**TRANSPLANTASI HUKUM BISNIS DI ERA GLOBALISASI
TANTANGAN BAGI INDONESIA**
*(Transplantation of Business Law in Globalization Era
A Challenge for Indonesia)*

Syprianus Aristeus

Pusat Penelitian dan Pengembangan Hukum

Badan Penelitian dan Pengembangan Hukum dan Hak Asasi Manusia

Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia R.I.

Jalan HR. Rasuna Said Kavling 4-5, Kuningan, Jakarta Selatan

081286144440

syprianusaristeus@gmail.com

Tulisan Diterima: 18-09-2018; Direvisi: 22-11-2018; Disetujui Diterbitkan: 24-11-2018

DOI: <http://dx.doi.org/10.30641/dejure.2018.V18.513-524>

ABSTRACT

Investment policies in Indonesia currently are still problematic due to the obsolete laws and regulations in investment industry. In a line with the globalization era and participation in investment industry, in order to anticipate the provisions, law transplantation must be made to fill the vacancy that occurs now. This study aims to find out the best way for the Indonesian government to fill the current business law vacuum. This research is a normative juridical research, where the focus of analysis is the legal norm contained in the literature and legislation. The conclusion that can be conveyed from this research is that trade liberalization, especially in business law has expanded to all commodities, including business law. For the Indonesian government this has an adverse impact considering the lagging legislation has an impact on investment. To be able to overcome this, the government can do transplants the law, especially in the field of business law.

Keywords: *Transplantation, Business Law, Globalization*

ABSTRAK

Kebijakan investasi di Indonesia saat ini masih terkendala adanya peraturan perundang-undangan yang tertinggal dengan ketentuan di bidang investasi. Seiring dengan globalisasi serta keikutsertaan dalam bidang investasi, maka untuk dapat mengantisipasi ketentuan tersebut adalah dengan cara melakukan transplantasi hukum untuk dapat mengisi kekosongan yang terjadi sekarang. Penelitian ini bertujuan untuk mengetahui cara yang terbaik bagi pemerintah Indonesia dalam mengisi kekosongan hukum bisnis saat ini. Penelitian ini merupakan suatu penelitian yuridis normatif, dimana titik berat analisis adalah norma hukum yang terdapat dalam literatur dan peraturan perundang-undangan. Kesimpulan yang dapat disampaikan dari penelitian ini adalah bahwa liberalisasi perdagangan khususnya dalam hukum bisnis telah meluas ke segala komoditas, tidak terkecuali dalam hukum bisnis. Bagi pemerintah Indonesia hal ini membawa dampak yang kurang baik mengingat ketertinggalan peraturan perundang-undangan berdampak pada investasi. Untuk dapat mengatasi hal ini, maka pemerintah dapat melakukan transplantasi hukum, khususnya di bidang hukum bisnis.

Kata Kunci: *Transplantasi, Hukum Bisnis, Globalisasi*

PENDAHULUAN

Hukum dari suatu sistem hukum lain dapat dicangkokkan kepada sistem hukum lain. Teori Watson (**Watson dalam Maharany; 2001; 1**) mengenai pencangkokan kepada sistem hukum (*legal transplant*), dimulai dengan proposal bahwa tidak ada hubungan yang inheren antara hukum dan masyarakat dimana hukum itu berjalan. Watson percaya bahwa hukum sebahagian besar adalah otonom yang hidup menurut dirinya sendiri. Tidak ada hubungan yang pasti, cocok, dekat, komplit, perlu antara sosial ekonomi atau lingkungan politik dan sistem atau peraturan-peraturan dari hukum privat. Watson menyatakan bahwa jika ada hubungan yang dekat, maka:

“Legal rules, institutions and structures would transplant only with great difficulty and their power of survival would be limited”.

Berdasarkan teori di atas, maka dapat dikatakan telah terjadi pencangkokan ketentuan- ketentuan perjanjian KUHPdata (transplantasi hukum perjanjian) maupun pada hukum bisnis lainnya. Seperti pada Undang-undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas, Undang- undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan PKPU, sesungguhnya tidak hanya itu, masih terdapat KUHP, Perjanjian pada Bank Syariah, dan lain-lain. Penggunaan transplantasi hukum dalam bidang usaha adalah merupakan upaya untuk dapat mengisi kekosongan saat ini.

Transplantasi hukum, khususnya yang mengatur aktivitas ekonomi, pada dewasa ini menempati posisi yang sangat dominan dalam proses pembentukan hukum (**Sutandyo: 2000: 8**). Beberapa faktor yang menjadi penyebabnya adalah :

1. Institusi ekonomi yang sekarang ada di (hampir) tiap-tiap negara dapat dikatakan

memiliki kemiripan antara yang satu dengan yang lain. Misalnya, institusi ekonomi yang bernama Perseroan Terbatas (PT) (Ind.) *Naamloze Vennootschap* (Bld.), *Corporation* atau *Limited Corporation* (Eng.), *Gesellschaft mit Beschränkter Haftung/ GmbH* (Jerman), sekalipun namanya berbeda, namun memiliki karakter umum yang (hampir) sama, yaitu PT dipandang sebagai entitas hukum (*legal entity*), prinsip tanggung jawab terbatas dan pemegang para saham, modal dibagi dalam

bentuk saham, saham dapat dialihkan, dan lain-lain (**Berman, Harold J, 1983: 215-221**). Dari sudut pandang ini dapat diduga, bahwa persebaran institusi ekonomi ini dapat ditelusur benang merahnya, yang pada akhirnya berpuncak pada satu saat dan tempat tertentu (**Berman, Harold J, 1983:215**).

