

TESIS

**PERTANGGUNGJAWABAN PIHAK PENJAMIN PERORANGAN
(*PERSONAL GUARANTEE*) YANG DINYATAKAN PAILIT**

Disusun dan diajukan oleh

AYUMI CLAUDIA

B022191003



PROGRAM STUDI MAGISTER KENOTARIATAN

FAKULTAS HUKUM

UNIVERSITAS HASANUDDIN

2023

**PERTANGGUNGJAWABAN PIHAK PENJAMIN PERORANGAN
(PERSONAL GUARANTEE) YANG DINYATAKAN PAILIT**

Diajukan Sebagai Salah Satu Syarat Untuk Mencapai Gelar Magister

Pada Program Studi Magister Kenotariatan

Disusun dan diajukan oleh:

AYUMI CLAUDIA

B022191003

PROGRAM STUDI MAGISTER KENOTARIATAN

FAKULTAS HUKUM

UNIVERSITAS HASANUDDIN

MAKASSAR

2023

PERNYATAAN KEASLIAN

Yang bertanda tangan di bawah ini:

Nama : Ayumi Claudia
N I M : B022191003
Program Studi : Magister Kenotariatan
Jenjang : S2

Menyatakan dengan ini bahwa Tesis dengan judul **PERTANGGUNGJAWABAN PIHAK PENJAMIN PERORANGAN (PERSONAL GUARANTEE) YANG DINYATAKAN PAILIT** adalah karya saya sendiri dan tidak melanggar hak cipta pihak lain. Apabila di kemudian hari tesis karya saya ini terbukti bahwa sebagian atau keseluruhannya adalah hasil karya orang lain yang saya pergunakan dengan cara melanggar hak cipta pihak lain, maka saya bersedia menerima sanksi.

Makassar, 24 Juli 2023

Yang Menyatakan



AYUMI CLAUDIA

TESIS

PERTANGGUNGJAWABAN PIHAK PENJAMIN PERORANGAN (*PERSONAL GUARANTEE*) YANG DINYATAKAN PAILIT

Disusun dan diajukan oleh:

AYUMI CLAUDIA

B022191003

Telah dipertahankan di hadapan Panitia Ujian yang dibentuk dalam rangka Penyelesaian Studi Program Magister Program Studi Kenotariatan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin pada tanggal 24 Juli 2023 dan dinyatakan telah memenuhi syarat kelulusan

Menyetujui,

Pembimbing Utama,



Dr. Padma Liman, S.H., M.H.
NIP. 19591205 198703 2 001

Pembimbing Pendamping,



Dr. Aulia Rifai, S.H., M.H.
NIP. 19730420 200501 2 001

Ketua Program Studi,



Dr. Sri Susyanti Nur, S.H., M.H.
NIP. 19641123 199002 2 001

Dekan Fakultas Hukum,



Prof. Dr. Hamzah Halim, S.H., M.H., M.A.P.
NIP. 19731231 199903 1 003

ABSTRAK

AYUMI CLAUDIA (B022191003). “Pertanggungjawaban Pihak Penjamin Perorangan (*Personal Guarantee*) yang Dinyatakan Pailit”.
Dibimbing oleh Padma D Liman dan Aulia Rifai.

Tujuan penelitian ini untuk menganalisis pertanggungjawaban pihak penjamin perorangan yang dinyatakan pailit dan menguji kesesuaian putusan Mahkamah Agung Nomor 212K/Pdt.Sus-Pailit/2015 dengan peraturan perundang-undangan.

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif. Pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan Perundang-Undangan dan Pendekatan Konseptual (*Conceptual Approach*). Bahan hukum yang digunakan adalah bahan hukum primer, sekunder dan tersier. Metode pengumpulan bahan hukum dilakukan dengan studi dokumen dalam memperoleh data dari peraturan perundang-undangan dan dokumen-dokumen lain yang berhubungan dengan permasalahan Putusan Mahkamah Agung Nomor 212K/Pdt.Sus-Pailit/2015.

Hasil penelitian ini adalah (1) Dalam akta perjanjian penanggungan jika penanggung tidak memperjanjikan dirinya bersedia dipailitkan jika debitor wanprestasi maka terhadap penanggung tidak dapat diajukan permohonan pailit oleh kreditor sebagaimana diatur dalam Pasal 1824 BW; (2) Putusan Mahkamah Agung Nomor 212K/Pdt.Sus-Pailit/2015 terdapat ketidaksesuaian antara teori dan praktik. Tidak diterapkannya Pasal 1824 BW dalam putusan ini tentu merugikan pihak penanggung. Dalam akta perjanjian penanggungan jika tidak diperjanjikan secara tegas bahwa penanggung bersedia untuk dipailitkan jika debitor wanprestasi maka konsekuensi logisnya bagi penanggung tidak dapat diajukan permohonan pailit atas wanprestasi yang dilakukan debitor.

Kata Kunci: Pailit, *Personal Guarantee*, Utang

ABSTRACT

AYUMI CLAUDIA (B022191003). “Responsibilities of Individual Guarantor (*Personal Guarantee*) Declared Bankrupt”. Advisor by Padma D Liman and Aulia Rifai.

The purpose of this research is to analyze the liability of individual guarantors who are declared bankrupt and examine suitability of Supreme Court Decision Number 212K/Pdt.Sus-Pailit/2015 with statutory regulations.

This research is normative juridical law research. The approaches used in this research are the Legislative Approach and the Conceptual Approach. The legal materials that will be used are primary, secondary, and tertiary legal materials. The method of collecting legal materials is carried out by studying documents in obtaining data from laws and regulations and other documents related to the author's problems related to decision Number 212K/Pdt.Sus-Bankrupt/2015.

The result of this research (1) In the deed of guarantee, if the guarantor doesn't undertake to be declared bankrupt in the event of default by the debtor, then the creditor cannot file for bankruptcy against the guarantor as regulated in Article 1824 BW; (2) The Supreme Court Decision Number 212K/Pdt.Sus-Pailit/2015 shows a discrepancy between theory and practice. The non-application of Article 1824 BW in the verdict can indeed be detrimental to the guarantor. In the deed of guarantee, if it's not explicitly stated that the guarantor agrees to be declared bankrupt in case of debtor fault then logically the guarantor cannot file for bankruptcy due to the debtor's default.

Key Words: Individual Guarantor, Personal Guarantee, Bankrupt

KATA PENGANTAR



Alhamdulillahirabbil'alamin, segala puji syukur Penulis Panjatkan kehadirat Allah SWT, Yang Maha Mengetahui serta Yang Maha Berkehendak, sebab hanya dengan kehendak-Nya maka Penulis dapat menyelesaikan Tesis ini. Shalawat dan salam tidak lupa selalu tercurahkan kepada Nabi Muhammad SAW sebagai pembawa Rahmatan Lil'Aalaamin, sehingga penulis senantiasa diberikan kesabaran, kemudahan dan keikhlasan dalam penyusunan Tesis yang berjudul "**Pertanggungjawaban Pihak Penjamin Perorangan (*Personal Guarantee*) yang Dinyatakan Pailit**" sebagai persyaratan penyelesaian studi mahasiswa Universitas Hasanuddin Makassar.

Penyusunan tesis ini tidak lepas dari keterlibatan berbagai pihak yang senantiasa membantu dan membimbing Penulis baik dalam suka maupun duka. Oleh karena itu, Penulis menyampaikan penghargaan setinggi-tingginya dan ucapan terima kasih yang sebesar-besarnya kepada seluruh pihak yang telah membantu baik secara moril maupun materil demi terwujudnya tesis ini. Penulis mengucapkan terima kasih sedalam-dalamnya untuk kedua orang tua, Ayah **Pawoei Tatang** dan Ibu **Hj. Caroline Arsyad** yang telah merawat saya dengan penuh kasih sayang sehingga bisa sampai pada tahap seperti sekarang ini. Tidak lupa pula saya

sampaikan terima kasih kepada pihak yang memberikan dorongan dan semangat serta doa.

1. **Bapak Prof. Dr. Ir. Jamaluddin Jompa, M.Sc.**, selaku Rektor Universitas Hasanuddin, **Bapak Prof. Dr. drg. Muhammad Ruslin, M.Kes., Ph.D., Sp.BM (K)**., selaku Wakil Rektor Bidang Akademik dan Kemahasiswaan; **Bapak Prof. Subehan, S.Si., M.Pharm., Sc., Ph.D., Apt.**., selaku Wakil Rektor Bidang Perencanaan, Pengembangan dan Keuangan; **Ibu Prof. Dr. Farida Patittingi, S.H., M.Hum.**, selaku Wakil Rektor Bidang Sumber Daya Manusia, Alumni dan Sistem Informasi; **Bapak Prof. Dr. Eng. Adi Maulana, S.T., M.Phil.**, selaku Wakil Rektor Bidang Kemitraan, Inovasi, Kewirausahaan dan Bisnis;
2. **Bapak Prof. Dr. Hamzah Halim, S.H., M.H., M.A.P.**, selaku Dekan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, **Bapak Prof Dr. Maskun, S.H., LL.M** selaku Wakil Dekan Bidang Akademik dan Kemahasiswaan; **Ibu Prof Dr. Iin Karita Sakharina, S.H., M.A.**, selaku Wakil Dekan Bidang Perencanaan, Sumber Daya dan Alumni; **Ibu Dr. Ratnawati, S.H., M.H.**, selaku Wakil Dekan Bidang Kemitraan, Riset dan Inovasi;
3. **Ibu Dr. Sri Susyanti Nur, S.H., M.H.**, selaku Ketua Program Studi Magister Kenotariatan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin;
4. **Ibu Dr. Padma D. Liman, S.H., M.H.**, selaku Pembimbing Utama dan **Ibu Dr. Aulia Rifai, S.H., M.H.**, selaku Pembimbing Pendamping. Terima kasih sebesar-besarnya atas segala bimbingan dan nasehat-nasehat

kepada Penulis sehingga Penulis dapat menyelesaikan tesis ini dengan baik;

5. **Bapak Prof. Dr. Ahmadi Miru, S.H., M.S., Ibu Dr. Oky Deviany, S.H., M.H., dan Bapak Dr. Winner Sitorus, S.H., M.H., LL.M.,** selaku Dosen Penguji. Terima kasih atas segala masukan-masukan demi perbaikan dan kesempurnaan tesis ini;
6. Seluruh Dosen Fakultas Hukum dan Staf Akademik Universitas Hasanuddin yang telah berjasa memberikan pengetahuan kepada Penulis yang amat bermanfaat;
7. Notaris dan PPAT, **Ibu Mardiana Kadir, Ibu Virna Sari Nasti dan Ibu Harina Wahab Jusuf** terima kasih sudah membantu dalam memberikan informasi terkait penyelesaian tesis ini;
8. Saudara-saudara Penulis, **Ledy Mentari, Muhammad Bolkia Saputra dan Muhammad Indra Endriartono** yang selalu memberikan semangat dan inspirasi dalam penulisan tesis ini;
9. **Ibu Ginawaty Peledengi** yang sangat berjasa dan selalu memberikan dukungan serta doa;
10. **Radinal Yudho Nugroho** yang telah membantu dan selalu menemani serta memberi semangat dalam penyelesaian penulisan tesis ini;
11. Seluruh pihak yang telah membantu Penulis sampai terselesaikannya tesis ini yang tidak bisa Penulis sebutkan satu persatu. Pada akhirnya Penulis mengharapkan semoga tesis ini dapat Penulis pertanggungjawabkan serta dapat memberikan manfaat terhadap

perngembangan ilmu hukum khususnya Magister Kenotariatan. Di samping itu Penulis masih membutuhkan kritik dan saran dari Pembaca agar bisa menjadi lebih baik kedepannya.

