

B A B II

AKTA MEDIASI YANG MENYELESAIKAN PERSOALAN PERSELISIHAN PENJAMINAN BANGUNAN SECARA FIDUSIA

2.1. Pemberian Kredit Dan Eksistensi Agunan

Secara konvensional utang piutang timbul karena adanya suatu peminjaman uang atau barang (kredit), sebagai suatu asas hukum perjanjian Indonesia mengaturnya dalam Pasal 1754 sampai dengan Pasal 1769 KUH Perdata.

Kedudukannya semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya yang berlaku hanya antar pihak-pihak yang membuatnya (**asas kebebasan berkontrak**) dengan tidak dapat membawa kerugian pada pihak ketiga, juga pihak ketiga tidak mendapat manfaat karenanya selain dalam hal yang diatur oleh pasal 1317 KUH Perdata, yang menyatakan bahwa :

Aline 1 : “lagipula diperbolehkan juga untuk meminta ditetapkannya suatu janji guna kepentingan seorang pihak ketiga, apabila suatu penetapan janji, yang dibuat oleh seorang untuk dirinya sendiri, atau suatu pemberian yang dilakukannya kepada seorang lain, memuat suatu janji yang seperti itu.”

alinea 2 nya: “siapa yang telah memperjanjikan sesuatu seperti itu, tidak boleh menariknya kembali, apabila pihak ketiga tersebut telah menyatakan hendak mempergunakannya.”

Perjanjian-perjanjian tersebut tidak dapat ditarik kembali selain dengan kesepakatan kedua belah pihak, atau karena alasan-alasan yang oleh undang-undang (hukum) ternyatakan, juga suatu perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik.²¹

Pengidentifikasi secara lebih lanjut mengenai subyek-subyek baik orang perorangan dan atau badan hukum dan hubungan hukumnya, yang patut diketahui

²¹ Pasal 1338 ayat 1, 2 dan 3 KUH Perdata jo. Pasal 1340 ayat 1 dan 2 KUH Perdata, untuk pasal 1317 KUH Perdata.

sebagai para pihak yang saling mengikatkan diri dalam perjanjian, dengan suatu perumusan atas orang yang mempunyai utang, orang yang mempunyai tagihan atau piutang dan yang dimaksudkan dengan utang itu sendiri, dalam hal ini diuraikan dalam Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (“UU Kepailitan dan PKPU”), bahwa menurut Pasal 1 ayat 2, 3 dan 6, dan Penjelasan Pasal 2 UU Kepailitan dan PKPU berturut-turut adalah:²²

“**Kreditor** adalah orang yang mempunyai piutang karena perjanjian atau undang-undang yang dapat ditagih di muka pengadilan”

“**Debitor** adalah orang yang mempunyai utang karena perjanjian atau Undang-Undang yang pelunasannya dapat ditagih di muka pengadilan”

“**Utang** merupakan kewajiban yang dinyatakan atau dapat dinyatakan dalam jumlah uang baik dalam mata uang Indonesia maupun mata uang asing, baik secara langsung maupun yang akan timbul di kemudian hari atau kontijen, yang timbul karena perjanjian atau undang-undang dan yang wajib dipenuhi oleh debitor dan bila tidak dipenuhi memberi hak kepada Kreditor untuk mendapat pemenuhannya dari harta kekayaan debitor”

"Kreditor" adalah baik kreditor konkuren, kreditor separatis maupun kreditor preferen. Khusus mengenai kreditor *separatis* dan *kreditor preferen*, mereka dapat mengajukan permohonan pernyataan pailit tanpa kehilangan hak agunan atas kebendaan yang mereka miliki terhadap harta Debitor dan haknya untuk didahulukan.

"Utang yang telah jatuh waktu dan dapat ditagih" adalah kewajiban untuk membayar utang yang telah jatuh waktu, baik karena telah diperjanjikan, karena percepatan waktu penagihannya sebagaimana diperjanjikan, karena pengenaan sanksi atau denda oleh instansi yang berwenang, maupun karena putusan pengadilan, arbiter, atau majelis arbitrase.

Kreditor dan Utang oleh UU Kepailitan dan PKPU, bila dicermati dapat diketahui telah diberikan suatu perumusan yang lebih jelas yang oleh KUH Perdata belum diakomodir, hal ini dirasakan perlu oleh pembuat undang-undang, agar adanya kepastian dan interpretasi yang memadai baik secara teoritis maupun prakteknya. Berbeda Demikian pula seperti perumusan oleh pasal 1 angka 11

²² Indonesia, *Undang-Undang tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang*, UU No.37 Th.2004, LN No.131, Th.2004. TLN No.4443.

Undang-Undang Nomor 10 tahun 1998 tentang Perbankan (“UU Perbankan”)²³, yaitu “kredit adalah **penyediaan uang atau tagihan** yang dapat dipersamakan dengan itu, berdasarkan **persetujuan atau kesepakatan pinjam-meminjam.....**”. Persetujuan atau kesepakatan ini oleh KUH Perdata Pasal 1233 dan 1234 merupakan:

“Tiap-tiap perikatan dilahirkan baik karena perjanjian maupun undang-undang (hukum) dan tiap-tiap perikatan adalah untuk memberikan sesuatu, untuk berbuat sesuatu, atau untuk tidak berbuat sesuatu.”

Sedangkan Utang oleh Pasal 1131 KUH Perdata, diberikan konstruksi yuridis yang hakekatnya erat kaitannya dengan harta kekayaan seseorang guna melunasi/memenuhi kewajiban keterikatannya dari waktu ke waktu, bahwa:

“Segala kebendaan si berutang, baik yang bergerak maupun tak bergerak, baik yang sudah ada maupun yang baru akan ada dikemudian hari, menjadi tanggungan untuk segala perikatannya perseorangan, serta kebendaan tersebut menjadi jaminan bersama-sama bagi semua orang yang mengutangkan padanya.”

Djuhaendah Hasan berpendapat bahwa perjanjian kredit lebih merupakan perjanjian tidak bernama (*onbenoemde overeenkomst*) karena mengenai perjanjian kredit belum ada pengaturan secara khusus baik dalam undang-undang maupun dalam Undang-Undang Perbankan.²⁴

Pengaturan dalam UU Perbankan mengenai pengertian kredit, dapat ditemukan dalam pasal 1 ayat 11, pasal 6 dan 13 tentang kredit sebagai salah satu jenis usaha bank, pasal 8 tentang jaminan dalam pemberian kredit, pasal 11 ayat 1 dan 2 tentang batas pemberian kredit, tetapi tidak ada yang mengatur tentang bagaimana bentuk dan isi serta klausula-klausula yang dapat atau mungkin terdapat dalam perjanjian kredit yang dibuat antara kreditor (bank) dengan pada debitor. **Subekti** berpendapat bahwa dalam “bentuk apapun juga pemberian kredit itu diadakan, dalam semuanya itu pada hakikatnya yang terjadi adalah suatu

²³ Indonesia, *Undang-Undang tentang Perbankan*, UU No. 7 Th. 1992, LN No. 31, Th. 1992. TLN No. 3472 jo. UU No. 10 Th. 1998, LN No.182 Th. 1998 . TLN No.3790.

²⁴ Djuhaendah Hasan, *Lembaga Jaminan Bagi Tanah dan Benda Lain yang Melekat pada Tanah dalam Konsepsi Penerapan Asas Pemisahan Horisontal*, (Bandung : PT. Citra Aditya Bakti, 1996), hal. 175.

perjanjian pinjam-meminjam sebagaimana diatur dalam KUH Perdata pasal 1754 sampai dengan 1769”.²⁵ Tetapi **Marius Darius Badruzaman** berlainan pendapatnya, yakni “perjanjian kredit mempunyai identitas sendiri dan berbeda dengan perjanjian pinjam meminjam”.²⁶

Dalam praktik perbankan yang modern, hubungan hukum dalam kredit tidak lagi semata-mata berbentuk hanya perjanjian pinjam meminjam saja melainkan adanya campuran dengan bentuk perjanjian yang lainnya seperti perjanjian memberikan kuasa, dan perjanjian lainnya, dalam bentuk yang campuran demikian maka selalu tampil adanya suatu jalinan diantara perjanjian yang terkait tersebut.

Pada praktik perbankan pada dasarnya bentuk dan pelaksanaan perjanjian pinjam meminjam yang ada dalam KUH Perdata tidaklah sepenuhnya identik dengan bentuk dan pelaksanaan suatu perjanjian kredit perbankan, diantara keduanya ada perbedaan-perbedaan yang gradual bahkan dapat pula merupakan perbedaan yang pokok. Perjanjian Kredit pada dasarnya adalah merupakan perjanjian pendahuluan dari perjanjian-perjanjian lainnya. Bila debitor menggunakan fasilitas kredit dan menerima uang yang dipinjamnya barulah timbul utang. Pelaksanaan suatu kredit mengandung resiko sehingga harus memperhatikan asas-asas perkreditan yang sehat.

Menurut Surat Direksi Bank Indonesia No.7/649/UPPK/PK tanggal 5 Desember 1974²⁷ suatu perjanjian kredit paling sedikit harus memuat: a. nama pihak-pihak, yang menggambarkan bahwa perjanjian tersebut merupakan perjanjian timbal balik; b. jumlah kreditnya; c. jangka waktunya; d. barang-barang yang diserahkan sebagai jaminan, diuraikan secara terperinci atau dicantumkan dalam daftar lampiran; e. domisili hukum yang berlaku bagi perjanjian tersebut; f. syarat-syarat lainnya yang dianggap perlu oleh bank, dan; e. Tanda tangan para

²⁵ Subekti, *Jaminan-Jaminan untuk Pemberian Kredit Menurut Hukum Indonesia*, (Bandung : Alumni, 1992), hal. 13.

²⁶ Mariam Darus Badruzaman, *Perjanjian Kredit Bank*, (Bandung : Alumni, 1983), hal. 11.

²⁷ Indonesia, Surat Direksi Bank Indonesia No.7/649/UPPK/PK, berlaku tanggal 5 Desember 1974

pihak. **Muhammad Djumhana**, memaparkan lebih lanjut, atas interprestasinya terhadap ketentuan yuridis tersebut, dengan mengatakan:²⁸

“Dalam praktek perbankan bentuk dan format dari perjanjian kredit diserahkan kepada bank yang bersangkutan namun demikian ada hal-hal yang tetap harus dipedomani yaitu bahwa perjanjian tersebut tidak boleh kabur atau tidak jelas. Selain itu juga perjanjian tersebut sekurang-kurangnya harus memperhatikan keabsahan dan persyaratan secara hukum, sekaligus juga harus memuat secara jelas mengenai jumlah besarnya kredit, jangka waktu, tata cara pembayaran kembali kredit serta persyaratan lainnya yang lazim dalam perjanjian kredit. Hal-hal yang menjadi perhatian tersebut perlu guna mencegah adanya kebatalan dari perjanjian (*invalidity*).”

