanakan peraturan perundang-undangan yang berlaku didorong oleh pengetahuan dan pemahamannya serta pengalaman yang telah dilakukan.
3. Masyarakat adalah masyarakat yang berperkara dalam sengketa ekonomi syariah, yakni para pihak yang terdiri dari penggugat, tergugat, kuasa hukum, hakim pengadilan agama, dan hakim pengadilan niaga yang diminta pendapatnya mengenai pemahaman dan kesadaran masyarakat yang berperkara;
4. Pengadilan Niaga adalah Pengadilan Niaga Jakarta Pusat yang menangani kepailitan;
5. Pengadilan Agama adalah lembaga peradilan yang berwenang menangani perkara yang disengketakan yang dimohonkan ke pengadilan mengenai hukum keluarga dan sengketa ekonomi syariah;
6. Kepailitan adalah kepailitan, yakni keadaan bangkrut atas putusan pengadilan niaga;
7. Sengketa ekonomi syariah adalah perkara yang diperselisihkan oleh para pihak ke pengadilan agama melalui proses persidangan hingga terbitnya putusan pengadilan agama;
8. Kontruksi hukum adalah kontribusi dan transformasi hukum kepada sistem hukum dan peradilan di Indonesia yang merupakan gagasan dan temuan hasil penelitian ini.

G. Hasil Penelitian Terdahulu

Sejauh data yang diperoleh, penelitian yang membahas tentang kepailitan dalam ekonomi syariah sudah banyak dikaji, baik melalui karya-

karya akademik di antaranya sebagai berikut:

1. Disertasi yang ditulis oleh Ida Nadirah dengan judul Perlindungan Hukum Terhadap Kreditor Dalam Pelaksanaan Perdamaian Kepailitan.⁷⁰ Hasil penelitian tersebut menunjukkan bahwa: Pertama, Undang-undang Kepailitan menyediakan lembaga perdamaian bagi debitor dan kreditor dalam kepailitan karena perdamaian sebagai karakter sosial, budaya dan hukum bagi Indonesia, memberikan kesempatan bagi debitor yang prospektif untuk melanjutkan perusahaannya dan memberikan keuntungan bagi kreditor. Kedua, bentuk perlindungan hukum terhadap kreditor dalam pelaksanaan perdamaian kepailitan adalah bahwa proses perdamaian ditentukan oleh kreditor (Pasal 151 dan Pasal 152 UUK), penerapan ketentuan isi Pasal 55 jo Pasal 149 ayat (1) dan penerapan prinsip bahwa utang harus dibayar. Ketiga, perdamaian kepailitan akan menguntungkan bagi kreditor dan debitor apabila adanya reorganisasi dalam perdamaian kepailitan, restrukturisasi utang dalam perdamaian dan *reclause* dalam perdamaian kepailitan. Ruang lingkup disertasi tersebut hanya berfokus pada Perlindungan Hukum Terhadap Kreditor Dalam Pelaksanaan Perdamaian Kepailitan tentunya berbeda dengan penelitian ini yang ruang lingkungannya membahas Pengaruh Tingkat Pemahaman Dan Kesadaran Masyarakat Mengenai Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Terhadap Penyelesaian Kepailitan Ekonomi Syariah Di Pengadilan Niaga Jakarta Pusat.

Ruang lingkup tesis tersebut hanya berfokus pada analisis putusan kepailitan dalam Pengadilan Niaga Semarang tentunya berbeda dengan penelitian ini yang ruang lingkungannya membahas Pengaruh

⁷⁰ Ida Nadirah, "Perlindungan Hukum Terhadap Kreditor Dalam Pelaksanaan Perdamaian Kepailitan" *Disertasi* (Medan: Universitas Sumatera Utara, 2018)

Tingkat Pemahaman Dan Kesadaran Masyarakat Mengenai Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Terhadap Penyelesaian Kepailitan Ekonomi Syariah Di Pengadilan Niaga Jakarta Pusat.