Makassar, 3 Juli 2023

AYUMI CLAUDIA

B022191003

DAFTAR ISI

HALAMAN SAMPUL	i
PERNYATAAN KEASLIAN	iii
LEMBAR PERSETUJUAN	iv
ABSTRAK	v
ABSTRACT	vi
KATA PENGANTAR	vii
BAB I PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang Masalah.....	1
B. Rumusan Masalah.....	8
C. Tujuan Penelitian.....	8
D. Manfaat Penelitian.....	9
E. Orisinalitas Penelitian.....	9
BAB II TINJAUAN PUSTAKA	12
A. Tinjauan Umum Hak Jaminan.....	12
1. Pengertian Jaminan dan Penanggung.....	12
2. Bentuk-Bentuk Jaminan.....	13
3. Pengertian Hak Jaminan Perorangan dan Kedudukannya.....	15
4. Kedudukan Hak Jaminan Perorangan dalam Kepailitan.....	18
5. Hak Istimewa <i>Personal Guarantor</i> dalam Perjanjian Penanggungan.....	18
a. Perjanjian Penanggungan Menurut BW.....	18
b. Hubungan dan Akibat Hukum Antara Penanggung dan Kreditor.....	20
c. Hubungan dan Akibat Hukum Antara Penanggung dan Debitor.....	22
d. Hak Istimewa Penanggung dalam Perjanjian Penanggungan.....	25
B. Tinjauan Umum Tentang Kepailitan.....	28
1. Pengertian Kepailitan dan Syarat-Syarat Kepailitan.....	28
2. Pengaturan Hukum Kepailitan.....	31

3. Asas dan Prinsip Kepailitan.....	32
4. Akibat Hukum Kepailitan.....	35
5. Pengurusan dan Pemberesan Harta Pailit.....	36
C. Landasan Teori.....	39
1. Teori Kepastian Hukum.....	39
2. Teori Keadilan.....	42
D. Bagan Kerangka Pikir.....	44
E. Definisi Operasional.....	45
BAB III METODE PENELITIAN.....	46
A. Tipe Penelitian.....	46
B. Pendekatan Penelitian.....	46
C. Bahan Hukum.....	47
D. Teknik Pengumpulan Bahan Hukum.....	48
E. Teknik Pengolahan dan Analisis Bahan Hukum.....	48
BAB IV HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN.....	53
A. Kedudukan Penanggung Dalam Hal Kepailitan yang Tidak Mencantumkan Dirinya Bersedia Dipailitkan Dalam Akta Penanggungan.....	50
B. Kesesuaian Putusan Mahkamah Agung Nomor 212K/Pdt.Sus-Pailit/2015 Terhadap Ketentuan Perundang-Undangan.....	70
BAB V PENUTUP.....	86
A. Kesimpulan.....	86
B. Saran.....	87

DAFTAR PUSTAKA

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Dalam kegiatan perekonomian masyarakat, pesatnya perkembangan ekonomi dapat menimbulkan permasalahan mengenai utang piutang yang akan semakin meningkat baik jumlah maupun kompleksitasnya sehingga keadaan pailit menjadi sesuatu yang bisa saja terjadi. Inilah yang menjadi alasan mengapa kehadiran peraturan-peraturan mengenai kepailitan menjadi suatu kebutuhan yang tak dapat dihindari.

Perusahaan yang tidak dapat beroperasi secara maksimal dan efisien, maka status keuangannya sering memburuk sehingga tidak dapat lagi membayar utangnya. Untuk dapat melakukan kegiatan komersialnya, suatu korporasi memerlukan sumber dana. Namun, karena tidak selalu memiliki dana yang cukup untuk menutupi pengeluaran mereka, perusahaan dapat memenuhi kewajiban keuangannya dengan meminjam dana yang diperlukan dari pihak lain, antara lain ke perbankan. Disini yang memberikan pinjaman disebut kreditor atau si berpiutang, sedangkan pihak yang menerima pinjaman disebut debitor atau si berutang.¹

Pada dasarnya kreditor memberikan kredit kepada debitor dengan asumsi bahwa debitor dapat mengembalikan pinjaman tepat pada

¹ Sutan Remi Sjahdeni, *Hukum Kepailitan : Memahami Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004*, Pustaka Utama Grafiti, Jakarta, 2010, hal. 2.

waktunya. Oleh karena itu, unsur pertama yang harus dinilai oleh kreditor adalah kesanggupan debitor untuk melunasi kewajibannya. Tanpa kepercayaan kreditor terhadap debitor, kredit atau pinjaman tidak akan diberikan. Oleh karena itu pinjaman dari kreditor kepada debitor disebut kredit yang berasal dari Bahasa Latin *credere* yang berarti kepercayaan atau *trust*.

Pada saat perjanjian utang piutang, undang-undang menjamin kewajiban debitor dalam Pasal 1131 *Burgerlijk Wetboek* (BW) yang mengatur bahwa: "Segala kebendaan si berutang baik yang bergerak maupun yang tak bergerak, baik yang sudah ada maupun yang baru akan ada di kemudian hari, menjadi tanggungan untuk segala perikatan perseorangan". Ini berarti meskipun perjanjian utang itu tidak diikuti dengan perjanjian penjaminan, pasal ini mengatur bahwa semua harta debitor dapat dijadikan jaminan atas utangnya. Adanya jaminan merupakan upaya untuk melindungi kreditor agar memberikan kepastian hukum atas pelunasan kewajiban debitor. Pemberian jaminan non kebendaan dapat dilakukan oleh perorangan maupun badan hukum.

Dalam praktik pinjam-meminjam untuk menjamin kepastian pengembalian utang debitor, maka kreditor dapat meminta jaminan kebendaan maupun jaminan non kebendaan atau immaterial seperti *personal guarantee* atau disebut juga jaminan perorangan apabila jaminan kebendaan dianggap kurang. Dalam jaminan perorangan, pihak

penanggung yang harus menyelesaikan prestasi debitor jika debitor wanprestasi. Hal-hal yang harus dilaksanakan atau dijamin oleh penjaminan perorangan harus secara tegas disebutkan dalam akta penjaminan, sebagaimana diatur dalam Pasal 1824 BW yaitu:

”Penanggungan utang tidak dipersangkakan, tetapi harus diadakan dengan pernyataan yang tegas, tidaklah diperbolehkan untuk memperluas penanggungan hingga melebihi ketentuan-ketentuan yang menjadi syarat sewaktu mengadakannya.”

Jaminan perorangan merujuk pada suatu bentuk jaminan yang diberikan oleh individu atau seseorang untuk menjamin pemenuhan kewajiban dari debitor. Pemberian jaminan perorangan memberikan perlindungan bagi kreditor jika debitor wanprestasi. Penanggung yang mengesampingkan hak istimewanya dianggap menggantikan kedudukan debitor sehingga jika terjadi wanprestasi maka penanggung yang harus bertanggungjawab melunasi utang debitor. Hal ini secara tegas diatur dalam Akta Penanggungan sedangkan untuk mempailitkan penanggung jika debitor wanprestasi, tidak pernah dicantumkan dalam Akta Penanggungan karena hal ini memang tidak diinginkan oleh penanggung.

Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (PERPU) Nomor 1 Tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-Undang Kepailitan diterbitkan oleh pemerintah Indonesia sebelum Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang. PERPU Nomor 1 Tahun 1998 kemudian resmi ditetapkan sebagai undang-undang oleh Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998 Tentang Penetapan

Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1998 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Kepailitan Menjadi Undang-Undang.

Pengesahan UU Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, yang selanjutnya disebut UU Kepailitan dan PKPU, berselang 6 (enam) tahun kemudian peraturan perundang-undangan kepailitan kembali mengalami dinamika. UU Kepailitan dan PKPU memiliki jangkauan yang lebih luas daripada PERPU No. 1 Tahun 1998 sebagai respon atas perluasan hukum kepailitan di Indonesia. Definisi "utang" dan "jatuh tempo" juga tunduk pada batasan yang ketat di bawah UU Kepailitan dan PKPU.

Untuk menghindari kesalahpahaman tentang pengertian pailit dan utang yang dijadikan acuan dalam praktik, maka penyusun undang-undang ini telah mencantumkan istilah pailit dan utang yang dituangkan dalam Bab I Pasal 1 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004.

Dalam beberapa putusan, pelaku usaha atau badan hukum menawarkan jaminan perusahaan dan/atau jaminan pribadi kepada kreditor untuk menjamin debitor dalam penyelesaian kewajibannya. Sejak berlakunya UU Kepailitan dan PKPU, penjamin atau penanggung cenderung mengalami hal-hal yang tidak menyenangkan akibat kreditor meminta penetapan pengadilan untuk mempailitkan pihak penanggung atau *borgtocht* yang biasanya dituntut oleh pihak bank jika debitor

wanprestasi sedangkan dalam akta penanggungan tersebut sama sekali tidak ada kesepakatan penanggung untuk dipailitkan jika debitor wanprestasi.

Dalam keadaan tertentu, peran penanggung yang semula hanya berperan sebagai pihak ketiga untuk menjamin dan menanggung pelunasan utang debitor yang lalai dalam melunasi utangnya, kedudukannya dapat berubah menjadi sama dengan debitor utama yang dapat dimintai pertanggungjawaban oleh kreditor secara langsung tanpa harus terlebih dahulu menyita harta dari debitor utama, apabila hal ini diperjanjikan sebagaimana diatur dalam Pasal 1824 BW. Hal ini dapat dilihat dalam putusan Mahkamah Agung Nomor 212K/Pdt.Sus-Pailit/2015 mengabulkan permohonan pailit terhadap Arifin yang merupakan penanggung dari PT. Mitra Usaha Cemerlang, dimana PT. Bank Mayapada Internasional, Tbk selaku Pemohon Pailit telah mengajukan permohonan pailit atas utang-utang Termohon Pailit yang telah jatuh tempo dan dapat ditagih.