2. Kuatnya pandangan masyarakat yang mengatakan bahwa modernisasi hukum diartikan sebagai proses pembentukan hukum dengan meniru seperti apa yang selama ini berkembang dan dikembangkan oleh negara-negara Barat. Pandangan ini dianut, misalnya, oleh kaum *legal diffusionist* (**Simon, Rita J and Spitzer, Steven, 1980: 129-130**). Hukum yang berkembang di negara-negara Barat dijadikan barometer bagi pengembangan hukum, khususnya di Negara-negara yang sedang berkembang. Celakanya, barometer Barat ini tidak hanya dipergunakan untuk mengukur hasil rumusan yang “dinormakan”, tetapi juga untuk mengukur tingkat keberhasilan dalam penerapannya.
3. Diakui atau tidak, sistem ekonomi dunia cenderung mengerucut pada pengembangan sistem ekonomi yang kapitalistik. Kecenderungan yang demikian, semakin nampak ketika negara-negara komunis, yang biasanya memilih sistem ekonomi sosialis, mengalami kehancuran dan mulai mengembangkan ekonomi yang ber- sifat kapitalistik. Fenomena demikian dapat ditelusur dan runtuhnya Rusia yang mengakibatkan efek domino (**Century, 1992: 9**) kehancuran negara-negara komunis di dunia pada dekade 80-an.

Dari beberapa hal sebagaimana diuraikan pada bagian terdahulu, mengindikasikan bahwa harmonisasi hukum-yang biasanya dihasilkan dari proses transplantasi hukum- khususnya yang mengatur aktivitas ekonomi bukan hanya menjadi kebutuhan, tetapi juga menjadi prasyarat fungsional agar institusi ekonomi dan aktivitas para pelakunya dapat diterima dalam “pergaulan ekonomi dunia” yang semakin mengglobal (**Budiman, 2002:16-17**). Kondisi-kondisi ini semakin mendorong berkembangnya transplantasi hukum sebagai salah satu model atau cara untuk melakukan pembentukan hukum. Secara tidak langsung, kondisi demikian telah menghasilkan model hukum yang terintegrasi. Berdasarkan sudut pandang ini, harmonisasi hukum lebih merupakan akibat samping (*side effect*) ketimbang tujuan.

Transplantasi hukum, sampai pada tataran
(Syprianus Aristeus)

perumusan norma hukum dalam suatu peraturan perundang-undangan (positivisasi), pada umumnya, tidak menimbulkan permasalahan yang signifikan (**Koesnoe, 1993: 1**). Namun permasalahan justru akan muncul pada tataran implementasi hukum. Ini dapat dimengerti oleh karena hukum pada galibnya tidak hanya rumusan kalimat yang “mati”, tetapi lebih merupakan kristalisasi nilai-nilai yang berkembang dan dikembangkan pada lingkungan masyarakat di mana hukum itu tumbuh. Bahkan, terkadang hukum juga merupakan hasil kompromi, kalau tidak mau dikatakan hasil dominasi, dan pertarungan kepentingan kelompok-kelompok masyarakat yang menjadi adresatnya. Oleh sebab itu, transplantasi hukum sejatinya akan menimbulkan persoalan-persoalan yang tidak sederhana. **Robert Seidman** ketika melakukan penelitian tentang penerapan hukum administrasi Inggris di Afrika Selatan, menyimpulkan bahwa hukum tidak dapat ditransfer dari satu masyarakat ke masyarakat yang lain tanpa membedol seluruh jaringan sistem institusional yang menjadi konteksnya (**Wignjosoebroto, 1989: 11**), seperti halnya kelengkapan institusi penunjang penegakan hukum, nilai-nilai, idiologi, *spirit* (semangat) dari masyarakat di mana hukum itu berasal. Kredo *law of the non transferability of law*, dan **Robert B. Seidman** ini semakin memperkuat dugaan akan semakin kompleksnya permasalahan yang muncul di seputar transplantasi hukum.

Transplantasi hukum sejatinya merupakan fenomena lama, namun demikian sampai dengan saat ini, penelitian yang mengambil topik transplantasi hukum dapat dikatakan masih jarang dilakukan. Beberapa penelitian berkenaan dengan hal ini pernah dilakukan antara lain oleh :

1. Soetandyo Wignjosoebroto, dengan judul: *Dan Hukum Kolonial ke Hukum Nasional, Dinamika Sosial Pollak dalam Perkembangan Hukum di Indonesia* (1994).
2. Hari Purwadi, dengan judul: *Gugatan Kelompok (Class Action) dalam Tata Hukum Indonesia, Suatu Studi tentang Transplantasi Gugatan Kelompok dan Tradisi Common Law ke Suprasistem Budaya masyarakat Indonesia* (2003).

Selain itu, Moh Koesnoe juga pernah menulis kertas kerja yang kemudian dipresentasikan dalam orasi ilmiah di Universitas Bhayangkara,

Surabaya (1993) dengan judul *Resepsi Hukum Barat di Indonesia Dewasa Ini*. **Soetandyo Wignjosoebroto** dalam rangka pengukuhan guru besar di Universitas Airlangga menyampaikan pidato ilmiah dengan judul: *“Dari Hukum Kolonial Ke Hukum Nasional, Suatu Telaah mengenai Transplantasi Hukum ke Negara-Negara yang Tengah Berkembang, Khususnya Indonesia”*

Dalam mengantisipasi perkembangan ditingkat bisnis yang sangat kompetitif saat ini, maka pemerintah dapat melakukan transplantasi hukum bisnis sehingga dapat mengisi kekosongan hukum saat ini.

Berdasarkan latar belakang yang telah diuraikan, maka rumusan masalah dalam penulisan makalah ini adalah sebagai berikut: “Bagaimana cara yang terbaik bagi pemerintah Indonesia dalam mengisi kekosongan hukum bisnis saat ini?”. Sedangkan kegunaan penelitian dalam penelitian ini adalah: a) Kegunaan praktis, bagi penulis akan menambah wawasan di bidang hukum, khususnya hukum bisnis menyangkut ketentuan pengaturan penerapan transplantasi hukum di Indonesia; b) Hasil penelitian ini akan disumbangkan kepada pihak-pihak yang membutuhkan dalam hal ini DPR-RI dan pemerintah untuk proses amandemen terhadap Undang-Undang di bidang transplantasi hukum bisnis.

