

## **BAB II**

### **HAKEKAT AGUNAN (*COLLATERAL*)**

#### **DALAM PENYALURAN DANA PINJAMAN BANK**

##### **2.1. Bank Sebagai Lembaga *Intermediary***

Aliran-aliran dalam rumpun agama Samawi antara lain Islam, Kristen Protestan, Katolik dan lain sebagainya, mempercayai bahwa Tuhan menciptakan manusia sebagai makhluk yang mulia. Manusia diciptakan memiliki akal budi, untuk berpikir dan bertindak dalam lalu lintas kehidupan sosialnya. Manusia dalam hukum merupakan subyek hukum mandiri, di samping badan hukum sebagai subyek hukum lainnya, yang memiliki hakekat sebagai pemangku hak dan kewajiban. Maka, tidak salah apabila manusia dengan hakekat dan eksistensinya tersebut, selalu memiliki keinginan-keinginan dan kebutuhan-kebutuhan. Varian dari keinginan dan kebutuhan manusia tersebut cukup banyak dan kompleks. Hal tersebut, tentu saja bergantung pada varian hak yang ingin dipenuhi atau diperolehnya, dan kewajiban-kewajiban yang harus diemban dan dilaksanakannya.

Manusia dalam lalu lintas kehidupan dikenal juga sebagai makhluk sosial (*zoon politicon*). Hal ini disebabkan karena manusia tidak mungkin dapat hidup sendiri. Manusia senantiasa memerlukan manusia lain, bahkan makhluk hidup lain, dalam menjalani roda kehidupan sosial, tanpa mungkin menghindarkan dirinya dari proses interaksi dengan anggota masyarakat lainnya. Bila dilihat dari sudut pandang ekonomi (khususnya bisnis), manusia secara spesifik berkarakter sebagai *homo economicus*. Moch. Isnaeni berpendapat:

Lewat interaksi sebagai cara untuk memenuhi kebutuhan hidup, sudah tidak mungkin terhindarkan, baik dalam rangka memperoleh kebutuhan sandang, pangan, ataupun papan, dan tidak terkecuali urusan regenerasi sebagai tuntutan alaminya. Interaksi yang terjadi antar anggota kelompok dalam rangka pemenuhan kebutuhan hidup, berarti masing-masing pihaknya menghendaki agar apa yang diinginkan dapat terwujud. Untuk itu diperlukan suatu perhitungan pemikiran, apakah interaksi itu akan mendapatkan keuntungan bagi diri mereka satu dengan lainnya. Suatu kegiatan yang bertumpu pada perhitungan untung rugi seperti ini, menandakan bahwa apa yang dilakukan itu tidak lain tidak bukan, merupakan suatu perilaku bisnis. Untung yang dipertimbangkan, tidak

perduli dalam ukuran kecil, sedang, ataupun besar, sesungguhnya itu merupakan inti bisnis.<sup>136</sup>

Sudut pandang perekonomian secara tepat telah berhasil menggambarkan bahwa manusia selaku *homo economicus*, akan selalu mempertimbangkan untung dan rugi dalam interaksi kehidupannya, terutama dalam melaksanakan kegiatan usaha. Sumber daya yang niscaya terbatas, diiringi dengan kebutuhan dan keinginan manusia dengan beragam variannya yang tidak terbatas, telah mendorong manusia dalam tindak tanduknya di dunia bisnis, menjadi makhluk yang kreatif melalui inovasi dan perhitungan bisnis yang presisi. Hal ini, juga mempengaruhi manusia sebagai subyek hukum yang menginisiasi lahirnya badan-badan usaha atau Perusahaan, baik yang berbadan hukum maupun yang tidak berbadan hukum, untuk selalu memiliki perspektif pemikiran yang inovatif dan presisi.

Perusahaan-Perusahaan yang dilahirkan sebagai buah pikir dan kerja keras manusia, sebagaimana telah disinggung sebelumnya, dalam kondisi apapun pasti membutuhkan tambahan dana untuk memenuhi kebutuhan-kebutuhan dan keinginan-keinginannya. Di samping itu juga, subyek-subyek hukum baik perorangan maupun Korporasi, yang memiliki dana (termasuk kelebihan dana), tentu saja membutuhkan wadah untuk menyimpan dana-dana tersebut. Bahkan jika dimungkinkan, dana-dana tersebut dapat terus dikembangkan menjadi lebih besar dan produktif. Bukan hanya untuk masyarakat secara luas, tetapi pertama-tama untuk dirinya sendiri.

Di era perekonomian modern yang didominasi oleh Negara-Negara maju dan dilengkapi oleh Negara-Negara berkembang, telah lahir dan berkembang suatu institusi keuangan raksasa yang disebut sebagai Bank. Bank terutama di Negara-Negara berkembang, sangat mendominasi bahkan menjadi fondasi utama perekonomian suatu Negara. Kehadirannya dewasa ini, tidak hanya menjadi kebutuhan tetapi juga menjadi tren yang menunjang kehidupan masyarakat luas. Promosi-promosi terhadap Bank dan kegiatan usahanya, yang seakan juga tidak pernah berhenti digalakkan, menunjukkan betapa pentingnya kehadiran Bank dalam kehidupan perekonomian suatu Negara. Tak terkecuali bagi Negara Indonesia sebagai salah satu Negara berkembang di dunia.

Sentosa Sembiring menjelaskan peran sentral dari Bank sebagai berikut:

---

<sup>136</sup> Moch. Isnaeni, *Perjanjian Jual Beli*, Bandung: Refika Aditama, Juli 2016, h. 1 (selanjutnya disebut Moch. Isnaeni-IV).

Keberadaan bank dalam kehidupan masyarakat dewasa ini, mempunyai peran yang cukup penting. Disebut demikian, karena lembaga perbankan baik Bank Umum maupun Bank Perkreditan merupakan roh dari sistem keuangan suatu negara. Bank merupakan lembaga keuangan yang menjadi wadah bagi badan usaha, lembaga pemerintahan, swasta maupun orang pribadi selain sebagai tempat menyimpan dana juga bisa sebagai sarana dalam melakukan berbagai transaksi keuangan. Lewat lembaga pengumpulan dana tersebut, bank dapat menyalurkannya kembali dana yang sudah terkumpul tersebut kepada masyarakat melalui pranata hukum perkreditan. Disamping fungsi yang telah disebutkan di atas, bank juga dapat memberikan berbagai jasa perbankan yang dibutuhkan oleh nasabah maupun masyarakat pada umumnya.<sup>137</sup>

Indonesia sendiri melalui Pasal 1 angka 2 UU Perbankan mengatur bahwa: Bank adalah badan usaha yang menghimpun dana dari masyarakat dalam bentuk simpanan dan menyalurkannya kepada masyarakat dalam bentuk kredit dan atau bentuk bentuk lainnya dalam rangka meningkatkan taraf hidup rakyat banyak. Bank berdasarkan terminologi dalam UU Perbankan tersebut, ditegaskan memiliki fungsi sebagai *financial intermediary institution* (lembaga perantara keuangan). Sejalan dengan pengertian Bank dalam UU Perbankan tersebut, Rachmadi Usman dan Djoni S. Gazali berpendapat:

...bank berfungsi sebagai *financial intermediary* dengan usaha utama menghimpun dan menyalurkan dana masyarakat serta memberikan jasa-jasa lainnya yang lazim dilakukan bank dalam lalu lintas pembayaran. Kedua fungsi itu tidak bisa dipisahkan. Sebagai badan usaha, bank akan selalu berusaha mendapatkan keuntungan yang sebesar-besarnya dari usaha yang dijalankannya. Sebaliknya sebagai lembaga keuangan, bank mempunyai kewajiban untuk menjaga kestabilan nilai uang, mendorong kegiatan ekonomi dan perluasan kesempatan kerja.<sup>138</sup>

Bank terutama Bank Umum, dengan demikian memiliki fungsi yang sangat penting dalam roda perekonomian. Sebagai lembaga perantara, Bank bertugas untuk mempertemukan dua kebutuhan dan/atau kepentingan. Dua kebutuhan dan/atau kepentingan tersebut adalah:

- a. Kebutuhan dan/atau kepentingan pihak-pihak yang memiliki kelebihan dana, untuk menempatkan kelebihan dananya pada suatu wadah; dan

---

<sup>137</sup> Sentosa Sembiring, *Hukum Perbankan Edisi Revisi*, Bandung: Mandar Maju, 2012, h. 15-16.

<sup>138</sup> Rachmadi Usman dan Djoni S. Gazali, *Hukum Perbankan*, Jakarta: Sinar Grafika, April 2012, h. 136 (selanjutnya disebut Rachmadi Usman-II).

- b. Kebutuhan dan/atau kepentingan pihak-pihak yang memiliki kekurangan atau membutuhkan pendanaan dari pihak lain.

Fungsi khusus dari Bank ditegaskan kembali dalam Pasal 3 UU Perbankan sebagai berikut: Fungsi utama perbankan Indonesia adalah sebagai penghimpun dan penyalur dana masyarakat. Sehingga dari ketentuan tersebut, sangat jelas bahwa dana-dana masyarakatlah yang akan dihimpun oleh Bank. Dana-dana yang berhasil dihimpun oleh masyarakat tersebut, sesuai dengan fungsi utama dari Bank wajib disalurkan kembali kepada masyarakat secara luas.

Fungsi khusus dari Bank tersebut, membuat Bank berbeda bila dibandingkan dengan lembaga keuangan lainnya seperti Pasar Modal, Asuransi, Dana Pensiun, Pegadaian, Lembaga Pembiayaan, dan lain sebagainya. Bank secara langsung dapat menghimpun dana dari masyarakat luas, melalui produk-produk sejenis simpanan yang disediakan oleh Bank. Pasal 1 angka 5 UU Perbankan mengatur bahwa: Simpanan adalah dana yang dipercayakan oleh masyarakat kepada bank berdasarkan perjanjian penyimpanan dana dalam bentuk giro, deposito, sertifikat deposito, tabungan dan atau bentuk lainnya yang dipersamakan dengan itu. Produk-produk simpanan seperti tabungan, giro, dan deposito tersebut jugalah akhirnya yang menjadi ciri khas dari suatu institusi Bank.

Bank dikatakan sebagai raksasa institusi keuangan, karena Bank sejak awal pendirian bahkan hingga proses penutupannya, melibatkan dana yang sangat besar. Pasal 5 Peraturan Bank Indonesia Nomor 11/1/PBI/2009 Tentang Bank Umum sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Bank Indonesia Nomor 13/27/PBI/2011 Tentang Perubahan Atas Peraturan Bank Indonesia Nomor 11/1/PBI/2009 Tentang Bank Umum (selanjutnya disingkat PBI Bank Umum) telah mengatur sebagai berikut: Modal disetor untuk mendirikan Bank ditetapkan paling kurang sebesar Rp 3.000.000.000.000,00 (tiga triliun rupiah). Hal ini jugalah yang membuat Bank, khususnya Bank Umum, sangat cepat menjelma sebagai raksasa institusi keuangan.

Walaupun modal untuk mendirikan suatu Bank sangat besar, namun setelah Bank berhasil mendapatkan izin dari OJK dan beroperasi, Bank tidak lagi mengandalkan modalnya sendiri untuk mendanai pelaksanaan kegiatan bisnisnya. Dana-dana dari Nasabah Penyimpan adalah sumber pendanaan utama bagi Bank untuk menggerakkan roda usahanya. Berbagai macam upaya akhirnya dilakukan oleh Bank untuk menarik perhatian calon Nasabahnya, baik melalui promosi yang gencar, bahkan penawaran bunga yang kompetitif.

Menurut Ronald Saija:

Dana yang berhasil dihimpun oleh bank justru akan menjadi beban apabila dibiarkan begitu saja, tanpa ada usaha alokasi untuk tujuan-tujuan yang produktif. Dana yang dihimpun bukanlah dana yang semuanya murah tetapi sebagian besar adalah dana dari depositan yang menimbulkan kewajiban bagi bank untuk membayar imbal jasa berupa bunga.<sup>139</sup>

Dana-dana dari Nasabah Penyimpan tersebut, pada akhirnya wajib dipergunakan oleh Bank untuk tujuan-tujuan yang produktif, disebabkan karena Bank wajib membayar bunga kepada setiap Nasabah Penyimpan. Hal ini berkaitan dengan kegiatan usaha Bank, yang bersifat *profit oriented* (mencari untung), dengan pendapatan utama berupa *interest income*. *Interest income* adalah pendapatan Bank, yang berasal dari selisih (*spread*) antara bunga Simpanan dengan bunga Kredit. Oleh karena itu, Bank tidak sekedar karena diwajibkan, namun dengan sendirinya terdorong melaksanakan penyaluran dana kembali kepada masyarakat secara luas. Ronald Saija menjelaskan bahwa: “Penghimpunan dana dari masyarakat perlu dilakukan dengan cara-cara tertentu sehingga efisien dan dapat disesuaikan dengan rencana penggunaan dana tersebut.”<sup>140</sup> Cara-cara penghimpunan dana yang efisien, untuk tujuan-tujuan produktif, didorong keinginan Bank untuk memperoleh keuntungan melalui *interest income* tersebut, secara langsung maupun tidak langsung juga berkontribusi positif, untuk menggerakkan roda perekonomian di suatu Negara.

Senada dengan hal tersebut, Johannes Ibrahim merangkum tugas Bank berikut:

1. *Agent of development* yang berkaitan dengan pengumpulan dana dan penyaluran kredit dari dan atau kepada pihak ketiga;
2. *Agent of trust* yang berkaitan dengan pelayanan atau jasa-jasa yang diberikan baik kepada perorangan maupun kelompok usaha atau perusahaan.<sup>141</sup>

Bank disebut sebagai *agent of development*, karena kerja-kerja pengumpulan dana oleh Bank melalui produk-produk simpanan yang disediakan, serta penyaluran dana-dana tersebut kembali kepada masyarakat luas melalui pranata Kredit, turut menggerakkan pembangunan perekonomian

---

<sup>139</sup> Ronald Saija, *Hitam-Putih Hukum Perbankan*, Yogyakarta: DEEPUBLISH, Januari 2017, h. 28.

<sup>140</sup> *Ibid.*, h. 26.

<sup>141</sup> Johannes Ibrahim, *Bank Sebagai Lembaga Intermediasi Dalam Hukum Positif*, Bandung: Utomo, 2004, h. 28 (selanjutnya disebut Johannes Ibrahim-III).

secara luas. Bank dengan demikian, telah menjelma menjadi suatu institusi yang memiliki kekuatan keuangan yang besar dan disegani. Tidak hanya sekedar untuk berkontribusi pada proses pembangunan perekonomian, Bank bahkan secara langsung menjadi institusi yang paling siap, untuk mendanai pembangunan perekonomian, termasuk di sektor riil.

Neni Sri Imaniyati berpendapat sebagai berikut:

Tidak dapat disangkal lagi bahwa pembangunan memerlukan dana yang tidak sedikit dan berkesinambungan. Dalam hal pengalangan dana masyarakat tidak dapat dikesampingkan peranan lembaga perbankan. Bank sebagai lembaga yang bekerja berdasarkan kepercayaan masyarakat, memiliki peran dan posisi yang sangat strategis dalam pembangunan nasional. Sebagai lembaga perantara keuangan masyarakat (*financial intermediary*), bank menjadi media perantara pihak-pihak yang memiliki kelebihan dana (*surplus of funds*) dengan pihak-pihak yang kekurangan atau memerlukan dana (*lack of funds*).<sup>142</sup>

Bank dengan peran dan posisi yang sangat strategis tersebut, juga menyebabkan pola berpikir yang berbeda bagi Nasabah Penyimpan. Nasabah yang menyimpan dana atau kelebihan dana yang dimilikinya di Bank, tidak hanya berpikir Bank layaknya suatu wadah, seperti dompet, celengan, dan/atau brankas semata. Nasabah tersebut tidak hanya sekedar menitipkan dan/atau menempatkan dana atau kelebihan dana yang dimilikinya, melainkan juga memberikan kepercayaan yang besar kepada Bank.

Trisadini Prasastinah Usanti dan Abd. Shomad menyatakan:

Bank di dalam menghimpun dan mengelola dana masyarakat itu didasarkan atas prinsip kepercayaan. Nasabah mempercayakan dananya untuk disimpan di bank dalam suatu portofolio dan dikelola dengan aman dan jujur, yang sewaktu-waktu diminta kembali oleh nasabah, dan bank mampu menyediakannya. Sifat hubungan hukum demikian bukan sekedar hubungan debitur dan Kreditur semata. Oleh sebab itu, sifat hubungan hukum antara bank dan nasabah lebih tepat jika dikatakan sebagai hubungan kepercayaan (*fiduciary relation*).<sup>143</sup>

Kepercayaan yang diberikan tersebut berupa kepercayaan Nasabah kepada Bank, bahwa dana atau kelebihan dana yang dimilikinya berada di lokasi

---

<sup>142</sup> Neni Sri Imaniyati-I, *Op. cit.*, h. 13.