2. Penelitian yang ditulis oleh Trias Widya Paramita dengan judul *Kepailitan Dalam Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah*. Hasil penelitian tersebut menunjukkan bahwa pada praktiknya, banyak sengketa perbankan syariah yang diselesaikan melalui Permohonan Pailit di Pengadilan Niaga pada lingkungan Peradilan Umum. Hal ini kemudian menimbulkan ketidakpastian hukum terkait kewenangan mengadili sengketa perbankan syariah melalui kepailitan antara Peradilan Agama dan Pengadilan Niaga. Oleh karenanya, perlu dibuat aturan hukum yang jelas menyangkut penyelesaian sengketa perbankan syariah melalui kepailitan.⁷¹ Ruang lingkup tesis tersebut hanya berfokus sengketa perbankan syariah yang diselesaikan melalui Permohonan Pailit di Pengadilan Niaga sedangkan posisi dalam penelitian membahas Pengaruh Tingkat Pemahaman Dan Kesadaran Masyarakat Mengenai Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Terhadap Penyelesaian Kepailitan Ekonomi Syariah Di Pengadilan Niaga Jakarta Pusat.
3. Penelitian Uni Tsulasi Putri dengan judul Analisis Putusan Pengadilan Niaga Pada Pengadilan Negeri Semarang Nomor 12/Pdt.Sus-Pailit/2017/Pn Niaga Smg Tentang Perkara Kepailitan Koperasi Simpan Pinjam Pembiayaan Syariah BMT Fi Sabilillah. Hasil dari penelitian ini menunjukkan bahwa pertimbangan hakim dalam memutuskan KSPPS BMT Fi Sabilillah dinyatakan pailit dengan segala akibat hukumnya telah sesuai dengan ketentuan pasal 2 ayat (1) jo. Pasal 8 ayat (4) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang. Namun

⁷¹ Trias Widya Paramita, *“Kepailitan Dalam Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah” Tesis* (Surabaya: Universitas Airlangga, 2017) 78

demikian, putusan ini tidak mempertimbangkan prinsip syariah dalam akad mudharabah yakni kerugian ditanggung oleh *shahibal maal* sepanjang tidak ada kelalaian dari *mudharib*. Putusan ini juga tidak mempertimbangkan mengenai persyaratan keadaan *insolven* sebagaimana yang disyaratkan dalam hukum Islam. Pada dasarnya tidak ada perbedaan perlakuan terhadap perkara kepailitan syariah dengan kepailitan konvensional, walaupun dasar yang digunakan untuk menentukan kepailitan mempunyai karakteristik yang berbeda. Penyelesaian perkara kepailitan syariah yang sesuai dengan hukum Islam memiliki arti penting yakni untuk memberikan perlindungan hukum bagi Debitur dan Kreditur secara berimbang, seperti melindungi debitur yang *solven* agar tidak mudah dipailitkan.⁷² Ruang lingkup tesis tersebut hanya berfokus pada analisis putusan kepailitan dalam Pengadilan Niaga Semarang Tentang Perkara Kepailitan Koperasi Simpan Pinjam Pembiayaan Syariah tentunya berbeda dengan penelitian ini yang ruang lingkupnya membahas Pengaruh Tingkat Pemahaman Dan Kesadaran Masyarakat Mengenai Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Terhadap Penyelesaian Kepailitan Ekonomi Syariah Di Pengadilan Niaga Jakarta Pusat.