Untuk menjawab permasalahan penelitian, peneliti menggunakan teori globalisasi dikaitkan dengan upaya transplanrasi hukum, dengan menguarikan beberapa konsep terkait yaitu transplantasi hukum, harmonisasi, dan adopsi hukum. Globalisasi sangat kental dimaknai sebagai dunia yang tanpa batas atau *borderless*. Seperti saat ini, banyak negara telah menyadari bahwa mereka saling membutuhkan satu sama lain dalam berbagai aspek. Dimensi globalisasi terbagi menjadi globalisasi ekonomi yang ditandai oleh arus barang, modal, dan jasa serta informasi; globalisasi politik yang ditandai oleh difusi kebijakan pemerintah; dan globalisasi sosial yang digambarkan sebagai penyebaran gagasan, informasi, citra, dan manusia (**Sheffield, 2013:4**)

Globalisasi dapat bermula dari cakupan lokal, nasional, dan regional. Di satu sisi, hubungan sosial, ekonomi, dan jaringan diselenggarakan secara lokal atau nasional, dan di sisi lain, hubungan sosial, ekonomi, dan jaringan pembentuk skala yang lebih luas, yaitu interaksi regional dan global (**Cuterela, 2012: 112**). Seperti saat ini, banyak negara menyadari bahwa mereka saling membutuhkan satu sama lain, salah satunya dalam hal perdagangan barang dan jasa. Perdagangan

internasional menjadi bahasan penting karena banyak orang mengidentifikasikan perdagangan internasional sebagai cikal bakal perdagangan bebas dan topik tersebut menjadi fokus bagi pengambil kebijakan dibanding bidang lain semenjak berakhirnya Perang Dunia II. Bagi pemerintah Indonesia, transplantasi adalah cara terbaik untuk dapat mengantisipasi kekosongan hukum saat ini seperti halnya dalam Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan PKPU.

Termatransplant (v) atau
transplantantion

(n) secara *etymology* berasal dari bahasa Latin *trans* atau *trare* yang berarti “across, to pass, seen in intrare or extrare” dan *pantare* atau *planta* yang berarti “to smooth the soil for planting” (Webster New World College Dictionary, 1998:1442). Dalam disiplin ilmu pertanian, *transplant* berarti *to dig up (a growing plant) from one place and plant it in another* (Webster New World College Dictionary, 1998:1442). Terma yang pada mulanya dipergunakan dalam bidang pertanian ini kemudian diadopsi dan dipergunakan secara meluas dalam bidang ilmu kedokteran. Bahkan, terma ini berkembang seakan-akan menjadi “milik” dari disiplin ilmu kedokteran. Dalam ilmu kedokteran, terma *transplant* diartikan sebagai: “to transfer (an organ or tissue) from one part of the body or one person to another” (The New International Webster’s, 2003:1334).

Berangkat dari prinsip analogi, pada saat ini, terma *transplant* (v) atau *transplantantion* (n) dipergunakan juga dalam bidang-bidang keilmuan lain, misalnya (ilmu) sosiologi dan (ilmu) hukum. Intinya, terma ini menunjuk pada suatu proses

mengambil (objek tertransplantasi) dari satu tempat, kemudian menanamkan kembali (dengan cara menempelkan) di tempat yang lain. Hasilnya, akan terjadi pencampuran karakter antara sifat asli (bawaan) objek tertransplantasi dengan sifat (pengaruh) lokal. Dengan perkembangan yang terjadi tersebut, objek transplantasi mulai bervariasi dari tanaman (*plant*), organ tubuh manusia atau *tissue* sampai institusi (*institutions*), doktrin (hukum), dan lain-lain.

Istilah harmonisasi berasal dari Yunani, yaitu kata “*harmonia*” yang artinya terikat secara serasi dan sesuai. Dalam arti filsafat, diartikan “kerja sama antara berbagai faktor yang sedemikian rupa, hingga faktor-faktor

tersebut menghasilkan kesatuan yang luhur”. Istilah harmonisasi secara etimologis berasal dari kata dasar harmoni, menunjuk pada proses yang bermula dari suatu upaya, untuk menuju atau merealisasi sistem harmoni. Istilah harmoni juga diartikan, keselarasan, kecocokan, keserasian, keseimbangan yang menyenangkan. Dalam arti psikologi, diartikan sebagai keseimbangan dan kesesuaian segi-segi alam, perasaan, dan lain-lain.

Pengembangan harmonisasi hukum telah muncul dalam ilmu hukum di Jerman pada tahun 1902. Harmonisasi hukum dikembangkan dalam ilmu hukum yang digunakan untuk menunjukkan bahwa dalam dunia hukum, kebijakan pemerintah, dan hubungan di antara keduanya terdapat keanekaragaman yang dapat mengakibatkan disharmoni. Rudolf Stammler mengemukakan suatu konsep fungsi hukum, bahwa tujuan atau fungsi hukum adalah harmonisasi berbagai maksud, tujuan dan kepentingan antara individu dengan individu dan antara individu dengan masyarakat. Dikatakan oleh Stammler, “*A just law aims at harmonizing individual purposes with that of society*” (Chand, 1994: 49). Prinsip-prinsip hukum yang adil mencakup harmonisasi antara maksud dan tujuan serta kepentingan umum. Maksud dan tujuan serta kepentingan umum. Maksud dan tujuan serta kepentingan terdiri atas dua unsur, yaitu saling menghormati dan partisipasi (Huijbers, 1995: 150-155). Dalam praktek hukum di Roma pada tahun 1926, *International Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT) badan internasional yang didirikan menurut perjanjian multilateral yang disponsori Liga Bangsa-Bangsa, telah menciptakan cara untuk menghormonisasikan dan mengkoordinasikan ketentuan-ketentuan hukum perdata dari Negara-negara anggotanya dan mempromosikan penerimaan sistem hukum yang ‘uniform’. Dalam pertemuan ilmiah berkala yang melibatkan organisasi-organisasi internasional dalam bidang unifikasi hukum, UNIDROIT telah melahirkan “*a body of uniform law doctrine*”. Pertemuan ilmiah berkenaan dengan masalah metodologi unifikasi hukum tingkat universal, regional dan federal; masalah hakim setiap Negara terhadap bentuk hukum ‘uniform’; karakteristik unifikasi dan cara yang tepat melakukan unifikasi di Negara yang sistem hukumnya tidak sama; serta teknis pemberian bantuan untuk Negara-negara berkembang dalam pembentukan uniformitas hukum (Gautama, 1983: 26).