<sup>143</sup> Trisadini Prasastinah Usanti dan Abd. Shomad, *Hukum Perbankan*, Jakarta: Kencana, September 2017, h. 20 (selanjutnya disebut Trisadini Prasastinah Usanti-I).

yang aman, tangan yang tepat, serta dikelola dan bahkan dikembangkan secara profesional. Nasabah percaya bahwa dana atau kelebihan dana milik Nasabah yang ditempatkan pada Bank, mudah dicairkan sewaktu-waktu (*liquid*). Kepercayaan tersebut secara ekonomis juga tidak diberikan Nasabah secara cuma-cuma. Nasabah atas kepercayaannya tersebut juga diganjar dengan imbal jasa berupa bunga, yang wajib dibayar oleh Bank sesuai dengan kesepakatan yang terjadi di antara Bank dengan Nasabah Penyimpan.

Hubungan Bank dengan Nasabah Penyimpan berdasarkan hal tersebut, bersifat timbal balik dan ekonomis. Dikatakan bertimbal balik karena Bank di pihak yang satu memiliki kewajiban pelaksanaan prestasi, berupa menyimpan, mengelola, dan mengembangkan dana atau kelebihan dana dari Nasabah Penyimpan secara aman dan profesional. Selaras dengan kewajibannya tersebut, Bank diberikan hak untuk melakukan pengelolaan dan pengembangan dana atau kelebihan dana milik Nasabah Penyimpan, untuk tujuan-tujuan produktif guna menghasilkan keuntungan terutama untuk Bank itu sendiri.

Sementara, Nasabah Penyimpan di pihak yang lain, memiliki kewajiban untuk menempatkan dana atau kelebihan dananya, secara langsung di Bank dengan penuh kepercayaan. Hak Nasabah Penyimpan secara bertimbal balik, adalah dapat menarik dana atau kelebihan dana yang dimilikinya sewaktu-waktu disertai dengan bunga. Bunga juga merupakan keuntungan yang wajib diberikan oleh Bank terhadap Nasabah Penyimpan, sesuai dengan waktu dan prosentase (jumlah) yang telah disepakati oleh dan di antara Bank dan Nasabah Penyimpan.

Nasabah dan Bank juga memiliki hubungan yang bersifat ekonomis. Ekonomis berarti dilaksanakan dengan mempertimbangkan keuntungan dan kerugian yang mungkin muncul, sesuai dengan hakekat manusia yang merupakan *homo economicus*. Keuntungan berupa dana segar Nasabah Penyimpan yang dapat dimanfaatkan oleh Bank di satu sisi, dengan bunga sebagai keuntungan bagi Nasabah Penyimpan di sisi lain, telah melatarbelakangi perbuatan hukum yang lahir di antara Bank dengan Nasabah Penyimpan melalui suatu perjanjian penyimpanan dana, yang membuat keduanya terikat dalam suatu hubungan hukum (perikatan).

Ekonomis juga berarti, hubungan hukum berupa perikatan yang lahir karena perjanjian penyimpanan dana, yang disetujui oleh dan di antara Bank dengan Nasabah Penyimpan, dapat dinilai dengan uang. Semakin besar bunga yang ditawarkan oleh suatu Bank kepada Nasabah Penyimpan, akan semakin menarik calon-calon Nasabah Penyimpan, untuk menempatkan dana atau kelebihan dananya di Bank tersebut. Namun di sisi yang lain, semakin besar

bunga yang diperjanjikan oleh dan di antara Bank dengan Nasabah Penyimpan, akan semakin memperbesar kewajiban Bank kepada Nasabah Penyimpan.

Bank sebagai raksasa institusi keuangan, memang lebih berkembang di Negara-Negara maju seperti Amerika Serikat. Bank of America Corporation dan JPMorgan Chase & Co, merupakan contoh Bank-Bank yang sukses dan besar di dunia. Amerika Serikat seperti halnya dengan Inggris, menganut tradisi hukum *common law*. Eksistensi suatu kontrak dan penegakan kontrak pada tradisi *common law*, mempersyaratkan adanya suatu *consideration*. *Consideration* sendiri merupakan hal yang khas dalam tradisi hukum *common law*, khususnya pada hukum kontrak.

Suatu kontrak di *common law* akan diakui eksistensinya serta dapat ditegakan, apabila unsur *consideration* ini terpenuhi. *Consideration* mempersyaratkan adanya *quid pro quo, tit for tat*, atau *something for something*. Sehingga suatu janji dari pihak yang satu harus dibalas dengan janji dari pihak lainnya. *Consideration* mempersyaratkan janji-janji (prestasi) di antara para pihak dalam hubungan kontraktual, wajib bertimbang balik dan memiliki nilai ekonomis. Tidak sepihak dan tidak gratis. Hubungan kontraktual yang mengandung *consideration* dapat ditegakan pelaksanaan dan pemenuhannya dalam hukum.

Sudut pandang dan pola pikir tersebut, secara nyata juga menempatkan perjanjian penyimpanan dana yang disetujui antara Nasabah dengan Bank, menjadi sebuah justifikasi atas kepercayaan Nasabah terhadap suatu Bank. Hal ini menunjukkan bahwa tugas Bank sebagai *agent of development*, berkaitan bahkan tidak dapat dipisahkan dari tugas Bank sebagai *agent of trust*. Kepercayaan Nasabah terhadap Bank inilah yang seharusnya menjadi landasan hubungan bisnis, bahkan hubungan hukum yang terjadi di antara Bank dengan setiap Nasabahnya. Tidak hanya Nasabah Penyimpan saja, tetapi juga Bank terhadap Nasabah Debitur, selaku penerima fasilitas Kredit melalui penyaluran dana pinjaman Bank.

Sesungguhnya tanpa perlu membubuhkan frasa “*trust*”, *agent* memiliki makna dan selalu dilandasi dengan adanya suatu kepercayaan (*fiduciary*). Harold Gill Reuschlein dan William A. Gregory bahkan menyatakan bahwa: “*The Agent Is a Fiduciary.*”<sup>144</sup> Secara etimologis menurut Myron G. Hill, Jr., Howard M. Rossen, dan Wilton S. Sogg: “*Agency comes from the Latin word, ago, meaning to act, The Restatement defines an agency as “the fiduciary relation which results from the manifestation of consent by one person to*

---

<sup>144</sup> Harold Gill Reuschlein dan William A. Gregory, *The Law Of Agency And Partnership Second Edition*, Saint Paul, Minnesota: WEST PUBLISHING, 1990, h. 11.

*another that the other shall act on his behalf and subject to his control, and consent by the other so to act.*"<sup>145</sup>

Budi Santoso menyatakan: "Istilah *agent* diartikan sebagai; "a *fiduciary relationship by which a party confides to another the management or some business to be transacted in the former's name or on his account, and by which such other assumes to do the business and render an account of it.*"<sup>146</sup> Sehingga setiap *agent* tidak terkecuali Bank, wajib melaksanakan dengan baik setiap kepercayaan, sebagai amanah yang telah diberikan oleh *principal*. Kepercayaan tersebut dengan sendirinya merupakan "roh" dari hubungan yang tercipta antara Bank dengan Nasabah.

Berkaitan dengan tugas Bank selaku *agent of trust*, Dadang Husen Sobana menyatakan sebagai berikut:

Penyaluran dana dengan tujuan memperoleh penerimaan dapat dilakukan apabila dana telah dihimpun. Keberhasilan suatu bank dalam memenuhi maksud tersebut dipengaruhi hal berikut:

1. kepercayaan masyarakat pada bank yang bersangkutan;
2. perkiraan tingkat pendapatan yang akan diperoleh (*expected rate of return*) oleh penyimpan dana lebih tinggi daripada pendapatan dan alternatif investasi lain dengan tingkat risiko yang seimbang;
3. risiko penyimpanan dana;
4. pelayanan yang diberikan oleh Bank kepada penyimpan dana,<sup>147</sup>

Berdasarkan hal tersebut, dana yang disalurkan sebagai dana pinjaman Bank melalui pranata Kredit, adalah dana-dana yang dipercayakan oleh Nasabah Penyimpan. Kepercayaan yang telah diberikan Nasabah Penyimpan kepada Bank selaku *agent of trust* ini, tidak boleh dirusak bahkan dikhianati oleh Bank. Pasal 29 ayat (3) UU Perbankan bahkan mengatur sebagai berikut: 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.

Penjelasan Pasal 29 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU Perbankan menjelaskan sebagai berikut: Mengingat bank terutama bekerja dengan dana dari masyarakat yang disimpan pada bank atas dasar kepercayaan, setiap bank

<sup>145</sup> Myron G. Hill, Jr., Howard M. Rossen, dan Wilton S. Sogg, *Agency & Partnership Forth Edition*, Larchmonth, New York: Emanuel Law Outlines, 1989, h. 3.

<sup>146</sup> Budi Santoso, *Keagenan (Agency) Prinsip-Prinsip Dasar, Teori, dan Problematika Hukum Keagenan*, Bogor: Ghalia Indonesia, April 2015, h.2.

<sup>147</sup> Dadang Husen Sobana, *Hukum Perbankan di Indonesia*, Bandung: PUSTAKA SETIA, Juni 2016, h. 73.

perlu terus menjaga kesehatannya dan memelihara kepercayaan masyarakat padanya. Ketentuan Pasal 29 ayat (3) UU Perbankan dan Penjelasan Pasal 29 ayat (1), ayat (2), dan ayat (3) UU Perbankan tersebut, telah mengamanatkan kepada setiap Bank untuk menjaga kesehatannya, karena Bank yang sehat juga menentukan terpeliharanya kepercayaan Nasabah secara luas.

Kesehatan suatu Bank, salah satunya diukur melalui banyak atau tidaknya Kredit macet (*non performing loan*), yang dimiliki oleh Bank tersebut. Penyaluran dana pinjaman oleh Bank melalui produk-produk Kredit Bank, niscaya tidak mungkin tanpa risiko gagal bayar. Namun, perlu diingat kembali bahwa dana yang disalurkan sebagai dana pinjaman Bank melalui pranata Kredit, adalah dana-dana yang dipercayakan oleh Nasabah Penyimpan. Sehingga, Bank diwajibkan mengambil langkah-langkah preventif untuk mengurangi dan/atau menekan risiko tersebut. Banyaknya Kredit macet yang dimiliki Bank, juga menyebabkan bisnis Bank menjadi terganggu dan tidak efisien.

Inefisiensi yang mengganggu kegiatan bisnis Bank, terjadi karena Bank juga harus berkonsentrasi melakukan upaya-upaya penyelamatan, penagihan, dan/atau eksekusi harta Benda Nasabah Debitur yang kreditnya berstatus *Non Performing Loan*. Waktu yang panjang, serta jerih payah, wajib dikerahkan Bank untuk menyelesaikan Kredit-Kredit macet tersebut. Hal ini, tidak jarang juga membebani Bank, untuk melakukan perekrutan orang-orang yang secara khusus bertugas untuk melakukan penyelesaian Kredit-Kredit macet tersebut.

Seringkali melalui proses gugatan yang panjang pada institusi Pengadilan dan/atau Arbitrase, serta penunjukan Advokat sebagai Kuasa Hukum Bank untuk melakukan tuntutan perdata, Bank masih harus berjuang untuk melakukan pembuktian mengenai wanprestasinya Nasabah Debitur. Hal-hal tersebut, tentu saja secara tidak langsung menyebabkan Bank harus merogoh kocek yang tidak sedikit, untuk mendanai hal-hal tersebut. Kegiatan operasional Bank sebagai badan usaha menjadi terganggu, yang juga akhirnya berdampak pada keuntungan yang seharusnya bisa diserap oleh Bank, menjadi berkurang karena inefisiensi tersebut.

Inefisiensi yang muncul karena banyaknya Kredit macet pada suatu Bank, dengan demikian memberikan pengaruh yang signifikan, terhadap kondisi “sakit” dari suatu Bank. Berdasarkan pendekatan komparatif di United Kingdom, Sèverine Saintier menyatakan: “*In the UK however, traditional*

*common law rules regarded the principal as the party in need of protection*”.<sup>148</sup> Maka, sudah menjadi kewajiban bagi setiap Bank untuk mencegah, dan bahkan segera menyelesaikan masalah-masalah Kredit macet. Kredit macet berdampak pada kesehatan Bank, yang berpengaruh kepada kepercayaan Nasabah terhadap Bank. Kepercayaan Nasabah selaku *principal* terhadap Bank tersebut, tidak hanya harus dipelihara, melainkan juga harus dilindungi oleh setiap Bank yang merupakan *agent of trust*.

Sylvia Janisriwati menyatakan:

Banyaknya kasus kredit macet membawa dampak buruk bagi kesehatan bank, padahal bank mempunyai peranan yang strategis dalam mendukung pelaksanaan pembangunan mengingat bank adalah suatu lembaga *intermediary* karena di satu pihak melakukan kegiatan mengerahkan dana simpanan masyarakat, terutama dalam bentuk deposito, giro, dan tabungan dan di pihak lain menyalurkan dana simpanan tadi kepada para nasabah debiturnya dalam bentuk kredit. Selain dari masyarakat, sumber dana bank adalah *interbank money market*, di mana bank memperoleh pinjaman dana pendek dari bank-bank lain.<sup>149</sup>

Bank berdasarkan hal tersebut, wajib bertindak tanduk dan melaksanakan kegiatan bisnisnya, dengan kepercayaan sebagai landasannya. Kepercayaan sebagai landasan tersebut, tidak hanya kepada Nasabah Penyimpan. Bank lebih luas lagi, juga harus menjadi institusi yang dapat diandalkan dan dipercaya oleh Bank-Bank lain. Hal ini disebabkan dalam kegiatan *interbank money market*, Bank juga menjadi salah satu Nasabah Debitur, di samping Nasabah-Nasabah Debitur lain, selaku penerima fasilitas Kredit melalui kegiatan penyaluran dana pinjaman oleh Bank.

Kondisi tersebut mengakibatkan bisnis Bank secara keseluruhan, menjadi sebuah bisnis yang besar dan sarat dengan kompleksitas. Interkoneksi yang terjalin antar Bank yang satu dengan Bank-Bank yang lain, pada akhirnya juga meningkatkan risiko dari industri Perbankan itu sendiri, secara luas. Bank yang “sakit”, dapat menyebabkan Bank-Bank lain dalam suatu sistem perekonomian suatu Negara, bahkan lebih luas lagi pada sistem perekonomian global, “dapat terjangkit penyakit” yang sama atau bahkan lebih parah.

---

<sup>148</sup> S everine Saintier, *Commercial Agency Law: A Comparative Analysis*, Hampshire: Ashgate Publishing, 2002, h. 6.

<sup>149</sup> Sylvia Janisriwati, *Kepailitan Bank Aspek Hukum Kewenangan Bank Indonesia dalam Kepailitan Suatu Bank*, Bandung: LoGoZ Publishing, 2011, h. 1.

Layaknya komplikasi penyakit yang dialami oleh seorang manusia, Bank seperti “jantung” dari perekonomian itu sendiri. Bila “jantung” tersebut kesehatannya terganggu atau rapuh, maka sub-sub sistem perekonomian lain yang menjadi sendi-sendi perekonomian itu sendiri, juga akan terganggu dan menjadi rapuh. Perumpamaan tersebut memberikan gambaran bahwa Bank yang terganggu kesehatannya, berakibat sangat fatal karena dapat berujung pada “kematian” suatu sistem perekonomian. Hal ini tentu saja tidak dapat dipandang “sebelah mata” atau disepelekan, melainkan harus disikapi dengan sangat serius.

Sebagaimana dikemukakan oleh Hermansyah:

...industri perbankan memiliki potensi risiko yang dapat memicu instabilitas perekonomian suatu negara bahkan perekonomian global. Potensi risiko ini menjadi lebih besar lagi karena adanya liberalisasi dan globalisasi, yang meningkatkan persaingan serta memicu bertambahnya jumlah, serta kompleksitas produk perbankan.<sup>150</sup>

Liberalisasi perekonomian memang dapat dicegah dan dihadapi, karena liberalisasi terkait dengan ideologi suatu Bangsa, khususnya di bidang perekonomian. Ideologi merupakan identitas yang akan terus dipertahankan oleh suatu Negara yang berdaulat. Namun, tidak demikian dengan globalisasi perekonomian. Globalisasi perekonomian dewasa ini, tidak hanya sekedar menjadi “tuntutan”, melainkan berkembang menjadi “tren”. Hal ini terutama dialami oleh Negara-Negara yang telah mengakui, menganut, dan mengadopsi pasar bebas internasional, melalui pranata-pranata hukumnya.

Indonesia sendiri telah mengakui, menganut, dan mengadopsi keberadaan pasar bebas internasional melalui Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1994 Tentang Pengesahan *Agreement Establishing The World Trade Organization* (Persetujuan Pembentukan Organisasi Perdagangan Internasional) (selanjutnya disingkat UU Pengesahan Pembentukan WTO). Melalui UU Pengesahan Pembentukan WTO, Indonesia wajib mengikuti “tren” globalisasi ekonomi, yang sebenarnya bila ditanggapi dengan baik, dapat menjadi keuntungan tersendiri dari Indonesia.