Berdasarkan Akta Jaminan Perorangan (*Borgtocht*) Nomor 107, tanggal 28 September 2012 yang ditandatangani di hadapan Misahardi Wilamarta, S.H., Notaris di Jakarta, Termohon Pailit sebagai Penanggung telah melepaskan segala hak istimewa dan wewenang yang dimilikinya berdasarkan undang-undang, sebagaimana dinyatakan dalam kutipan, "Bahwa pengikatan sebagai Penjamin dilakukan dengan melepaskan

segala hak dan kuasa hukum yang pada umumnya diberikan kepada Penjamin.”

Pada perkara kepailitan ini, Termohon Pailit atau Arifin menilai beberapa dalil yang dikemukakan dalam persidangan oleh Pemohon Pailit atau Bank Mayapada International, Tbk tidak sepenuhnya faktual dalam perkara ini. Mengenai pembuktian bahwa Termohon Pailit melepaskan hak-hak istimewanya, Arifin melakukan demikian, tetapi hal itu tidak berarti bahwa penanggung dapat menggantikan debitor utama jika wanprestasi karena tidak diperjanjikan dalam akta penanggungan. Menurutnya, *borgtocht* merupakan perjanjian yang bersifat *accessoir*, artinya tidak ada penanggungan tanpa perjanjian pokok sehingga kewajiban untuk memenuhi prestasi tetap berada pada debitor utama atau PT. Mitra Usaha Cemerlang. Meskipun ada pelepasan hak istimewa dari penanggung/penjamin sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1831 BW, namun bukan berarti kedudukan penanggung dapat menggantikan posisi debitor utama yang tidak diperjanjikan dalam akta penanggungan sebagaimana diatur dalam Pasal 1824 BW. Ketentuan Pasal 1832 BW hanya memberi kewenangan bagi kreditor untuk menyita harta penanggung/penjamin yang akan digunakan untuk melunasi utang dari debitor utama (PT. Mitra Usaha Cemerlang), dan penanggung kehilangan haknya untuk menuntut agar barang debitor dulu yang disita.

Berdasarkan Pasal 1831 BW, penanggung berhak meminta agar harta debitor disita dan dilelang terlebih dahulu untuk melunasi utangnya. Harta penanggung baru akan menutupi utang jika hasil penjualan harta debitor tidak cukup untuk melunasi utangnya. Apabila penanggung memperjanjikan untuk mempertahankan hak-hak istimewanya dalam perjanjian penanggungan, kreditor akan menyita harta penanggung setelah harta debitor dilelang. Penanggung dapat berhenti terlibat setelah utang debitor telah dilunasi melalui prosedur penjualan, dan perjanjian penanggungan berakhir setelah perjanjian kredit selesai. Sebaliknya, jika penanggung tidak memperjanjikan untuk mempertahankan hak-hak istimewa yang dimilikinya sebagaimana diatur dalam undang-undang, maka kewajibannya untuk menanggung semua utang debitor dimulai sejak debitor wanprestasi pada perjanjian pokok. Pelepasan hak-hak istimewa penanggung harus ditegaskan pada saat pembuatan perjanjian penanggungan.

Pada awalnya peran Arifin (Termohon Pailit) hanya sebagai pihak ketiga yang mengikatkan diri untuk pemenuhan prestasi debitor utama, namun kedudukannya dianggap dapat menggantikan posisi debitor utama jika penanggung melepaskan hak istimewa yang dimilikinya dan diperjanjikan untuk melepaskan hak istimewanya. Menurut penulis, hal demikian kurang tepat karena dalam akta perjanjian penanggungan, Arifin (Termohon Pailit) memperjanjikan secara tegas bahwa dirinya telah melepaskan hak istimewa yang dimilikinya bukan ikut dipailitkan karena tidak diperjanjikan akan dipailitkan jika debitor utama wanprestasi. Oleh karena itu terjadi

penyalahgunaan dalam akta penanggungan yang berkenaan dengan pengaturan bentuk perjanjian penanggungan oleh pihak-pihak yang membuatnya dengan memanfaatkan kekaburan norma.

Terlepas dari apakah penanggung mengetahui atau tidak mengetahui hak istimewa yang dimilikinya, maka segala tindakan yang dapat dilakukan oleh kreditor tetap harus disebutkan secara tegas dalam akta perjanjian penanggungan.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang masalah yang telah diuraikan di atas, perumusan masalah dalam penelitian ini sebagai berikut:

1. Apakah penanggung dapat dipailitkan meskipun tidak diperjanjikan dalam Akta Penanggungan?
2. Apakah Putusan Mahkamah Agung Nomor 212K/Pdt.Sus-Pailit/2015 sudah sesuai dengan ketentuan perundang-undangan?

C. Tujuan Penelitian

1. Untuk memperjelas kedudukan penanggung yang tidak memperjanjikan dirinya bersedia dipailitkan dalam Akta Penanggungan.
2. Untuk menguji kesesuaian Putusan Mahkamah Agung 212K/Pdt.Sus-Pailit/2015 dengan ketentuan perundang-undangan.

D. Manfaat Penelitian

1. Secara Teoritis

- a. Diharapkan menjadi bahan pemikiran bagi perkembangan hukum, khususnya dalam hal penyelesaian masalah kepailitan;
- b. Diharapkan menjadi bahan kajian yang akan datang sebagai bahan perbandingan untuk penelitian yang lebih besar.

2. Secara Praktis

- a. Meningkatkan dan memberikan wawasan bagi penulis dalam rangka memanfaatkan informasi hukum yang diperoleh dari perguruan tinggi.
- b. Memperjelas pemahaman pembaca, khususnya tentang penanggungan.

E. Orisinalitas Penelitian

Standar utama dan fokus penulisan akademik adalah orisinalitas. Tulisan akademis, terutama tesis, disertasi, dan tesis, harus menunjukkan orisinalitas. Untuk kemudahan perbandingan dan untuk menunjukkan orisinalitas penulis, penulis memilih banyak sampel dari penelitian sebelumnya yang berbagi masalah yang sama dengan penelitian yang akan mereka lakukan.

Penelitian yang pertama pernah dilakukan oleh Ferry Sabela dari Universitas Indonesia, Program Studi Kenotariatan Tahun 2008 dengan judul "Analisis Eksekusi Jaminan Pribadi (*Personal Guarantee*) Sebagai

Jaminan Kredit Bank”. Terdapat kesamaan antara penelitian ini dengan penelitian penulis yaitu mengenai kasus kepailitan penjamin perorangan, namun perhatian Ferry Sabela lebih terfokus pada kewajiban penjamin kepada kreditur terkait dengan kredit macet. Walaupun dalam praktiknya pemberian jaminan personal telah dituangkan dalam akta notaris atau dalam bentuk-bentuk yang ditentukan oleh bank yang memuat janji-janji dari pemberi jaminan personal, namun masih sulit untuk meminta kinerja pelaksanaan tanggung jawab penjaminan perorangan (*personal guarantee*) kepada kreditor. Hal ini disebabkan tidak adanya butir-butir eksplisit yang terikat dalam perjanjian jaminan pribadi, yang menyebabkan seringnya terjadi penolakan terhadap kewajiban oleh penjamin. Untuk mencegah agar hartanya tidak dijadikan jaminan pelunasan utang debitor yang dijamin, penanggung utang dapat dengan mudah mengalihkan atau menjual hartanya kepada pihak lain.

Pemaparan ini mengungkapkan perbedaan antara studi penulis dan studi sebelumnya. Penelitian penulis difokuskan pada kedudukan penanggung yang dapat dipailitkan meskipun tidak diperjanjikan dalam Akta Penanggungan, serta kesesuaian Putusan Mahkamah Agung Nomor 212K/Pdt.Sus-Pailit/2015 dengan ketentuan perundang-undangan.

Selanjutnya jika dibandingkan dengan penelitian terdahulu oleh Siti Wardani dari Universitas Diponegoro, Program Studi Kenotariatan Tahun 2005 dengan judul “Efektivitas Jaminan Perorangan (*Borgtocht*) Apabila

Debitur Wanprestasi Pada Bank Jateng Cabang Pemuda Semarang”, tesis ini berfokus pada penggunaan jaminan perorangan (*borgtocht*) sebagai jaminan bank dalam praktik pemberian kredit sebagai jaminan tambahan jika Debitur wanprestasi di Bank Jateng Cabang Pemuda Semarang. Jaminan diperlukan pada praktik pemberian kredit oleh Bank Jateng. Jaminan yang dimaksud seperti barang bergerak (mobil, sepeda motor), deposito, dan tanah dan/atau bangunan adalah contoh jaminan yang dapat ditawarkan oleh debitur kepada kreditor dalam proses pemberian utang piutang. Sebaliknya, jaminan non-materi jarang diperlukan, dalam hal ini jaminan orang (*borgtocht*) untuk mengeluarkan kredit. Hal ini dikarenakan jaminan yang diberikan dalam perjanjian kredit bank lebih bersifat jaminan kebendaan daripada jaminan perseorangan (jaminan). Jaminan individu dianggap kurang efektif karena pelaksanaan eksekusinya yang begitu rumit. Jaminan perorangan tetap diperlukan, namun jika kreditor ragu dengan sifat debitur dalam proses penilaian walaupun agunan yang telah diberikan sudah cukup. Hal tersebut demi menjamin keamanan bank (kreditor).

Adapun perbedaan yang dapat ditarik antara penelitian yang dilakukan oleh Siti Wardani dengan penelitian yang dilakukan penulis yaitu lebih menitikberatkan pada kedudukan penanggung yang tidak memperjanjikan dirinya dapat dipailitkan dalam Akta Penanggungan dan kesesuaian putusan Mahkamah Agung Nomor 212K.Pdt.Sus-Pailit/2015 dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Tinjauan Umum Hak Jaminan

1. Pengertian Jaminan dan Penanggung

Pengertian jaminan menurut Mariam Darus Badruzaman adalah suatu tanggungan yang diberikan oleh seorang debitor dan atau pihak ketiga kepada kreditor untuk menjamin kewajibannya dalam suatu perikatan.² Bagi Suyanto, seorang pakar hukum perbankan menjelaskan jaminan sebagai pengalihan kekayaan atau pernyataan kesanggupan seseorang untuk membayar utang.³ Namun Hartono Hadisaputro berpendapat bahwa jaminan adalah sesuatu yang diberikan kepada kreditor untuk menimbulkan keyakinan akan kemampuan debitor untuk memenuhi kewajiban-kewajiban yang bernilai uang dan timbul dari suatu perjanjian.⁴

Jaminan ini tidak diatur secara khusus dalam BW (*Burgerlijk Wetboek*). Namun arti penting jaminan ini dapat dipahami berdasarkan ketentuan Pasal 1131 dan 1132 BW. Ketentuan Pasal 1131 BW adalah sebagai berikut:

“Segala kebendaan si berutang, baik yang bergerak maupun yang tak bergerak, baik yang sudah ada maupun yang baru akan ada di

² Mariam Darus Badruzaman, *Permasalahan Hukum Hak Jaminan dalam Hukum Bisnis*, 2000, hal. 12.