Harmonisasi hukum berkembang dalam ilmu hukum dan praktek hukum di Netherland

sejak tahun 1970. Untuk tujuan harmonisasi hukum, didirikan “*Inter Departmental Commission for Harmonization of Legislation*” dan membentuk “*Ministry of Justice a Staff Bureau for Harmonization*”. Berkenaan dengan tujuan harmonisasi hukum tersebut, dikeluarkan petunjuk kepada semua lembaga pemerintahan di Netherland untuk melakukan *harmonization of legislation*. Harmonisasi dalam hukum adalah mencakup penyesuaian peraturan perundang-undangan, keputusan pemerintah, keputusan hakim, sistem hukum dan asas-asas hukum dengan tujuan peningkatan kesatuan hukum, kepastian hukum, keadilan dan kesebandingan, kegunaan dan kejelasan hukum, tanpa mengaburkan dan mengorbankan pluralism hukum.

Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman, memberikan pengertian harmonisasi hukum, sebagai kegiatan ilmiah untuk menuju proses pengharmonisan hukum tertulis yang mengacu baik pada nilai-nilai filosofis, sosiologis, ekonomis maupun yuridis. Pengkajian terhadap rancangan peraturan perundang-undangan, dalam berbagai aspek apakah telah mencerminkan keselarasan dan kesesuaian dengan peraturan perundang-undangan yang lain, hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat, konvensi-konvensi dan perjanjian-perjanjian internasional baik bilateral maupun multilateral yang telah diratifikasi **Indonesia** (Wargakusumah, dkk, 1996/1997: 37). Bertolak dari perumusan pengertian-pengertian di atas, dapat diambil simpulan bahwa harmonisasi hukum, adalah upaya atau proses yang hendak mengatasi batasan-batasan perbedaan, hal-hal yang bertentangan dan kejanggalan dalam hukum.

Proses diterimanya lembaga hukum asing ke dalam sistem hukum suatu negara oleh Watson (Watson, 1993: 21) disebut dengan transplantasi hukum, yang diartikan sebagai perpindahan suatu aturan atau sistem hukum atau bagian dari sistem hukum dari suatu negara ke negara lain, atau dari suatu bangsa ke bangsa lain. Istilah yang menjelaskan terjadinya perpindahan atau peniruan atau pengoperan atau diterapkannya suatu aturan, sub atau sub-sub sistem hukum tersebut beragam. Ada yang mengistilahkan dengan transposisi hukum (Orucu, 2000: 74). Ada yang mengistilahkan adopsi hukum (Suherman, 2008: 63), resepsi hukum (Suherman, 2008: 62), pengoperan hukum (Apeldoorn, 1981:435). Istilah konkordansi juga merupakan bentuk pengoperan atau pengambilalihan atau peniruan suatu aturan

atau sub-sub sistem hukum yang berlaku di suatu negara ke negara lain dengan penyesuaian sesuai kebutuhan. Sebagai contoh, konkordansi BW Belanda untuk diberlakukan di Indonesia. Karena di antara berbagai istilah tersebut pada dasarnya tidak ada perbedaan dalam pengertiannya, maka dalam tulisan ini akan dipilih satu istilah yang dianggap populer dipergunakan dalam bidang hukum, yakni adopsi hukum (Sundari, 2017: 27).

METODE PENELITIAN

Penelitian ini merupakan suatu penelitian yuridis normatif. Sebagai suatu penelitian yuridis normatif, maka penelitian ini berbasis pada analisis terhadap norma hukum, baik hukum dalam arti *law as it is written in the books and statutes* (dalam literatur dan peraturan-perundang-undangan) (Dworkin, 1973:250). Titik berat analisis adalah norma hukum yang terdapat dalam literatur dan peraturan perundang-undangan.

Penelitian hukum normatif terhadap sisi normatif hukum sebagai ilmu praktis normologis, menggambarkan bagaimana proses terjadinya suatu keputusan hukum, bagaimana pihak-pihak terkait mengisi suatu kekosongan hukum, menjelaskan norma-norma yang kabur, mempersempit pengertian suatu aturan hukum agar dapat diterapkan pada suatu peristiwa konkret yang memerlukan penyelesaian hukum, bahkan menemukan aturan hukum (Ibrahim, 2007:237). Penelitian tentang “transplantasi hukum bisnis di era globalisasi tantangan bagi Indonesia” merupakan penelitian hukum *normatif*. Penelitian hukum *normatif* yang difokuskan dalam penelitian ini, antara lain meliputi penelitian terhadap asas-asas hukum (Soekanto, 1985). Penelitian hukum *normatif* yang berupa penelitian mengenai asas-asas hukum, dilakukan terhadap kaedah-kaedah hukum yang merupakan patokan-patokan berperilaku atau bersikap tindak. Penelitian tersebut dapat dilakukan terutama terhadap bahan hukum primer dan sekunder, sepanjang bahan-bahan tersebut mengandung kaedah-kaedah hukum, karena tidak setiap pasal dalam suatu perundang-undangan mengandung kaedah hukum, seperti: pasal-pasal yang hanya memuat batasan-batasan atau definisi-definisi dari suatu istilah sebagaimana lazimnya ditemukan pada bab mengenai ketentuan-ketentuan umum dan perundang-undangan tersebut.