Indonesia secara nyata telah memiliki pasar yang sangat luas. Sehingga dengan adanya globalisasi melalui keanggotaan dalam WTO, Indonesia memiliki pasar yang lebih luas dan mendunia. Di samping itu, Indonesia masih memiliki keunggulan atau keuntungan demografis, karena lebih dari 60% (enam puluh per seratus) penduduk Indonesia, berada dalam usia produktif. Hal ini

---

<sup>150</sup> Hermansyah, *Op. cit.*, h. 192.

tentu saja dapat membuat Indonesia (jika dikembangkan dengan baik), dapat menjadi kekuatan ekonomi tersendiri yang kuat, disegani, dan memiliki daya saing yang baik.

Bank terutama Bank Umum seringkali juga disebut sebagai institusi keuangan yang *too big too fail*. Dikatakan demikian karena kehancuran suatu Bank, dapat menyebabkan efek berkelanjutan yang berbahaya. Efek tersebut disebut *domino effect*, yang secara berkelanjutan menghancurkan Bank-Bank lain, dan berakhirnya pada runtuhnya sistem perekonomian suatu Negara. Jean-Charles Rochet terkait hal tersebut menyatakan sebagai berikut: “*When banks are linked to each other through large transactions in the Fed funds and other markets, the failure of one of them may trigger a domino effect in the financial system...*”<sup>151</sup> “Gugurnya” suatu Bank selaku raksasa institusi keuangan, dengan demikian mengakibatkan Bank-Bank lain dan institusi-institusi lain, termasuk juga badan-badan usaha lain ikut “berguguran”. Dampaknya sangat luas, hingga menyentuh keseluruhan sistem keuangan di suatu Negara, dan bahkan perekonomian secara global.

Bank dengan kompleksitas kondisi dan produk-produknya, ditambah dengan risiko yang besar, disertai dengan *domino effect* yang dapat ditimbulkannya, tidak dapat dipungkiri telah menyebabkan industri perbankan pada posisi *highly regulated*. Bank diposisikan demikian karena Bank harus dijaga kesehatannya. Kesehatan tersebut bukan hanya terkait kesehatan finansial Bank, namun juga terhadap kesehatan bisnis (termasuk namun tidak terbatas pada praktik bisnis) Bank secara menyeluruh. Hal ini semata-mata untuk menjaga kepercayaan masyarakat, terutama Nasabah Bank, terhadap industri Perbankan pada umumnya dan juga secara khusus terhadap institusi Bank itu sendiri.

*Higly regulated* karena Bank diwajibkan untuk mentaati serangkaian peraturan perundang-undangan yang jumlahnya sangat banyak dan memiliki kompleksitas yang tinggi. Berbagai macam hal seperti pendirian, operasi, konglomerasi keuangan, bahkan hingga aspek pembubaran terhadap suatu Bank, dituntut untuk tunduk pada regulasi-regulasi industri jasa keuangan yang sangat ketat.

Tidak terkecuali dalam penyaluran dana pinjaman Bank kepada masyarakat luas, khususnya kepada Nasabah Debitur. Bank sesuai ketentuan Pasal 29 ayat (3) UU Perbankan, wajib menempuh cara-cara yang aman dalam

---

<sup>151</sup> Jean-Charles Rochet, *Why Are there So Many Banking Crises? (The Politics and Policy of Bank Regulation)*, Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2007, h. 165.

menyalurkan dana pinjaman Bank kepada Nasabah, melalui produk-produk Kredit Bank. Bank berdasarkan ketentuan tersebut, sejatinya diamanahkan untuk selalu berhati-hati dalam melaksanakan penyaluran dana pinjaman melalui pranata Kredit.

Kehatian-hatian Bank sebagai institusi keuangan, bahkan ditegaskan sebagai prinsip utama dan dikedepankan dalam UU Perbankan. Pasal 2 UU Perbankan mengatur sebagai berikut: Perbankan Indonesia dalam melakukan usahanya berasaskan demokrasi ekonomi dengan menggunakan prinsip kehati-hatian. Penempatan prinsip kehati-hatian dalam Pasal 2 UU Perbankan, yang merupakan Pasal awal dalam UU Perbankan, menunjukkan bahwa prinsip kehati-hatian dipandang sangat penting dalam industri Perbankan secara luas.

Bank dalam industri jasa keuangan diposisikan sebagai “penjual” jasa. Salah satu jasa yang ditawarkan dan dijual oleh Bank kepada “para pembeli” yaitu Nasabah, adalah jasa penyaluran dana pinjaman Bank. Jasa penyaluran dana pinjaman Bank tersebut, dikemas dalam berbagai varian produk-produk Kredit Perbankan. Ketentuan Pasal 2 UU Perbankan telah menegaskan bahwa Bank sebagai pihak yang harus berhati-hati. Pasal 2 UU Perbankan tersebut bernuansa *caveat venditor*, karena Bank selaku “penjual” jasa keuangan berupa Kredit kepada Nasabah Debitur, diwajibkan untuk menerapkan prinsip kehati-hatian.

Prinsip kehati-hatian disebut juga *prudential principal*. *Prudential principal* secara universal berlaku tidak hanya pada institusi Bank di Indonesia. Prinsip tersebut juga secara global wajib melandasi regulasi industri Perbankan (*prudential regulation*), mendasari praktik-praktik Bank, dan wajib dilaksanakan dengan sungguh-sungguh oleh Bank. Sesungguhnya *prudential principal* juga merupakan ciri khas dari institusi Bank dan industri Perbankan secara holistik. Bahkan, sangat tepat jika dikatakan bahwa tidak akan pernah ada Bank, tanpa adanya prinsip kehati-hatian tersebut.

Arus globalisasi yang secara deras mengalir dan dirasakan oleh Negara-Negara berkembang (tidak terkecuali di Negara Indonesia), telah mengantar para investor asing, khususnya yang bergerak di bidang industri jasa keuangan untuk berinvestasi di Indonesia. Para investor asing tidak sekedar mendirikan kantor-kantor cabang dan/atau kantor-kantor perwakilan di Indonesia. Investasi Langsung yang gencar terjadi melalui pendirian Perseroan Terbatas yang bergerak di bidang jasa keuangan, termasuk Perbankan, telah mendorong berbagai konglomerasi keuangan di Indonesia.

Hal ini kian melahirkan kompleksitas yang tidak hanya terjadi di industri Perbankan, tetapi pada industri jasa keuangan secara luas. OJK akhirnya

dilahirkan sebagai Lembaga Independen untuk mengawasi seluruh industri jasa keuangan. Globalisasi dan kompleksitas industri jasa keuangan diakibatkan adanya konglomerasi keuangan, tidak hanya mendorong OJK untuk selalu mengedepankan *prudential principal*, tetapi juga melakukan pengaturan dan pengembangan prinsip lain yang disebut dengan *Market Conduct*. *Market Conduct* merupakan salah satu alasan lahirnya UU OJK, yang berkonsep paternalistik.

Negara-Negara seperti Australia dan Inggris yang erat dengan tradisi hukum *common law*, adalah contoh-contoh Negara yang melaksanakan dan terus mengembangkan prinsip *Market Conduct*. Muliaman Darmansyah Hadad selaku Ketua Dewan Komisiner OJK pada periode tahun 2013-2017, menyampaikan dalam Siaran Pers OJK Nomor SP-25/DKNS/OJK/9/2014 bahwa:

*Market Conduct* adalah bagian dari aturan dan pengawasan terhadap lembaga keuangan yang fokus kepada perilaku penyimpangan dan penyalahgunaan kekuasaan dalam penyertaan informasi yang bertujuan untuk memastikan bahwa lembaga keuangan memberikan pelayanan yang baik, dan jujur kepada konsumen.<sup>152</sup>

*Market Conduct* dengan demikian menitikberatkan kepada perlindungan Konsumen, khususnya di sektor jasa keuangan, untuk mencegah terjadinya penyimpangan dan penyalahgunaan kekuasaan oleh institusi jasa keuangan. Penerapan *Market Conduct* memberikan perhatian khusus kepada keseimbangan informasi antara institusi jasa keuangan dan konsumen, terutama terkait dengan hak dan kewajiban dari masing-masing pihak. Diharapkan, dengan semakin sadarnya institusi jasa keuangan, tidak terkecuali Bank, dan Nasabah akan hak dan kewajiban masing-masing, maka sengketa (*dispute*) yang mungkin timbul di antara keduanya dapat dicegah atau setidaknya dapat diminimalisir. *Market Conduct* bahkan penerapannya dikaitkan dengan kesehatan institusi keuangan, termasuk Bank. Sebagaimana telah disinggung sebelumnya bahwa *dispute* yang dialami Bank, dapat mengakibatkan bisnis Bank mengalami inefisiensi.

---

<sup>152</sup> Otoritas Jasa Keuangan, *Siaran Pers Nomor: SP-25/DKNS/OJK/9/2014 bertajuk OJK Perkuat Perlindungan Konsumen Melalui Pengawasan Market Conduct "Menumbuhkan Kultur Perlindungan Konsumen Sebagai Suatu Etika Bisnis"*, dimuat dalam [http://www.ojk.go.id/Files/201409/SIARANPERSMARKETCONDUCT\\_1410178475.pdf](http://www.ojk.go.id/Files/201409/SIARANPERSMARKETCONDUCT_1410178475.pdf), diakses pada tanggal 24 Maret 2018 pukul 18:13 WIB.

Berdasarkan hal tersebut, maka Bank wajib menerapkan *prudential principal* (terutama dalam proses penyaluran dana pinjaman Bank), tanpa mengesampingkan juga penerapan *Market Conduct*, yang menitikberatkan pada aspek-aspek perlindungan konsumen, yaitu terhadap Nasabah. “Perkawinan” yang berlangsung di antara *prudential principal* dalam UU Perbankan dan *Market Conduct* dalam UU OJK (yang selama ini dianggap tidak mungkin atau setidaknya sulit untuk disatukan), merupakan dua indikator penting untuk menilai kesehatan Bank. Bank yang sehat akan memperoleh kepercayaan yang besar dari masyarakat luas, terutama dari Nasabah-Nasabah Bank tersebut. Pada akhirnya, hal tersebut juga akan berdampak positif pada tetap terjaganya eksistensi Bank sebagai lembaga *intermediary* (perantara), yang menghimpun dan menyalurkan dana-dana masyarakat. Sehingga, perekonomian (khususnya sistem keuangan) Indonesia, menjadi stabil bahkan jika dimungkinkan, dapat berkembang dengan pesat.

## **2.2. Prinsip Five C's Of Credit Sebagai Perwujudan Amanah UU Perbankan**

Manusia adalah ciptaan Tuhan yang mulia dan berakal budi. Akal budi, membuatnya mampu berpikir dan bertindak dalam menjalani kehidupannya sehari-hari. René Descartes seorang filsuf terkenal dari Prancis sebagaimana diutarakan oleh Masykur Arif Rahman, bahkan menemukan slogan yang sangat terkenal, yaitu: “”Aku berpikir, maka aku ada” (*Cogito ergo sum*).”<sup>153</sup> Slogan tersebut menunjukkan bahwa kemampuan manusia untuk berpikir dan bertindak, menentukan eksistensinya di dalam kehidupan. Manusia yang tidak mampu berpikir dan bertindak, seakan-akan dianggap tidak pernah eksis atau tidak dikenali keberadaannya.

Kemampuan manusia untuk berpikir dan menindaklanjuti buah pikirnya tersebut, mengakibatkan manusia menyadari kebutuhan-kebutuhan di dalam hidupnya. Tidak hanya menyadari kebutuhan-kebutuhan dasarnya seperti sandang, pangan, dan papan. Manusia juga akan berjuang agar dengan upaya dan/atau modal sekecil-kecilnya, dapat tercapai hasil yang maksimal atau setidaknya optimal. Perjuangan yang dilakukan, seringkali menyebabkan manusia melupakan hal-hal lain yang sangat penting, misalnya kesehatan.

Kesehatan merupakan sesuatu yang tidak ternilai harganya. Ungkapan mengenai kesehatan tersebut, tidak hanya disampaikan oleh orang-orang yang berprofesi di bidang kesehatan. Dipersamakannya kesehatan dengan “harta” melalui ungkapan tersebut, menunjukkan bahwa kesehatan dianggap sebagai

---

<sup>153</sup> Masykur Arif Rahman, *Buku Pintar Sejarah Filsafat Barat*, Yogyakarta: IRCiSoD, Oktober 2013, h. 240.

sesuatu yang vital. Kesehatan yang buruk, dapat berdampak pada terhambat atau terhentinya kemampuan manusia, untuk mencapai hal-hal diinginkan, bahkan dibutuhkannya.

Kesehatan ternyata tidak hanya penting bagi manusia. Institusi bisnis, tidak terkecuali institusi jasa keuangan yaitu Bank, selalu berusaha menjaga, memelihara, bahkan meningkatkan hal tersebut. Kesehatan suatu Bank dianggap begitu vital, karena dapat berpengaruh terhadap kepercayaan masyarakat pada Bank tersebut. Bank seakan-akan menjadi “organ” vital, dalam “tubuh” perekonomian. Apabila “organ” tersebut terserang “penyakit ganas” dan tidak segera ditanggulangi, akan berdampak fatal bahkan dapat berujung pada “kematian” perekonomian suatu Negara.

Kesehatan dengan demikian menjadi “kata kunci”, untuk menjaga kepercayaan masyarakat secara luas terhadap suatu Bank. Hancurnya kepercayaan masyarakat terhadap suatu Bank, merupakan “racun” yang paling mematikan bagi Bank. Tidak hanya bagi Bank kecil, menengah, dan besar, bahkan bagi Bank Raksasa sekalipun. Bank sebagai suatu institusi bisnis, tentunya diharapkan mampu untuk selalu mengambil keputusan yang tepat, atau setidaknya tidak memiliki dampak buruk yang sifatnya minor. Hal ini penting untuk dilakukan agar Bank selalu dalam keadaan yang sehat.

Sehubungan dengan hal tersebut, dalam Pasal 29 ayat (2) UU Perbankan diatur: Bank wajib memelihara tingkat kesehatan bank sesuai dengan ketentuan kecukupan modal, kualitas aset, kualitas manajemen, likuiditas, rentabilitas, solvabilitas, dan aspek lain yang berhubungan dengan usaha bank, dan wajib melakukan kegiatan usaha sesuai dengan prinsip kehati-hatian. Prinsip kehati-hatian berdasarkan ketentuan Pasal 29 UU Perbankan tersebut, merupakan komponen penting untuk mengukur tingkat kesehatan Bank itu sendiri. Dengan demikian, Bank yang tidak menerapkan prinsip kehati-hatian, dianggap Bank yang sakit, karena memelihara “penyakit” dalam tubuhnya sendiri. Prinsip kehati-hatian (*prudential principal*) berdasarkan Pasal 29 UU Perbankan, juga sangat jelas merupakan amanah yang wajib dilaksanakan oleh setiap Bank di Indonesia.

Prinsip kehati-hatian, sebenarnya tidak hanya harus dilaksanakan oleh Bank sebagai suatu lembaga *intermediary* berdasarkan UU Perbankan. Setiap institusi bisnis, wajib tunduk pada suatu doktrin korporasi yang dikenal dengan nama *Business Judgment Rule*.

Menurut Munir Fuady:

Doktrin putusan bisnis (*business judgment rule*) ini merupakan suatu doktrin yang mengajarkan bahwa suatu putusan direksi mengenai aktivitas perseroan tidak boleh diganggu gugat oleh siapa pun meskipun putusan tersebut kemudian ternyata salah atau merugikan perseroan, sepanjang putusan tersebut memenuhi syarat sebagai berikut:

1. Putusan sesuai hukum yang berlaku.
2. Dilakukan dengan iktikad baik.
3. Dilakukan dengan tujuan yang benar (*proper purpose*).
4. Putusan tersebut mempunyai dasar-dasar yang rasional (*rational basis*).
5. Dilakukan dengan kehati-hatian (*due care*) seperti dilakukan oleh orang yang cukup hati-hati pada posisi yang serupa.
6. Dilakukan dengan cara yang secara layak dipercayainya (*reasonable belief*) sebagai yang terbaik (*best interest*) bagi perseroan.<sup>154</sup>

Senada dengan uraian tersebut, Mas Achmad Daniri berpendapat:

*Business Judgment Rule* merupakan salah satu doktrin dalam hukum perusahaan yang menetapkan bahwa direksi dan atau dewan komisaris suatu perusahaan tidak dapat dimintai pertanggungjawaban atas kerugian yang timbul dari suatu tindakan pengambilan keputusan atau tindakan pengawasan, apabila tindakan tersebut didasari itikad baik dan dengan penuh kehati-hatian.<sup>155</sup>

Berdasarkan doktrin *Business Judgment Rule*, suatu institusi bisnis yang diwakili oleh Pengurus contohnya Direksi pada Perseroan Terbatas, wajib bertindak hati-hati demi kepentingan institusi bisnis tersebut. Walaupun serupa, namun kehati-hatian dalam *Business Judgment Rule* dengan UU Perbankan, memiliki perbedaan. Prinsip kehati-hatian dalam *Business Judgment Rule* lebih sempit, karena dilakukan hanya demi kepentingan institusi bisnis itu sendiri. Sedangkan, prinsip kehati-hatian dalam UU Perbankan wajib dilaksanakan, tidak hanya sebatas untuk Bank sebagai institusi bisnis. Lebih luas lagi, adalah untuk melindungi eksistensi Bank selaku *agent of trust*, karena hidup, berkembang, dan matinya Bank bergantung pada kepercayaan masyarakat.