³ Thomas Suyanto, *Dasar-Dasar Perkreditan*, Gramedia, Jakarta, 1998, hal. 70.

⁴ Hartono Hadisaputro, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan dan Hukum Jaminan*, Liberty, Yogyakarta, 1984, hal. 50.

kemudian hari, menjadi tanggungan untuk segala perikatan perseorangan.”

Kemudian dalam ketentuan Pasal 1132 BW sebagai berikut:

“Kebendaan tersebut menjadi jaminan bersama-sama bagi semua orang yang mengutangkan padanya; pendapatan penjualan benda-benda itu dibagi-bagi menurut keseimbangan, yaitu menurut besar-kecilnya piutang masing-masing, kecuali apabila diantara para berpiutang itu ada alasan-alasan yang sah untuk didahulukan.”

Penanggung mempunyai kewajiban untuk menjamin pembayaran debitor.⁵ Dalam hal debitor lalai atau wanprestasi, penanggung wajib membayar kewajiban debitor kepada kreditor. Setelah debitor utama yang dijamin oleh penanggung melakukan wanprestasi dan barang milik debitor tersebut yang menjadi tanggungannya telah disita dan dijual tetapi hasilnya belum mencukupi untuk membayar utangnya, maka penanggunglah yang wajib membayar sisa utang debitor. Penanggungan utang atau *Borgtocht* adalah suatu perikatan dimana pihak ketiga guna kepentingan kreditor mengikatkan dirinya untuk memenuhi kewajiban debitor apabila debitor tersebut tidak dapat memenuhi kewajibannya.⁶

2. Bentuk-Bentuk Jaminan

Secara umum jaminan dibedakan atas 2 (dua) macam, yaitu:

1. Jaminan Materiil atau Jaminan Kebendaan

⁵ Imran Nating, *Peranan dan Tanggung Jawab Kurator dalam Pengurusan dan Pemberesan Harta Pailit*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2004, hal. 33.

⁶ *Ibid.*

Menurut Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, pengertian jaminan kebendaan adalah jaminan berupa hak mutlak atas suatu benda yang mempunyai ciri-ciri, mempunyai hubungan langsung dengan benda tertentu, dapat dipertahankan terhadap siapapun, selalu mengikuti benda itu dan dapat dialihkan. Terdapat 4 (empat) bentuk jaminan kebendaan yang dapat digolongkan, yaitu:⁷

- a. Gadai (*pand*), yang diatur dalam Bab 20 Buku II BW;
- b. Hipotek, yang diatur dalam Bab 21 Buku II BW;
- c. Hak Tanggungan, sebagaimana yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan atas Tanah Beserta Benda-Benda yang Berkaitan dengan Tanah;
- d. Jaminan Fidusia, sebagaimana yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia.

Dengan adanya Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan, maka pembebanan hak atas tanah melalui lembaga hipotek dan *credietverband* sudah tidak berlaku lagi. Ada 2 (dua) faktor yang harus ada agar suatu barang dapat diterima sebagai agunan, yaitu sebagai berikut:⁸

⁷ Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *Hukum Jaminan di Indonesia dan Pokok-Pokok Hukum Jaminan dan Jaminan Perorangan*, Liberty, Yogyakarta, 1980, hal.46.

⁸ <http://raimondfloramandasa.blogspot.com/2018/12/jaminan-perorangan-dan-jaminan.html> Raimond F. Lamandasa, *Jaminan Perorangan dan Jaminan Kebendaan*, diakses tanggal 28 Maret 2022 pukul 19.00.

- 1) *Secured*, menunjukkan bahwa sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan, objek agunan kredit dapat dianggap mengikat secara hukum. Bank diberi wewenang oleh undang-undang untuk melakukan tindakan dalam hal debitor gagal bayar di kemudian hari.
- 2) *Marketable*, yaitu benda jaminan tersebut bila hendak dieksekusi dapat segera dijual atau diuangkan untuk melunasi seluruh kewajiban debitor.

2. Jaminan Immateriil atau Jaminan Perorangan

Menurut Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, jaminan immaterial disebut juga jaminan perorangan adalah jaminan yang mengakibatkan hubungan langsung dengan orang tertentu dan hanya dapat ditegakkan terhadap debitor tertentu, terhadap kekayaan debitor umumnya.⁹

Jaminan perorangan dapat digolongkan menjadi 3 macam:¹⁰

- a. Pihak ketiga yang dapat ditagih adalah penanggung (*borg*);
- b. Tanggung menanggung, yang serupa dengan tanggung renteng;
- c. Perjanjian garansi.

3. Pengertian Hak Jaminan Perorangan dan Kedudukannya

Ada banyak sudut pandang dan perspektif ahli yang berbeda yang dapat dilihat untuk menentukan jaminan perorangan. Menurut Soebekti, jaminan perorangan adalah suatu perjanjian antara kreditor dengan pihak ketiga yang menjamin dipenuhinya kewajiban si berutang atau debitor. Bahkan

⁹ Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *Op. Cit.* hal. 47.

¹⁰ Salim H.S, *Op. Cit.* hal. 25.

dapat diadakan diluar (tanpa) si berutang tersebut. Istilah "jaminan perorangan" berasal dari kata *borgtocht* atau ada juga yang menyebutkan dengan istilah jaminan immaterial.

Dari perspektif hubungan perikatan antara kreditor dan pihak ketiga, Soebekti menilai ini sebagai jaminan khusus. Lebih lanjut dikatakannya, jaminan ini berfungsi untuk memenuhi tanggung jawab debitor yang dijamin akan dilaksanakan seluruhnya atau sampai batas tertentu. Menurut aturan pelaksanaan perintah pengadilan, harta benda penanggung (penjamin) dapat disita dan dijual secara lelang.¹¹ Ketentuan Pasal 1820 BW menyatakan bahwa:

“Penanggungan adalah suatu perjanjian dengan mana seorang pihak ke tiga, guna kepentingan si berpiutang, mengikatkan diri untuk memenuhi perikatan si berutang manakala orang ini sendiri tidak memenuhinya.”

Dalam kedudukannya sebagai perjanjian yang bersifat *accessoir*, maka perjanjian penanggungan seperti halnya perjanjian-perjanjian *accessoir* yang lain seperti hipotik, gadai dan lain-lain akan memperoleh akibat-akibat hukum tertentu, yaitu:¹²

- a. Keberadaan perjanjian penanggungan tergantung pada perjanjian pokok.
- b. Perjanjian penanggungan akan batal jika perjanjian pokoknya dibatalkan.

¹¹ *Ibid*, hal. 218.

¹² Sri Soedewi Masjchoen, *Op Cit*, hal 82.

- c. Perjanjian penanggungan ikut hapus jika perjanjian utamanya dihapuskan.
- d. Dengan diperalihkannya piutang pada perjanjian pokok, maka semua perjanjian *accessoir* (*accessoria*) yang terkait juga akan dialihkan. Piutang-piutang istimewa (*privilege*), hipotek, hipotik, dan lain-lain juga ikut beralih. Jika peralihan piutang itu terjadi karena adanya cessi dan subrogasi maka *accessoria-accessoria* itu akan ikut beralih tanpa adanya penyerahan khusus untuk itu.

Adapun hal-hal yang mengakibatkan hapusnya kewajiban penjamin antara lain sebagai berikut:¹³

1. Hapusnya perjanjian penanggungan (*borgtocht*) tergantung dari perjanjian kredit atau perjanjian utang lainnya sebagai perjanjian pokok. Dalam artian bilamana perjanjian kredit hapus maka perjanjian penanggungan juga turut hapus;
2. Hapusnya penanggungan disebabkan karena penanggung dibebaskan atau diberhentikan dari kewajibannya sebagai penanggung;
3. Penghapusan penanggungan dalam hal kreditor dengan sukarela telah menerima pembayaran dari penanggung berupa benda-benda bergerak atau tidak bergerak dalam rangka pelunasan kewajiban debitor.

¹³ *Ibid.*

4. Kedudukan Hak Jaminan Perorangan dalam Kepailitan

Personal Guarantee memiliki kedudukan sebagai penanggung atas perikatan yang dilakukan antara Kreditor dengan Debitur. Penanggung dalam BW diberikan hak istimewa, yaitu hak bagi penanggung tidak diwajibkan membayar kepada kreditor kecuali jika debitur utama lalai dan atas kelalaiannya, harta benda debitur utama terlebih dahulu disita kemudian dilelang dan hasilnya digunakan untuk melunasi utang-utang. Jika dari hasil penjualan harta benda debitur utama tidak dapat memenuhi kewajibannya, maka penanggung atau *garantor* dapat ditagih untuk melunasi sisa utang dari debitur utama yang belum terbayar. Namun, apabila penanggung telah melepaskan hak istimewa yang diberikan hukum kepadanya, maka penanggung dapat dimintai pertanggungjawaban secara langsung oleh kreditor atas kelalaian debitur utama.¹⁴

5. Hak Istimewa *Personal Guarantor* Dalam Perjanjian Penanggungan

a. Perjanjian Penanggungan Menurut BW

Penanggungan utang adalah yang perjanjian dibuat oleh pihak ketiga (bukan debitur yang berkewajiban untuk memenuhi suatu perikatan yang telah ada) dengan kreditor (yang berhak atas pemenuhan perikatan oleh debitur).¹⁵ Menurut BW, perjanjian penanggungan pada hakekatnya

¹⁴ <http://isisikhwansyah.blogspot.com/2011/06/debitur-pailit-hubungannya-dengan.html>
Isis Ikhwansyah, diakses tanggal 29 Maret pukul 10.00.

¹⁵ Gunawan Widjaja dan Kartini Muljadi, *Penanggungan Utang dan Perikatan Tanggung Menanggung*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2003, hal 15.

dideskripsikan bersifat *accessoir*, artinya senantiasa merupakan perjanjian yang berhubungan dengan perjanjian pokok. Kedudukan perjanjian penanggungan yang dikonstruksikan sebagai perjanjian *accessoir* menjamin stabilitas lembaga penanggungan bagi keamanan kreditor sebagai pemberi pinjaman.¹⁶

Unsur *essensialia* dalam perjanjian penanggungan dapat dilihat dari pengertian perjanjian penjaminan yang diatur dalam Pasal 1820 BW, yang memuat ketentuan:

“Penanggungan adalah suatu perjanjian dengan mana seorang pihak ketiga, guna kepentingan si berpiutang, mengikatkan diri untuk memenuhi perikatan si berutang manakala orang ini sendiri tidak memenuhinya”.