Penelitian hukum normatif berusaha untuk mengadakan identifikasi terhadap perkembangan hukum menyangkut transplantasi hukum bisnis di mana selama ini telah terjadi benturan dalam peraturan perundang-undangan di bidang

transplantasi hukum yang dikeluarkan oleh Pemerintah setempat bertentangan dengan undang-undang di atasnya kurang diperhatikan baik oleh hukum maupun pejabat penegak hukum. Selain kajian terhadap perkembangan, maka lazimnya juga diadakan identifikasi terhadap faktor-faktor yang mempengaruhi perkembangan lembaga-lembaga hukum (Sunggono, 1997: 102).

Penelitian hukum *normatif* (*yuridis normatif*) difokuskan untuk mengkaji penerapan kaidah-kaidah atau norma-norma dalam hukum positif (Ibrahim, 2007: 18) yang bertujuan untuk menemukan aturan-aturan hukum di bidang hukum.

Metode yang dipergunakan dalam penelitian ini adalah metode *deskriptif analitis* dengan pendekatan utamanya *yuridis normatif*. Deskriptif analitis berarti menggambarkan dan melukiskan sesuatu yang menjadi obyek penelitian secara kritis melalui analisis yang bersifat kualitatif. Oleh karena yang ingin dikaji berada dalam ruang lingkup ilmu hukum, maka pendekatan normatif tersebut, meliputi: asas-asas hukum, sinkronisasi peraturan perundang-undangan, baik secara vertikal maupun horizontal, sistematika hukum, inventarisasi hukum positif, termasuk usaha penemuan *hukum inconcreto* (Soekanto & Sri Mamudji, 1985: 11-12).

Di dalam suatu penelitian *yuridis normatif*, maka penggunaan pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) adalah suatu hal yang pasti. Dikatakan pasti, karena secara logika hukum, penelitian hukum normatif didasarkan pada penelitian yang dilakukan terhadap bahan hukum yang ada. Meskipun misalnya penelitian dilakukan karena melihat adanya kekosongan hukum, namun kekosongan hukum tersebut dapat diketahui, karena sudah adanya norma-norma hukum yang mensyaratkan pengaturan lebih lanjut dalam hukum positif.

Dikarenakan metode pendekatan dalam penelitian ini adalah pendekatan perundang-undangan, maka alat pengumpulan data dititikberatkan pada dokumen atau bahan pustaka, berupa: bahan-bahan hukum yang diperoleh melalui studi kepustakaan, termasuk *browsing* pada beberapa situs internet. Adapun bahan-bahan hukum yang ditelaah dalam penelitian ini, antara lain terdiri dari (Marzuki, 2012: 165):

a. Bahan hukum primer, yaitu: bahan hukum yang bersifat autoritatif, antara lain: berupa berbagai perundang-undangan yang

berkaitan langsung ataupun tidak langsung dengan transplantasi hukum bisnis.

- b. Bahan hukum sekunder, yaitu: bahan yang dapat memberikan penjelasan tentang bahan hukum primer, antara lain berupa: literatur, tulisan dan makalah seminar, serta pendapat dari beberapa pakar hukum yang pernah dipublikasikan, khususnya di bidang transplantasi hukum bisnis.
- c. Bahan hukum tertier, yaitu: bahan yang dapat memberikan informasi lebih lanjut mengenai bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder, berupa:
 - 1) Kamus Besar Bahasa Indonesia.
 - 2) Black's Law Dictionary Sixth Edition.
 - 3) Kamus Hukum Belanda - Indonesia.

Di samping ketiga jenis bahan hukum tersebut penelitian ini juga akan mempergunakan data primer atau bahan non-hukum, yaitu: hasil wawancara terhadap beberapa pakar hukum bisnis.

Hasil wawancara ini merupakan data primer atau bahan non-hukum, karena kendati wawancara dilakukan dengan berpedoman pada daftar pertanyaan tertulis yang telah peneliti persiapkan. Proses wawancara tersebut dilakukan secara bebas, lisan dan tidak terikat pada daftar pertanyaan peneliti tersebut, sehingga dapat berlangsung luwes dengan arah yang lebih terbuka, dengan demikian, data informasi yang diperoleh akan jauh lebih kaya dan bervariasi (Marzuki, 2012: 65).

Berkaitan dengan alasan pemilihan para informan sebagai narasumber dan lokasi penelitian tersebut semata-mata didasarkan pada pertimbangan yang dianggap memahami materi pembahasan ini (Black dan Dean J. Champion, 2001: 264).

Prosedur pengumpulan bahan-bahan hukum dari suatu penelitian *yuridis normatif* dengan menggunakan metode pendekatan perundang-undangan, diawali dengan inventarisasi berbagai perundang-undangan yang berkaitan dengan isu yang hendak diteliti, dalam hal ini adalah menyangkut ketentuan transplantasi hukum bisnis.

Bahan hukum yang diperoleh dari penelitian kepustakaan tersebut kemudian dianalisis dengan cara:

- a. Bahan hukum primer, sekunder dan tersier yang diperoleh, disusun secara sistematis untuk memperoleh gambaran yang jelas dan komprehensif.
- b. Kemudian ketiga bahan hukum tersebut

dianalisis secara *yuridis* dan *historis*. Secara *yuridis* meliputi kajian hukum bisnis.

- c. Setelah analisis terhadap ketiga bahan hukum tersebut selesai dilakukan, maka hasil analisis yang diperoleh berdasarkan penelitian kepustakaan, dicocokkan dengan data primer atau bahan yang bersifat non hukum, yaitu: berupa hasil wawancara dari para narasumber, sehingga dari keduanya dapat ditarik suatu kesimpulan mengenai permasalahan yang diteliti, khususnya berdasarkan pokok permasalahan yang diajukan dalam penelitian ini.