Prinsip kehati-hatian menjadi sebuah “vaksin”, yang diharapkan mampu mencegah “penyakit” yang mungkin menjangkit Bank. “Mencegah lebih baik

---

<sup>154</sup> Munir Fuady, *Doktrin-Doktrin Modern Dalam Corporate Law Dan Eksistensinya Dalam Hukum Indonesia*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2010, h. 185-186 (selanjutnya disebut Munir Fuady-III).

<sup>155</sup> Mas Achmad Daniri, *Lead By GCG*, Jakarta: Gagas Bisnis Indonesia, 2014, h. 42.

daripada mengobati”, demikianlah pepatah bijak tersebut dikenal. Prinsip kehati-hatian wajib dipahami dan diwujudkan dalam tindak tanduk Bank sehari-hari. Amanah tersebut, wajib dijaga dan diwujudkan oleh Bank dengan baik. Upaya-upaya preventif yang dilakukan oleh Bank, harus mampu mewujudkan amanah tersebut. Kegagalan Bank dalam mengemban dan mewujudkan amanah tersebut, akan mengganggu kesehatan Bank dan merusak kepercayaan masyarakat luas, terutama para Nasabah Penyimpan yang telah mempercayakan dana dan/atau kelebihan dananya, untuk disimpan dan dikelola oleh Bank tersebut.

Dana dan/atau kelebihan dana yang dipercayakan kepada Bank oleh Nasabah Penyimpan, tidak boleh dibiarkan atau sekedar disimpan saja oleh Bank. Kepercayaan Nasabah tersebut, wajib dijawab dengan baik oleh Bank melalui langkah-langkah pengembangan terhadap dana-dana Nasabah, untuk menghasilkan keuntungan bagi Nasabah Penyimpan. Keuntungan tersebut berupa bunga Simpanan yang wajib diberikan oleh Bank kepada Nasabah Penyimpan. Untuk dapat membayarkan bunga Simpanan tersebut, Bank wajib mencari keuntungan melalui kegiatan usahanya.

Salah satu kegiatan usaha (bahkan merupakan fungsi utama) Bank adalah menyalurkan kembali dana-dana Nasabah Penyimpan yang berhasil dihimpun oleh Bank, kepada masyarakat luas melalui produk-produk Kredit Perbankan. Kegiatan usaha dari sektor Kredit ini juga menghasilkan keuntungan yang disebut bunga, yaitu bunga pinjaman. Nasabah yang menerima penyaluran dana dari Bank dalam bentuk pemberian fasilitas Kredit, wajib mengembalikan pokok pinjaman disertai dengan bunga pinjaman tersebut. Kegiatan ini selalu dibingkai oleh Bank dan Nasabah dengan bingkai perjanjian. Hal ini ditegaskan dalam Pasal 1 angka 11 UU Perbankan sebagai berikut: Kredit adalah penyediaan uang atau tagihan yang dapat dipersamakan dengan itu, berdasarkan persetujuan atau kesepakatan pinjam-meminjam antara bank dengan pihak lain yang mewajibkan pihak peminjam untuk melunasi utangnya setelah jangka waktu tertentu dengan pemberian bunga.

Penyaluran kembali dana Nasabah Penyimpan oleh Bank kepada Nasabah Debitur, juga harus dilandasi dengan adanya kepercayaan. Kepercayaan yang dimaksud adalah kepercayaan dari Bank terhadap Nasabah Debitur. Kepercayaan adalah unsur fundamental dalam pemberian fasilitas Kredit. Sebuah pepatah kuno yang sangat tepat menjelaskan hal tersebut adalah “tak kenal maka tak sayang”. Tidak hanya sekedar “berkenalan”, Bank wajib memperoleh keyakinan bahwa calon Nasabah Debitur akan mengembalikan dana yang dipinjam dari Bank, disertai dengan bunga dan kewajiban-kewajiban lain, yang telah dibingkai dalam perjanjian Kredit.

Bank harus mengambil sikap selalu “waspada”, “tidak mudah percaya” dan berhati-hati, untuk menjalankan amanah UU Perbankan yaitu mewujudkan prinsip kehati-hatian. Prinsip kehati-hatian ini bahkan menjadi prinsip terpenting dalam hukum perkreditan, khususnya pada industri Perbankan. Pasal 8 UU Perbankan secara tegas telah mengatur sebagai berikut:

- (1) Dalam memberikan kredit atau pembiayaan berdasarkan Prinsip Syariah, Bank Umum wajib mempunyai keyakinan berdasarkan analisis yang mendalam atau itikad dan kemampuan serta kesanggupan Nasabah Debitur untuk melunasi utangnya atau mengembalikan pembiayaan dimaksud sesuai dengan yang diperjanjikan.
- (2) Bank Umum wajib memiliki dan menerapkan pedoman perkreditan dan pembiayaan berdasarkan Prinsip Syariah, sesuai dengan ketentuan yang ditetapkan oleh Bank Indonesia.

Ketentuan Pasal 8 UU Perbankan tersebut, sejatinya juga memberikan gambaran bahwa prinsip kehati-hatian sebagai amanah UU Perbankan, bukanlah sesuatu yang “terang benderang”. Keberadaannya cukup abstrak, sehingga diperlukan “alat ukur” yang merupakan derivasi dari prinsip tersebut, agar dapat diaplikasikan di dunia bisnis yang dinamis dan kompleks. Keyakinan Bank tidak boleh disandarkan pada subyektivitas semata, karena hal tersebut sama saja seperti menghempaskan prinsip kehati-hatian sebagai pondasi Kredit. Hempasnya pondasi tersebut, dapat menyebabkan Bank dalam kondisi rapuh (*vulnerable*).

Perkara antara Yusliana Dalimunthe, dkk. melawan PT. Bank Sumut Syariah, dkk., dengan Nomor Register Perkara: 624 K/Ag/2017, yang diputus oleh MARI pada tanggal 25 Oktober 2017, telah memberikan pelajaran berharga mengenai kaitan subyektivitas dengan prinsip kehati-hatian Bank. MARI dalam pertimbangan hukumnya menyatakan sebagai berikut:

Menimbang, bahwa Tergugat I sebagai pihak bank telah mengabaikan prinsip kehati-hatian (*prudent banking principle*), halmana bank dalam menjalankan kegiatan usaha baik dalam penghimpunan terutama dalam penyaluran dana kepada masyarakat harus sangat berhati-hati. Tujuan dilakukannya prinsip kehati-hatian ini agar bank selalu melindungi dana masyarakat, dan bank selalu dalam keadaan sehat menjalankan usahanya dengan baik dan mematuhi ketentuan-ketentuan dan norma-norma hukum yang berlaku di dunia perbankan, sebagaimana dimaksud oleh Pasal 2 dan Pasal 29 ayat (2) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perbankan...

Menimbang, bahwa pihak pertama (Tergugat I) membuat akad Musyarakah pada tanggal 26 April 2011 dan pada tanggal tersebut dibuat pernyataan oleh pihak kedua (Penggugat I) jika polis asuransi belum terbit dan terjadi sesuatu, maka seluruh pembiayaan menjadi tanggung jawab ahli waris, hanya saja dengan wafatnya pihak kedua merupakan resiko usaha seperti tersebut pada Pasal 6, terlebih pihak pertama begitu mudahnya mencairkan dana sebelum terbit polis asuransi hanya bermodalkan surat pernyataan yang tentu penuh resiko...

Menimbang, bahwa adanya akad Musyarakah antara Ongku Sutan Harahap dengan Tergugat I telah menimbulkan resiko kerugian karena dengan tidak adanya asuransi jiwa yang menjamin untuk mengembalikan modal pokok akad musyarakah yang diterima oleh nasabah apabila nasabah meninggal dunia, adalah perbuatan yang dapat merugikan ahli waris yang seharusnya pembayaran sejumlah Rp752.000.000,00 (tujuh ratus lima puluh dua juta rupiah) ditanggung oleh pihak asuransi tapi karena perbuatan pencairan dana tanpa adanya polis asuransi terlebih dahulu adalah perbuatan yang bertentangan dengan Pasal 16 akad Nomor 120/KCSY02-APP/MSY/2011 dan ini merupakan kerugian yang diakibatkan ketidak hati-hatian pihak bank...<sup>156</sup>

Risiko menjadi kata kunci dalam prinsip kehati-hatian. Tindakan Bank dalam Perkara tersebut yang dengan mudah mencairkan pembiayaan, dengan hanya bermodalkan sepucuk surat pernyataan, tanpa menunggu terbitnya Polis Asuransi Jiwa, adalah suatu bentuk ketidak hati-hatian. Surat pernyataan dengan mudah akan kehilangan kekuatannya, apabila pihak yang memberikan pernyataan meninggal dunia, dan/atau hal yang dinyatakan dalam surat pernyataan ditarik (dicabut) kembali oleh pihak yang memberikan surat pernyataan.

Mendasarkan suatu proses realisasi pencairan Kredit hanya dengan suatu surat pernyataan, adalah hal yang sangat berisiko dan bertentangan dengan prinsip kehati-hatian Bank. Bank wajib melakukan langkah-langkah yang komprehensif dan diyakini terbaik (*best effort*), untuk mencegah risiko-risiko yang mungkin timbul di kemudian hari dan merugikan Bank. Risiko dalam bisnis sampai kapanpun tidak akan pernah hilang atau dapat ditiadakan. Namun, risiko dapat dicegah dan dikelola. Upaya-upaya pencegahan dan pengelolaan risiko bisnis secara cerdas dan presisi, merupakan suatu faktor yang sangat

---

<sup>156</sup> Yusliana Dalimunthe, dkk. melawan PT. Bank Sumut Syariah, dkk., Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor: 624 K/Ag/2017, tanggal 25 Oktober 2017, h. 24-26.

menentukan keberhasilan bisnis Bank, bahkan bisnis apapun. Hal inilah yang menjadi seni dan keunikan tersendiri dalam dunia bisnis.

Keuntungan merupakan hal yang diidam-idamkan dalam bisnis. Namun, bayang-bayang risiko akan selalu “menghantui” dunia usaha. Korelasi keduanya dikenal dengan adagium bisnis sebagai berikut: “*high risk high return*”. Semakin menguntungkan suatu bisnis, tentu saja risiko kerugian yang akan dihadapi semakin besar. Maka, bila seseorang menginginkan risiko bisnis yang kecil, sudah sewajarnya bila orang tersebut tidak bermimpi untuk meraih keuntungan yang besar. Sehingga, semakin besar keuntungan yang ingin dikejar oleh suatu institusi bisnis, maka langkah-langkah pengelolaan dan pencegahan risiko yang diterapkan harus lebih ketat dan presisi.

Standar-standar dan/atau pedoman-pedoman yang wajib dipergunakan oleh Bank sebagai “alat ukur”, haruslah ketat dan presisi di sisi yang satu, agar dapat diandalkan. Namun sekaligus “alat ukur” tersebut, haruslah sederhana dan tidak berlebihan di sisi yang lain, agar menjadi hal yang relatif mudah diaplikasikan oleh Bank, serta tidak membebani Nasabah. Hal ini sangat penting mengingat hakekat manusia sebagai *homo economicus*, yang selalu mempertimbangkan untung dan rugi dalam pengambilan keputusan bisnisnya.

Ukuran-ukuran yang terlalu rumit dan berlebihan, akan mengakibatkan calon Nasabah Debitur mencari alternatif pendanaan lain. Sehingga, “alat ukur” tersebut haruslah “cukup” untuk meyakinkan Bank, dalam proses pengambilan keputusan bisnis, yaitu pemberian Kredit. Kejelian Bank dalam melihat peluang-peluang usaha, apabila didukung dengan proses pengambilan keputusan pemberian Kredit yang baik, tentu saja akan mengantarkan Bank menjadi institusi yang kuat dan sangat menguntungkan (*highly profitable*).

Keyakinan Bank terhadap Nasabah Debitur, bahwa calon Nasabah Debitur akan mengembalikan dana yang dipinjam dari Bank, disertai dengan bunga dan kewajiban-kewajiban lain, sesuai ketentuan Pasal 8 ayat (1) UU Perbankan, wajib diperoleh oleh Bank pada saat sebelum pencairan, bahkan sebelum penutupan perjanjian Kredit. Keyakinan tersebut berdasarkan Pasal 8 ayat (1) UU Perbankan wajib diperoleh Bank berdasarkan suatu analisis. Bukan sekedar suatu intuisi atau perkiraan semata.

Paragraf Kedua Penjelasan Pasal 8 ayat (1) UU Perbankan menjelaskan sebagai berikut: Untuk memperoleh keyakinan tersebut, sebelum memberikan kredit, bank harus melakukan penilaian yang seksama terhadap watak, kemampuan, modal, agunan, dan prospek usaha dari Nasabah Debitur. Analisis untuk memperoleh keyakinan terhadap Nasabah Debitur, berdasarkan

Penjelasan Pasal 8 ayat (1) UU Perbankan tersebut, wajib mempertimbangkan hal-hal tersebut.

Penilaian yang dilakukan oleh Bank untuk menentukan disetujui atau tidaknya suatu penyaluran dana Bank kepada Nasabah Debitur, dengan demikian akan selalu mempertimbangkan 5 (lima) hal yaitu: watak Nasabah Debitur, tingkat kemampuan Nasabah Debitur, modal Nasabah Debitur, agunan, dan prospek usaha dari Nasabah Debitur. Kelima hal inilah yang menjadi “alat ukur” bagi Bank dalam proses Kredit. Secara universal kelima “alat ukur” tersebut dikenal dengan nama *Five C's of Credit*.

Dalam kaitannya dengan bisnis, *Five C's of Credit* sebenarnya menekankan kepada hal-hal yang diyakini fundamental dalam suatu kegiatan bisnis itu sendiri. Aspek-aspek bisnis seperti prospek usaha dan risiko bisnis, dipertimbangkan secara komprehensif. Aspek-aspek bisnis tersebut, sangat menentukan kelayakan sang calon Nasabah Debitur, untuk menjadi pihak yang menerima dana Bank melalui saluran Kredit. Aspek-aspek bisnis tersebut wajib dipertimbangkan untuk menjawab 2 (dua) pertanyaan:

1. Apakah Nasabah Debitur bersedia membayar utangnya kepada Bank ?
2. Apakah Nasabah Debitur mampu membayar utangnya kepada Bank ?

Pertanyaan pertama terkait aspek *willingness to pay* dari Nasabah Debitur. Sedangkan pertanyaan kedua terkait aspek *ability to pay* dari Nasabah Debitur. Kedua aspek tersebut sangat penting, bahkan merupakan pertimbangan utama dalam proses penyaluran dana pinjaman Bank melalui produk Kredit. Jawaban “tidak” dan/atau meragukan yang muncul pada, dan/atau tidak terjawabnya salah satu pertanyaan tersebut, tentu saja tidak dapat menimbulkan keyakinan bagi pihak Bank. Kegagalan dalam menghadirkan keyakinan Bank terhadap Nasabah, melalui analisis *Five C's of Credit*, tentu saja akan berujung pada keputusan penolakan penyaluran dana oleh Bank. Menurut Ashofatul Lailiyah: “Setelah prinsip 5C dilaksanakan dengan baik, maka kreditor dapat menilai kelayakan usaha dan jaminan milik calon debitornya apakah calon debitur tersebut layak diberikan kredit atau tidak.”<sup>157</sup>

Penerapan prinsip *Five C's of Credit* oleh Bank, diperlukan agar Bank mampu memperoleh informasi yang memadai mengenai diri Nasabah Debitur, bisnis Nasabah Debitur, dan risiko terkait diri dan Bisnis Nasabah Debitur. Dengan kata lain, penerapan prinsip *Five C's of Credit* adalah upaya konkrit dari Bank, untuk mencegah dan mengelola risiko-risiko bisnis yang mungkin muncul, dan mengakibatkan kondisi gagal bayar oleh Nasabah Debitur.

---

<sup>157</sup> Ashofatul Lailiyah, Urgensi Analisa 5C Pada Pemberian Kredit Perbankan Untuk Meminimalisir Resiko, *Yuridika, Volume 29 Nomor 2*, Mei-Agustus 2014, h. 30.

Watak (*character*) Nasabah Debitur adalah hal pertama yang wajib dinilai dan/atau dianalisis oleh Bank, dalam proses penyaluran dana pinjaman Bank. Sehubungan dengan unsur watak (*character*) tersebut, John Baiden menyampaikan sebagai berikut:

*Character refers to the customer's willingness and determination to meet a loan obligation. From a commercial lender's perspective, this is probably the single most important component of a customer's makeup. If their business experiences financial difficulties, business people of good character make every effort to repay a loan and work openly and cooperatively with their bankers.*<sup>158</sup>

Sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya bahwa aspek *willingness to pay* dari Nasabah Debitur, adalah salah satu aspek penting dalam dunia perkreditan, khususnya pada Kredit Bank. Reputasi dan/atau catatan pembayaran dari seorang Nasabah Debitur pada transaksi-transaksi keuangan sebelumnya, akan diperiksa secara mendalam oleh Bank. Sebagian besar informasi terkait hal tersebut, diperoleh melalui suatu sistem yang dikenal secara luas oleh masyarakat Indonesia, sebagai *BI Checking*.