Berdasarkan Pasal 1821 BW, tidak ada jaminan jika tidak ada suatu perikatan pokok yang sah, maka perjanjian penanggungan dapat dianggap sebagai perjanjian *accessoir*. Mengenai bentuk jaminan sebenarnya, terdapat jaminan perorangan dan juga jaminan hak kebendaan. Sementara hak perorangan menimbulkan hubungan langsung antara satu dengan yang lain sedangkan hak kebendaan memberikan kendali langsung atas barang tersebut.

Ditinjau dari sifatnya, jaminan penanggungan tergolong pada jaminan yang bersifat perorangan, yaitu adanya orang/pihak ketiga yang menjamin

¹⁶ Sri Soedewi, *Op. Cit*, hal 37.

memenuhi pemenuhan utang jika debitor wanprestasi. Pada jaminan yang bersifat perorangan demikian pemenuhan prestasi hanya dapat dipertahankan terhadap orang-orang tertentu, yaitu debitor atau penanggungnya.¹⁷

Perjanjian penanggungan harus dinyatakan secara tegas dan tidak dipersangkakan. Oleh karena itu, penanggung harus memberikan gambaran yang jelas tentang kehendak mereka. Adanya pernyataan kehendak secara tegas dari penanggung demi perlindungan bagi penanggung itu sendiri agar dia tidak dipertanggungjawabkan terhadap hal-hal lainnya. Adanya pernyataan kehendak secara tegas tidak diisyaratkan bagi kreditor, cukup kreditor menerima akta *borgtocht* dan meminta pemenuhan sesuai dalam perjanjian.¹⁸

b. Hubungan dan Akibat Hukum Antara Penanggung Dengan Kreditor

Dengan adanya perjanjian penanggungan antara kreditor dan penanggung, maka lahirlah akibat-akibat hukum yang berupa hak-hak dan kewajiban-kewajiban tertentu yang harus diperhatikan oleh penanggung maupun kreditor. Perjanjian penanggungan juga menetapkan hak-hak bagi penanggung yang diatur dalam BW, meskipun pada awalnya tampak hanya

¹⁷ Man S. Sastrawidjaja dan Isis Ikhwansyah, *Hukum Kepailitan Analisis Jaminan Perorangan (Personal Guarantor) Dalam Perkara Kepailitan*, CV Keni Media, Bandung, 2019, hal 26.

¹⁸ <https://blog.bplawyers.co.id/jaminan-perorangan-merupakan-salah-satu-pilihan-jaminan-yang-dapat-anda-pergunakan>, diakses tanggal 16 Januari 2023 pukul 11.00.

membebankan tanggung jawab kepada penanggung karena mengikatkan dirinya untuk memenuhi prestasi/utang demi kepentingan kreditor.

Hak-hak demikian oleh undang-undang diberikan kepada penanggung yang merupakan bentuk perlindungan bagi penanggung terhadap tindakan-tindakan dari kreditor yang memberatkan bagi penanggung. Ketentuan-ketentuan yang diberikan oleh undang-undang sebagaimana nampak dari pasal-pasal tertentu dalam BW akan berlaku bagi penanggung, kecuali jika para pihak (penanggung dan kreditor) memperjanjikan secara lain.

Sebagai akibat adanya perjanjian penanggungan antara kreditor dan penanggung, maka lahirah kewajiban-kewajiban terhadap penanggung. Namun demikian, seperti halnya dengan perjanjian-perjanjian lainnya, aturan dalam Pasal 1338 ayat (3) BW bahwa “setiap perjanjian itu harus dilaksanakan dengan itikad baik” harus berlaku.¹⁹ Oleh karena itu, sekalipun si penanggung telah sepakat untuk melepaskan haknya, tidak berarti bahwa kreditor dapat mengabaikan kepentingan penanggung pada waktu ia melaksanakan hak-haknya. Tanggung jawab untuk memberitahukan penanggung mengenai hal-hal yang seharusnya diketahui oleh penanggung untuk melindungi kepentingan mereka.

¹⁹ Sri Soedewi, *Op. Cit*, hal 91.

c. Hubungan dan Akibat Hukum Antara Penanggung dan Debitor

a. Hak Regres dari Penjamin

Ketentuan Pasal 1843 BW mengatur:

Si penanggung dapat menuntut si berutang untuk diberikan ganti rugi atau untuk dibebaskan dari perikatannya, bahkan sebelum ia membayar utangnya:

- 1) Apabila ia digugat di muka Hakim untuk membayar;
- 2) Dihapuskan;
- 3) Apabila si berutang telah berjanji untuk membebaskannya dari penanggungannya didalam suatu waktu tertentu;
- 4) Apabila utangnya dapat ditagih karena lewatnya jangka waktu yang telah ditetapkan untuk pembayarannya;
- 5) Setelah lewatnya waktu sepuluh tahun jika perikatan pokok tidak mengandung jangka waktu tertentu untuk pengakhirannya, kecuali apabila perikatan pokok sedemikian sifatnya, hingga ia tidak dapat diakhiri sebelum lewatnya suatu waktu tertentu, seperti halnya suatu perwalian.

Apabila penanggung telah membayar utang debitor maka ia dapat menuntut kembali pembayaran tersebut dari debitor, baik penanggungan itu dengan sepengetahuan ataupun tanpa pengetahuan debitor. Hak untuk menuntut kembali kembali pada umumnya disebut hak regres yang timbul karena diberikan oleh undang-undang.

Walaupun tidak dicantumkan dalam akta perjanjian penanggungan, hak regres tersebut tetap ada. Hak regres itu timbul setelah penanggung membayar kewajiban debitor, baik pembayaran itu dilakukan dengan sukarela maupun atas dasar putusan hakim yang memaksa penanggung untuk melakukannya.²⁰

²⁰ Sri Soedewi, *Op. Cit*, hal 100.

Hak regres itu dilakukan baik mengenai utang pokok, bunga maupun biaya-biaya lain yang timbul. Penanggung juga berhak menuntut penggantian kerugian yang berupa biaya, kerugian dan bunga jika ada alasan untuk itu sebagaimana tercantum dalam Pasal 1839 ayat (4) BW.²¹

b. Subrogasi

Ketentuan Pasal 1400 BW mengatur bahwa:

“Subrogasi atau penggantian hak-hak si berpiutang oleh seorang pihak ketiga, yang membayar kepada si berpiutang itu, terjadi baik dengan persetujuan maupun demi undang-undang”.

Apabila penanggung telah melunasi kewajiban debitor kepada kreditor, maka dia dapat menuntut kembali pemenuhan mengenai apa yang telah dibayarnya kepada debitor utama. Hak ini dapat dilaksanakan apabila ia telah memenuhi kewajibannya sebagai penanggung, baik karena dituntut melalui suatu proses perkara atau karena dilakukan secara sukarela tanpa melalui suatu proses perkara terlebih dahulu. Pihak ketiga telah memenuhi tanggung jawabnya sebagai penanggung.²²

Menurut ketentuan Pasal 1400 BW, subrogasi dapat terjadi karena perjanjian dan karena undang-undang. Pasal 1401 BW menjelaskan:

²¹ *Ibid*

²² J.C.T Simorangkir dan Rudy T. Erwin, *Kamus Hukum*, Aksara Baru, Jakarta, 1987, hal 192.

“Penggantian ini terjadi dengan persetujuan:

1. Apabila si berpiutang, dengan menerima pembayaran itu dari seorang pihak ke tiga, menetapkan bahwa orang ini akan menggantikan hak-haknya, gugatan-gugatannya, hak-hak istimewa dan hipotik-hipotik yang dipunyainya terhadap si berutang.
Subrogasi ini harus dinyatakan dengan tegas dan dilakukan tepat pada waktu pembayaran.
2. Apabila si berutang meminjam sejumlah uang untuk melunasi utangnya, dan menetapkan bahwa orang yang meminjam uang itu akan menggantikan hak-hak si berpiutang maka agar subrogasi ini sah, baik perjanjian pinjam uang maupun tanda pelunasan harus dibuat dengan akta otentik, dan dalam surat perjanjian pinjam uangnya harus diterangkan bahwa uang itu dipinjam guna melunasi utang tersebut; sedangkan selanjutnya surat tanda pelunasannya harus menerangkan bahwa pembayaran dilakukan dengan uang yang untuk itu dipinjamkan oleh si berpiutang baru.
Subrogasi ini dilaksanakan tanpa bantuan si berpiutang.”

Subrogasi juga pada dasarnya bisa terjadi karena undang-undang sebagaimana diatur dalam Pasal 1402 BW yang menyatakan bahwa:

“Subrogasi terjadi karena Undang-Undang:

1. Untuk seorang yang sedang ia sendiri orang berpiutang, melunasi seorang berpiutang lain yang berdasarkan hak-hak istimewa atau hipotik mempunyai suatu hak yang lebih tinggi;
2. Untuk seorang pembeli sesuatu benda tak bergerak, yang telah memakai harga benda tersebut untuk melunasi orang-orang berpiutang, kepada siapa benda itu diperikatkan dalam hipotik;
3. Untuk seorang yang bersama-sama dengan orang lain atau untuk orang-orang lain, diwajibkan membayar suatu utang, berkepentingan untuk membayar suatu utang, berkepentingan untuk melunasi utang itu;
4. Untuk seorang ahli waris yang sedang ia menerima suatu warisan dengan hak istimewa untuk mengadakan pencatatan tentang keadaan harta peninggalan, telah membayar utang-utang warisan dengan uangnya sendiri.”²³

²³ Herlien Budiono, *Ajaran Umum Hukum Perjanjian dan Penerapannya di Bidang Kenotariatan*, Citra Aditya, Bandung, 2010, hal 176.

d. Hak Istimewa Penanggung dalam Perjanjian Penanggungan

Hak istimewa penanggung atau *personal guarantor* diatur dalam Pasal 1831, 1837, 1848, dan 1849 BW, diantaranya adalah dalam melaksanakan kewajibannya oleh undang-undang, penanggung diberikan hak-hak tertentu yang sifatnya memberikan perlindungan bagi penanggung. Hak-hak penanggung tersebut menurut ketentuan BW berupa:²⁴

a. Hak Untuk Menuntut Lebih Dahulu (*Voorrecht Van Uitwinning*)

Penanggung baru wajib bertindak sebagai *borg* jika barang debitor disita dan dijual terlebih dahulu, tetapi tidak cukup untuk menutupi utang, sebab, dalam hal debitor lalai untuk memenuhi prestasi, penanggung baru wajib membayar utangnya kepada kreditor setelah menuntut agar harta debitor disita dan dijual untuk melunasi utangnya, sebagaimana diatur dalam Pasal 1831 BW.