4. Penelitian berjudul Penyelesaian Sengketa Kepailitan Menurut Hukum Perbankan Syari'ah yang ditulis oleh Erna Widjajati. Di dalamnya peneliti mengkaji putusan Pengadilan Niaga Jakarta Pusat dengan register No.7/pailit/2011/PN.Niaga.Jakarta.Pusat yang mengadili perkara kepailitan atas perseroan yang melakukan pembiayaan musyarakah dan juga terhadap putusan Mahkamah Agung No. 346 K/PDT.SUS/2011 yang menguatkan putusan Pengadilan Niaga tersebut. Penelitian tersebut menguraikan setidaknya dua poin

⁷² Uni Tsulasi Putri, "Analisis Putusan Pengadilan Niaga Pada Pengadilan Negeri Semarang Nomor 12/Pdt.Sus-Pailit/2017/Pn Niaga Smg Tentang Perkara Kepailitan Koperasi Simpan Pinjam Pembiayaan Syariah BMT Fi Sabilillah" Tesis (Yogyakarta: Universitas Gajah Mada, 2018)

permasalahannya yaitu apakah Pengadilan Niaga Jakarta mempunyai kewenangan untuk memeriksa, memutus, dan mengadili sengketa kepailitan ekonomi syari'ah, kemudian bagaimana pertimbangan hukum Mahkamah Agung dalam putusannya No. 346 K/PDT.SUS/2011. Di dalam temuan penelitian tersebut dinyatakan bahwa Pengadilan Niaga Jakarta tidak berwenang memutus sengketa kepailitan ekonomi syari'ah berdasarkan Undang-Undang No. 3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama, juga Kompilasi Hukum Ekonomi Syari'ah. Begitu pula di dalam pertimbangannya Mahkamah Agung mengesampingkan Kompilasi Hukum Ekonomi Syari'ah dalam memeriksa, memutus, dan mengadili ekonomi syari'ah.⁷³

5. Penelitian yang ditulis oleh Yudha Indrapraja tentang “Kegagalan Hukum Di Indonesia dalam Menciptakan Kepastian Hukum Terkait Sengketa Kepailitan Perbankan Syari'ah”. Penelitian tersebut memfokuskan kajiannya pada beberapa hal. Salah satu yang bertaut dengan masalah penyelesaian sengketa kepailitan syari'ah ialah bagaimana penyelesaian sengketa kepailitan perbankan syari'ah. Di akhir risetnya Yudha Indrapraja berkesimpulan bahwa penyelesaian sengketa kepailitan sepatutnya berada pada Pengadilan Agama sebagaimana amanah Pasal 49 huruf i Undang-Undang No. 3 Tahun 2006 tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama. Juga termasuk Pasal 55 ayat (1) Undang-Undang No. 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syari'ah.⁷⁴

⁷³ Erna Widjajati, “Penyelesaian sengketa Kepailitan Menurut Hukum Perbankan Syariah,” *AHKAM: Jurnal Ilmu Syariah* 15, no. 1 (February 21, 2019), accessed January 24, 2020, <http://journal.uinjkt.ac.id/index.php/ahkam/article/view/2855>.

⁷⁴ “Kegagalan Hukum di Indonesia Dalam Menciptakan Kepastian Hukum Terkait Sengketa Kepailitan Perbankan Syariah | Indrapraja | Asy-Syari'ah,” accessed January 24, 2020, <https://journal.uinsgd.ac.id/index.php/asy-syariah/article/view/642/614>.