*BI Checking* sebenarnya diatur dalam Peraturan Bank Indonesia Nomor 9/14/PBI/2007 tentang Sistem Informasi Debitur sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Bank Indonesia Nomor 18/21/PBI/2016 tentang Perubahan atas Peraturan Bank Indonesia Nomor 9/14/PBI/2007 tentang Sistem Informasi Debitur (selanjutnya disingkat PBI SID). Sistem Informasi Debitur (SID) inilah yang oleh masyarakat luas sebagai *BI Checking*. Disebut *BI Checking* karena pemeriksaan informasi terkait Nasabah Debitur, dilakukan melalui suatu sistem yang disediakan oleh Bank Indonesia (BI).

Pasal 1 angka 11 PBI SID mengatur sebagai berikut: Sistem Informasi Debitur adalah sistem yang menyediakan informasi Debitur yang merupakan hasil olahan dari Laporan Debitur yang diterima Bank Indonesia. Laporan-laporan mengenai hal-hal yang terkait dengan Nasabah Debitur dan diterima oleh BI, akan diolah sedemikian rupa menjadi portofolio informasi. Kumpulan informasi tersebut disediakan dalam rangka manajemen risiko Kredit.

---

<sup>158</sup> John Baiden, *The 5c's Of Credit In The Lending Industry*, artikel dimuat dalam <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=583078083024095011117120111105098124033019081079037056018099098075098018014085094087062026096028010010047020013110025096105069033073037085088102076023125125116127006060083008126116100116008088083070018090112026095087119005016077095078080118109086067&EXT=pdf>, tanggal 26 Juni 2011, h. 10.

Paragraf Pertama Penjelasan Umum PBI SID menjelaskan sebagai berikut:

Kelancaran proses penyediaan dana dan penerapan manajemen risiko kredit yang efektif serta ketersediaan informasi kualitas Debitur yang diandalkan dapat dicapai apabila didukung oleh Sistem Informasi Debitur yang lengkap, akurat, terkini, dan utuh, terutama mengenai Debitur yang sebelumnya telah memperoleh penyediaan dana. Untuk kepentingan manajemen risiko, Sistem Informasi Debitur dibutuhkan untuk menentukan profil Kredit Debitur. Selain itu tersedianya informasi kualitas Debitur, diperlukan juga untuk melakukan sinkronisasi penilaian kualitas Debitur di antara Pelapor.

SID diharapkan mampu diandalkan secara efektif untuk memperlancar proses penyediaan dana dan penerapan manajemen risiko Kredit. Terutama, terkait Nasabah Debitur yang sudah pernah menerima penyaluran dana pinjaman, khususnya di industri Perbankan. Nasabah Debitur yang reputasi serta riwayat transaksinya berkualitas baik, dalam SID juga akan diinformasikan memiliki profil yang baik. SID dipersyaratkan harus memiliki informasi mengenai diri Nasabah Debitur yang lengkap, akurat, terkini, dan utuh.

SID sebagai suatu sistem informasi Debitur yang dikembangkan oleh BI, seiring dengan berlakunya ketentuan Pasal 55 UU OJK, juga terus mengalami perubahan dan penyempurnaan. Paragraf Kesembilan Penjelasan Umum UU OJK menjelaskan sebagai berikut:

Otoritas Jasa Keuangan dibentuk dengan tujuan agar keseluruhan kegiatan jasa keuangan di dalam sektor jasa keuangan terselenggara secara teratur, adil, transparan, dan akuntabel, serta mampu mewujudkan sistem keuangan yang tumbuh secara berkelanjutan dan stabil, dan mampu melindungi kepentingan konsumen dan masyarakat. Dengan tujuan ini, OJK diharapkan dapat mendukung kepentingan sektor jasa keuangan nasional sehingga mampu meningkatkan daya saing nasional.

Pasal 55 UU OJK secara tegas telah mengatur sebagai berikut:

- (1) Sejak tanggal 31 Desember 2012, fungsi, tugas, dan wewenang pengaturan dan pengawasan kegiatan jasa keuangan di sektor Pasar Modal, Perasuransian, Dana Pensiun, Lembaga Pembiayaan, dan Lembaga Jasa Keuangan Lainnya beralih dari Menteri Keuangan dan Badan Pengawas Pasar Modal dan Lembaga Keuangan ke OJK.

- (2) Sejak tanggal 31 Desember 2013, fungsi, tugas, dan wewenang pengaturan dan pengawasan kegiatan jasa keuangan di sektor Perbankan beralih dari Bank Indonesia ke OJK.

Maka, berdasarkan Paragraf Kesembilan Penjelasan Umum UU OJK jo. Pasal 55 UU OJK, OJK tidak hanya didirikan untuk sekedar menjadi “Malaikat Penjaga” Bank saja, melainkan secara luas terhadap seluruh pelaku industri jasa keuangan. Dengan demikian, sejak tanggal 31 Desember 2013, secara fungsional “wajah” industri Perbankan Indonesia telah mengalami perubahan. OJK dan BI diberikan peran yang berbeda, namun sangat berkaitan. BI “dipaksa” melalui Pasal 55 ayat (2) UU OJK, untuk melepaskan fungsi-fungsi mikro-prudensial (*micro-prudential*) Perbankan, dan menyerahkannya kepada OJK. Namun, fungsi-fungsi makro-prudensial (*macro-prudential*) Perbankan tetap berada pada kekuasaan penuh BI.

Terkait fungsi-fungsi mikro-prudensial (*micro-prudential*) tersebut, OJK tidak hanya diwajibkan untuk melaksanakan kewenangan-kewenangan yang dimilikinya terhadap Bank *an sich*, melainkan di seluruh sektor jasa keuangan. Sebagaimana telah ditegaskan di dalam Pasal 6 UU OJK sebagai berikut:

OJK melaksanakan tugas pengaturan dan pengawasan terhadap:

- a. kegiatan jasa keuangan di sektor Perbankan;
- b. kegiatan jasa keuangan di sektor Pasar Modal; dan
- c. kegiatan jasa keuangan di sektor Perasuransian, Dana Pensiun, Lembaga Pembiayaan, dan Lembaga Jasa Keuangan Lainnya.

OJK sehubungan dengan pelaksanaan tugas pengaturan dan pengawasan terhadap seluruh sektor jasa keuangan, secara khusus pada sektor Perbankan, diberikan wewenang yang sangat besar oleh UU OJK. Pasal 7 UU OJK mengatur sebagai berikut:

Untuk melaksanakan tugas pengaturan dan pengawasan di sektor Perbankan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6 huruf a, OJK mempunyai wewenang:

- a. pengaturan dan pengawasan mengenai kelembagaan bank yang meliputi:
  1. perizinan untuk pendirian bank, pembukaan kantor bank, anggaran dasar, rencana kerja, kepemilikan, kepengurusan dan sumber daya manusia, merger, konsolidasi dan akuisisi bank, serta pencabutan izin usaha bank; dan
  2. kegiatan usaha bank, antara lain sumber dana, penyediaan dana, produk hibridasi, dan aktivitas di bidang jasa;

- b. pengaturan dan pengawasan mengenai kesehatan bank yang meliputi:
  - 1. likuiditas, rentabilitas, solvabilitas, kualitas aset, rasio kecukupan modal minimum, batas maksimum pemberian kredit, rasio pinjaman terhadap simpanan, dan pencadangan bank;
  - 2. laporan bank yang terkait dengan kesehatan dan kinerja bank;
  - 3. sistem informasi debitur;
  - 4. pengujian kredit (*credit testing*); dan
  - 5. standar akuntansi bank;
- c. pengaturan dan pengawasan mengenai aspek kehati-hatian bank, meliputi:
  - 1. manajemen risiko;
  - 2. tata kelola bank;
  - 3. prinsip mengenal nasabah dan anti pencucian uang; dan
  - 4. pencegahan pembiayaan terorisme dan kejahatan perbankan; dan
- d. pemeriksaan bank.

Sesuai ketentuan Pasal 7 huruf b angka 3 UU OJK, Sistem Informasi Debitur adalah salah satu fungsi mikro-prudensial (*micro-prudential*) Perbankan, yang harus diemban oleh OJK. Walaupun memerlukan waktu yang cukup lama, yaitu hingga lebih dari 4 (empat) tahun, OJK akhirnya melaksanakan secara mandiri fungsi tersebut. Sejak 1 Januari 2018, melalui Peraturan Otoritas Jasa Keuangan Nomor 18/POJK.03/2017 Tentang Pelaporan Dan Permintaan Informasi Debitur Melalui Sistem Layanan Informasi Keuangan (selanjutnya disingkat PerOJK SLIK), OJK mengambil alih fungsi pengaturan dan pengawasan sistem informasi debitur, yang sebelumnya berada di BI.

Sistem informasi Debitur yang sebelumnya diberi nama SID oleh BI, juga diubah oleh OJK menjadi Sistem Layanan Informasi Keuangan (SLIK). SLIK yang dikembangkan oleh OJK, diharapkan mampu menyempurnakan SID. SLIK tentu saja lebih holistik dan komprehensif, karena informasi yang dikelola lebih luas. OJK dengan kewenangannya yang sangat besar, diharapkan melalui SLIK mampu menyediakan suatu sistem informasi mengenai Debitur, terutama Nasabah Debitur, yang lebih lengkap, akurat, terkini, dan utuh. Hal tersebut, sangat diperlukan dalam rangka melakukan penilaian terhadap aspek *willingness to pay* dari Nasabah Debitur.

Bank dilarang untuk hanya sekedar mengandalkan informasi-informasi yang tersedia pada SLIK. Bank wajib mengupayakan secara lebih mendalam, informasi-informasi mengenai watak (*character*) dari calon Nasabah Debitur. Informasi-informasi tambahan seperti karakter-karakter yang membahayakan keberhasilan usaha dan pembayaran utang sang calon Nasabah Debitur kepada

Bank, seperti penjudi (spekulan), boros, dan/atau pernah diputus Pailit oleh Pengadilan, wajib untuk dipertimbangkan juga oleh Bank.

Informasi-informasi tambahan tersebut, sejatinya tidak hanya terkait risiko bisnis yang mungkin dihadapi oleh Bank di kemudian hari. Namun, juga terkait dengan risiko hukum yang mungkin dihadapi oleh Bank, pada saat mengadakan hubungan hukum dengan Nasabah Debitur tersebut. Pasal 433 KUHPerdara mengatur sebagai berikut:

Setiap orang dewasa, yang selalu berada dalam keadaan dungu, sakit otak atau mata gelap harus ditaruh di bawah pengampuan, pun jika ia kadang-kadang cakap mempergunakan pikirannya.

Seorang dewasa boleh juga ditaruh di bawah pengampuan karena keborosannya.

Nasabah Debitur sekalipun cukup umur, namun jika berada dalam keadaan dungu, sakit otak, mata gelap, dan/atau boros, Nasabah Debitur tersebut berpotensi diletakkan di bawah pengampuan. Hal ini tentu saja sangat berisiko, karena juga dapat berpengaruh terhadap keabsahan dari perjanjian Kredit, yang akan disetujui oleh dan di antara Bank dengan Nasabah Debitur. Suatu perjanjian yang disetujui oleh pihak yang diletakkan di bawah pengampuan, adalah tidak sah dan dapat dibatalkan, karena melanggar syarat subyektif dari perjanjian.

Karakter dari Nasabah Debitur, khususnya yang merupakan Korporasi, juga harus dinilai dari aspek hukum. Perusahaan yang menyepelekan dan/atau bahkan tidak mempedulikan keberadaan peraturan perundang-undangan dan norma-norma hukum yang berlaku, padahal hal tersebut dapat berdampak secara material terhadap Perusahaan, tentu saja merupakan risiko yang besar dalam proses Kredit. Risiko ini menurut Bramantyo Djohanputro: “Yaitu kemungkinan penyimpangan hasil karena perusahaan tidak mematuhi peraturan dan norma yang berlaku. Di lingkungan Perbankan, dikenal dengan risiko kepatuhan (*compliance risk*).”<sup>159</sup> Tidak patuhnya suatu Perusahaan terhadap peraturan perundang-undangan dan norma-norma hukum yang berlaku, menimbulkan risiko hukum seperti gugatan dan/atau tuntutan dari pihak ketiga, pembekuan atau pencabutan izin, dan lain sebagainya. Risiko hukum ini, tentu saja juga merupakan risiko bisnis, yang dipengaruhi watak (*character*) calon Nasabah Debitur.

---

<sup>159</sup> Bramantyo Djohanputro, *Manajemen Risiko Korporat Terintegrasi Panduan Penerapan dan Pengembangan*, Jakarta: PPM, 2013, h. 190.

Mengukur dan/atau menilai watak dari calon Nasabah Debitur, merupakan hal yang tidak mudah. Di samping tidak mudah, Bank yang hanya mengandalkan penilaian dari aspek watak calon Nasabah Debitur dalam proses penyaluran dana pinjaman, tentu saja sangat berisiko. Sangat berisiko karena sifatnya yang relatif subyektif. Oleh karena itu, Bank memerlukan kriteria-kriteria lain yang sifatnya obyektif, sebelum mengambil keputusan terkait penyaluran dana Bank.

Kriteria lain dalam *Five C's of Credit* adalah kemampuan (*capacity*) dari calon Nasabah Debitur. “Alat ukur” kedua ini menurut Shendy Apriana, Dwi Wahyu, dan Irwansyah:

*Capacity* (Kemampuan) merupakan suatu penilaian kepada calon debitur mengenai kemampuan melunasi kewajiban-kewajibannya dari kegiatan usaha yang dilakukannya yang akan dibiayai dengan kredit dari bank. Jadi jelaslah maksud penilaian terhadap *capacity* ini adalah untuk menilai sampai sejauh mana hasil usaha yang akan diperolehnya tersebut akan mampu untuk melunasinya tepat pada waktunya sesuai dengan perjanjian yang telah disepakati.<sup>160</sup>

Ukuran kemampuan Nasabah Debitur bersifat multi aspek. Keahlian dan pengalaman Nasabah Debitur pada bidang usaha yang digelutinya, bahkan aspek-aspek manajemen dari suatu Perusahaan seperti penerapan prinsip Tata Kelola Perusahaan Yang Baik (*Good Corporate Governance*), akan dipertimbangkan dengan seksama oleh Bank. Aspek-aspek kemampuan Nasabah Debitur tersebut secara terintegrasi, bahkan lebih mudah untuk diteliti oleh Bank manakala status dari Nasabah Debitur merupakan Perusahaan Publik atau Emiten di Pasar Modal.

Kemampuan Nasabah Debitur dari aspek finansial, tentu saja akan diteliti oleh Bank, dalam Laporan Keuangan Nasabah Debitur (yang umumnya telah diuji oleh Akuntan Publik). Bahkan pada bidang usaha tertentu, seperti industri (*manufacturing*), kemampuan Nasabah Debitur juga dapat diteliti dalam dokumen Izin Usaha Industri atau Izin Perluasan Industri, yang dimiliki Nasabah Debitur. Melalui dokumen Izin Usaha Industri atau Izin Perluasan Industri, dapat diketahui kapasitas produksi maksimal dalam kurun waktu

---

<sup>160</sup> Shendy Apriana, Dwi Wahyu, dan Irwansyah, Analisis Pengaruh Prasyarat Kredit (5C) Terhadap Kelancaran Pembayaran Angsuran Nasabah Di Bank Kalsel Unit Sentra Antasari Banjarmasin, *Jurnal Bisnis dan Pembangunan*, Volume 6 Nomor 1, Januari-Juni 2017, h. 13.

tertentu, yang dapat dicapai oleh Nasabah Debitur, khususnya yang berbentuk Perusahaan.

Modal (*capital*) merupakan kriteria selanjutnya dan komponen penting dalam *Five C's of Credit*, yang harus dipertimbangkan oleh Bank, dalam proses penyaluran dana pinjaman Bank. Mengenai hal ini Golam Kabir, dkk. menyampaikan: “*Capital: financial strength to cover a business risk.*”<sup>161</sup> Modal dengan demikian, juga sangat berkaitan dengan risiko bisnis yang hendak ditangkal.

Modal bahkan secara langsung juga terkait dengan jenis Kredit yang akan disalurkan oleh Bank kepada Nasabah Debitur. Pada produk-produk Kredit berjenis KMK, Nasabah Debitur akan menyampaikan jumlah modal kerja yang dibutuhkan, untuk menggerakkan roda usaha, atau untuk menghasilkan sejumlah produk dalam kurun waktu tertentu. Jika modal kerja yang dibutuhkan oleh Nasabah Debitur telah mencukupi, dan tidak ada keinginan dan/atau kebutuhan dari Nasabah Debitur untuk melakukan pengembangan usaha, maka Bank harus mengambil sikap waspada. Sikap waspada dalam koridor kehati-hatian Bank tersebut, wajib diambil oleh Bank untuk mencegah penyelewengan dana pinjaman yang disalurkan oleh Bank kepada Nasabah Debitur, atau penyimpangan terhadap tujuan dan/atau alokasi suatu produk Kredit oleh Nasabah Debitur.