Selain daripada itu atas suatu perjanjian yang mengikat terhadap pemberi kredit dan penerima kredit, Pasal-Pasal dari 1315 sampai dengan 1318 KUH mengatur tentang asas-asas mengenai pengikatan untuk diri sendiri, menanggung atau menjamin untuk orang lain atau membuat penetapan janji untuk kepentingan orang lain (pihak ketiga). Sebagaimana lebih lanjut dalam bab tersendiri dari pasal 1820 sampai dengan pasal 1850 KUH Perdata diatur asas-asas hukum perikatan tentang penanggungan utang, yang berlaku baik secara orang perorangan (*personal guarantee*) maupun perusahaan (*corporate guarantee*). Asas-asas ini menjelaskan bahwa timbulnya prestasi (“kewajiban/utang”) dapat terjadi bukan saja secara langsung tetapi akibat terikat atau mengikatkan diri secara tidak langsung dalam suatu perjanjian. KUH Perdata yang menekankan pada hukum harta kekayaan seseorang lebih dipilih untuk disediakan dan diserahkan untuk pengembalian/pembayaran utang yang menjadi kewajiban (prestasi)-nya.

Mengenai bentuk jaminan diketahui bahwa dibagi antara jaminan perorangan dan jaminan kebendaan, yang mana menurut pendapat **Djuhaendah Hasan** adalah:²⁹

“**Jaminan** merupakan suatu hak atau keuntungan atas suatu benda yang diberikan kepada kreditor, sehingga apabila debitur gagal untuk membayar uatangnya maka kreditor dapat membayar kembali piutangnya dari benda yang diikat tersebut. Secara yuridis materiil jaminan (*collateral*) berarti sesuatu (benda atau kesanggupan pihak ketiga) yang dapat menjadi pegangan kreditor untuk adanya kepastian hukum pelaksanaan prestasi oleh debitur.”

²⁸ Muhammad Djumhana, *Hukum Perbankan di Indonesia*, (Bandung : P.T. Citra Aditya Bakti, 2003), hlm. 385-392.

²⁹ Djuhaendah Hasan, *loc cit*, hal. 202.

1. Pengikatan Kredit Berpinsipkan Kebebasan Berkontrak

Terdapat tiga unsur yang dapat diperhatikan dalam suatu terminologi “kredit” dalam perbankan yaitu: a. Penyediaan uang atau tagihan; b. Timbulnya sebagai bentuk persetujuan atau kesepakatan pinjam-meminjam, serta; c. Mengharuskan suatu jangka waktu tertentu dengan pemberian (jumlah) bunga, (imbalan atau pembagian suatu keuntungan vide pasal 1 ayat (12) UU No.7 tahun 1992 tentang Perbankan).

Perjanjian kredit menurut hukum perdata Indonesia merupakan salah satu dari bentuk perjanjian pinjam meminjam yang diatur dalam buku ketiga KUH Perdata. Dalam bentuk apapun juga pemberian kredit itu diadakan pada hakikatnya merupakan salah satu perjanjian pinjam meminjam sebagaimana diatur dalam Pasal 1754 sampai dengan 1769 KUH Perdata. Namun demikian dalam praktik perbankan yang modern, hubungan hukum dalam kredit tidak lagi semata-mata berbentuk hanya perjanjian pinjam meminjam saja melainkan adanya campuran dengan bentuk perjanjian yang lainnya seperti perjanjian memberikan kuasa, dan perjanjian lainnya, dalam bentuk yang campuran demikian maka selalu tampil adanya suatu jalinan diantara perjanjian yang terkait tersebut.

Pada praktik perbankan pada dasarnya bentuk dan pelaksanaan perjanjian pinjam meminjam yang ada dalam KUH Perdata tidaklah sepenuhnya identik dengan bentuk dan pelaksanaan suatu perjanjian kredit perbankan, diantara keduanya ada perbedaan-perbedaan yang gradual bahkan dapat pula merupakan perbedaan yang pokok. UU Perbankan pada pasal 29 ayat 3 menegaskan kewajiban menegakkan pedoman perkreditan sebagai dasar hukum, yaitu:

Dalam memberikan kredit atau pembiayaan berdasarkan Prinsip Syariah dan melakukan kegiatan usaha lainnya, bank wajib menempuh cara-cara yang tidak merugikan bank dan kepentingan nasabah yang mempercayakan dananya kepada bank.

Hukum perjanjian bertitik tolak dari asumsi, bahwa para pihak yang membuat perjanjian kedudukannya adalah sama dan sederajat. Dalam praktek sehari-hari kesamaan kedudukan para pihak, tidak selamanya dijumpai, yang disebabkan, baik karena perbedaan tingkat pengetahuannya, maupun karena perbedaan kekuatan ekonomisnya. Perjanjian Pinjam meminjam yang menjadi

dasar “kredit” ialah perjanjian dengan mana pihak yang satu memberikan kepada pihak yang lain suatu jumlah tertentu barang-barang yang menghabis karena pemakaian, dengan syarat bahwa pihak yang belakangan ini akan mengembalikan sejumlah yang sama dari macam dan keadaan yang sama pula.³⁰ Utang yang terjadi karena peminjaman uang hanyalah terdiri atas jumlah uang yang disebutkan dalam persetujuan.³¹

Perjanjian Kredit pada dasarnya adalah merupakan perjanjian pendahuluan dari perjanjian-perjanjian lainnya. Bila debitor menggunakan fasilitas kredit dan menerima uang yang dipinjamnya barulah timbul utang. Pelaksanaan suatu mengandung resiko sehingga harus memperhatikan asas-asas perkreditan yang sehat. **Muhammad Djumhana** menguraikan hal-hal yang tergolong vital dalam suatu perjanjian kredit, diantaranya:³²

1. bank tidak diperkenankan memberikan kredit tanpa surat perjanjian tertulis;
2. bank tidak diperkenankan memberikan kredit kepada usaha yang sejak semula telah diperhitungkan kurang sehat dan akan membawa kerugian;
3. bank tidak diperkenankan memberikan kredit untuk pembelian saham, dan modal kerja dalam rangka kegiatan jual beli saham ditetapkan dalam Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia Nomor 23/70/KEP/DIR tanggal 28 Februari 1991 tentang Pembatasan Pemberian Kredit Untuk Pembelian Saham dan Pemilikan Saham oleh Bank;
4. bank perlu membatasi pemberian kredit untuk pengadaan dan atau pengelolaan tanah sebagaimana ditetapkan dalam Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia Nomor 30/46/KEP/DIR tanggal 7 Juli 1997 tentang Pembatasan pemberian Kredit Untuk Pembiayaan Pengadaan dan atau Pengelolaan Tanah;
5. bank tidak diperkenankan mempertimbangkan permohonan kredit yang tidak memenuhi persyaratan kewajiban penyampaian NPWP dan Laporan Keuangan sebagaimana ditetapkan dalam Surat keputusan Direksi Bank Indonesia Nomor 27/121/Kep/DiR tanggal 25 Januari 1995 tentang Penyampaian NPWP dan Laporan Keuangan Dalam Permohonan Kredit;
6. bank tidak diperkenankan memberikan kredit melampaui batas maksimum pemberian kredit (*legal lending limit*) sesuai Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia Nomor 31/177/KEP/DIR tentang BMPK Bank Umum, tanggal 31 Desember 1998, dan;
7. bank dalam menyalurkan dana untuk kredit harus didasarkan kepada adanya suatu jaminan sesuai pasal 2 ayat 1 Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia Nomor 23/69/KEP/DIR tanggal 28 Februari tentang Jaminan Pemberian Kredit.

³⁰ Pasal 1754 KUH Perdata.

³¹ Pasal 1756 ayat 1

³² *Loc cit*, Muhamad Djumhana, hal.: 392-392 dan 422 dan 423.

Perikatan adalah suatu hubungan hukum antar subyek-subyek hukum dalam masyarakat di bidang lapangan hukum harta kekayaan (*vermogensrecht*). Karena perikatan tersebut pada hakekatnya adalah kewajiban seseorang [yang dimaksud dengan orang dapatlah pribadi kodrati maupun pribadi hukum (badan hukum)] yang terbit dari adanya hubungan hukum tersebut, maka tepatlah bahwa undang-undang menentukan bahwa perikatan itu adalah (i) untuk memberikan sesuatu, (ii) untuk melakukan sesuatu atau (iii) untuk tidak melakukan sesuatu [Pasal 1234 (KUH Perdata)], sehingga dengan demikian seseorang menjadi terikat (wajib) (i) untuk memberikan sesuatu, (ii) untuk melakukan sesuatu atau (iii) untuk tidak melakukan sesuatu sesuai dengan perikatan yang diembannya. Karena perikatan adalah kewajiban, maka perikatan tersebut dapat terbit dari (a) undang-undang atau (b) perjanjian (1233 KUH Perdata).

Perikatan yang terbit dari perjanjian (pasal 1313 KUH Perdata), lembaga hukum yang terbentuk dari : (i) bertemunya dua kehendak; (ii) bertemunya kehendak dan kepercayaan, dan (iii) bertemunya penawaran dan penerimaan atas penawaran. Definisi perjanjian bernama (*benoemde contracten*) atau perjanjian tak bernama (*onbenoemde contracten*) tidak ditemukan dalam *Burgelijk Wetboek voor Indonesie* (BW/KUH Perdata), akan tetapi ilmu hukum mengajarkan bahwa perjanjian bernama adalah perjanjian-perjanjian yang disebutkan (*benoemd*) dalam BW (dan juga *Wetboek van Koophandel voor Indonesie* (WvK)/KUH Dagang). Dengan demikian, perjanjian tak bernama adalah segala bentuk perjanjian yang tidak disebutkan (*onbenoemd*) dalam BW ataupun WvK.