PEMBAHASAN DAN ANALISIS

Dalam penulisan makalah ini penulis lebih menitikberatkan pada keberadaan Undang-undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan PKPU, masih terdapat beberapa pasal yang menjadi kendala dalam implementasinya. Secara khusus harus ada pembahasan kepailitan dengan

mengacu pada ketentuan-ketentuan Internasional antara lain sebagai berikut:

Transplantasi hukum yang pada dasarnya telah dimulai pada masa pemerintahan Hindia Belanda sejatinya masih diteruskan sampai saat ini. Perbedaannya, pada masa pemerintahan Hindia Belanda transplantasi lebih banyak terjadi secara paksaan (*imposed transplantation*) tetapi pada saat ini transplantasi lebih banyak terjadi secara sukarela (*voluntary transplantation*). Namun demikian, tidak berarti semua bentuk transplantasi yang terjadi saat ini dilakukan secara sukarela. Kuatnya dominasi negara-negara maju terhadap tata perekonomian dunia dan kuatnya pengaruh institusi *supra-state*, telah mengakibatkan pemerintah Indonesia dengan “terpaksa” melakukan transplantasi hukum. Dengan demikian, karakter transplantasi hukum, khususnya yang terjadi dalam bidang-bidang ekonomi, sebagian terjadi karena hegemoni negara-negara maju atau lembaga *supra state* maupun karena kesadaran penuh untuk melakukan pembaharuan hukum. Berbagai bidang hukum ekonomi yang dibangun berdasarkan prinsip transplantasi antara lain adalah Hukum Kepailitan Indonesia

Kepailitan pada mulanya diatur dalam *Verordening op het faillissement en de surseance van betaling* (Peraturan Kepailitan dan Penundaan

Pembayaran Hutang) yang dicantumkan dalam *Staatsblad* tahun 1905 No. 217 *juncto Staatsblad* 1906 No. 348. Namun dalam praktek tidak banyak kasus kepailitan yang dibawa sampai ke pengadilan (**Sjahdeini, 2003: 25**). Kondisi yang bertolak belakang terjadi ketika Indonesia menghadapi krisis moneter mulai tahun 1997. Krisis moneter ini telah memunculkan kesulitan yang besar di kalangan dunia usaha untuk meneruskan kegiatannya, termasuk dalam memenuhi kewajiban debitor kepada kreditor. Salah satu kebutuhan yang sangat mendesak dalam rangka mengatasi kesulitan tersebut adalah bagaimana memberdayakan kembali peraturan kepailitan yang disesuaikan dengan perkembangan hukum kepailitan yang modern, (**Rita J. dan Steven Spitzer, 1980: 2**) agar dapat berperan dalam membangkitkan kembali kegiatan usaha dan perekonomian pada umumnya.

Pembaharuan terhadap Undang-Undang Kepailitan sangat kental dipengaruhi oleh *International Monetary Fund* (IMF). UU No. 4 tahun 1998 tentang Kepailitan lahir atas desakan IMF berkaitan dengan krisis moneter yang terjadi di Indonesia pada pertengahan 1997. Akibat dari krisis tersebut diperkirakan 18.000 perusahaan mengalami kesulitan pembayaran utang yang telah jatuh tempo dan dapat ditagih. Upaya untuk mengatasi permasalahan tersebut dibuatlah “pintu darurat” yang diharapkan akan efektif bagi penyelesaian utang-piutang berupa Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu) No. 1 tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-Undang tentang kepailitan pada tanggal 22 April 1998, yang selanjutnya diterima dan disahkan oleh DPR RI menjadi UU No. 4 tahun 1998 tentang Kepailitan (**Sjahdeini, 2003: 28**).

Dibandingkan dengan *Verordening op het faillissement en de surseance van betaling*, UU Kepailitan Indonesia (UU No. 4 tahun 1998) mengalami beberapa perubahan, antara lain dalam hal-hal sebagai berikut :

- a) Perkara kepailitan tidak lagi ditangani oleh Pengadilan Negeri, tetapi ditangani oleh Pengadilan Niaga yang merupakan pengadilan khusus di lingkungan peradilan umum dengan hakim yang khusus pula.
- b) Prosedur permohonan untuk menyatakan pailit
- c) Hukum acara kepailitan.

Penyempurnaan UU Kepailitan ini menurut Paulus Effendi Lotulung merupakan

proses pencangkakan (mengambil terminologi tanam-tanaman) antara peraturan lama dengan pemikiran-pemikiran baru dengan hukum acara yang khusus. Kondisi yang demikian secara empiris memunculkan berbagai permasalahan antara lain kurang jelasnya pengaturan sehingga menimbulkan berbagai interpretasi (*multi interpretation*) atau bahkan kekosongan peraturan untuk menyelesaikan (Sjahdeini, 2003: 31).

Beberapa pemikiran umum tentang kepailitan

(Simanjuntak: 2017: 67-68), yang antara lain:

- a. Indonesia perlu melakukan re-orientasi prosedur kepailitan menjadi proses yang lebih konstruktif, dan secara akuntabel mampu melakukan re-distribusi aset dari usaha yang gagal ke unit-unit ekonomi yang lebih produktif
- d. Regulator perlu dibekali dengan otoritas penyelidikan dan penyidikan sebelum melaporkan dokumen tersebut ke pengadilan
- e. Membentuk portal informasi kepailitan nasional yang dikelola bersama oleh pemerintah pusat, yang memuat seluruh informasi perkara kepailitan dari awal
- b. Rezim UU Kepailitan harus mampu memenuhi kebutuhan berbagai jenis karakter debitur. Karena ada kebutuhan yang berbeda antara kepailitan badan usaha, kepailitan konsumen, kepailitan UMKM, misalnya jangka waktu yang lebih pendek untuk kepailitan konsumen, dan ketentuan tentang aturan pengampunan utang dan pemberian *fresh start* supaya usaha kecil dan individu bisa memanfaatkan kepailitan sebagai instrumen untuk keluar dari tekanan finansial.
- c. Perlu dibentuk suatu unit di bawah pemerintah untuk menjalankan fungsi sebagai regulator, yang akan melakukan pengamatan dan koordinasi serta menentukan kebijakan terkait dengan optimalisasi fungsi kepailitan
- f. Mendorong profesi kepailitan untuk bisa lebih ketat dalam menjaga profesionalisme anggotanya dan dalam melakukan penegakan terhadap etika profesi anggota.