Pada produk-produk KI, yang berorientasi pada proyek tertentu, yang seringkali ditujukan untuk kepentingan ekspansi usaha Nasabah Debitur, kemampuan Nasabah Debitur kian penting untuk dilakukan penilaian secara seksama oleh Bank. Mengingat Bank secara prinsip dilarang untuk mendanai seluruh kebutuhan dana untuk investasi suatu Perusahaan, pada suatu proyek yang direncanakannya. Neraca dan Laporan Arus Kas sebagai komponen penting Laporan Keuangan Nasabah Debitur, sebagai suatu entitas bisnis, menjadi hal yang sangat penting dalam proses penyaluran dana pinjaman Bank, yang berbasis KI.

Suatu Laporan Keuangan tunduk pada standar-standar yang disebut Pedoman Standar Akuntansi Keuangan (PSAK). Sesuai PSAK, suatu Laporan Keuangan secara mayor menurut Roristua Pandiangan terdiri dari: “...laporan laba (rugi), laporan laba (rugi) ditahan dan perubahan ekuitas pemilik, neraca atau disebut juga laporan posisi keuangan, laporan arus kas atau disebut juga

---

<sup>161</sup> Golam Kabir, dkk., *Credit Risk Assessment and Evaluation System for Industrial Project, International Journal of Trade, Economics and Finance, Volume 1 Nomor 4*, Desember 2010, h. 332.

laporan perubahan posisi keuangan, serta catatan atas laporan keuangan.”<sup>162</sup> Bagi calon Nasabah Debitur yang berbentuk Badan Hukum Perseroan Terbatas (PT), tentu saja hal ini bukanlah suatu hal yang asing lagi. Pasal 66 ayat (2) huruf a Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 Tentang Perseroan Terbatas (selanjutnya disingkat UU PT) bahkan secara tegas telah mengatur hal tersebut sebagai berikut:

Laporan keuangan yang terdiri atas sekurang-kurangnya neraca akhir tahun buku yang baru lampau dalam perbandingan dengan tahun buku sebelumnya, laporan laba rugi dari tahun buku yang bersangkutan, laporan arus kas, dan laporan perubahan ekuitas, serta catatan atas laporan keuangan tersebut.

*Five C's of Credit* selanjutnya juga mempersyaratkan kepada Bank, untuk melakukan analisa terhadap agunan (*collateral*) yang disediakan oleh Nasabah Debitur, untuk menjamin pelaksanaan dan pelunasan fasilitas Kredit yang diberikan oleh Bank. Agunan (*collateral*), sekalipun tunduk pada hukum jaminan kebendaan yang bersifat *accessoir*, terhadap perjanjian Kredit sebagai perjanjian pokok, namun merupakan faktor determinan dalam proses persetujuan Kredit. Tanpa adanya agunan, dana Bank tidak dapat disalurkan melalui mekanisme Kredit. Hal ini karena agunan juga berkaitan dengan mitigasi risiko Kredit. Jonathan Golin dan Philippe Delhaise berpendapat:

*The prospective loss of collateral also gives the obligor an incentive to repay its obligation. In this way, the use of collateral tends to lower the probability of default, and, more significantly, reduce the severity of the creditor's loss in the event of default, by providing the creditor with full or partial recompense for the loss that would otherwise be incurred. Overall, collateral tends to reduce, or mitigate, the credit risk to which the lender is exposed, and it is therefore classified as a credit risk mitigant.*<sup>163</sup>

Agunan akan dinilai dan dianalisa secara seksama oleh Bank. Bank umumnya akan menunjuk pihak yang berprofesi sebagai Penilai Independen, untuk melakukan penaksiran terhadap nilai agunan. Valuasi terhadap nilai

---

<sup>162</sup> Roristua Pandiangan, *Buku Pintar Akuntansi & Pengendalian Usaha*, Yogyakarta: Laksana, September 2014, h. 333-334.

<sup>163</sup> Jonathan Golin dan Philippe Delhaise, *The Bank Credit Analysis Handbook Second Edition: A Guide for Analysts, Bankers, and Investors*, Singapura: John Wiley & Sons, 2013, h. 7.

agunan tersebut, sesungguhnya juga dilakukan untuk menentukan jumlah risiko maksimal, yang siap dihadapi oleh Bank. Jumlah dana pinjaman yang disalurkan oleh Bank, ditentukan dalam suatu prosentase terhadap nilai dari agunan yang disediakan oleh Nasabah Debitur. Oleh karena itu, tanpa adanya agunan maka Bank akan mengalami kesulitan, dalam proses penyaluran dana pinjaman Bank itu sendiri.

Prospek usaha dari Nasabah Debitur (*condition of economy*), merupakan “alat ukur” terakhir yang dipersyaratkan untuk dianalisa oleh Bank, dalam *Five C's of Credit*. Analisa terkait *condition of economy* ini, menurut Williams Kwasi Peprah, Albert Agyei, dan Evans Oteng: “*This analyses purpose of the loan, the industry, economic and political environment.*”<sup>164</sup> Kondisi perekonomian suatu Negara, baik secara mikro maupun makro ekonomi, yang dapat berdampak pada kegiatan usaha Nasabah Debitur, tentu saja tidak boleh “dipandang sebelah mata” oleh Bank. Kondisi-kondisi tersebut, sangat mempengaruhi resistensi dari suatu Bank, dalam proses penyaluran dana pinjaman Bank, kepada pelaku bisnis di sektor usaha tertentu. Ibarat makanan “empat sehat lima sempurna”, pertimbangan-pertimbangan terkait “alat ukur” terakhir ini, akan menyempurnakan keyakinan Bank dalam mengambil keputusan terkait Kredit.

Penerapan prinsip kehati-hatian oleh Bank, terutama dalam proses penyaluran dana pinjaman Bank, dengan demikian, memiliki kaitan yang sangat erat dengan kesehatan Bank itu sendiri. Sebagai amanah UU Perbankan, pelaksanaan prinsip kehati-hatian dalam kegiatan perkreditan Bank, harus dilaksanakan secara seksama dengan menggunakan “alat ukur” *Five C's of Credit*. Melalui *Five C's of Credit*, Bank akan memperoleh informasi yang memadai terkait Nasabah Debitur dan kegiatan usaha, yang akan difasilitasi dengan produk Kredit oleh Bank.

Penerapan prinsip *Five C's Of Credit*, dengan demikian sangat jelas merupakan suatu perwujudan amanah dari UU Perbankan. Penerapan *Five C's Of Credit* wajib dilakukan oleh Bank untuk (dan hanya untuk) mewujudkan amanah UU Perbankan tersebut. Pendayagunaan *Five C's Of Credit* untuk maksud-maksud lain, termasuk namun tidak terbatas pada untuk mengetahui kelemahan-kelemahan dari Nasabah Debitur, sebagai “senjata perang” untuk menekan Nasabah Debitur, tentu saja bertentangan dengan amanah UU Perbankan.

---

<sup>164</sup> Williams Kwasi Peprah, Albert Agyei, dan Evans Oteng, *Ranking The 5C's Of Credit Analysis: Evidence From Ghana Banking Industry, International Journal of Innovative Research and Advanced Studies (IJIRAS) Volume 4 Issue 9, September 2017*, h. 79.

Informasi-informasi material yang diperoleh Bank melalui pelaksanaan *Five C's Of Credit*, tidak boleh disalahgunakan oleh Bank, dengan melakukan penyalahgunaan keadaan, atau direncanakan oleh Bank untuk niat yang tidak baik (itikad tidak baik), terhadap Nasabah Debitur. Penyalahgunaan keadaan dan/atau itikad tidak baik dari Bank, akan menyebabkan Nasabah Debitur berada dalam posisi yang sulit. Bank harus selalu menegakan prinsip kehati-hatian secara obyektif, tanpa meninggal kewajiban melaksanakan *Market Conduct*.

Pengabaian terhadap hal-hal tersebut, sangat bertentangan dengan *fairness* yang dicita-citakan oleh John Rawls. *Fairness* tersebut harus tercapai, bahkan dalam keadaan yang paling tidak menguntungkan bagi salah satu pihak dalam perjanjian. Pihak Bank yang lebih dominan karena adanya *asymmetric information*, di antara Bank dengan Nasabah Debitur, yang secara tidak langsung juga diperoleh Bank melalui pelaksanaan *Five C's Of Credit*, demi tegaknya keadilan dilarang memanfaatkan keadaan tersebut. Terutama, jika hanya untuk mendapatkan keunggulan dan/atau keuntungan yang sebesar-besarnya bagi Bank.

Bank sebagai pihak yang dominan, malah seharusnya berusaha untuk menyeimbangkan posisi dari Nasabah Debitur, dalam setiap proses penyaluran dana pinjaman Bank. Institusi bisnis tidak terkecuali Bank, yang menjunjung tinggi *fairness*, akan mendapat kepercayaan lebih dari masyarakat. Kepercayaan masyarakat terhadap Bank, tidak hanya berdampak pada eksistensi Bank saja. Namun, niscaya juga berdampak pada keuntungan-keuntungan finansial yang dapat diraih oleh Bank.

### **2.3. Fungsi Collateral Sebagai Benteng Pelapis Pasal 1131 KUHPerdata**

Bank sebagaimana institusi bisnis lain, tentu saja memiliki tujuan utama untuk mengejar keuntungan. Namun, tidak hanya bagi institusi Bank sendiri. Bank melakukan upaya-upaya untuk mengejar keuntungan, di samping untuk Bank sebagai institusi bisnis, juga bertujuan untuk membayar bunga Simpanan kepada Nasabah Penyimpan. Hal ini, tentu saja untuk menarik minat dari para Nasabah Penyimpan, yang sangat menentukan eksistensi dari Bank itu sendiri.

Bank dalam melakukan kegiatan-kegiatan usaha yang bertujuan untuk mengejar keuntungan, tidak mungkin melepaskan dirinya dari ancaman risiko. Risiko adalah suatu hal yang lumrah, dan merupakan ciri khas dari setiap kegiatan bisnis. Adagium "*high risk high return*", telah mengajarkan bahwa semakin berisiko suatu bisnis, maka keuntungan yang dikejar akan semakin berlipat-lipat. Risiko yang tidak mungkin hilang, wajib dicegah dan dikelola

sedemikian rupa, agar tidak berdampak secara signifikan terhadap institusi Bank.

Kondisi bisnis yang bertujuan untuk mencari keuntungan dan penuh risiko, sebenarnya secara hukum telah jelas digambarkan dalam KUHPerdato. Perjanjian sebagai sumber perikatan, memiliki hakekat untuk melahirkan prestasi. Ketentuan Pasal 1234 KUHPerdato, telah menggariskan secara tegas bahwa tiada perikatan, tanpa adanya prestasi. Prestasi tersebut dapat berupa prestasi untuk memberikan sesuatu, berbuat sesuatu, dan/atau tidak berbuat sesuatu.

Prestasi tersebut secara tegas dalam KUHPerdato, juga harus dapat dinilai dengan uang. Hal ini dengan jelas dapat ditemukan dalam ketentuan Pasal 1243 KUHPerdato. Ketentuan tersebut juga menegaskan bahwa setiap kegiatan bisnis, yang bertujuan untuk melahirkan keuntungan, di dalamnya juga sekaligus terkandung potensi risiko-risiko bisnis. Hukum Perikatan sesuai teori perlindungan hukum eksternal, melalui ketentuan Pasal 1243 KUHPerdato tersebut, telah berusaha memberikan perlindungan hukum kepada para pelaku bisnis. Biaya, kerugian, dan bunga disediakan bagi para pelaku bisnis sebagai bentuk perlindungan hukum, manakala para pelaku bisnis mengalami kerugian. Kerugian adalah risiko yang harus dicegah dan ditanggulangi di dalam kegiatan bisnis.

Menurut Elisabeth Nurhaini Butarbutar: "...hukum harta kekayaan tersebut pengaturannya terdapat dalam *Buku kedua* dan *Buku ketiga KUH Perdato* yang mengatur tentang Hukum Benda dan Hukum Perikatan."<sup>165</sup> Maka, ketentuan-ketentuan mengenai Hukum Perjanjian atau Kontrak dalam Buku III KUHPerdato, termasuk dalam rumpun Hukum Harta Kekayaan. Pengaturan yang terkandung di dalamnya, dilandasi dengan kepentingan ekonomis yang bertujuan untuk mengejar keuntungan yang sebesar-besarnya. Setiap perjanjian atau kontrak, dengan demikian, wajib dirancang, disetujui, dan bahkan dilaksanakan dengan motif ekonomi tersebut. Hal ini juga relevan dengan hakekat manusia yang merupakan *homo economicus*, yang dalam tindak tanduknya sehari-hari dipenuhi dengan nuansa ekonomis.

Hukum Perjanjian yang merupakan pondasi penyangga utama Hukum Perikatan, dikatakan menganut asas yang terbuka atau bersifat terbuka. Dikatakan bersifat terbuka, karena didominasi oleh ketentuan-ketentuan hukum yang bersifat mengatur (*regelend recht*), bukan ketentuan-ketentuan hukum

---

<sup>165</sup> Elisabeth Nurhaini Butarbutar, *Hukum Harta Kekayaan Menurut Sistematika KUH Perdato dan Perkembangannya*, Bandung: Refika Aditama, November 2012, h. 5-6.

yang bersifat memaksa (*dwingend recht*). Hal-hal yang diatur dalam Buku III KUHPerdota, tidak dapat dipaksakan berlakunya di antara para pihak dalam suatu Perjanjian. RH. Wiwoho mengemukakan:

Artinya, hukum tersebut berlaku sepanjang para pihak tidak mengaturnya lain. Jika para pihak yang berkontrak mengaturnya secara lain dari yang diatur dalam hukum kontrak, maka yang berlaku adalah ketentuan yang diatur sendiri oleh para pihak tersebut, kecuali undang-undang menentukan lain.<sup>166</sup>

Sejalan dengan asas konsensualisme yang dianut dalam Buku III KUHPerdota. Para pihak dalam suatu Perjanjian, tidak sekedar dibebaskan dari “belenggu” ketentuan-ketentuan Hukum Perjanjian dalam Buku III KUHPerdota. Namun, para pihak diberikan hak untuk menghempaskan ketentuan-ketentuan hukum yang bersifat mengatur (*regelend recht*) tersebut. Atas dasar sepakatnya para pihak, penyimpangan dapat dilakukan dalam batas-batas yang diatur dalam KUHPerdota. Hal ini menunjukkan bahwa ketentuan-ketentuan Hukum Perjanjian dalam Buku III KUHPerdota, selain bersifat mengatur juga difungsikan sebagai hukum pelengkap (*aanvullend recht*).

Sepanjang telah diatur sendiri oleh para pihak, maka terhadap hal-hal yang tidak diatur oleh para pihak secara tersendiri dan menyimpang dari KUHPerdota, akan dengan sendirinya dilengkapi oleh KUHPerdota. Sekalipun tidak diperjanjikan secara tegas dan rinci oleh para pihak, fungsi *aanvullend recht* dari ketentuan-ketentuan Hukum Perjanjian dalam Buku III KUHPerdota tersebut, secara otomatis berlaku di antara para pihak. Para pihak dengan demikian, tidak hanya sekedar dapat menyimpangi atau mengganti ketentuan-ketentuan Perjanjian dalam Buku III KUHPerdota, berdasarkan kesepakatan di antara rekan sekontraknya. Bahkan lebih jauh lagi, dapat dengan bebas melahirkan perjanjian-perjanjian baru yang sama sekali tidak ditemukan dan/atau diatur secara khusus dalam KUHPerdota.

Perjanjian secara teoritis dibagi ke dalam 2 (dua) golongan besar, yaitu perjanjian bernama (kontrak *nominaat*) dan perjanjian tidak bernama (kontrak *innominaat*). Kontrak *nominaat* disebut sebagai perjanjian bernama, bukan karena perjanjian-perjanjian yang tergolong dalam kontrak *nominaat* memiliki nama tertentu. Melainkan karena perjanjian-perjanjian seperti jual-beli, tukar-menukar, sewa-menyewa, pinjam-meminjam, dan lain sebagainya, diberikan

---

<sup>166</sup> RH. Wiwoho, *Keadilan Berkontrak*, Jakarta: penaku, Januari 2017, h. 94.

pengaturan secara khusus dalam KUHPerdota, sebagai sumber Hukum Perjanjian.

Perjanjian tidak bernama (kontrak *innominaat*), sebaliknya merupakan perjanjian-perjanjian yang tidak diatur secara khusus dalam KUHPerdota. Bila penggolongan ini dilihat dari sudut pandang sejarah, hal tersebut tentu saja sangat wajar. Pembentuk KUHPerdota tentu saja tidak mungkin mampu memperkirakan, bahkan mengantisipasi perkembangan Hukum Kontrak yang dinamis. Dinamika bisnis sulit untuk diprediksi, terlebih lagi diatur secara rinci. Konsekuensi logis dari hal tersebut yaitu seiring dengan perkembangan bisnis yang dinamis, akan lahir kontrak-kontrak baru yang pengaturannya secara rinci tidak ditemukan di dalam KUHPerdota.