Pengecualian terhadap kewenangan penanggung untuk menuntut terlebih dahulu penjualan harta debitor adalah sebagai berikut:²⁵

- 1) Jika ia telah melepaskan hak istimewanya untuk menuntut agar barang-barang debitor utama lebih dahulu disita dan dijual. Pelepasan hak yang demikian biasanya diminta oleh kreditor agar ia dapat menuntut langsung pada penanggung untuk pemenuhan piutangnya demi kepentingan kreditor;

²⁴ R. Subekti, *Jaminan-Jaminan Untuk Pemberian Kredit Menurut Hukum Indonesia*, PT. Alumni, Bandung, 1986, hal. 118.

²⁵ Siti Anisa, "Personal Guarantee dan Corporate Guarantee Dalam Putusan Pengadilan Niaga", *Jurnal Hukum*, Nomor 19 Vol 9, 2002, hal 53.

- 2) Apabila ia telah mengikatkan diri bersama-sama dengan debitor utama secara tanggung-menanggung. Dalam hal ini, konsekuensi dari komitmen ini diatur menurut asas-asas yang ditetapkan untuk perutangan tanggung menanggung;
- 3) Jika debitor diperbolehkan untuk mengajukan suatu tangkisan yang mengenai dirinya secara pribadi;
- 4) Dalam hal debitor pailit;
- 5) Jika penanggungan itu diperintahkan oleh hakim.

b. Hak Untuk Membagi Utang

Jika dalam perjanjian penanggungan terdapat beberapa orang yang mengikatkan diri sebagai penanggung untuk suatu utang dan untuk seorang debitor yang sama, maka masing-masing penanggung terikat untuk seluruh utang sebagaimana diatur dalam Pasal 1836 BW. Ketentuan undang-undang memberikan hak bagi masing-masing penanggung ini untuk membagi utangnya yaitu pada waktu digugat untuk pemenuhan utang dapat menuntut agar kreditor terlebih dahulu membagi-bagi piutangnya untuk bagian dari para penanggung sebagaimana diatur dalam Pasal 1837 BW.

Dalam hal penanggung melepaskan haknya untuk membagi perikatan kepada para penanggung, maka terjadi *Hoofdelijkheid* atau pembagian tanggung jawab di antara para penanggung. Ketentuan tanggung jawab utang diatur dalam beberapa pasal, yaitu:

Pasal 1836 BW:

“Jika beberapa orang telah mengikatkan diri sebagai penanggung untuk seorang berutang yang sama, lagi pula untuk utang yang sama, maka masing-masing adalah terikat untuk seluruh utang itu.”

Pasal 1837 BW:

“Namun itu masing-masing dari mereka, jika ia tidak telah melepaskan hak istimewanya untuk meminta pemecahan utangnya, pada pertama kalinya ia digugat di muka Hakim, dapat menuntut supaya si berpiutang lebih dahulu membagi piutangnya dan menguranginya hingga bagian masing-masing penanggung utang yang terikat secara sah.

Jika pada waktu salah seorang penanggung menuntut pemecahan utangnya, seorang atau beberapa orang teman penanggung berada dalam keadaan tak mampu, maka si penanggung tersebut diwajibkan membayar untuk orang-orang yang tidak mampu itu menurut imbangannya; tetapi ia tidak bertanggung jawab jika ketidakmampuan orang-orang itu terjadi setelah pemecahan utangnya.

c. Hak Untuk Mengajukan Tangkisan

Dalam menjalankan kewajibannya, penanggung berwenang mengajukan pembelaan yang dapat digunakan debitor terhadap kreditor, kecuali tangkisan yang berkaitan dengan pribadi debitor sendiri. Hak untuk mengajukan tangkisan dari penanggung lahir dari perjanjian penanggungan yang merupakan hak dari penanggung sendiri.

Selain itu, karena sifat *accessoir* dari perjanjian penanggungan, maka penanggung dapat juga mengajukan tangkisan-tangkisan yang digunakan debitor terhadap kreditor yang lahir dari perjanjian pokok.

B. Tinjauan Umum Tentang Kepailitan

1. Pengertian Kepailitan dan Syarat-Syarat Kepailitan

"Kebangkrutan" berasal dari kata Belanda "*Faillet*." Asal kata *Faillet* adalah kata Prancis "*Failite*", yang berarti mogok atau berhenti membayar. Istilah Prancis untuk orang yang mogok atau menolak membayar adalah "*Le Failli*". *Failli* adalah kata kerja yang berarti gagal. Kata bahasa Inggris "*To Fail*" identik dengan kegagalan. Di negara-negara yang menggunakan Bahasa Inggris untuk pengertian Pailit menggunakan istilah *Bankrupt* dan untuk Kepailitan menggunakan istilah *Bankruptcy*. Ungkapan Pailit dan Kepailitan digunakan dalam bahasa Indonesia.²⁶

Pengajuan permohonan pailit dapat dilihat sebagai upaya kerjasama untuk mendapatkan pembayaran bagi semua kreditor secara adil dan tertib, memastikan bahwa setiap kreditor menerima pembayaran sebanding dengan besarnya piutang masing-masing tanpa konflik.²⁷ Menurut *Trade Finance Economic Encyclopedia*, istilah pailit atau bangkrut mengacu pada seseorang yang telah dinyatakan pailit oleh pengadilan dan aset atau warisannya telah disisihkan untuk melunasi kewajibannya.²⁸

²⁶ Sutarno, *Aspek-Aspek Hukum Perkreditan Pada Bank*, Alfabeta, Bandung, 2003, hal. 344.

²⁷ Abdul R. Saliman, *Hukum Bisnis Untuk Perusahaan: Teori dan Contoh Kasus*, Kencana, Jakarta, 2011, hal. 133.

²⁸ Munir Fuady, *Hukum Pailit Dalam Teori dan Praktek*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2010, hal. 7

Sebagaimana tercantum dalam undang-undang ini, UU Kepailitan dan PKPU Pasal 1 angka 1 mengatur sita umum atas semua kekayaan debitor pailit yang pengurusan dan pemberesannya dilakukan oleh kurator di bawah pengawasan hakim pengawas. Sedangkan menurut M. Hadi Shubban, kepailitan adalah putusan pengadilan yang mengakibatkan penyitaan umum atas semua kekayaan debitor pailit, baik yang sudah ada maupun yang akan datang. Tujuan utama pengurusan dan penyelesaian kepailitan yang dilakukan oleh kurator di bawah pengawasan hakim pengawas adalah menggunakan hasil penjualan harta kekayaan tersebut untuk melunasi seluruh kewajiban debitor pailit secara proporsional dan terstruktur.²⁹

Adapun persyaratan untuk mengajukan permohonan pernyataan pailit yang telah diatur dalam Pasal 2 ayat (1) UU Kepailitan dan PKPU yang menyatakan:

“Debitor yang mempunyai dua atau lebih kreditor dan tidak membayar lunas sedikitnya satu utang yang telah jatuh waktu dan dapat ditagih, dapat dinyatakan pailit dengan putusan pengadilan, baik atas permohonan satu atau lebih kreditornya”.

Permohonan pernyataan pailit diajukan kepada Pengadilan Niaga yang persyaratannya menurut Pasal 2 ayat (1) UU Kepailitan dan PKPU adalah:

- a. Ada 2 (dua) atau lebih kreditor. Kreditor adalah orang yang mempunyai piutang karena perjanjian atau undang-undang yang dapat ditagih di

²⁹ M. Hadi Shubban, *Hukum Kepailitan: Prinsip, Norma dan Praktik di Peradilan*, Kencana, Jakarta, 2009, hal. 1.

muka pengadilan. Kreditor konkuren, separatis, dan *preferen* semuanya termasuk dalam kreditor di sini;

- b. Adanya utang yang telah jatuh tempo dan dapat ditagih, artinya ada kewajiban untuk membayar utang yang telah jatuh tempo, baik karena diperjanjikan; karena dipercepat waktu penagihan yang diperjanjikan; karena pengenaan sanksi atau denda oleh instansi yang berwenang atau karena putusan pengadilan, putusan arbiter, atau majelis arbitrase;
- c. Kedua hal tersebut (adanya 2 (dua) atau lebih kreditor dan adanya utang yang telah jatuh tempo dan dapat ditagih) dapat dibuktikan secara sederhana.

Sesuai dengan Pasal 2 UU Kepailitan dan PKPU, pihak yang dapat mengajukan permohonan pailit adalah sebagai berikut:

- a. Debitor sendiri

Jika debitor terikat dalam pernikahan yang sah, permohonan pailit hanya dapat diajukan atas persetujuan suami atau istri yang menjadi pasangannya.

- b. Seorang kreditor atau lebih

Kreditor konkuren, preferen, dan separatis termasuk di antara mereka yang dapat mengajukan permohonan kepailitan.

- c. Kejaksaan

Kejaksaan dapat mengajukan permohonan pailit dengan alasan demi kepentingan umum, yaitu kepentingan bangsa dan negara dan/atau kepentingan masyarakat luas.

d. Otoritas Jasa Keuangan (OJK)

Pengaturan dan pengawasan industri jasa keuangan mengalami perubahan yang sangat fundamental. Pengaturan dan pengawasan industri jasa keuangan non-bank dan pasar modal yang sebelumnya dilakukan oleh Badan Pengawas Pasar Modal dan Lembaga Keuangan, semenjak 31 Desember 2012 beralih dan dilaksanakan oleh Otoritas Jasa Keuangan. Pada tahun 2014 setelah diundangkannya Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2014 tentang Perasuransian dalam Pasal 50 ayat (1) menyatakan:

“Sejalan dengan ruang lingkup tugas Otoritas Jasa Keuangan yang berfungsi menyelenggarakan sistem pengaturan dan pengawasan yang terintegrasi terhadap keseluruhan kegiatan di dalam sektor jasa keuangan, maka kewenangan pengajuan pailit terhadap Perusahaan Asuransi, Perusahaan Asuransi Syariah, perusahaan reasuransi dan perusahaan reasuransi syariah yang semula dilakukan oleh Menteri Keuangan berdasarkan Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang beralih menjadi kewenangan Otoritas Jasa Keuangan berdasarkan undang-undang ini.”

2. Pengaturan Hukum Kepailitan

Peraturan yang mengatur tentang kepailitan sudah ada sejak zaman penjajahan Belanda, khususnya S. 1905-217 dan S. 1906-348. Pedoman ini jarang diterapkan dalam kehidupan nyata. Terdapat sangat sedikit kasus pada saat itu yang mencoba menggunakan peraturan ini. Bahkan jika

peraturan tersebut diterapkan itu hanya akan terjadi terhadap kasus-kasus kecil.³⁰

Namun, saat keluarnya Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1998 tentang Perubahan Atas Undang-Undang tentang Kepailitan yang kemudian disahkan dengan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998 tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1998 tentang Perubahan Atas Undang-Undang tentang Kepailitan Menjadi Undang-Undang, yang memperbaharui peraturan kepailitan yang lama, maka serta merta dunia hukum diramaikan oleh diskusi dan kasus-kasus kepailitan di pengadilan, dalam hal ini disebut pengadilan niaga. Salah satu keunggulan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998 ini adalah prosedurnya yang serba cepat. Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998 tersebut kemudian diperbaiki dan diganti dengan Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (PKPU).