sampai pemberesan dianggap selesai, berfungsi sebagai referensi utama perkara

Struktur Regulasi Kepailitan di Beberapa Negara (Dirjen AHU dan Bank Dunia, 2017: 6)

Indonesia	Belanda	Australia	Amerika Serikat
Kepailitan	Kepailitan (<i>Faillissement Verordening</i>)	Insolvensi (kepailitan perusahaan) (Corporation Act 2001) Regulator: Australia Securities and Investment Agency (ASIC) Profesi: Registered Liquidator	Chapter 7: Likuidasi bagi individu dan pelaku usaha; dikenal juga sebagai kepailitan sederhana Chapter 9: Kepailitan pemerintah administrasi, untuk menyelesaikan utang-utang pemerintah daerah
Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang	Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (<i>surseance van betaling</i>) (<i>Faillissement Verordening</i>)	Personal Insolvency (Bankruptcy Act 1966) Regulator: Australia Financial and Securities Agency (AFSA) Profesi: Registered Trustee 3 tahun fresh start max 6 tahun	Chapter 11: Rehabilitasi atau reorganisasi, bagi debitur bisnis, atau juga individu dengan aset yang berskala besar, kepailitan perusahaan Chapter 12: Rehabilitasi untuk keluarga petani dan nelayan
	Penjadwalan utang bagi individu (<i>schudsaneringregeling naturljke persoon</i>) (<i>Faillissement Verordening</i>) 3 tahun fresh start		Chapter 13: Rehabilitasi dengan rencana pembayaran untuk individu dengan sumber pendapatan tetap. Membantu individu dengan pendapatan tetap untuk mengembangkan rencana untuk membayar kembali seluruh atau sebagian utangnya Chapter 15: Aturan tambahan dan ketentuan internasional; mekanisme untuk debitur pailit dan membantu debitur asing untuk menyelesaikan utangnya

Pasar yang akan Dimasuki Pebisnis Indonesia

Tantangan ke depan bagi Undang-undang Nomor 37 Tahun 2004 khususnya dalam memenuhi pasar ASEAN (ASEAN (MEE)), serta apa yang telah disepakati dalam pasar tingkat ASEAN (ASEAN Charter) (Ricardo Simanjuntak, *ibid*)

Adapun Pasar Tunggal ASEAN (ASEAN Charter) sebagaimana diatur dalam ketentuan:

Pasal 1 (Ayat 5)

"To create single and production base which is stable, prosperous, highly competitive and economically integrated with effective facilitation for trade and investment in which

there is free flow of goods, services and investment; facilitated movement of business persons, professionals, talents and labor, and freer flow of capital"

Andrew T. Guzman "International Bankruptcy; in defense of universalism, Michigan Law Review"

"the growth of international business therefore, has brought with it a growth in the number of international business failure. In recent years, the increased number of international insolvencies has brought attention to the question of how to deal with transnational bankruptcy"

Selain itu masih terjadi permasalahan kewenangan kurator terhadap boedel pailit di luar negeri yang antara lain:

1. Hukum mana yang akan digunakan oleh kurator dalam melakukan pengurusan dan pemberesan harta pailit yang berada di wilayah negara asing tersebut?
2. Bagaimana perlakuan dari negara dimana putusan pailit tersebut dijatuhkan terhadap hak-hak para kreditor dari debitor pailit yang berada di negara asing tersebut, misalnya tentang hak tagih buruh, pajak, hak-hak preferensi umum ataupun khusus?
3. Sampai sejauhmana kewenangan kurator terhadap kewenangan pengadilan lokal negara asing dimana harta pailit tersebut berada?
4. Apakah ada jaminan akan terjadi perlakuan yang serupa (*reciprocal acknowledgement*

and enforcement of the foreign judgments between the countries) jika suatu saat debitor yang diputus pailit di negara asing tersebut memiliki harta di wilayah negara debitor pailit saat ini?

Aspek Internasional UU Kepailitan No. 37 Tahun 2004 antara lain dalam ketentuan:

Pasal 212:

Kreditur yang setelah putusan pernyataan pailit diucapkan, mengambil pelunasan seluruh atau sebagian piutangnya dari benda yang termasuk harta pailit yang terletak di luar wilayah negara Republik Indonesia, yang tidak diperikatkan kepadanya dengan hak untuk didahulukan wajib mengganti kepada harta pailit segala apa yang diperolehnya. Pasal 213 Ayat (1):

Kreditur yang memindahkan seluruh atau sebagian piutangnya terhadap Debitor Pailit kepada pihak ketiga, dengan maksud supaya pihak ketiga mengambil pelunasan secara didahulukan daripada orang lain atas seluruh atau sebagian piutangnya dari benda yang termasuk harta pailit yang terletak di luar wilayah Negara Republik Indonesia, wajib mengganti kepada harta pailit apa yang diperolehnya.

Pasal 214:

Setiap orang yang memindahkan seluruh atau sebagian piutang atau utangnya kepada pihak ketiga, yang karena itu mendapat kesempatan untuk melakukan perjumpaan utang diluar wilayah Negara Republik Indonesia yang tidak diperbolehkan oleh undang-undang ini, wajib mengganti kepada harta pailit.

Pasal 212-214 Undang-undang Kepailitan:

Walaupun pada prinsipnya UU Nomor 37 Tahun 2004 mengenal prinsip universalitas dalam pelaksanaan putusan pailit, akan tetapi putusan pailit Pengadilan Niaga Indonesia tidak otomatis berlaku (tidak diakui) di luar negeri, kecuali telah ada perjanjian antar negara

Oleh karena itu keberlakuan prinsip universalitas dari UU Kepailitan hanya sebatas pasif yaitu hanya merupakan larangan yang mengikat kepada pelaku usaha Indonesia untuk tunduk pada aspek internasional dari putusan pengadilan niaga.