Asas kebebasan berkontrak dan asas konsensualisme dengan kuat, menguasai proses lahir dan berkembangnya perjanjian-perjanjian yang tergolong dalam kontrak *innominaat* tersebut. Bisnis yang tidak dapat dicegah dinamikanya, bahkan dituntut untuk terus berkembang, telah mendorong para pelaku bisnis secara kreatif dan inovatif untuk terus melahirkan kontrak-kontrak *innominaat*. Kelahiran kontrak-kontrak bisnis baru sepanjang tidak bertentangan dengan koridor-koridor hukum, malah seharusnya difasilitasi secara “mewah” dan “fleksibel” oleh hukum itu sendiri. Hal ini tentu saja tidak dapat diwujudkan jika para pelaku bisnis, tetap berpegang teguh dan mengandalkan kontrak-kontrak *nominaat* semata. Kesepakatan di antara para pelaku bisnis, yang dilandasi adanya kebebasan dalam berkontrak, telah menyediakan ruang yang sangat luas bagi hukum, untuk terus mengikuti perkembangan bisnis itu sendiri.

Perjanjian atau kontrak Kredit Perbankan masuk di dalam golongan kontrak *innominaat*. Maka, kelahirannya sejak awal, bahkan perkembangannya, akan dipengaruhi dinamika bisnis itu sendiri. Kelahiran dari perjanjian Kredit Perbankan bila dikaji secara mendalam, ternyata sangat dipengaruhi oleh perbedaan-perbedaan mendasar perjanjian Kredit itu sendiri. Perbedaan-perbedaan tersebut, tidak dapat diakomodir oleh KUHPerdota melalui ketentuan-ketentuan kontrak *nominaat*, seperti perjanjian pinjam meminjam uang.

Perjanjian pinjam meminjam uang yang pengaturannya nampak pada ketentuan Pasal 1754 jo. Pasal 1756 KUHPerdota, termasuk dalam golongan perjanjian riil. Namun, tidak demikian halnya dengan perjanjian Kredit yang tergolong perjanjian konsensual. UU Perbankan menentukan perjanjian Kredit wajib mengambil bentuk tertulis. Sementara perjanjian pinjam meminjam uang yang diatur dalam KUHPerdota, tidak dipersyaratkan untuk berbentuk tertulis, walaupun tidak juga dilarang mengambil bentuk tertulis. Alasan-alasan yang

berkaitan dengan perbedaan mendasar inilah yang akhirnya mendorong lahir dan berkembangnya kontrak-kontrak *nominaat*.

Kendati kontrak-kontrak *innominaat* merupakan penyimpangan terhadap pengaturan kontrak-kontrak *nominaat* di dalam KUHPerdota. Namun, setiap kontrak *innominaat* termasuk perjanjian Kredit, dipaksa untuk tunduk pada KUHPerdota. Hal ini secara tegas diatur dalam Pasal 1319 KUHPerdota: Semua perjanjian, baik yang mempunyai suatu nama khusus, maupun yang tidak terkenal dengan suatu nama tertentu, tunduk pada peraturan-peraturan umum, yang termuat didalam bab ini dan bab yang lalu.

Hakekat suatu Perjanjian sebagai sumber Perikatan, tidak terkecuali bagi kontrak-kontrak *innominaat*, memiliki obyek yaitu prestasi. Prestasi-prestasi ini harus dilaksanakan oleh pihak-pihak yang dibebani dengan kewajiban-kewajiban hukum. Beban-beban kewajiban yang harus dipikul oleh pihak-pihak yang ditentukan dalam suatu Perjanjian, adalah esensi dari Perikatan itu sendiri. Perjanjian atau kontrak yang demikian digolongkan sebagai Perjanjian *Obligatoir*. Menurut Moch. Isnaeni:

Segenap perjanjian yang melahirkan perikatan, disebut sebagai Perjanjian Obligatoir, dikarenakan di punggung para pihak dibebani kewajiban (*obligatio-obligation*). Oleh karena itu dalam Perjanjian Obligatoir itu yang dijadikan sentral adalah “kewajiban” dan secara intensif diatur dalam BW. Sedang hak tidak diatur secara eksplisit mengingat hak itu dengan sendirinya akan maujud mana kala kewajiban dilaksanakan. Inilah sosok hak dan kewajiban dalam hukum yang selalu dimisalkan seagai sisi-sisi sekeping mata uang logam, kendati berbeda rupa namun tidak mungkin dipisahkan demi terwujudnya hubungan perikatan yang *fair*.<sup>167</sup>

Perjanjian *Obligatoir* dengan demikian, juga melahirkan 2 (dua) pihak, yaitu Kreditur sebagai pihak yang diberikan hak untuk menikmati prestasi, dan di sisi lain yaitu Debitur sebagai pihak yang dibebani kewajiban untuk melaksanakan prestasi. Sebagaimana dijelaskan oleh R. Wirjono Prodjodikoro:

Dalam tiap-tiap perjanjian ada dua macam subject, yaitu ke-1 seorang manusia atau suatu badan hukum yang mendapat beban kewajiban untuk sesuatu dan ke-2 seorang manusia atau suatu badan hukum yang mendapat hak atas pelaksanaan kewajiban itu. Bahasa Belanda memakai kata-kata *schuldenaar* atau *debiteur* dan *schuldeiser* atau *crediteur*. Dalam

---

<sup>167</sup> Moch. Isnaeni, *Pijar Pendar Hukum Perdata*, Surabaya: Revka Petra Media, Juli 2016, h. 123 (selanjutnya disebut Moch. Isnaeni-V).

bahasa Indonesia kiranya dapat dipakai perkataan-perkataan pihak berwajib dan pihak-berhak.<sup>168</sup>

Kreditur-Kreditur dalam kontrak *nominaat* maupun kontrak *innominaat*, yang berada di bawah rezim kekuasaan Buku III KUHPperdata, diberikan hak untuk memperoleh hak tagih, atas prestasi yang dijanjikan oleh Debitur sebagai rekan sekontraknya. Hak tagih bersifat sangat personal, sehingga disebut hak pribadi atau hak perorangan. Hak tagih tersebut hanya dapat ditegakkan di antara para pihak dalam suatu hubungan kontraktual. Pihak ketiga yang bukan rekan sekontrak tidak terikat untuk melaksanakan prestasi tertentu, dan memperoleh hak tagih tersebut.

Pasal 1315 KUHPperdata secara tegas mengatur hal tersebut, sebagai berikut: Pada umumnya tak seorang dapat mengikatkan diri atas nama sendiri atau meminta ditetapkannya suatu janji dari pada untuk dirinya sendiri. Pasal 1315 KUHPperdata tersebut juga dipertegas kembali dalam ketentuan Pasal 1340 KUHPperdata, sebagai berikut: Suatu perjanjian hanya berlaku antara pihak-pihak yang membuatnya. Suatu perjanjian tidak dapat membawa rugi kepada pihak-pihak ke tiga; tidak dapat pihak-pihak ke tiga mendapat manfaat karenanya, selain dalam hal yang diatur dalam Pasal 1317.

Perikatan yang bersumber dari Perjanjian dan menghasilkan hak pribadi atau hak perorangan, sesungguhnya merupakan konsekuensi logis dari berlakunya asas *privity of contract* dalam Hukum Perjanjian. Asas ini menurut Cliona Kelly: “*The rule of privity of contract means that only the parties to a contract have enforceable rights and obligations under the contract. A third party to the contract cannot enforce any of its terms nor have any burdens from that contract enforced on them.*”<sup>169</sup> Para peneliti pada *Scottish Law Commission* bahkan menyatakan: “*...no right or obligation can be created in respect of someone who is a stranger to the contract (and who is termed a “third party”).*”<sup>170</sup> Penjelasan tersebut tentunya selaras dengan ketentuan Pasal 1315 jo. Pasal 1340 KUHPperdata.

Bank selaku Kreditur yang memiliki hak tagih dalam “bingkai” perjanjian Kredit, dengan demikian hanya dapat menegakan haknya tersebut pada Nasabah Debitur, yang tidak lain dan tidak bukan, adalah rekan

---

<sup>168</sup> R. Wirjono Prodjodikoro, *Azas-Azas Hukum Perjanjian*, Bandung: Mandar Maju, Oktober 2011, h. 13.

<sup>169</sup> Cliona Kelly, *Privity Of Contract – The Benefits Of Reform, Judicial Studies Institute Journal*, Volume 8 Nomor 1, 2008, h. 145.

<sup>170</sup> Scottish Law Commission, *Review of Contract Law Report on Third Party Rights*, Edinburgh: Scottish Law Commission, Juli 2016, h. 2.

sekontraknya dalam perjanjian Kredit Perbankan. Inilah salah satu ciri khas dari seluruh perjanjian, yang dimaksudkan melahirkan Perikatan. Maka, perjanjian Kredit yang menghasilkan hak-hak pribadi atau perorangan, juga bersifat atau berkarakter relatif.

Pasal 1319 KUHPerdota, sesungguhnya tidak hanya sekedar dimaksudkan untuk “memaksa” kontrak-kontrak *innominaat* untuk tunduk pada KUHPerdota. Lebih jauh lagi, ketentuan tersebut juga harus dimaknai bahwa KUHPerdota juga menyediakan instrumen-instrumen proteksi bagi kontrak *innominaat*. KUHPerdota ibarat “seorang Ibu” yang sangat menyayangi kedua “anak” yang dilahirkannya. Baik perjanjian-perjanjian yang termasuk dalam golongan kontrak *nominaat*, maupun kontrak *innominaat*, sama-sama dilindungi oleh KUHPerdota. Kendati kontrak *innominaat* terlahir setelah kontrak *nominaat*, namun KUHPerdota tidak mengabaikan eksistensinya, bahkan berusaha memberikan perlindungan yang memadai bagi kontrak *innominaat*.

Salah satu fungsi perlindungan hukum eksternal dalam koridor Hukum Perdata, adalah untuk mencegah terjadinya risiko-risiko kerugian yang mungkin akan diderita oleh para pelaku bisnis. Tidak terkecuali bagi Bank, sebagai lembaga *intermediary* yang memiliki fungsi utama yaitu mengimpun dana dari masyarakat, dan kemudian wajib menyalurkannya kembali kepada masyarakat. Penyaluran dana pinjaman oleh Bank melalui instrumen Kredit yang dibingkai dalam perjanjian Kredit, tidak dapat dilepaskan dari potensi terjadi risiko kerugian. Risiko kerugian yang dimaksud adalah risiko gagal bayar, atau kegagalan Nasabah Debitur untuk mengembalikan dana pinjaman yang disalurkan oleh Bank, melalui produk-produk Kredit Perbankan.

Bank sebagai institusi bisnis dengan risiko-risiko gagal bayar, tentu saja memerlukan perlindungan hukum. Klausula-klausula perjanjian Kredit yang dirakit oleh Bank, dalam suatu perjanjian standar, yang kemudian disepakati secara tertulis oleh dan di antara Bank dan Nasabah Penyimpan, sesungguhnya juga dimaksudkan oleh Bank sebagai perlindungan hukum internal bagi Bank. Kendati telah dirakit dengan rinci, teliti, dan tegas oleh Bank. Bank tetap tidak dapat menghilangkan risiko gagal bayar oleh Nasabah Penyimpan, yang mungkin muncul dikemudian hari. Perlindungan hukum internal yang telah diciptakan melalui sarana perjanjian Kredit tersebut, tetap perlu diperkuat.

Penguatan dilakukan oleh pembentuk KUHPerdota, melalui perlindungan hukum eksternal yang secara tegas diatur dalam KUHPerdota. Perlindungan hukum eksternal terhadap perjanjian Kredit sebagai suatu perjanjian *Obligatoir*, diatur dalam Pasal 1131 KUHPerdota. Ketentuan Pasal 1131 KUHPerdota tersebut, memberikan jaminan bahwa semua Perikatan

termasuk yang bersumber dari perjanjian-perjanjian *Obligatoir*, pemenuhan prestasinya dan/atau risiko-risiko kerugian yang mungkin muncul dikemudian hari, akan ditanggung oleh Debitur. Manakala Debitur wanprestasi terhadap Kreditur, maka seluruh harta kekayaannya dapat difungsikan untuk melunasi seluruh utang-utangnya. Jaminan yang demikian dikenal dengan nama Jaminan Umum. Dikatakan “Umum”, karena berupa seluruh harta benda Debitur tanpa ada yang dikecualikan.

Jaminan Umum yang disediakan oleh pranata Hukum Perdata, sebagaimana dimaksud pada Pasal 1131 KUHPerdata tersebut, disebut juga jaminan yang lahir dari UU. Kelahirannya dikehendaki oleh KUHPerdata, walaupun tidak diperjanjikan keberadaannya oleh para pihak dalam hubungan kontraktual. Keberadaan risiko gagal bayar oleh Nasabah Debitur kepada Bank dalam rangka pelaksanaan perjanjian Kredit, sebagai perjanjian *Obligatoir*, kian menunjukkan relevansi lahirnya ketentuan Pasal 1131 KUHPerdata. Pembentuk KUHPerdata telah “menghadiahkan” kepada Kreditur dalam perjanjian *Obligatoir* Pasal 1131 KUHPerdata, untuk membentengi pemenuhan prestasi yang telah diperjanjikan dalam perjanjian *Obligatoir*, tidak terkecuali juga perjanjian Kredit Perbankan.

Ketentuan Pasal 1131 KUHPerdata menurut Gunawan Widjaja juga memberikan dua pengertian sebagai berikut:

*Pertama*, ketentuan tersebut menentukan bahwa setiap subjek hukum merupakan penyanggah hak dan kewajibannya sendiri yang dalam hal ini terwujud dalam kepemilikan harta kekayaan, baik yang bergerak maupun yang tidak bergerak, yang dimiliki oleh subjek hukum tersebut. *Kedua*, harta kekayaan seseorang dapat berubah dari waktu ke waktu karena perikatan yang dibuat, dilakukan, maupun sebagai akibat peristiwa hukum yang terjadi atas diri subjek hukum tersebut dari waktu ke waktu (yang tercermin dari pernyataan yang sudah ada maupun yang akan ada dikemudian hari).<sup>171</sup>

Nasabah Debitur yang adalah penyanggah hak dan kewajiban, dalam tindak tanduknya sehari-hari, tentu saja akan berkuat dengan berbagai macam Perikatan. Perikatan-Perikatan yang lahir sebagai sebuah hubungan hukum, dapat menyebabkan harta kekayaan dari Nasabah Debitur bertambah. Namun, juga berisiko untuk menyebabkan harta kekayaan Nasabah Debitur menjadi

---

<sup>171</sup> Gunawan Widjaja, *Memahami Prinsip Keterbukaan (Aanvullend Recht) dalam Hukum Perdata*, Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2006, h. 6 (selanjutnya disebut Gunawan Widjaja-III).

berkurang atau menurun, bahkan habis tidak bersisa. Peristiwa hukum seperti kematian, juga disadari sangat berpengaruh terhadap naik turunnya harta kekayaan Nasabah Debitur.

Sebuah pepatah bijak yang mengatakan: “*things you take for granted get taken*”, kiranya relevan untuk memaknai eksistensi Pasal 1131 KUHPerdara sebagai suatu Jaminan Umum. Bank sebagai sebuah institusi bisnis, yang berpotensi menanggung kerugian akibat risiko-risiko dalam penyaluran dana pinjaman Bank, tentu saja tidak dapat sekedar mengandalkan “hadiah” yang disediakan oleh pembentuk KUHPerdara tersebut. Bank yang hanya mengandalkan keberadaan Pasal 1131 KUHPerdara, untuk menjamin piutang yang telah diperjanjikan dengan Nasabah Debitur, sama seperti “seorang penjudi” yang “bertaruh” pada hal-hal yang tidak pasti.

Menurut Hery Shietra:

Dalam konsep hukum perdata umum, Pasal 1131 KUHPerdara merupakan klasifikasi “Kreditor Konkuren”-alias kreditor bersaing, dimana sifatnya saling “berebutan” dengan para sekalian kreditor konkuren lainnya. Ia bukanlah kreditor yang terjamin, dalam arti bila harta kekayaan debitur lebih kecil daripada utangnya, maka bisa terjadi kreditor konkuren tidak mendapatkan pelunasan apapun.<sup>172</sup>

Kreditor tidak terkecuali Bank, yang hanya mengandalkan Jaminan Umum berdasarkan Pasal 1131 KUHPerdara, berada dalam posisi yang tidak unggul bahkan cenderung rentan. Bank harus berkonkurensi dengan seluruh Kreditor dari Nasabah Debitur lainnya, memperebutkan harta kekayaan Debitur. Jaminan Umum dengan demikian, juga bermakna disediakan bagi seluruh Kreditor tanpa ada yang dikecualikan. Sri Soedewi Masjchoen Sofwan secara tegas menjelaskan sebagai berikut:

Hak pemenuhan dari para kreditor yang demikian itu adalah sama dan sederajat satu dengan lainnya, tak ada yang lebih diutamakan. Mereka mempunyai hak bersama-sama terhadap seluruh harta kekayaan debitur. Dan seluruh harta kekayaan tersebut berlaku sebagai jaminan bagi seluruh perutangan debitur, jadi untuk jaminan bagi semua kreditor. Kreditor-kreditor yang mempunyai kedudukan yang sama dan sederajat untuk memperoleh pemenuhan piutangnya terhadap harta kekayaan debitur demikian itu, disebut kreditor Konkuren.<sup>173</sup>

---

<sup>172</sup> Hery Shietra, *Praktik Hukum Jaminan Kebendaan*, Bandung: Citra Aditya Bakti, Mei 2016, h. 40.