6. Judul penelitian selanjutnya ialah “Arbitrase dan Kepailitan dalam Sistem Ekonomi Syari’ah” yang merupakan penelitian Syamsudin Manan Sinaga. Syamsudin memfokuskan pembahasannya pada penyelesaian sengketa dalam Sistem Ekonomi Syari’ah melalui arbitrase dan kepailitan yang menghasilkan kesimpulan bahwa penyelesaian sengketa kepailitan di bidang ekonomi syari’ah dapat diselesaikan melalui non litigasi yaitu arbitrase dan melalui litigasi yaitu Pengadilan Agama.⁷⁵
7. Ghansam Anand, dkk juga menyoroti tentang belum jelasnya aturan terkait penyelesaian kepailitan perkara ekonomi syariah, lebih lanjut Ghansam menyatakan Pengadilan Agama terlalu prematur diberikan kewenangan untuk mengadili perkara kepailitan yang berkaitan dengan praktek ekonomi syariah.⁷⁶
8. Terdapat juga dua hasil Penelitian dengan tema yang nyaris sama dalam bentuk tesis, yakni Tesis Penulis dengan judul Kompetensi Peradilan Agama Dalam Penyelesaian Kepailitan Perbankan Syariah Berdasarkan Undang-undang Nomor 3 Tahun 2006 yang ditulis sebagai tesis penulis pada tahun 2016 saat menyelesaikan studi S2 di Universitas Jayabaya Jakarta.⁷⁷ Sedangkan penelitian kedua ditulis Firman Wahyudi pada tahun 2018 dalam tesisnya dengan judul Kompetensi Pengadilan Agama Dalam Perkara *Kepailitan* dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (*pkpu*) pada Lembaga Keuangan Syariah (*sinkronisasi norma uu no. 37 tahun 2004 tentang kepailitan dan pkpu dan perma no. 2 tahun 2008 tentang KHES*) untuk

⁷⁵ Abdul Ghofur Anshori, *Perbankan Syariah Di Indonesia*, Cet. 1. (Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2007).45

⁷⁶ Anand, Aditya, dan Abrianto, “Problematika Aplikasi Ekonomi Syariah Dalam Rezim Hukum Kepailitan di Indonesia.”2018

⁷⁷ Pustaka Pelajar Jogjakarta; Ahmad Saprudin and Ahmad Satiri, *Teknik Penyelesaian Perkara Kepailitan Ekonomi Syariah*, Cetakan I. (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2018).

menyelesaikan studi S2 di Universitas Islam Negeri Antasari.⁷⁸ Kedua Penelitian tersebut menyatakan bahwa penyelesaian sengketa kepailitan pada lembaga keuangan syariah merupakan kewenangan absolut Peradilan Agama. Namun kedua penelitian tersebut fokus penelitiannya terhadap kepailitan lembaga keuangan syariah saja, tidak memberikan generalisasi terhadap kepailitan perkara ekonomi syariah, mengingat transaksi ekonomi syariah tidak hanya terdapat pada lembaga keuangan syariah saja. Bisa saja terjadi ada lembaga syariah non keuangan semisal perusahaan yang bergerak di bidang jasa pariwisata syariah, lembaga bisnis yang bergerak di industri halal, dan lain sebagainya.

Berdasarkan beberapa hasil penelitian tersebut dapat disimpulkan, sebagian besar peneliti mengkaji tentang penyelesaian kepailitan pada lembaga keuangan syariah merupakan kewenangan absolut Peradilan Agama. Hingga saat ini belum ada yang secara detail membahas Pemahaman dan Kesadaran Masyarakat Mengenai Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah Terhadap Penyelesaian Kepailitan Di Pengadilan Niaga dan Konstruksi Hukum Terhadap Sistem Peradilan di Indonesia dalam bentuk penelitian disertasi, melalui penulisan disertasi ini diharapkan dapat memberikan kontribusi pemikiran kepada pemangku kepentingan untuk segera merumuskan aturan hukum yang dapat memberikan kepastian hukum dan kemanfaatan bagi perkembangan dan pertumbuhan ekonomi syariah, terlebih lagi ruang lingkup kepailitan tidak hanya terbatas pada lembaga keuangan syariah namun mencakup semua kegiatan atau transaksi bisnis yang berdasarkan kepada prinsip syariah.

⁷⁸ Wahyudi Firman, "Kompetensi Pengadilan Agama Dalam Perkara Kepailitan Dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (PKPU) Pada Lembaga Keuangan Syariah (Sinkronisasi Norma UU Nomor 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan Dan PKPU Dan PERMA Nomor 2 Tahun 2008 Tentang KHES)" (Pasca Sarjana, 2018), accessed January 26, 2020, <https://idr.uin-antasari.ac.id/10505/>.