3. Asas dan Prinsip Kepailitan³¹

Meskipun tidak disebutkan secara tegas, asas-asas hukum yang lazim berlaku dalam hukum perdata dan hukum acara perdata juga merupakan asas-asas hukum yang berlaku dalam hukum kepailitan Indonesia. Hukum kepailitan umum Indonesia diatur oleh hukum perdata, dan hukum

³⁰ Munir Fuady, *Op. Cit.*, hal. 1.

³¹ Syamsudin M. Sinaga, *Hukum Kepailitan Indonesia*, Tatanusa, Jakarta, 2012, hal. 1.

kepailitan khusus dan peraturan PKPU mengatur kepailitan secara lebih rinci:

1. Asas Umum

Pasal 1131 BW yang disebut asas persamaan kedudukan kreditor (*paritas creditorium*), dan Pasal 1132 BW yang disebut asas *pari passu prorata parte*, keduanya menentukan bahwa semua kreditor mempunyai hak yang sama atas harta debitor, kecuali kreditor lain mempunyai alasan yang sah untuk didahulukan.

a) Prinsip *Paritas Creditorium*

Prinsip ini diatur dalam Pasal 1131 BW:

“Segala kebendaan si berutang, baik yang bergerak maupun yang tak bergerak, baik yang sudah ada maupun yang baru akan ada di kemudian hari, menjadi tanggungan untuk segala perikatan perseorangan.”

b) Prinsip *Pari Passu Prorate Parte*

Prinsip ini diatur dalam Pasal 1132 BW:

“Kebendaan tersebut menjadi jaminan bersama-sama bagi semua orang yang mengutangkan padanya; pendapatan penjualan benda-benda itu dibagi-bagi menurut keseimbangan, yaitu menurut besar kecilnya piutang masing-masing, kecuali apabila di antara para berpiutang itu ada alasan-alasan yang sah untuk didahulukan.”

2. Asas Khusus

Selain asas umum yang diatur dalam *Burgerlijk Wetboek* (BW), Hukum Kepailitan Indonesia juga mempunyai asas khusus sebagaimana

diuraikan dalam penjelasan umum UU Kepailitan dan PKPU. Asas-asas tersebut antara lain:³²

a) Asas Keseimbangan

Undang-undang ini mengatur beberapa ketentuan yang mengandung asas keseimbangan, yaitu disatu pihak ketentuan yang dapat mencegah terjadi penyalahgunaan pranata dan lembaga kepailitan oleh debitor yang tidak jujur, dan dilain pihak terdapat ketentuan yang dapat mencegah terjadinya penyalahgunaan pranata dan lembaga kepailitan oleh kreditor yang beritikad tidak baik.

b) Asas Kelangsungan Usaha

Ketentuan dalam undang-undang ini memungkinkan perusahaan debitor yang prospektif tetap dapat dilangsungkan.

c) Asas Keadilan

Asas keadilan dalam kepailitan mengisyaratkan bahwa hukum kepailitan dapat memuaskan rasa keadilan bagi pihak yang berkepentingan. Konsep keadilan ini dimaksudkan agar kreditor tidak bertindak semena-mena dan mengabaikan hak-hak kreditor lainnya.

d) Asas Integrasi

Asas integrasi dalam kepailitan mengandung pengertian bahwa sistem hukum formal dan sistem hukum materilnya merupakan satu

³² Rahayu Hartini, *Penyelesaian Sengketa Kepailitan di Indonesia: Dualisme Kewenangan Pengadilan Niaga dan Lembaga Arbitrase*, Kencana, Jakarta. 2009, hal. 16-17.

kesatuan yang utuh dari sistem hukum perdata dan hukum acara perdata nasional.

4. Akibat Hukum Kepailitan

Debitor akan menghadapi beberapa akibat hukum dari kepailitannya. Berikut adalah akibat hukum yang dihadapi debitor apabila menggunakan 2 (dua) teknik pembekalan yang berbeda:³³

1. Berlaku demi hukum

Ada beberapa akibat hukum yang mulai berlaku segera setelah pernyataan pailit, setelah memperoleh kekuatan hukum tetap, dan setelah kepailitan berakhir. Dalam hal ini, pihak dalam proses kepailitan yaitu pengadilan niaga, hakim pengawas, kurator, kreditor dan siapapun yang terlibat dalam proses kepailitan tidak dapat memberikan andil secara langsung untuk terjadinya akibat hukum tersebut.

2. Berlaku secara *rule of reason*

Rule of reason berlaku untuk beberapa akibat hukum terkait kepailitan, maksudnya ialah akibat hukum tersebut tidak otomatis berlaku tetapi baru berlaku jika diberlakukan oleh pihak-pihak tertentu setelah mempunyai alasan yang wajar untuk diberlakukan.

Dalam Pasal 21 UU Kepailitan dan PKPU disebutkan kepailitan meliputi semua harta kekayaan debitor pada saat putusan pernyataan pailit diucapkan serta segala sesuatu yang diperoleh selama kepailitan. Dengan

³³ Munir Fuady, *Op. Cit.*, hal. 61-62.

demikian, harta debitor turut serta dalam akibat kepailitan itu. Oleh karena itu dengan dinyatakan pailit, maka:

1. Debitor

- a. Kehilangan wewenang atas pengelolaan harta kekayaannya;
- b. Perikatan yang terjadi setelah pernyataan pailit tidak dapat dibebankan ke budel pailit;
- c. Tujuan terhadap harta pailit diajukan kepada dan/atau oleh kurator;
- d. Penyitaan menjadi hapus;
- e. Bila debitor ditahan harus dilepas.

2. Terhadap pemegang hak tertentu

- a. Pemegang jaminan fidusia, hak tanggungan, gadai, dan hak agunan lainnya dapat mengeksekusi seolah-olah tidak ada kepailitan;
- b. Pelaksanaan hak tersebut harus dilaporkan ke kurator.

5. Pengurusan dan Pemberesan Harta Pailit

Pemberesan harta pailit dilakukan setelah harta pailit berada dalam keadaan insolvensi. Kurator merupakan eksekutor atas putusan pailit dan mengurus penyelesaian. Jika dianggap perlu, kurator dapat meminta bantuan aparat keamanan untuk membereskan harta pailit. Kurator wajib untuk segera menyelesaikan pemberesan harta pailit setelah harta pailit berada dalam keadaan insolvensi. Pemberesan harta pailit adalah pekerjaan yang sebagian besar berkaitan dengan hukum. Prosedur ini memerlukan penjualan aset pailit, dan hasil penjualan tersebut kemudian

dibagikan kepada kreditor secara *prorate* atau *proporsional*. Kurator wajib memberikan hasil penjualan barang pailit kepada para kreditor yang piutangnya telah dicocokkan, menurut perintah hakim pengawas yang dapat dikeluarkan sewaktu-waktu jika dinilai perlu.

Aset dalam kebangkrutan dapat dijual baik secara pribadi maupun lelang. Penjualan pribadi hanya diperbolehkan dengan persetujuan Hakim Pengawas. Salah satu tanggung jawab Hakim Pengawas sebagai pengawas adalah memberikan kuasa kepada kurator. Oleh karena itu sebelum memberikan izin, Hakim Pengawas harus berhati-hati karena izin untuk menjual yang diberikan oleh Hakim Pengawas pada hakikatnya untuk meningkatkan nilai harta pailit. Penjualan kurator, baik secara lelang maupun tertutup, tetap harus bertujuan untuk meningkatkan nilai budel pailit.

Harta yang pailit harus dievaluasi oleh penilai sebelum dijual. Harta kekayaan dalam kepailitan tidak dapat dijual oleh kurator kurang dari nilai perkiraan penilai. Harga jual sekurang-kurangnya harus sama dengan harga taksiran penilai, sama dengan tarif yang berlaku, atau sama dengan Nilai Jual Objek Pajak (NJOP). Jika ada properti pailit yang belum terjual tetapi sudah pernah dinilai, maka diadakan penilaian ulang setiap jangka waktu tertentu (antara 6 dan 12 bulan) untuk menentukan harga yang tepat, karena mungkin saja nilai aset pailit dan harganya telah berubah dalam kurun waktu tersebut.

Semua harta debitor harus dijual atau dilelang, baik oleh balai lelang milik pemerintah maupun swasta. Apabila penjualan lelang tidak berhasil, maka penjualan masih dapat dilakukan secara tertutup dengan persetujuan Hakim Pengawas yang diberikan dengan penetapan. Semua harta pailit yang tidak segera atau sama sekali tidak dapat dibereskan, maka kurator yang memutuskan tindakan yang harus dilakukan terhadap benda tersebut dengan izin Hakim Pengawas. Kurator dapat menggunakan jasa debitor pailit untuk menyelesaikan harta pailit.³⁴

³⁴ Syamsudin M. Sinaga, *Op. Cit*, hal. 41-44.

C. Landasan Teori

1. Teori Kepastian Hukum

Kondisi atau keadaan yang pasti disebut kepastian. Pada dasarnya, hukum harus jelas dan adil. Subjek kepastian hukum hanya bisa disikapi secara normatif, bukan sosiologis. Kepastian hukum secara normatif adalah ketika suatu peraturan dibuat dan diundangkan secara pasti karena mengatur secara pasti dan logis.³⁵

Salah satu tujuan hukum adalah kepastian hukum yang dapat dilihat sebagai upaya untuk mewujudkan keadilan. Menerapkan dan menegakkan hukum adalah ekspresi kepastian hukum yang sebenarnya, terlepas dari siapa yang melaksanakannya. Kepastian hukum diperlukan untuk mencapai keadilan karena memungkinkan setiap orang untuk memperkirakan apa yang akan terjadi jika mereka mengambil tindakan hukum. Salah satu kualitas hukum yang tidak dapat dipisahkan adalah kepastian, khususnya dalam hal standar hukum yang dinyatakan untuk norma hukum tertulis. Hukum tanpa nilai kepastian akan kehilangan makna karena tidak dapat digunakan sebagai pedoman perilaku bagi setiap orang.³⁶

Jelas dalam artian tidak menimbulkan keraguan (multi-tafsir) dan logis dalam artian menjadi suatu sistem norma dengan norma lain sehingga tidak

³⁵ CST Kansil, *Kamus Istilah Hukum*, Gramedia Pustaka, Jakarta, 2009, hal 385.