Kemudian perikatan yang terbit dari Undang-Undang (pasal 1352 KUH Perdata), bahwa yang dimaksud undang-undang adalah seluruh produk hukum perundang-undangan termasuk pula putusan pengadilan (sumber hukum formal tertulis). Makna dari “perikatan terbit dari undang-undang” adalah seseorang wajib atau terikat untuk memenuhi perikatan atau kewajiban yang diatur oleh undang-undang. Dalam konteks pemahaman perikatan yang terbit dari undang-undang, karena perikatan-perikatan tersebut adalah suatu hubungan hukum antar subyek hukum dalam masyarakat di bidang lapangan hukum harta kekayaan). Perikatan yang terbit dari undang-undang diklasifikasikan menjadi 2 (dua) kelompok besar, yaitu : (i) perikatan yang terbit dari undang-undang saja dan; (ii) perikatan yang

terbit dari undang-undang karena perikatan tersebut terbit dari hasil perbuatan manusia.

KUH Perdata dalam Buku III-Tentang Perikatan menerapkan sistem terbuka, sebagaimana dinyatakan oleh pasal 1338. Pasal 1338 KUH Perdata memuat beberapa asas hukum, antara lain (i) asas kebebasan berkontrak; (ii) asas *pacta dant legem contractui*; (iii) asas *pacta sunt servanda*, dan; asas itikad baik. Asas kebebasan berkontrak memberikan kebebasan bagi para pihak dalam suatu perjanjian untuk, antara lain, mengatur :

- (i) isi perjanjian yang berupa esensilia perjanjian;
- (ii) bahasa perjanjian;
- (iii) kesepakatan-kesepakatan (*covenants*) para pihak dalam perjanjian yang merupakan *naturalia* dari perjanjian;
- (iv) hukum yang mengatur atau *governing law* yang merupakan aksidentalialia dari perjanjian, dan
- (v) pilihan forum penyelesaian sengketa yang mungkin timbul sebagai akibat dari pelaksanaan perjanjian.

Asas *pacta dant legem cintractui*, yang berarti kesepakatan-kesepakatan para pihak merupakan hukum bagi perjanjian, atau persetujuan-persetujuan merupakan hukum bagi perjanjian, mewajibkan para pihak untuk mematuhi kesepakatan-kesepakatan yang dibuatnya, khususnya dalam perjanjian-perjanjian yang bertimbal balik. Asas *pacta sunt servanda*, yang berarti persetujuan-persetujuan (dan kesepakatan-kesepakatan) para pihak dalam perjanjian harus dipatuhi, mewajibkan para pihak untuk mematuhi kesepakatan-kesepakatan yang dibuatnya, sekalipun dalam perjanjian-perjanjian yang tidak bertimbal balik.

Perjanjian berlaku sebagai undang-undang (*Pacta Sunt Servanda*), asas yang diatur dalam pasal 1338 ayat 1 KUH Perdata, yang menyatakan bahwa “Semua Perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya”, suatu konsekuensi logis yang didapati dari pasal 1233 KUH Perdata, “setiap perikatan dapat lahir dari undang-undang maupun karena perjanjian”. Jadi perjanjian adalah sumber perikatan. Sebagai perikatan yang dibuat dengan sengaja, atas kehendak para pihak dengan sukarela, maka segala sesuatu yang telah disepakati, disetujui oleh para pihak harus dilaksanakan oleh

para pihak sebagaimana dikehendaki oleh mereka. Dalam hal salah satu pihak dalam perjanjian tidak melaksanakannya, maka pihak lain dalam perjanjian berhak untuk memaksakan pelaksanaannya melalui mekanisme dan jalur hukum yang berlaku.

Perkembangan doktrin ilmu hukum dikenal adanya tiga unsur dalam Perjanjian: a. Unsur Esensialia, mewakili ketentuan-ketentuan berupa prestasi-prestasi yang wajib dilakukan oleh salah satu atau lebih pihak, yang mencerminkan sifat dari perjanjian tersebut, yang membedakannya adalah prinsip dari jenis perjanjian lainnya. Unsur esensialia ini pada umumnya dipergunakan dalam memberikan rumusan, definisi atau pengertian dari suatu perjanjian; b. Unsur Naturalia, adalah unsur yang pasti ada dalam suatu perjanjian tertentu, setelah unsur esensialianya diketahui secara pasti, dan; c. Unsur Aksidentalia, adalah unsur pelengkap dalam suatu perjanjian, yang merupakan ketentuan-ketentuan yang dapat diatur secara menyimpang oleh para pihak, yang merupakan persyaratan khusus yang ditentukan secara bersama-sama oleh para pihak. Dengan demikian maka unsur ini pada hakekatnya bukan merupakan suatu bentuk prestasi yang harus dilaksanakan atau dipenuhi oleh para pihak.

Pada hakikatnya ketiga unsur dalam perjanjian tersebut merupakan perwujudan dari asas kebebasan berkontrak yang diatur dalam pasal 1320 KUH Perdata dan 1339 KUH Perdata. Untuk Rumusan Pasal 1339 KUH Perdata mengemukakan “Perjanjian-Perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang secara tegas dinyatakan didalamnya, melainkan juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat perjanjian diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan, atau undang-undang.” Untuk itu **Kartini Muljadi dan Gunawan Widjaja** menjelaskan unsur-unsur dalam perjanjian, yang diuraikan oleh mereka sebagai:³³

“Asas Personalia, diatur dan dapat kita temukan dalam ketentuan Pasal 1315 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, yang berbunyi “Pada umumnya tak seorang pun dapat mengikatkan diri atas nama sendiri atau meminta ditetapkannya suatu janji selain untuk dirinya sendiri”. Dari rumusan tersebut dapat kita ketahui bahwa pada dasarnya suatu perjanjian yang dibuat oleh seseorang dalam kapasitasnya sebagai individu, subyek hukum pribadi, hanya akan berlaku dan mengikat untuk dirinya sendiri.”

³³ Kartini Muljadi dan Gunawan Widjaja, *Perikatan Yang Lahir Dari Perjanjian*, (Jakarta : PT. RajaGrafindo Persada, 2004), hal. 84-90, hal.14-15, dan hal. 34-36

“Asas Konsensualitas, memperlihatkan kepada kita semua, bahwa pada dasarnya suatu perjanjian yang dibuat secara lisan antara dua orang atau lebih orang telah mengikat, dan karenanya telah melahirkan kewajiban bagi salah satu atau lebih pihak dalam perjanjian tersebut, segera setelah orang-orang tersebut mencapai kesepakatan atau *consensus*, meskipun kesepakatan tersebut telah dicapai secara lisan semata-mata. Ini berarti pada prinsipnya perjanjian yang mengikat dan berlaku sebagai perikatan bagi para pihak yang berjanji tidak memerlukan formalitas, walau demikian, untuk menjaga kepentingan yang berkewajiban untuk memenuhi prestasi diadakanlah bentuk-bentuk formalitas, atau dipersyaratkan adanya suatu tindakan nyata tertentu. Ketentuan yang mengatur mengenai konsensualitas ini dapat kita temui dalam rumusan Pasal 1320 KUH Perdata, yang berbunyi: Untuk sahnya perjanjian-perjanjian, diperlukan empat syarat: 1. Kesepakatan mereka yang mengikatkan dirinya; 2. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan; 3. Suatu pokok persoalan tertentu, dan; 4. suatu sebab yang tidak terlarang (selaras dengan hukum).”

“Asas Kebebasan Berkontrak, dasar hukumnya adalah pasal 1320, seperti halnya asas konsensualitas, bila asas konsensualitas ditemukan terutamanya pada ayat 1 yaitu “kesepakatan mereka yang mengikatkan dirinya”, sedangkan asas kebebasan berkontrak pada ayat 4 yaitu “suatu sebab yang tidak dilarang (selaras dengan hukum)”. Dengan asas kebebasan berkontrak ini, para pihak yang membuat dan mengadakan perjanjian diperbolehkan untuk menyusun dan membuat kesepakatan atau perjanjian yang melahirkan perjanjian apa saja, selama dan sepanjang prestasi yang wajib dilakukan tersebut bukanlah sesuatu yang dilarang. Seperti halnya pasal 1337 KUH Perdata menyatakan “Suatu sebab adalah terlarang, apabila dilarang oleh undang-undang, atau apabila berlawanan dengan kesusilaan baik atau ketertiban umum.”

Perjanjian dapat pula mengikat pihak ketiga, dalam hal-hal tertentu bilamana ketentuan Pasal 1317 KUH Perdata terpenuhi, oleh karenanya (i) debitur (pihak yang wajib memenuhi perikatan) dapat langsung memenuhi perikatannya terhadap pihak ketiga untuk kepentingan siapa perjanjian dibuat, (ii) bilamana debitur tidak memenuhi perikatannya, maka, pihak ketiga untuk kepentingan siapa perjanjian dibuat dapat langsung menggugat pemenuhan perikatan tersebut, atau (iii) bilamana Pasal 1341 KUH Perdata terpenuhi, maka, pihak ketiga untuk kepentingan siapa perjanjian dibuat, dapat dijadikan turut tergugat, atau tergugat turut berkepentingan, dengan tetap memperhatikan ketentuan alinea kedua Pasal 1341 KUH Perdata.

Menurut Pasal 1340 KUH Perdata, alinea 1, Perjanjian hanya mengikat para pihak yang membuatnya. Perjanjian tidak boleh membawa rugi bagi pihak diluar perjanjian, dan pihak di luar perjanjian tidak boleh mendapatkan keuntungan yang terbit dari perjanjian tersebut, kecuali dalam hal yang dimaksud oleh Pasal 1317 (perikatan untuk kepentingan pihak ketiga/*derden beding*). Bilamana pihak ketiga,

berdasarkan ketentuan Pasal 1317, mendapatkan keuntungan yang nyata dari perjanjian tersebut, maka pihak ketiga tersebut menjadi terikat oleh perjanjian tersebut, sehingga ketentuan alinea 1 dari Pasal 1340 tidak berlaku terhadapnya.

Menurut Pasal 1341, perjanjian yang merugikan pihak ketiga yang berhak atas pemenuhan suatu prestasi dari perjanjian yang dibuat oleh salah satu pihak dalam perjanjian, dapat digugat untuk dibatalkan oleh pihak yang dirugikan tersebut, asalkan : (i) pembuatan perjanjian tersebut tidak diwajibkan oleh suatu undang-undang atau perjanjian lain; (ii) perjanjian tersebut merugikan pihak ketiga yang berhak atas pemenuhan suatu prestasi dari perjanjian yang dibuat oleh salah satu pihak dalam perjanjian, dan; (iii) pihak tersebut mengetahui bahwa pelaksanaan perjanjian tersebut merugikan si pihak ketiga.