Lalu, bagaimana peran kurator apabila harta debitur ada di luar negeri?

Banyak permasalahan yang dihadapi kurator tanpa kewenangan transnasional (Simanjuntak, *ibid*). Kurator tidak dapat mengambil alih pengurusan/pemberesan boedel pailit yang berada di luar negeri, sehingga ketika harta debitur pailit tidak mencukupi di Indonesia, kreditur lokal tidak mendapat perlindungan untuk mendapatkan pembayaran dari aset debitor di luar negeri tersebut. Kurator tidak dapat memilih cara terbaik untuk mengurus/ likuidasi aset pailit apakah akan menjual secara retail (*piece meal*) atau “*on going concern sale*”. Kurator tidak memiliki kemampuan memonitor implementasi Pasal 212-214 UUK.Ketidakmampuan UUK menyentuh harta debitur pailit ketika berada di luar negeri membuat banyak debitor (*bad debtor*) menyembunyikan hartanya di luar negeri

Adapun Prinsip-prinsip yang dikenal dalam “*Cross Border Insolvency*” adalah sebagai berikut:

1. *The principle of territoriality*: Menolak akibat ekstrateritorial dari pengadilan asing, pengadilan lokal mendukung kewenangan aset lokal kepada kreditor lokal
2. *The principle of universality*: memiliki suatu ketentuan hukum yang berlaku dan menjadi dasar dari kurator untuk melakukan penyelesaian terhadap harta pailit di negara manapun berada
3. *The principle of modified universality*: memungkinkan adanya penggabungan prinsip *territoriality* dan *universality* terhadap proses kepailitan yang terjadi pada pengajuan kepailitan kedua di pengadilan asing.

Sedangkan dasar hukum kewenangan pengadilan dalam memeriksa permohonan pailit

Indonesia: UU NO. 37 Tahun 2004 à Domisili Hukum debitur

International: Model law UNCITRAL Cross Border Insolvency à centre of main interest(s) (Comi) dan “Establishment” of the debtor’s business activities

COMI

UNCITRAL Model Law on cross border insolvency:

Art 2(b) “*Foreign main proceeding*” means a foreign proceeding taking place in the state where the debtor has the Center Of its Main Interests (COMI)

Art 2 (f) “*Establishment*” means any place of operations where the debtor carries out of non-transitory economic activity with human means and good or services.

Art 16 (3) *In the absence of proof to the contrary, the debtor’s registered office, or habitual residence in the case of an individual, is presumed to be the centre of the debtor’s main interests. COMI*

EC Cross border insolvency regulation No. 1346/2000:

Art 3(1) *The court of the member state within the territory or the centre of the debtor’s main interest is situated shall have jurisdiction to open insolvency proceedings. In the case of a company or a legal person, the place of the registered office shall its main interest in the absence of the proof to the contrary.*

Art 3(2) *Where the COMI is situated within the territory of a member state, the court of member state shall have jurisdiction to open insolvency proceedings against that debtor only if he possesses an “establishment” within the territory of that other member state.*

Ketentuan-ketentuan ini yang harus diperhatikan pemerintah Indonesia dalam upaya meningkatkan kepercayaan masyarakat bisnis internasional terhadap kepailitan di Indonesia.

KESIMPULAN

Liberalisasi perdagangan khususnya dalam hukum bisnis telah meluas ke segala komoditas, tidak terkecuali dalam hukum bisnis. Bagi pemerintah Indonesia hal ini membawa dampak yang kurang baik mengingat keteringgalan peraturan perundang-undangan berdampak pada investasi.

SARAN

Untuk dapat mengatasi hal ini, maka pemerintah dapat melakukan transplantasi khususnya di bidang hukum bisnis, seperti halnya dalam Undang-undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan PKPU, Undang-undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas, dan Undang-undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal.

DAFTAR KEPUSTAKAAN

- Ari Gayo, Ahyar, *Asuransi Syariah dalam Upaya Penekanan Riba*, Jakarta, BPHN, Dep. Hukum dan HAM RI, 2001.
- Budiyono, Tri. *Transplantasi Hukum, Harmonisasi dan Potensi Benturan*, Salatiga, Griya Media, 2009.
- Dirjen AHU dan Bank Dunia, *Naskah Akademis Kepailitan dan PKPU*, Jakarta: Dirjen AHU, 2017.
- Harahap, M. Yahya, *Segi-segi Hukum Perikatan*, Bandung, PT. Alumni, 1982.
- Mardjono, Hartono, *Penyelesaian Perselisihan Perdata Melalui Badan Arbitrase Islam*, Jakarta, BAMUI, 1994.
- Pasaribu, Chairuman dan Suhrawadi K. Lubis, *Hukum Perjanjian Dalam Islam*, Jakarta, Sinar Grafika, 2004.
- Satrio, J., *Hukum Jaminan Hak Jaminan Kebendaan*, Bandung, PT. Citra Aditya Bakti, 2002
- Sjahdeini, Sutan Remy, *Jurnal Hukum Bisnis*, 2003.
- Soekarwo, *Berkaca dari Kegagalan Liberalisasi Ekonomi*, Jakarta: PT. Elex Media Komputindo, 2018.
- Subekti, R., *Aneka Perjanjian*, Bandung, PT. Alumni, 1984.
- Sunarmi, *Hukum Kepailitan*, Jakarta: Kencana, 2017
- Sundari, E., *Perbandingan Hukum dan Fenomena Adopsi Hukum*, Yogyakarta: Cahaya Atma Pustaka, 2017.
- Wargakusumah, Moh. Hasan dkk, *Harmonisasi Hukum di Indonesia*, Jakarta, BPHN Departemen Kehakiman, 1996-1997.
- Watson, *Transplantasi Peraturan Perundang-undangan Kedalam Peraturan Lainnya*, (makalah) disampaikan dalam Seminar tentang Riba di BPHN, Jakarta, 27 Agustus 2001