³⁶ *Ibid*, hal 270.

berbenturan atau menimbulkan konflik norma. Kepastian hukum menunjuk kepada pemberlakuan hukum yang jelas, tepat, konsisten dan konsekuen yang pelaksanaannya tidak dapat dipengaruhi oleh keadaan-keadaan yang sifatnya subjektif. Hukum adalah kumpulan peraturan-peraturan atau kaidah-kaidah dalam suatu kehidupan bersama, keseluruhan peraturan tentang tingkah laku yang berlaku dalam suatu kehidupan bersama yang dapat dipaksakan pelaksanaannya dengan suatu sanksi. Kepastian hukum merupakan ciri yang tidak dapat dipisahkan dari hukum terutama untuk norma hukum tertulis.³⁷

Menurut Apeldorn, kepastian hukum mencakup 2 (dua) komponen. Pertama, berkaitan dengan masalah dapat atau tidaknya hukum dibentuk (*bepaalbaarheid*) dalam hal-hal yang konkret. Artinya, pihak pencari keadilan menginginkan pengetahuan hukum tertentu sebelum mengajukan pengaduan. Kedua, jaminan hukum setara dengan kepastian hukum. Artinya, para pihak akan terlindung dari putusan hakim yang sewenang-wenang. Kepastian hukum harus selalu dilindungi apapun akibatnya karena dalam paradigma positivisme, pengertian hukum harus melarang setiap peraturan yang mirip hukum tetapi bukan bersifat perintah dari penguasa yang berdaulat. Tidak ada alasan untuk tidak menjunjung kepastian hukum karena dalam paradigmanya hukum positif adalah satu-satunya hukum.³⁸

³⁷ *Memahami Kepastian Dalam Hukum* (<http://ngobrolinhukum.wordpress.com> diakses pada tanggal 14-08-2022 pukul 10.00 WITA)

³⁸ L.J. Van Apeldoorn, *Moralitas Profesi Hukum Suatu Tawaran Kerangka Berfikir*, PT. Revika Aditama, Bandung, 2006, hal 82-83.

Sedangkan, Jan Michiel Otto menyatakan kenyataannya kepastian hukum memiliki dimensi hukum yang lebih banyak. Namun Otto memberikan batasan lebih lanjut tentang kepastian hukum dan mendefinisikan sebagai kemungkinan bahwa dalam keadaan tertentu, yaitu:

1. Tersedia aturan-aturan yang jelas (jernih), konsisten dan mudah diperoleh (*accessible*);
2. Pihak berwenang (instansi pemerintah) secara konsisten melaksanakan, tunduk, dan mematuhi persyaratan undang-undang tersebut;
3. Pada umumnya warga negara menyesuaikan tindakannya dengan peraturan tersebut;
4. Dalam menyelesaikan sengketa hukum dan melaksanakan putusan pengadilan, hakim-hakim yang independen dan tidak memihak secara konsisten menggunakan norma-norma hukum tersebut.³⁹

Untuk menjaga ketertiban dan keadilan dalam kehidupan masyarakat, hakim yang didukung oleh lembaga penegak hukum yang bertugas untuk itu harus menjamin “kepastian hukum”. Kehidupan masyarakat akan menjadi kacau akibat ketidakpastian hukum, dan mereka akan bertindak tidak rasional serta bertindak main hakim sendiri. Situasi seperti ini menjadikan kehidupan berada dalam “*social disorganization* atau kekacauan sosial”.⁴⁰

³⁹ *Ibid*, hal 84.

⁴⁰ *Ibid*, hal 85.

2. Teori Keadilan

Kata “keadilan” (*justitia*) berasal dari kata “adil”, yang menunjukkan objektivitas, ketidakberpihakan, dan dukungan terhadap apa yang baik dan benar, dan tidak sewenang-wenang. Jelas bahwa gagasan keadilan mencakup semua yang berkaitan dengan sikap dan perilaku dalam hubungan antar manusia. Keadilan menuntut agar individu memperlakukan satu sama lain secara setara dan sesuai dengan hak dan kewajibannya, tanpa menunjukkan preferensi atau diskriminasi.⁴¹

Menurut para ahli hukum, Aristoteles adalah seorang filsuf pertama yang merumuskan arti keadilan. Ia mengatakan bahwa keadilan adalah memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi haknya atau (*fiat justitia bneat mundus*), selanjutnya dia membagi keadilan menjadi 2 (dua) bentuk, yaitu:.

1. Keadilan distributif didefinisikan oleh pembuat undang-undang sebagai keadilan yang didistribusikan, termasuk jasa, hak, dan kebaikan bagi anggota masyarakat sesuai dengan konsep kesetaraan proporsional.
2. Keadilan korektif adalah keadilan yang menjamin, mengawasi dan memelihara distribusi ini terhadap serangan yang tidak sah atau illegal.

⁴¹ Manullang E. Fernando M, *Menggapai Hukum Berkeadilan*, Buku Kompas, Jakarta, 2007, hal 57.

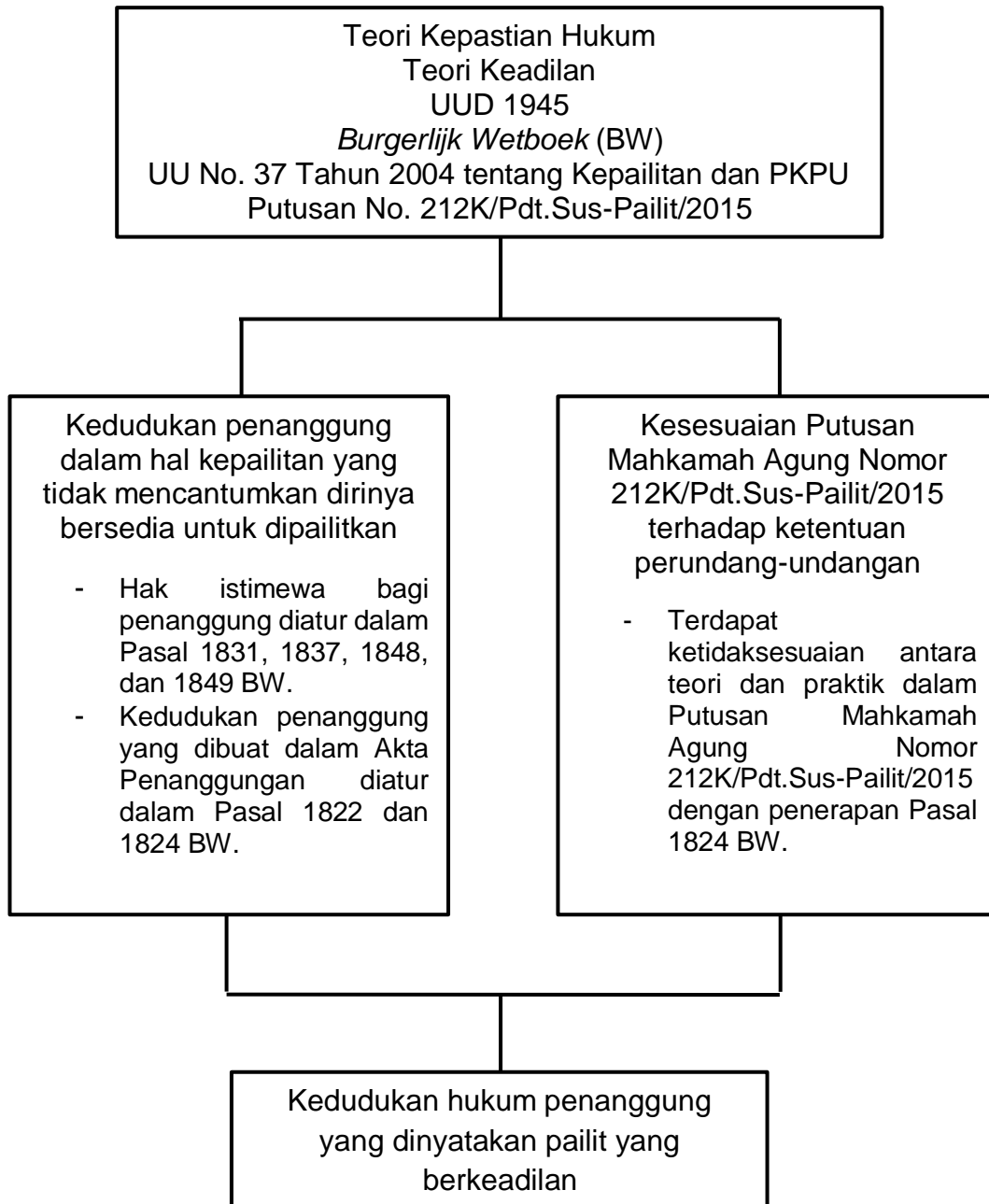
Sedangkan menurut Hans Kelsen, ia menegaskan bahwa keadilan digunakan dalam hukum, tentunya dalam hal kesesuaian dengan undang-undang. Menurutnya, istilah “adil” secara sederhana berarti sesuatu itu “benar” dan semata-mata menunjukkan nilai kesesuaian relatif dengan suatu norma.⁴²

Dikenal sebagai *Stoisisme*, antara lain karena keadilan dari sudut pandang filsafat hukum berpendapat bahwa alam semesta dibentuk dengan prinsip-prinsip keadilan. Cicero juga berpendapat bahwa alam, bukan pandangan manusia, yang menentukan apa yang benar dan salah. Hukum dipandang melayani paradigma positivisme hukum tentang keadilan. Hanya saja, ketika keadilan dilihat secara utuh, aspek krusial lainnya seperti aspek kepastian hukum sering kali dikaburkan. *Suum jus, summa injuria, summa lex, summa crux* secara harfiah bermakna bahwa hukum yang keras akan merugikan kecuali keadilan dapat mencegahnya.⁴³

⁴² Abdul Ghofur Anshori, *Filsafat Hukum Sejarah, Aliran dan Pemaknaan*, University of Gajah Mada, Yogyakarta, 2006, hal 89.

⁴³ *Ibid*, hal 108.

D. Bagan Kerangka Pikir



E. Definisi Operasional

Definisi operasional adalah pedoman yang membatasi pengertian definisi-definisi atau konsep-konsep yang diteliti guna mengetahui maksud yang terkandung dalam tesis ini. Dalam tulisan ini, penulis menggunakan beberapa terminologi yang terkait dengan pokok bahasan tesis ini sehingga tidak ada ambiguitas atau ketidaksepakatan dalam pemaknaannya. Dalam hal ini, definisi operasional berikut digunakan oleh penulis:

- a. Akta penanggungan adalah akta autentik yang berisi perjanjian antara kreditor dengan pihak ketiga yang menjamin dipenuhinya kewajiban-kewajiban si berutang (debitor).
- b. Penanggung adalah pihak yang menjamin diri/nama baiknya untuk pemenuhan utang debitor.
- c. Kreditor adalah pihak yang memberikan pinjaman uang atau kredit atau pihak yang berpiutang.
- d. Debitor adalah pihak yang berutang kepada kreditor.
- e. Debitor pailit adalah debitor yang telah dinyatakan pailit dengan putusan pengadilan.
- f. Pengadilan adalah Pengadilan Niaga dalam lingkungan peradilan umum.