Pelaksanaan perikatan menerbitkanlah suatu prestasi ataupun kontra prestasi, yaitu pelaksanaan untuk memberikan sesuatu, untuk berbuat sesuatu atau untuk tidak berbuat sesuatu (pasal 1234 KUH Perdata). Yang dapat merupakan: 1. kewajiban; prestasi (atau kontra prestasi) adalah merupakan kewajiban pelaksana membuat suatu janji (*promise*) untuk pemenuhan prestasi itu; 2. syarat prestasi (atau kontra prestasi) adalah merupakan syarat bila pihak yang melakukan prestasi tidak berjanji untuk melaksanakannya, melainkan hanyalah merupakan syarat (tangguh) yaitu merupakan suatu prestasi yang harus dilakukan terlebih dahulu agar menimbulkan kewajiban untuk memenuhi kontra prestasi dari pihak lawannya.

Prestasi (atau kontra prestasi) yang merupakan syarat ini (bukan kewajiban) tidaklah dapat dipaksakan pelaksanaannya secara hukum bila tidak dilakukan. Jadi pihak yang melakukan prestasi (kontra prestasi) yang merupakan syarat, bukanlah pihak yang berkewajiban, sehingga ia tidak dapat digugat telah melakukan wanprestasi juga tidak dapat dituntut untuk membayar penggantian kerugian, dan; 3. kewajiban dan syarat dalam hal suatu prestasi atau kontra prestasi adalah merupakan suatu kewajiban dan juga merupakan syarat maka pihak yang harus melakukan prestasi (kontra prestasi) dan kewajibannya ini haruslah dilaksanakan terlebih dahulu dari pelaksanaan kontra prestasi pihak lainnya. Sebagaimana ketentuan UU Perbankan pada pasal 8 ayat 1 yang mengatakan; dalam memberikan kredit atau pembiayaan berdasarkan Prinsip Syariah, Bank

Umum wajib mempunyai keyakinan berdasarkan analisis yang mendalam atau itikad baik dan kemampuan serta kesanggupan Nasabah/Debitor untuk melunasi utangnya atau mengembalikan pembiayaan dimaksud sesuai dengan yang diperjanjikan.

Menurut pasal 1316 KUH Perdata, “meskipun demikian adalah diperbolehkan untuk menanggung atau menjamin seorang pihak ketiga, dengan menjanjikan bahwa orang ini akan berbuat sesuatu, dengan tidak mengurangi tuntutan pembayaran ganti rugi terhadap siapa yang telah menanggung pihak ketiga itu atau yang telah berjanji, untuk menyuruh pihak ketiga tersebut menguatkan sesuatu, jika pihak ini menolak memenuhi perikatannya.”

Cara seseorang melaksanakan perjanjian dengan itikad baik terletak pada Pasal 1339 juncto Pasal 1347 KUH Perdata. Bunyi pasal ini tegas dan jelas, perjanjian tidak mengikat untuk hal-hal yang dinyatakan secara tegas saja dalam perjanjian tersebut, tetapi juga mengikat untuk hal-hal yang, menurut sifat perjanjian tersebut, dituntut harus ada berdasarkan kepatutan, kebiasaan atau undang-undang. Pengertian “sifat perjanjian” sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1339 ini ditegaskan kembali dalam Pasal 1345 dalam hal kata-kata dalam perjanjian tersebut bermakna ganda. Janji-janji yang tidak dinyatakan secara tegas tetapi yang, menurut sifat perjanjian tersebut, dituntut harus ada berdasarkan kepatutan, kebiasaan atau undang-undang Artinya, bilamana undang-undang tidak mengaturnya, maka kebiasaan menjadi patokan bagi pelaksanaan perjanjian dengan itikad baik. Kebiasaan setempat ini juga menjadi patokan bagi penafsiran perjanjian mengenai hal-hal yang bermakna ganda (Pasal 1346). Jika kebiasaan setempat juga tidak mengenalnya, maka kepatutan wajib dijadikan patokan bagi pelaksanaan perjanjian dengan itikad baik.

Sebagai pedoman dalam penerapan suatu perjanjian maka Pasal 1342 KUH Perdata sampai dengan Pasal 1351 KUH Perdata memberikan bagaimana interpretasi atau penafsiran dibuat dan dilakukan. Untuk menghindari ketidaksepahaman penafsiran bagi para pihak atau yang berkepentingan. Penafsiran perjanjian adalah tugas arbiter atau hakim yang memeriksa suatu sengketa yang terbit dari perjanjian atau pelaksanaan perjanjian.

2. Kebendaan Sebagai Agunan (Jaminan Kredit)

Dalam rangka pelaksanaan jaminan untuk kepastian utang-piutang perjanjian kredit KUH Perdata memberikan keistimewaan pada hak kebendaan diatur pada pasal 1133 dan pasal 1134 KUH Perdata, yaitu:

“Hak untuk didahulukan di antara para kreditor terbit dari hak istimewa, dari gadai dan dari hipotek.”

“Perihal Gadai dan Hipotek diatur dalam dalam bab XX dan XXI buku ini (Kitab Undang-Undang Hukum Perdata).”

“Hak istimewa ialah suatu hak yang oleh undang-undang diberikan kepada seorang kreditor sehingga tingkatannya lebih tinggi daripada kreditor lainnya, semata-mata berdasarkan piutang”

“Gadai dan Hipotik lebih tinggi daripada Hak Istimewa, kecuali dalam hal-hal dimana oleh undang-undang ditentukan sebaliknya.”

Jaminan kebendaan yang berlaku sejak berlakunya UU Jaminan Fidusia dengan adalah :

- a. Gadai; yang diatur dalam bab XX buku III KUH Perdata untuk kebendaan bergerak, dengan cara melepaskan kebendaan yang dijaminan tersebut dari penguasaan pihak yang memberikan jaminan kebendaan berupa gadai tersebut (ketentuan gadai diatur dalam pasal 1150 sampai dengan pasal 1160 KUH Perdata);
- b. Hipotek; yang diatur dalam Bab XXI buku III KUH Perdata, yang menurut pasal 314 KUH Dagang berlaku untuk kapal-kapal laut yang memiliki sekurang-kurangnya dua puluh meter kubik (20 M³) isi kotor, yang dapat didaftarkan di Syahbandar Direktorat Jenderal Perhubungan Laut Departemen Perhubungan, dan yang dengan pendaftaran tersebut memiliki kebangsaan sebagai Kapal Indonesia. Terhadap kapal-kapal demikian yang terdaftar di Syahbandar, oleh pasal 314 KUH Dagang selanjutnya diperlakukan sebagai kebendaan yang tidak bergerak, dan oleh sebab itu pula penjaminan yang dapat diletakkan di atasnya pun hanya dalam bentuk hipotek. Sedangkan bagi kapal-kapal yang tidak terdaftar dianggap sebagai kebendaan yang bergerak, yang terhadapnya berlakulah ketentuan Pasal 1977 KUH Perdata yang berlaku bagi benda-benda bergerak yang tidak berupa bunga maupun piutang yang tidak harus dibayar kepada pembawa. Dengan demikian berarti terhadap kapal laut

dengan ukuran kurang dari dua puluh meter kubik (20 M3) isi kotor, yang tidak didaftarkan dapat digadaikan. Juga telah berlakunya UU No. 17 tahun 2008 tentang Pelayaran (“UU Pelayaran”)³⁴, dalam Pasal 60 ayat 1 dan 2 mengungkapkan bahwa kapal yang telah didaftarkan dalam Daftar Kapal Indonesia dapat dijadikan jaminan utang dengan pembebanan hipotek atas kapal. Pembebanan tersebut dilakukan dengan dengan pembuatan akta hipotek oleh Pejabat Pendaftar dan Pencatat Balik Nama Kapal di tempat kapal didaftarkan dan dicatat dalam Daftar Induk Pendaftaran Kapal. Untuk Pesawat Terbang diatur oleh Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2009³⁵ tentang Penerbangan (“UU Penerbangan”), yang diatur dalam Pasal 71 sampai dengan Pasal 81, yaitu sebagai obyek pesawat udara dapat dibebani sebagai jaminan kebendaan yang dibuat dengan akta otentik (apabila dilakukan dengan hukum Indonesia) Hal ini sejalan dengan Konvensi Geneva 1948 tentang *Convention on the International of rights in Aircrafts*, yang mengikuti secara tegas jaminan dalam bentuk hipotek (*mortgages*) atas pesawat terbang (ketentuan hipotek diatur dalam pasal 1162 sampai dengan pasal 1232 KUH Perdata).;

- c. Hak Tanggungan; sebagaimana diatur dalam UU Hak Tanggungan yang mengatur mengenai penjaminan atas hak-hak atas tanah tertentu berikut kebendaan yang dianggap melekat dan diperuntukkan untuk dipergunakan secara bersama-sama dengan tanah yang diatsnya terdapat hak-hak atas tanah yang dapat dijamin dengan Hak Tanggungan (Undang-Undang No. 4 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan dan atas tanah beserta benda-benda yang berkaitan dengan tanah (UU Hak Tanggungan); dan
- d. Jaminan Fidusia; yang diatur dalam UU Jaminan Fidusia. UU Jaminan Fidusia tidak memberikan rumusan positif mengenai kebendaan yang dapat dijamin secara fidusia. Dari ketentuan Pasal 3 UU Jaminan Fidusia, yang menetapkan bahwa Jaminan Fidusia tidak berlaku terhadap UU Jaminan Fidusia: 1). Hak tanggungan yang berkaitan dengan tanah dan bangunan, sepanjang peraturan perundang-undangan yang berlaku menentukan jaminan atas benda-benda

³⁴ Indonesia, *Undang-Undang tentang Pelayaran*, UU No. 17 Th. 2009, LN No. 64 Th. 2008, TLN No. 4849.

³⁵ Indonesia, *Undang-Undang tentang Penerbangan*, UU No. 1 Th. 2009, LN No. 1, Th. 2009, TLN No. 4956.

tersebut wajib didaftar. Namun demikian bangunan di atas tanah milik tanah milik orang lain yang tidak dapat dibebani hak tanggungan berdasarkan UU Hak Tanggungan, dapat dibebani hak tanggungan berdasarkan UU Hak Tanggungan, dapat dijadikan objek Jaminan Fidusia misalnya bangunan atas tanah yang dipaki orang lain yang tidak didaftar, dapat jadi obyek jaminan fidusia. Menurut Pasal 27 UU Hak Tanggungan, bagi rumah susun yang didirikan atas tanah hak pakai diatas tanah Negara yang didaftarkan dan menurut sifat dan kenyataannya dapat dipindah tangankan, berlaku UU Hak Tanggungan; 2). Hipotek atas kapal yang terdaftar dengan isi kotor berukuran 20 (dua puluh) M3 atau lebih; 3) Hipotek atas pesawat terbang, dan; 4) Gadai.

Hak-hak istimewa dan hak atas jaminan kebendaan tersebut diatas memberikan hak kepada kreditor dengan hak istimewa atau pemegang jaminan kebendaan untuk memperoleh pelunasan terlebih dahulu atas penjualan kebendaan yang diberikan kedudukan istimewa atau sebagai jaminan kebendaan tersebut, dengan demikian tidak pari passu, dan memperoleh pelunasan atas seluruh piutangnya hingga sejumlah hasil penjualan kebendaan yang diberikan kedudukan istimewa atau sebagai jaminan kebendaan tersebut (mana yang lebih rendah), yang berarti tidak pro rata.

Hasil penjualan kebendaan yang diberikan kedudukan istimewa atau sebagai jaminan kebendaan tersebut, lebih kecil dari nilai piutang kreditor dengan hak istimewa atau pemegang jaminan kebendaan tersebut, maka untuk sisa piutang yang belum dilunasi, para kreditor dengan hak istimewa atau kreditor pemegang jaminan kebendaan ini, akan diperlakukan sebagai kreditor konkuren. Sebaliknya jika hasil penjualan kebendaan yang diberikan kedudukan istimewa atau sebagai jaminan kebendaan tersebut, lebih besar dari piutang kreditor, maka sisa hasil penjualan diserahkan kembali kepada debitor, untuk melunasi kreditor (konkuren). Hak Penting yang dimiliki kreditor pemegang hak jaminan kebendaan (separatis) adalah hak untuk dengan kewenangan sendiri menjual/mengeksekusi obyek agunan, tanpa putusan pengadilan (parate eksekusi). Khusus bagi Jaminan Fidusia diatur dalam UU Jaminan Fidusia Pasal 29 ayat (1) huruf b.

2.2. Penjaminan Bangunan Secara Fidusia Dalam Hukum Indonesia

UU Jaminan Fidusia menegaskan bahwa jaminan fidusia merupakan perjanjian ikutan atau aksesori (*accessoir*) dari suatu perjanjian pokok. Akibat dari sifat ikutan jaminan fidusia adalah bahwa jaminan fidusia hapus demi hukum bilamana utang yang dijamin dengan jaminan fidusia hapus, dan jaminan fidusia adalah agunan atas kebendaan atau jaminan kebendaan (*zakelijke zekerheid, security right in rem*). Hakikat jaminan fidusia oleh **Agus Subandriyo** diuraikan dengan:³⁶

“Lembaga Jaminan Fidusia yang dikenal sekarang ini adalah bentuk *Fiduciare Eigendomsoverdracht* atau disingkat **FEO** (pengalihan hak milik secara kepercayaan). Pengalihan hak kepemilikan dalam hal jaminan fidusia adalah pengalihan hak kepemilikan atas suatu benda atas dasar kepercayaan dengan janji bahwa benda yang hak kepemilikannya dialihkan tetap berada dalam penguasaan pemberi jaminan. Pengalihan hak kepemilikan atas benda yang menjadi obyek jaminan fidusia tersebut diatas dilakukan dengan cara *contitutum possessorium (verklaring van houderschap)*, artinya pengalihan hak kepemilikan atas suatu benda dengan melanjutkan penguasaan atas benda tersebut yang berakibat bahwa pemberi fidusia seterusnya akan menguasai benda dimaksud untuk kepentingan penerima jaminan fidusia (“penerima fidusia”). Pengalihan hak kepemilikan tersebut berbeda dari pengalihan hak milik sebagaimana dimaksud dalam Pasal 584 jo. Pasal 612 ayat 1 KUH Perdata. Dalam hal jaminan fidusia, pengalihan hak kepemilikan dimaksud semata-mata sebagai jaminan/agunan bagi pelunasan utang, bukan untuk seterusnya dimiliki oleh penerima fidusia.”

Mengingat definisi benda yang dapat dibebankan dengan jaminan fidusia yaitu benda yang merupakan segala sesuatu yang dapat dimiliki dan dialihkan, baik yang berwujud maupun yang tidak berwujud, yang terdaftar maupun yang tidak terdaftar, yang bergerak maupun yang tak bergerak yang tidak dapat dibebani hak tanggungan atau hipotek.³⁷ Disini **Mahadi** memaparkan bahwa :³⁸

“Sebagaimana kita ketahui, dalam hal penjaminan kebendaan, suatu perikatan itu dapat menimbulkan hak relatif (*ius ad rem*), di sini orang yang memiliki hak itu memperoleh perlindungan haknya tetapi hanya berhadapan dengan orang tertentu yang terikat dalam perikatan itu. Tidak seperti pada hak kebendaan yang mempunyai sifat yang absolut (*ius in rem*), dimana pemiliknya mendapat perlindungan terhadap gangguan yang datang dari siapapun, karena hak kebendaan adalah kekuasaan mutlak atas benda.”

³⁶ Agus Subandriyo, *Aspek Hukum Lembaga Jaminan Fidusia*, Edisi 8, September 2008 (Jakarta : Media Notariat) : 102-103.

³⁷ Op cit. Pasal 1 ayat 4.

³⁸ Mahadi, *Hukum Benda Dalam Sistem Hukum Perdata Nasional*, (Bandung : Binacipta, 1983), hal. 14.

Fidusia berasal dari kata "fides" yang berarti kepercayaan.³⁹ Jaminan Fidusia berasal dari hukum romawi⁴⁰, yaitu suatu lembaga dengan jaminan dengan nama *Fidusia cum creditore contracta* atau *Fiducia cum amico*⁴¹, artinya hak milik atas suatu benda diserahkan sebagai jaminan dengan janji bahwa ia akan meyerahkannya kembali kepada debitor bila utangnya telah dibayar lunas.⁴² Terjadi apabila seseorang menyerahkan kewenangan kepada orang lain atau suatu barang pada pihak lain untuk diurus, sedangkan *fiducia cum creditore* berkembang sebagai lembaga jaminan bagi benda bergerak dan piutang.⁴³

Fidusia cum amico contracta, artinya suatu benda yang dititipkan kepada seorang teman dengan janji benda tersebut akan dikembalikan bila si pemilik benda kembali dari perjalanannya. Dasarnya sama dengan lembaga trust.⁴⁴ Jaminan fidusia yang dimaksud dalam UU Jaminan Fidusia adalah *Fidusia cum creditore contracta*.⁴⁵

Resiko dalam pemberian kredit, dengan adanya perjanjian kredit sebagai perjanjian induk atau pokok oleh lembaga keuangan adalah cukup besar. Oleh karena resiko yang ditanggung cukup besar, maka lembaga keuangan perlu jaminan dan kepastian hukum. Untuk menghindari resiko tersebut, pihak lembaga keuangan dapat memilih, diantaranya adalah lembaga jaminan fidusia. Maka

³⁹ Sri Soedewi Masychun Sofyan, *Beberapa Masalah Pelaksanaan Lembaga Jaminan Khususnya Fidusia Di Dalam Praktek dan Pelaksanaannya di Indonesia*, (Yogyakarta : FH Gadjah Mada, 1977), hal: 21.

⁴⁰ Hamzah dan Senjun Manullang, *Lembaga Fiducia dan Penerapannya di Indonesia* (Jakarta : Indhill-Co, 1987), hal : 7.

⁴¹ Mariam Darus Badruzaman, *Mencari Sistem Hukum Benda Nasional*, (Bandung : Alumni : 1983), hal : 89.

⁴² Mariam Darus Badruzaman, *Bab-Bab Tentang Credietverband, Gadai dan Fiducia*, (Bandung : Alumni, 1979), hal : 90.

⁴³ Oey Hoey Tiong, *Fiducia Sebagai Jaminan Unsur-Unsur Perikatan*, (Jakarta, Ghalia Indonesia, 1985), hal : 37.

⁴⁴ Djuhaendah Hasan, *Aspek-Aspek Hukum Jaminan Dalam Perjanjian Kredit*, (Jakarta : BPHN, 1993), hal : 24.

⁴⁵ Agus Subandriyo, *Mencermati Pokok-Pokok Undang-Undang Jaminan Fidusia*, (Makalah yang disampaikan dalam up-grading refreshing course Notaris yang diselenggarakan oleh Ikatan Notaris Indonesia, Bali, Juli 2006): 7.

timbul atau lahirlah pengikatan jaminan fidusia, sebagai suatu perjanjian ikutan atau tambahan dari perjanjian kredit sebagaimana ditentukan dalam Pasal 4 UU Jaminan Fidusia.

Pasal 5 UU Jaminan Fidusia dengan tegas menyatakan bahwa akta jaminan fidusia wajib dibuat dengan akta notaris yang dibuat dengan bahasa Indonesia. Dan di dalam aktanya, menurut Pasal 6 memuat sekurang-kurangnya: a. identitas pihak Pemberi dan Penerima fidusia; b. data perjanjian pokok yang dijamin fidusia; c. uraian mengenai Benda yang menjadi obyek Jaminan Fidusia; d. nilai penjaminan; dan e. nilai Benda yang menjadi obyek Jaminan Fidusia.

Mengenai utang yang sepenuhnya dapat dijamin dengan jaminan fidusia tidak terbatas pada pengertian utang sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat 2 dan 7 UU Jaminan Fidusia, melainkan mencakup setiap perikatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1233 dan 1234 KUH Perdata.

Adapun utang yang lahir karena Undang-Undang adalah misalnya kewajiban membayar ganti rugi karena perbuatan melawan hukum sebagaimana diatur dalam Pasal 1365 KUH Perdata dan *zaakwaarmeding* sebagaimana diatur dalam Pasal 1354 sampai dengan Pasal 1357 KUH Perdata. Sedangkan utang yang lahir karena perjanjian adalah kewajiban untuk memberikan sesuatu, untuk berbuat sesuatu, atau tidak berbuat sesuatu (Pasal 1234 KUH Perdata). Semua jenis utang tersebut dapat ditagih dimuka pengadilan. Oleh karena itu, dapat dijamin secara fidusia. Perlu diperhatikan pula bahwa utang yang lahir karena perjudian dan pertaruhan tidak dapat dituntut pemenuhannya (Pasal 1788 KUH Perdata).

Proses jaminan fidusia diawali oleh adanya suatu perjanjian obligatoir (*Obligatoir Overeenkomst*). Perjanjian *Overeenkomst* tersebut berupa perjanjian pinjam uang/kredit dengan jaminan fidusia diantara pihak pemberi Fidusia (debitor) dengan pihak penerima Fidusia (kreditor). Selanjutnya diikuti oleh suatu perjanjian kebendaan (*Zakelijke Overeenkomst*). Perjanjian kebendaan tersebut berupa penyerahan hak milik dari debitor kepada kreditor, dalam hal ini dilakukan secara *constitutum proessorium*, yakni penyerahan hak milik tanpa menyerahkan fisik benda. Kemudian dilakukan pinjam pakai, dalam hal ini benda objek Fidusia yang hak miliknya sudah berpindah kepada pihak kreditor dipinjam-pakaikan

kepada pihak debitor, sehingga praktis benda tersebut setelah diikat dengan jaminan fidusia tetap saja dikuasai secara fisik oleh pihak debitor. Jadi dasar dari Fidusia adalah suatu perjanjian yakni perjanjian Fidusia perikatan yang menimbulkan Fidusia ini mempunyai karakteristik sebagai berikut :

- 1) Antara pemberi Fidusia dengan penerima Fidusia terdapat suatu hubungan perikatan, yang menerbitkan hak bagi kreditur untuk meminta penyerahan barang jaminan dari debitor (secara *constitutum possessorium*).
- 2) Perikatan tersebut adalah perikatan untuk memberikan sesuatu karena debitor menyerahkan suatu barang (secara *constitutum possessorium*) kepada kreditor .
- 3) Perikatan dalam rangka pemberian Fidusia merupakan perikatan yang *accessoir*, yakni merupakan perikatan yang membuntuti perikatan lainnya (perikatan pokok) berupa perikatan hutang-piutang.
- 4) Perikatan Fidusia tergolong kedalam perikatan dengan syarat batal, karena jika hutangnya dilunasi, maka hak jaminannya secara Fidusia menjadi hapus.
- 5) Perikatan Fidusia tergolong perikatan yang bersumber dari suatu perjanjian yakni perjanjian Fidusia.
- 6) Perjanjian Fidusia merupakan perjanjian yang tidak disebut secara khusus dalam KUH Perdata. Karena itu, perjanjian ini tergolong dalam perjanjian tak bernama (*Onbenoem de Overeenkomst*).
- 7) Perjanjian Fidusia tetap tunduk pada ketentuan bagian umum dari perikatan yang terdapat dalam KUH Perdata.

Pasal 2 Undang-Undang jaminan Fidusia memberikan batas ruang lingkup berlakunya Undang-Undang Jaminan Fidusia yaitu berlaku terhadap setiap perjanjian yang bertujuan untuk membebani Benda dengan Jaminan Fidusia. Yang menjadi objek Jaminan Fidusia adalah Benda apapun yang dapat dimiliki dan dialihkan hak kepemilikannya. Benda itu dapat berupa benda berwujud maupun yang tidak berwujud, terdaftar maupun tidak terdaftar, bergerak maupun tidak bergerak, dengan syarat bahwa benda tersebut tidak dapat dibebani dengan hak tanggungan sebagaimana dimaksud dalam UU Hak Tanggungan atau Hipotek sebagaimana dimaksud dalam Pasal 314 Kitab Undang-Undang Dagang jjs Pasal 1162 Kitab Undang-Undang Perdata. Dengan memperhatikan ketentuan-ketentuan dalam Undang-Undang Jaminan Fidusia, maka dapat diharapkan bahwa nantinya

Jaminan Fidusia akan menggantikan *Fiduciare Eigendom Overdracht* (FEO) dan *cessie* jaminan atas utang-piutang (*zekerheidscessie van schuldvorderingen* atau *fiduciary assignment of receivables*) yang dalam praktek pemberian kredit banyak digunakan.

Untuk memberikan kepastian hukum Pasal 11 UU Jaminan Fidusia mewajibkan benda yang dibebani dengan jaminan Fidusia di daftarkan pada Kantor Pendaftaran Fidusia yang terletak di Indonesia. Kewajiban ini bahkan tetap berlaku meskipun kebendaannya yang dibebani dengan jaminan fidusia berada di luar wilayah negara Republik Indonesia. Pendaftaran benda yang dibebani dengan jaminan fidusia dilaksanakan di tempat kedudukan pemberi Fidusia, pendaftarannya mencakup benda, baik yang berada di dalam maupun di luar wilayah negara Republik Indonesia untuk memenuhi asas publisitas, sekaligus merupakan jaminan kepastian terhadap kreditur lainnya mengenai benda yang telah dibebani jaminan fidusia. Kita telah dapat melihat Pasal 14 ayat 3 UU Jaminan Fidusia, maka Fidusia oleh UU dianggap lahir pada saat yang sama dengan dicatatnya jaminan fidusia dalam buku daftar Fidusia.

Adapun bukti pendaftaran Fidusia yang diterima penerima Fidusia sebagai hak memiliki Fidusia diserahkan kepadanya dokumen yang disebut sertifikat jaminan fidusia. Sertifikat jaminan fidusia dikeluarkan oleh instansi yang sah dan berwenang dalam hal ini Kantor Pendaftaran Fidusia, maka sertifikat tersebut mempunyai kekuatan pembuktian yang kuat sebagai suatu akta berbentuk dan hanya Kantor Pendaftaran Fidusia sebagai suatu badan yang berwenang mengeluarkan sertifikat perjanjian Fidusia tersebut. Karena itu pula, jika ada alat bukti sertifikat jaminan fidusia dan sertifikat tersebut adalah syah, maka alat bukti lain dalam bentuk apapun harus ditolak. Para pihak tidak cukup misalnya hanya membuktikan adanya Fidusia dengan hanya mempertunjukkan akta jaminan Fidusia yang dibuat oleh notaris berdasarkan UU Jaminan Fidusia Pasal 14 ayat 3.

UU Jaminan Fidusia membawa akibat pada perjanjian Fidusia pada pasal 27 ayat 2. Dengan preferensi adalah hak penerima fidusia untuk mengambil pelunasan piutangnya atas hasil eksekusi benda yang menjadi objek jaminan fidusia. Dengan demikian sama dengan hak jaminan lainnya. Adanya ketentuan

ini menghapus keraguan selama ini tentang ada tidaknya hak preferensi bagi penerima Fidusia ini. Hal lain yang menjadi konsekuensi hukum apabila timbul masalah atau gugatan karena kesalahan (kesenjangan atau kurang hati-hatian) dari pemberi fidusia sehubungan dengan pengguna atau pengalihan benda fidusia adalah dibebaskannya penerima fidusia dari tanggung jawab atau dengan kata lain pemberi fidusia yang bertanggung jawab penuh, sebagaimana dikatakan oleh Pasal 29 UU Jaminan Fidusia.

Jika diperhatikan sejarah perkembangan fidusia, pada awalnya yaitu pada zaman Romawi, objek fidusia adalah meliputi baik barang bergerak maupun barang tidak bergerak. Pemisahan mulai diadakan kemudian, orang-orang Romawi mengenal gadai dan hipotek. Ketentuan ini juga diikuti oleh Negeri Belanda dalam *Burgerlijke Wetboek*-nya. Pada saat fidusia muncul kembali di Belanda, maka pemisahan antara barang bergerak untuk hipotek juga diberlakukan. Objek fidusia dipersamakan dengan gadai yaitu barang bergerak karena pada waktu itu fidusia dianggap sebagai jalan keluar untuk menghindari larangan yang terdapat dalam gadai. Hal ini terus menjadi yurisprudensi tetap baik di Belanda dan Indonesia. Perkembangan selanjutnya adalah lahirnya Undang-Undang Pokok Agraria yang tidak membedakan atas barang bergerak dan barang yang tidak bergerak melainkan pembedaan atas tanah dan bukan tanah.

Bangunan-bangunan yang terletak di atas tanah tidak dapat dijaminan terlepas dari tanahnya. Jadi orang yang memiliki bangunan di atas tanah dengan hak sewa misalnya tidak dapat membebaninya dengan hak tanggungan tersebut. Oleh karenanya jalan satu-satunya adalah dengan fidusia. Khusus mengenai penyerahan hak sewa ini diperlukan persetujuan dari pemilik tanah yang menyewakan tanah itu untuk sewaktu-waktu mengalihkan hak sewa atas tanah itu kepada yang lain.

Perkembangan ini adalah sesuai dengan perkembangan kebutuhan masyarakat di Indonesia, dimana banyak orang yang menguasai tanah dengan hak-hak atas tanah yang tidak bisa dijaminan dengan Hak Tanggungan, seperti hak sewa, hak menumpang dan sebagainya. Bangunan-bangunan yang terletak di atas tanah tersebut tidak dapat dijaminan Hak Tanggungan dan ini dapat diatasi dengan Jaminan Fidusia.

Pasal 506 KUH Perdata menentukan apa yang dinamakan benda-benda tak bergerak, menyebutnya “bidang-bidang tanah dan apa yang didirikan di atasnya”. Sedangkan hukum adat, sedemikian tegasnya membedakan, hak-hak atas benda dan kebendaan terbagi atas benda tanah dan bukan tanah. Dalam pandangannya **Wirjono Prodjodikoro** ialah:⁴⁶

“Benda yang paling penting adalah tanah. Seorang manusia tidak dapat hidup tanpa tanah.....Karena itu layak, apabila dalam hukum adat berbagai peraturan mengenai hak-hak atas benda, berpusat pada hak-hak atas tanah. Hak-hak atas tanah itu diperlakukan secara agak istimewa, berbeda dengan hak-hak benda lain yang bukan tanah.....”

“Dengan demikian, yaitu pentingnya tanah bagi hidup manusia, dan tidak adanya kepribadian bidang-bidang tanah yang berdasarkan atas bentuk tubuhnya, telah menyebabkan demi ketertiban umum dan kepastian hukum, perlunya peraturan-peraturan hukum mengenai tanah. Peraturan ini, agak lain daripada peraturan-peraturan hukum mengenai benda-benda lain yang bukan tanah.”

UUPA berlandaskan asas pemisahan horisontal. Sebagaimana **Sunaryati Hartono** berpendapat terhadap asas ini, bahwa:⁴⁷

“Perlu dianutnya asas pemisahan horisontal ini dalam hukum tanah dan hukum benda nasional kita, bukan semata-mata didasarkan atas pertimbangan bahwa asas itu merupakan asas hukum adat, akan tetapi terutama, karena dengan menganut asas ini kebutuhan-kebutuhan masyarakat kita sekarang dan masa depan akan lebih terlayani, dan mudah diatur, daripada apabila kita menganut asas *accessie* (perlekatan vertikal).”

Di dalam hukum tanah dikenal ada dua asas, oleh **Djuhaendah Hasan** diterangkan yang satu sama lain bertentangan yaitu yang dikenal dengan “asas pelekatan vertikal (*verticale accessie beginsel*)” dan “asas pemisahan horisontal (*horizontale scheideng beginsel*)”. Lebih lanjut olehnya dikatakan :⁴⁸

⁴⁶ Wirjono Prodjodikoro, *Hukum Perdata Tentang Hak Atas Benda*, (Jakarta : Intermassa, 1986), hal. 7-8.

⁴⁷ Sunaryati Hartono, *Beberapa Pemikiran Ke Arah Pembaharuan Hukum Tanah*, (Bandung : Alumni, 1978), hal. 104.

⁴⁸ Djuhaendah Hasan, *Lembaga Jaminan Kebendaan Bagi Tanah Dan Benda Lain Yang Melekat pada Tanah Dalam Konsepsi Penerapan Asas Pemisahan Horisontal*, (Bandung : Citra Aditya Bakti, 1996), hal. 65.

“Asas pelekatan vertikal yaitu asas yang mendasarkan pemilikan tanah dan segala benda yang melekat padanya sebagai suatu kesatuan yang tertancap menjadi satu. Sedangkan asas pemisahan horisontal justru memisahkan tanah dari segala benda yang melekat pada tanah tersebut.”

“salah satu aspek yang penting di dalam hukum tanah adalah tentang hubungan antara tanah dengan benda lain yang melekat padanya. Kepastian hukum akan kedudukan hukum dari benda yang melekat pada tanah itu sangat penting karena hal ini mempunyai pengaruh yang luas terhadap segala hubungan hukum yang menyangkut tanah dan benda yang melekat padanya.”

Menurut Peraturan Perundang-Undangan [UUPA, UU Nomor 16 Tahun 1985 tentang Rumah Susun (UU Rumah Susun)⁴⁹ dan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah (UU Hak Tanggungan)⁵⁰ serta Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 1997 tentang Pendaftaran Tanah (PP Pendaftaran Tanah)⁵¹] dalam Hukum Tanah Nasional Republik Indonesia, akta penjaminan bangunan secara fidusia merupakan akta notaris dan diluar dari akta-akta Tanah yang dibuat PPAT yang berlaku juga sebagai dasar pendaftaran tanah yang bersumber dari perbuatan hukum tertentu mengenai hak atas tanah atau hak milik atas satuan rumah susun, yaitu meliputi bentuk-bentuk Akta :

1. Akta Jual beli;
2. Akta Tukar Menukar;
3. Akta Hibah;
4. Akta Pemasukan Ke Dalam Perusahaan (Inbreng);
5. Akta Pembagian Hak Bersama;
6. Akta Pemberian Hak Guna Bangunan (HGB) Atau Hak Pakai Atas Tanah Hak Milik;
7. Akta Pemberian Hak Tanggungan, dan;
8. Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan.

⁴⁹ Indonesia, *Undang-Undang tentang Rumah Susun*, UU No. 16 Th. 1985, LN No. 75 Th. 1985. TLN No. 3318.

⁵⁰ Indonesia, *Undang-Undang tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah*, UU No.4, Th. 1996, LN No. 42, Th. 1996. TLN No. 3632.

⁵¹ Indonesia, *Peraturan Pemerintah tentang Pendaftaran Tanah*, PP No. 24 Th. 1997, LN No. 50 Th. 1997. TLN No. 3696.

Secara konstruksi hukum, persetujuan yang dimaksudkan dalam pemberian persetujuan untuk mendirikan dan membangun bangunan diatas tanah orang lain dapat dibandingkan dengan persetujuan di dalam akta pemberian Hak Guna Bangunan atau Hak Pakai Atas Tanah Milik, sebagaimana diatur dalam Penjelasan Pasal 24 dari Peraturan Pemerintah Nomor 40 Tahun 1996 tentang Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan dan Hak Pakai atas Tanah (“PP HGU, HGB dan HP”)⁵², yang mengatakan bahwa :

“Pemberian Hak Guna Bangunan atas tanah Hak Milik pada dasarnya merupakan pembebanan yang dilakukan oleh pemegang Hak Milik atas tanah miliknya. Karena itu pemberian itu dilakukan dengan suatu perjanjian antara pemegang Hak Milik dan calon pemegang Hak Guna Bangunan yang dicantumkan dalam akta yang dibuat oleh Pejabat Pembuat Akta Tanah.”

Sedangkan dalam konstruksi yang diberikan oleh Pasal 11 PP Bangunan Gedung, perjanjian tertulis untuk pendirian dan pembangunan bangunan gedung dalam hal tanahnya milik pihak lain, bangunan gedung hanya dapat didirikan dengan izin pemanfaatan tanah dari pemegang hak atas tanah atau pemilik tanah dalam bentuk perjanjian tertulis antara pemegang hak atas tanah atau pemilik tanah dengan pemilik bangunan gedung.

Pengikatan fidusia bangunan secara fidusia, berarti harus meliputi unsur, wajib dibuatnya suatu perjanjian tertulis mengenai izin pemanfaatan tanah, sebaiknya dibuat dengan akta notaris, untuk pendirian bangunan diatas tanah milik orang lain, mengingat konstruksi asas-asas Pasal 616 sampai dengan Pasal 621 KUH Perdata, maka atas ancaman kebatalan, Penyerahan atau penunjukan barang tak bergerak (bangunan), sebaiknya dibuat dengan akta otentik. Pasal 624 KUH Perdata juga menegaskan bahwa hak-hak yang diberikanatas barang-barang atau tanah negara tidak diubah; hak-hak itu, terutama mengenai besit dan hak miliksebagaimana diatur menurut adat istiadat lama dan kebiasaan menurut ketentuan-ketentuan khusus, sedangkan ketentuan-ketentuan dalam KUH Perdata tidak mengurangi hak-hak itu pada khususnya atau hubungan antara orang yang menduduki tanah dan pemilik tanah pada umumnya.

⁵² Indonesia, *Peraturan Pemerintah tentang Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan Dan Hak Pakai Atas Tanah*, PP No. 40 Th. 1996, LN No. 58 Th. 1996. TLN No. 3643.

2.3. Mediasi Sebagai Salah Satu Upaya Penyelesaian Sengketa Diluar Forum Pengadilan Maupun Arbitrase

Menurut Pasal 58 UU Kekuasaan Kehakiman Upaya penyelesaian sengketa perdata dapat dilakukan di luar pengadilan negara melalui arbitrase atau alternatif penyelesaian sengketa.

Sarana yang memungkinkan untuk menyelesaikan sengketa di bidang ekonomi dan keuangan, dalam hal ini kredit yang merupakan transaksi perbankan termasuk di dalamnya, pada dasarnya dapat ditempuh 3 (tiga) cara. Pertama, negosiasi atau alternatif sengketa (ADR); kedua, arbitrase; dan ketiga melalui lembaga peradilan.

Hukum positif mengatur perdamaian ini didalam pasal 130 ayat (1) HIR. Dikatakan bahwa perdamaian boleh dilakukan antara para pihak yang bersengketa dan perdamaian itu dituangkan dalam akte perdamaian, yang mempunyai kekuatan hukum tetap seperti putusan hakim dan bersifat final, artinya tidak boleh dilakukan banding atau kasasi. Pada tahun 1999 dengan UU Arbitrase dan APS. UU ini adalah pembaharuan dari pasal 615 sampai dengan pasal 651 Reglemen Acara Perdata (*Reglement op de Rechtsvoredering. Staatblad 1847 : 52*) dan pasal 377 Reglemen Indonesia yang diperbaharui (*Het Herziene Indonesisch Reglement, Staatblad 1941 : 44* dan pasal 705 Reglement acara untuk daerah Luar Jawa dan Madura (*Rechtsreglement Bujtenewesten, Staatblad 1927: 227*).

Alternatif Penyelesaian Sengketa (APS) adalah pengertian genus, yang didalam UU itu disebut konsultasi, negosiasi, konsiliasi dan negosiasi. APS hanya diatur di dalam 1 (satu) ketentuan, yaitu Pasal 6 tanpa Penjelasan. APS ini masih mencari bentuk yang kokoh yang memberikan kepastian hukum. Bagaimana operasional / teknis proses APS masih dalam perkembangan dan hal ini tidak memadai dan tidak akan menjadi pilihan, jika dibiarkan hanya pada kebiasaan dan praktek. Asas-asas yang dapat kita temui dalam APS bila dengan menginterpretasikannya dari UU Arbitrase dan APS adalah :

- 1) Kebebasan berkontrak (mufakat). APS dilakukan oleh para pihak didasarkan atas kesepakatan. Kesepakatan ini menunjuk pada asas kebebasan berkontrak dimana pihak-pihak akan menyelesaikan sengketanya secara musyawarah (konsultasi, negosiasi, konsiliasi atau penilaian ahli).

- 2) Itikad baik. Asas ini berperan sebagai perekat bagi para pihak untuk dapat membahas sengketa yang ada diantara mereka menurut kepatutan, terbuka dan kedua pihak bertujuan untuk tidak pergi ke pengadilan.
- 3) Perjanjian mengikat (*Pacta Sunt Servanda*).
- 4) Putusan terakhir dan mengikat (*final and binding*).
- 5) Pendaftaran.
- 6) Kerahasiaan (*confidential*).

Mediasi diketahui sebagai proses negosiasi penyelesaian masalah (perselisihan) dimana suatu pihak luar, tidak memihak, netral, tidak bekerja dengan para pihak yang bersengketa, membantu mereka (yang berselisih) mencapai suatu kesepakatan hasil negosiasi yang memuaskan. Dalam perspektif tersebut, diuraikan oleh **Felix Oentoeng Soebagjo**⁵³ yang mencermati mediasi sebagai suatu :

”Mediasi adalah *Non-Coercive*. Ini berarti bahwa tidak ada suatu sengketa (yang diselesaikan melalui jalur mediasi) akan dapat diselesaikan, kecuali hal tersebut disepakati / disetujui bersama oleh pihak-pihak yang bersengketa. Mediasi dapat diterapkan dan dipergunakan untuk mempergunakan sebagai cara penyelesaian sengketa diluar jalur pengadilan (*“Out-of court Settlement”*) untuk sengketa perdata yang timbul diantara para pihak, dan bukan perkara pidana. Yang pasti merupakan cakupan dari lembaga mediasi adalah sengketa-sengketa dibidang perdata. Namun demikian, dalam praktek seringkali para pihak sepakat bahwa penyelesaian sengketa perdata yang disepakati dengan musyawarah mufakat (melelui mediasi), akan dituangkan dalam suatu perjanjian perdamaian, dan dipahami juga bahwa walau para pihak tidak dapat dibenarkan membuat perjanjian perdamaian bagi perkara pidana, mereka dapat menggunakan perjanjian perdamaian atas sengketa perdata mereka sebagai dasar untuk dengan itikad baik sepakat tidak melanjutkan perkara pidana yang timbul diantara mereka dan/atau mencabut laporan perkara pidana tertentu, sebagaimana dimungkinkan.”

⁵³ Felix Oentoeng Soebagjo, *Mediasi Sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa Dibidang Perbankan*, (Makalah yang disajikan dalam Bahan Diskusi Terbatas "Pelaksanaan Mediasi Perbankan oleh Bank Indonesia Dan Pembentukan Lembaga Independen Mediasi Perbankan" yang diselenggarakan atas kerjasama Magister Hukum Bisnis Dan Kenegaraan, Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, Dan Bank Indonesia. Yogyakarta, 21 Maret 2007) : 2-4.

”Sedangkan ditinjau dari segi kehendak maupun prakteknya dapat dipilah menjadi *Voluntary Mediation*, dilakukan atas keinginan bersama para pihak baik atas inisiatif suatu pihak dan disetujui pihak lain, maupun atas kehendak bersama. Ini menghasilkan **Perjanjian Mediasi — *Agreement to Mediate***, dan *Mandatory Mediation*, dilakukan atas dasar permintaan majelis hakim atau arbitrase dalam proses peradilan/arbitrase, peraturan perundang-undangan, atau atas kesepakatan bersama dari awal. Dalam praktik peradilan perdata dan arbitrase di Indonesia, hakim dan arbiter selalu memberi kesempatan kepada pihak-pihak yang bersengketa untuk menyelesaikan sengketa mereka secara musyawarah, dan perkembangan sekarang ditegaskan dilakukan melalui proses mediasi.”

Identifikasi lainnya mengenai Mediasi diberikan oleh *Black Law Dictionary*⁵⁴ dan definisi mengenai perjanjian mediasi diberikan oleh *World Intellectual Property Organization (WIPO) Mediation Rules*⁵⁵, berturut-turut dikatakan bahwa:

“Mediation is private, informal dispute resolution process in which a neutral third person, the mediator, helps disputing parties to reach an agreement. The mediator has no power to impose a decision on the parties.”

(Mediasi adalah proses penyelesaian perselisihan informal dan privat yang mana oleh pihak ketiga yang netral, yakni seorang mediator, dengan membantu pihak yang berselisih untuk mencapai kesepakatan. Seorang mediator tidak berkuasa untuk memaksakan keputusannya terhadap para pihak.)

“Mediation Agreement means an agreement by the parties to submit to mediation all or certain disputes which have arisen or which may arise between them; a Mediation Agreement may be in the form of a mediation clause in a contract or in the form of a separate contract”

(Perjanjian Mediasi adalah suatu perjanjian para pihak dalam kerangka mediasi perselisihan tertentu atau keseluruhan yang telah atau akan timbul di antara mereka, suatu perjanjian mediasi dapat dalam bentuk suatu klausula mediasi di dalam suatu kontrak atau dalam bentuk kontrak terpisah)

“The Mediation shall be conducted in the manner agreed by the parties. If, and to the extent that, the parties have not made such agreement, the mediator shall, in accordance with the Rules, determine the manner in which the mediation shall be conducted. Each party shall cooperate in good faith with the mediator to advance the mediation as expeditiously as possible.”

(Mediasi akan dilaksanakan menurut kesepakatan para pihak. Apabila dan sampai dengan batasan bahwa, para pihak tidak akan membuat kesepakatan yang sedemikian, mediator akan, berdasarkan aturan-aturan, menentukan bagaimana mediasi dilaksanakan. Para pihak akan bekerjasama dengan itikad baik dengan mediator untuk menyelesaikannya dalam waktu yang singkat).

Apabila diperhatikan dalam praktek, tempat dan waktu pelaksanaan perdamaian dapat diklasifikasikan kepada: Perdamaian diluar sidang pengadilan dan perdamaian melalui sidang pengadilan. Sejak semula para pihak sudah setuju untuk menyelesaikan sengketa yang timbul diantara mereka melalui mediasi.

⁵⁴ Bryan A. Gardner, Ed. in chief. *Black's Law Dictionary*, 7th Ed., (St. Paul, Minnesota: West Group, 1999), hal.577.

⁵⁵ WIPO, *World Intellectual Property Mediation Rules*, <http://www.wipo.org>, (22-10-2008)

Kesepakatan ini yang dikenal dengan klausula mediasi, suatu *voluntary mediation* yang didasarkan pada kesepakatan bersama oleh para pihak. Sebagai kesepakatan bersama, ketentuan tersebut akan berlaku sebagai undang-undang bagi para pihak yang membuatnya (Pasal 1338 jo. Pasal 1320 KUH Perdata). Oleh karena itu, dalam merumuskan klausula mediasi perlu dipertimbangkan sebagaimana jalan keluar harus diberikan dalam hal suatu mediasi tidak membuahkan hasil sebagaimana diharapkan. Sebaliknya, *mandatory mediation*, terwujud atas adanya suatu keterpaksaan dari perintah Perma Mediasi, upaya untuk mengadakan kesepakatan damai, karena diajukan ke ranah kompetensi peradilan umum.

Proses peradilan memiliki kelebihan dalam ketetapan hukumnya yang mengikat, akan tetapi berbelit-belitnya proses acara yang harus dilalui sehingga akan memakan waktu, biaya dan tenaga yang tidak sedikit yang harus ditanggung oleh para pihak dalam penentuan proses penyelesaian mediasi mempunyai kelebihan dalam keterlibatan para pihak dalam penentuan proses penyelesaian sehingga prosesnya lebih sederhana, murah dan cepat dan sesuai dengan keinginan. Mengenai kesepakatan damai Mediasi **Suyud Margono** berpendapat bahwa:⁵⁶

“Akan tetapi kesepakatan yang dicapai tidak memiliki ketetapan hukum yang kuat sehingga bila dikemudian hari salah satu dari pihak menyalahi kesepakatan yang telah dicapai maka pihak yang lainnya akan mengalami kesulitan bila ingin mengambil tindakan hukum.”

Mediasi dengan kedudukannya sebagai alternatif penyelesaian perselisihan dilakukan oleh para pihak didasarkan atas kesepakatan. Kesepakatan ini menunjuk pada asas kebebasan berkontrak serta asas itikad baik, yaitu dengan asas ini berperan sebagai perekat bagi para pihak untuk dapat membahas perselisihan yang ada diantara mereka menurut kepatutan, terbuka dan kedua pihak bertujuan untuk tidak pergi ke pengadilan. Antara mediasi dengan perdamaian (*dading*) yang diatur Pasal 130 HIR, arbitrase atau litigasi

⁵⁶ Suyud Margono, *ADR (Alternative Dispute Resolution) & arbitrase proses Pelembagaan dan Aspek Hukum* (Jakarta: Ghalia Indonesia, 2000) hal. 23-33

(pengadilan), terdapat titik-titik persamaan maupun perbedaan yang cukup berarti, yang mana **H.P. Panggabean**⁵⁷ menuangkannya dalam suatu matriks dibawah ini:

Konten	Dading (Pasal 130 HIR)	Mediasi	Arbitrase	Litigasi
Kedudukan dan Pengambil Keputusan	Majelis Hakim (Fasilitator/Wasit)	Para Pihak atau Fasilitator/Wasit	Arbitor	Majelis Hakim
Prosedur	<i>Pre Trial Conference</i>	Informal	Formal	Formalistik
Pembuktian	Aspek Materil (Materi Kasus) dan Argumentasi	Aspek Materil (Materi Kasus)	Aspek Materil (Materi Kasus) dan Argumentasi	- Aspek Materil (<i>judex facti</i>) - Aspek Formal (<i>Penerapan Hukum</i>)
Jangka Waktu	1 sampai dengan 12 Bulan	3 sampai dengan 6 minggu	3 sampai dengan 6 bulan	1 sampai dengan 9 tahun
Biaya	Sangat Murah	Sangat Murah	Mahal	Mahal
Prospek Penanganan	Manageable/ Predictable	Manageable/ Predictable	Manageable/ Predictable	Unpredictable
Publikasi	Terbuka Untuk Umum	Sangat Pribadi	Sangat Rahasia	Terbuka Untuk Umum
Cara Pendekatan	Persuasif/ kooperatif	Persuasif/ kooperatif	Konfrontatif	Konfrontatif
Fokus Penyelesaian	Mencari Solusi	Mencari Solusi	Fakta (masa lalu, peristiwa, kejadian)	Fakta (masa lalu, peristiwa, kejadian)
Prinsip Penyelesaian	<i>Win-Win Solution</i> (Solusi Semua Menang)	<i>Win-Win Solution</i> (Solusi Semua Menang)	<i>Win Lose Solution</i> (Solusi Kalah – Menang)	<i>Win Lose Solution</i> (Solusi Kalah – Menang)
Sikap Para Pihak	Sukarela/Sepakat	Sukarela/Sepakat	Membela Diri dan Menuntut Hak	Membela Diri dan Menuntut Hak
Obyek Perselisihan	Segala Bidang Perselisihan	Segala Bidang Perselisihan	Bidang Perdagangan (Perniagaan, Perbankan, Keuangan, Penanaman Modal, Industri, HaKI)	Segala Bidang Perselisihan
Status Putusan	Setara putusan Hakim	Tidak Dapat Dipaksakan	Final dan Mengikat (fiatering ketua Pengadilan Negeri)	Final dan Mengikat
Pelaksana Eksekusi	Ketua Pengadilan Negeri (PN)	Para Pihak	Ketua PN	Ketua PN

H.P. Panggabean : Hukum Acara Arbitrase, 2005

⁵⁷ H.P Panggabean, *Hukum Acara Arbitrase*, (Makalah yang disajikan sebagai bahan kuliah Calon Advokat di Universitas Pelita Harapan terselenggara antara Asosiasi Advokat Indonesia (AAI), Perhimpunan Advokat Indonesia (Peradi) dan Universitas Pelita Harapan, Jakarta Mei-Juli, 2005) : 3.