<sup>173</sup> Sri Soedewi Masjchoen Sofwan-I, *Op. cit.*, h. 75.

Bank di dalam dunia bisnis yang dinamis, tentu saja sulit bahkan tidak mungkin, menghalangi Nasabah Debitur untuk terikat dalam kewajiban-kewajiban pelaksanaan prestasi lain. Kendati dalam praktik Perbankan, Bank akan mengatur dan memperjanjikan dengan Nasabah Debitur, suatu kewajiban untuk meminta persetujuan dari Bank sebelum Debitur mendapatkan fasilitas Kredit dari pihak lain. Hal tersebut merupakan perlindungan hukum internal yang diupayakan oleh Bank. Namun, tentu saja Bank tidak dapat menghalangi utang-utang lain, seperti utang karena pembelian barang tertentu, dengan pembayaran mundur kepada pihak pemasok. Transaksi bisnis yang demikian sangat lazim terjadi di dunia bisnis sejak dahulu kala.

Realita bisnis yang dinamis tersebut, membuat Bank termasuk dalam salah satu Kreditor Konkuren, di antara banyak Kreditor Konkuren yang lain. Kedudukan Bank selaku Kreditor Konkuren dipertegas dalam ketentuan Pasal 1132 KUHPerdara, sebagai berikut:

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

Gunawan Widjaja dan Kartini Muljadi sehubungan dengan ketentuan Pasal 1132 KUHPerdara tersebut, menjelaskan sebagai berikut:

Dalam konteks Pasal 1132 Kitab Undang-undang Hukum Perdata tersebut, setiap pihak sebagai yang berhak atas pemenuhan perikatan, haruslah mendapatkan pemenuhan perikatan dari harta kekayaan pihak yang berkewajiban (debitor) tersebut secara:

1. pari passu, yaitu secara bersama-sama memperoleh pelunasan, tanpa ada yang didahulukan;
2. prorata atau proporsional, yang dihitung berdasarkan pada besarnya piutang masing-masing dibandingkan terhadap piutang mereka secara keseluruhan, terhadap seluruh harta kekayaan debitor tersebut.<sup>174</sup>

Bank yang dikelola dengan baik dan rasional, dengan demikian, tidak akan memperoleh keyakinan untuk menyalurkan dana pinjaman Bank kepada Nasabah Debitur, berdasarkan Jaminan Umum semata. Bank sadar bahwa

---

<sup>174</sup> Gunawan Widjaja dan Kartini Muljadi, *Hak Istimewa, Gadai, Dan Hipotek*, Jakarta: Kencana, Januari 2007, h. 2 (selanjutnya disebut Gunawan Widjaja-IV).

eksistensinya sebagai lembaga *intermediary* tidak akan mampu bertahan, jika hanya sekedar mengandalkan Jaminan Umum yang lahir dari “kandungan” KUHPerduta. Bank memerlukan instrumen yang lebih dapat diandalkan, untuk menangkal risiko-risiko gagal bayar yang mungkin timbul di kemudian hari. Terutama, jika dikaitkan dengan harta kekayaan yang dijadikan Jaminan pelunasan kewajiban berupa pokok utang, bunga pinjaman, dan lain sebagainya.

Kerentanan Jaminan Umum yang diatur dalam Pasal 1131 KUHPerduta, sebenarnya dapat diatasi. Pasal 1131 KUHPerduta yang tunduk pada Buku II KUHPerduta tentang Benda, memiliki kaitan yang erat dengan Buku III KUHPerduta. Buku II dan Buku III KUHPerduta merupakan tiang penyangga Hukum Harta Kekayaan. Ketentuan-ketentuan hukum yang diatur dalam Buku II KUHPerduta, memang didominasi oleh ketentuan-ketentuan hukum yang bersifat *dwingend recht*. Namun, tidak berarti semua ketentuan dalam Buku II KUHPerduta tidak dapat disimpangi.

Pasal 1131 jo. Pasal 1132 KUHPerduta, sekalipun menurut sistematika KUHPerduta berada dalam Buku II KUHPerduta, termasuk dalam golongan *aanvullend recht* atau *regelend recht*. Ketentuan Pasal 1132 KUHPerduta, membenarkan adanya suatu penyimpangan sepanjang ada alasan yang sah. Namun perlu untuk diketahui, penyimpangan ketentuan yang bersifat *regelend recht* dalam Buku II KUHPerduta, memiliki implikasi yang berbeda bila dibandingkan dengan penyimpangan ketentuan yang bersifat *regelend recht* dalam Buku III KUHPerduta.

Hukum Perjanjian dalam Buku III KUHPerduta, yang didominasi oleh ketentuan-ketentuan yang bersifat *regelend recht*, dapat disimpangi dengan cara ditiadakan dan/atau digantikan oleh kesepakatan para pihak dalam Perjanjian. Tidak demikian dengan ketentuan-ketentuan-ketentuan yang bersifat *regelend recht* dalam Buku II KUHPerduta, tidak terkecuali Pasal 1132 KUHPerduta. Pasal 1132 KUHPerduta bila disimpangi berdasarkan kata sepakat, tidak menjadi hilang atau musnah. Keberadaannya akan disandingkan dengan instrumen kesepakatan lain, yang lebih kuat dan dapat diandalkan. Ibarat “para prajurit penjaga sebuah istana Kerajaan di malam hari”, tentu saja “para penjaga yang ditugaskan pada waktu tersebut”, jumlahnya ditingkatkan, berlapis, dan haruslah yang lebih kuat berjaga dan dapat diandalkan. Kesepakatan yang merupakan penyimpangan tersebut, menjadi “benteng terdepan” yang kuat untuk mencegah risiko-risiko yang mungkin timbul di kemudian hari. Walaupun sebenarnya perjanjian *Obligatoir*, telah “dibentengi” oleh Pasal 1131 KUHPerduta.

Perjanjian yang dibuat untuk menyimpangi ketentuan Pasal 1132 KUHPdata, juga harus tetap pada koridor Hukum Benda. Perjanjian yang terjadi tentu saja harus berobyek Benda tertentu, bukan prestasi seperti dalam Hukum Perikatan. Obyek tertentu tersebut, wajib ditentukan oleh para pihak sebagai Jaminan bagi pelunasan prestasi Debitur. Penyimpangan melalui perjanjian dengan obyek jaminan berupa Benda tertentu tersebut, dikenal dengan nama perjanjian Jaminan Kebendaan.

Perjanjian Jaminan Kebendaan dimaksudkan untuk melahirkan hak Jaminan Kebendaan yang bersifat khusus. Jaminan Kebendaan termasuk dalam golongan Jaminan Khusus. Dikatakan khusus, karena secara khusus dilahirkan melalui kesepakatan antara Kreditur dengan Pemilik Benda yang merupakan obyek Jaminan Kebendaan. Sehingga yang dapat melaksanakan kesepakatan untuk mengikat suatu Benda, guna diperuntukkan sebagai Jaminan Khusus, tidak hanya Debitur sendiri. Melainkan, diperluas hingga setiap Pemilik Benda selain Debitur itu sendiri.

Tujuan kelahiran perjanjian Jaminan Kebendaan berbeda, bila dibandingkan dengan perjanjian yang diatur dalam Buku III KUHPdata. Perjanjian dalam Buku III KUHPdata disepakati oleh para pihak, untuk melahirkan perikatan yang berobyek prestasi tertentu. Sedangkan perjanjian Jaminan Kebendaan, disepakati untuk melahirkan hak-hak Jaminan Kebendaan, dengan obyek benda tertentu sebagai Jaminan. Benda tertentu sebagai obyek Jaminan Kebendaan tersebut, secara spesifik akan diperuntukkan untuk menjamin suatu pemenuhan prestasi yang merupakan obyek Perikatan tertentu juga.

Bank sebagaimana telah disinggung sebelumnya, dalam rangka melakukan penyaluran dana pinjaman Bank melalui produk-produk Kredit, didasarkan pada perjanjian Kredit yang disepakati oleh dan di antara Bank dengan Nasabah Debitur. Sebelum sampai pada tahap penandatanganan perjanjian Kredit, Bank wajib menerapkan prinsip kehati-hatian Bank, melalui *Five C's of Credit*. Salah satu kriteria penting dalam *Five C's of Credit* tersebut adalah agunan (*collateral*).

Agunan berdasarkan ketentuan Pasal 1 angka 23 jo. Penjelasan Pasal 8 ayat (1) Paragraf Ketiga UU Perbankan, bersifat tambahan. Bank dilarang mendasarkan keyakinannya dalam penyaluran dana pinjaman Bank, hanya berdasarkan keberadaan dan nilai agunan. Agunan merupakan instrumen pamungkas, sebelum Bank menentukan keputusan dalam proses penyaluran dana pinjaman Bank. Hal ini sesuai dengan sifat daripada agunan, yang tunduk pada Hukum Jaminan Kebendaan. Jaminan Kebendaan sifatnya *accessoir*

terhadap perjanjian Kredit Perbankan yang merupakan perjanjian pokok. Tanpa adanya unsur-unsur utama, yaitu watak, kemampuan, modal, dan prospek usaha dari Nasabah Debitur, Kredit tidak mungkin disetujui.

Setelah keyakinan awal diperoleh Bank dari unsur-unsur utama tersebut, barulah Bank “melirik” agunan. Hasil valuasi dari agunan, juga berfungsi untuk menentukan seberapa besar risiko maksimal yang akan diambil oleh Bank. Agunan variannya juga sangat bergantung pada jenis fasilitas Kredit yang hendak disetujui oleh Bank dan Nasabah Debitur. Pada Kredit berjenis KI, tentu saja agunan yang dimaksud adalah Benda yang hendak dibiayai melalui KI tersebut. Sementara pada Kredit berjenis KMK, *Non Cash Loan*, dan/atau *Treasury Line*, sesuai Penjelasan Pasal 8 ayat (1) Paragraf Ketiga UU Perbankan, agunan yang dimaksud adalah agunan tambahan. Agunan tambahan adalah berupa benda-benda lain, yang dimungkinkan sama sekali tidak berkaitan langsung dengan obyek yang dibiayai, seperti pada KI.

Sekalipun bersifat *accessoir*, namun tidak mungkin Bank menyalurkan dana pinjaman Bank (terutama Kredit kepada Korporasi besar), tanpa adanya agunan. Agunan tidak dapat dipungkiri merupakan faktor determinan dalam proses persetujuan Kredit. Ketiadaannya membuat Kredit yang dimohonkan untuk difasilitasi oleh Bank, pasti ditolak. Namun, tidak hanya sekedar ada, agunan dari berbagai sisi akan dilakukan penilaian dengan seksama, untuk mencegah risiko-risiko yang mungkin muncul dari agunan itu sendiri. Baik dari sisi legalitas, nilai, dan bahkan liquiditas, semua yang terkait dengan agunan wajib diperiksa secara seksama untuk kemudian dinilai oleh Bank.

Menurut Indra Rahmatullah:

*Collateral* (agunan) diperlukan untuk menanggung pembayaran kredit macet. Calon debitur umumnya diminta untuk menyediakan jaminan berupa agunan yang berkualitas tinggi yang nilainya minimal sebesar jumlah kredit atau pembiayaan yang diterimanya. Agunan berfungsi sebagai jaminan tambahan. Kredit yang diberikan oleh bank mengandung risiko, sehingga dalam pelaksanaannya bank harus memperhatikan asas-asas perkreditan yang sehat. Untuk mengurangi risiko tersebut salah satu unsur yang penting adalah adanya *collateral*.<sup>175</sup>

Agunan yang tunduk pada Hukum Jaminan Kebendaan dengan obyek benda diikat dengan perjanjian Jaminan Kebendaan. Maka, pengikatan agunan sebagai obyek Jaminan dimaksudkan untuk menghasilkan hak Kebendaan, yaitu

---

<sup>175</sup> Indra Rahmatullah, *Aset Hak Kekayaan Intelektual Sebagai Jaminan Dalam Perbankan*, Yogyakarta: DEEPUBLISH, Mei 2015, h. 78.

hak Jaminan Kebendaan. Hak Jaminan Kebendaan ini, lebih kuat daripada Jaminan Umum sebagaimana yang telah “dihadiahkan” kepada setiap Kreditur berdasarkan Pasal 1131 KUHPerdara, sehingga dapat diandalkan. Dikatakan lebih kuat, karena Hak Jaminan Kebendaan adalah salah satu hak Kebendaan yang berkarakter atau bercorak Jaminan. Sebagai salah satu hak Kebendaan, tentu saja Hak Jaminan Kebendaan memiliki ciri khas yang lebih unggul, daripada hak pribadi yang tercermin dalam Pasal 1131 KUHPerdara.

Dari sekian banyak ciri khas hak Kebendaan yang melekat pada Hak Jaminan Kebendaan, ada beberapa ciri pokok yang paling menunjukkan keunggulan tersebut. Ciri pertama adalah setiap hak Kebendaan, termasuk Hak Jaminan Kebendaan sifatnya mutlak. Trisadini Prasastinah Usanti menyampaikan:

Hak kebendaan merupakan hak yang mutlak, yaitu dapat dipertahankan terhadap siapa pun, tidak sekedar pada rekan sekontraknya saja tetapi juga kepada pihak-pihak lain yang mungkin di kemudian hari ikut terkait didalamnya. Hal ini berbeda dengan hak perorangan atau hak relatif yang hanya bisa ditegakkan pada pihak tertentu saja.<sup>176</sup>

Sifat mutlak ini yang membedakan Hak Jaminan Kebendaan, dengan hak pribadi yang lahir dari perjanjian Kredit sebagai perjanjian *Obligatoir*. Perjanjian Kredit Perbankan hanya dapat ditegakkan di antara Bank dengan Nasabah Debitur, sebagai rekan sekontrak. Hak Jaminan Kebendaan yang dilahirkan dari “kandungan” perjanjian Jaminan Kebendaan, dapat ditegakkan kepada siapapun juga. Dikatakan siapapun juga karena dapat ditegakkan kepada pihak-pihak yang bahkan tidak ikut melahirkan perjanjian Kredit. Sepanjang pihak tersebut, merupakan pemilik Benda yang dijaminakan sebagai obyek agunan.

Ciri unggul yang kedua adalah *droit de suite*. Ciri ini nampak misalnya pada Pasal 7 UU Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah. Ketentuan Pasal 7 UU Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah, bahkan dijelaskan oleh Herowati Poesoko sebagai berikut:

Walaupun obyek Hak Tanggungan itu sudah berpindah tangan dan menjadi milik pihak lain, kreditor masih tetap dapat menggunakan haknya

---

<sup>176</sup> Trisadini Prasastinah Usanti, Lahirnya Hak Kebendaan, *PERSPEKTIF, Volume XVII Nomor 1*, Januari 2012, h. 46 (selanjutnya disebut Trisadini Prasastinah Usanti-II).

melakukan eksekusi, jika debitur cidera janji dalam berprestasi. Oleh sebab itu, walaupun obyek Hak Tanggungan itu sudah berpindah tangan dan menjadi milik orang lain, namun Hak Tanggungan itu selalu mengikuti di dalam tangan siapapun obyek Hak Tanggung berpindah, yang berarti prinsip *droit de suite* tersebut terdapat dalam UUHT.<sup>177</sup>

Ciri unggul berikutnya adalah Hak Jaminan Kebendaan mengenal asas preferensi atau melahirkan hak preferen. Ciri ini nampak pada Pasal 27 UU Jaminan Fidusia, yang menentukan sebagai berikut:

- (1) Penerima Fidusia memiliki hak yang didahulukan terhadap kreditor lainnya.
- (2) Hak yang didahulukan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) adalah hak Penerima Fidusia untuk mengambil pelunasan piutangnya atas hasil eksekusi Benda yang menjadi objek jaminan Fidusia.
- (3) Hak yang didahulukan dari Penerima Fidusia tidak hapus karena adanya kepailitan dan atau likuidasi Pemberi Fidusia.

Menurut Imron Rosyadi:

Dimaksud dengan hak *preferen* adalah kreditor penerima jaminan fidusia mempunyai posisi lebih kuat dalam penagihan akibat terjadinya cidera janji (wanprestasi), artinya penerima jaminan fidusia menempati kedudukan yang lebih kuat dan lebih diutamakan daripada kreditor lainnya dalam mengambil pelunasan hasil eksekusi.<sup>178</sup>

Ciri unggul yang terakhir adalah pemegang Hak Jaminan Kebendaan memiliki hak retensi. Djaja S. Meliala menyatakan: “Hak retensi adalah hak untuk menahan suatu benda, sampai suatu piutang yang bertalian dengan benda itu dilunasi.”<sup>179</sup> Bank selaku pemegang agunan dengan adanya hak retensi tersebut, memiliki keunggulan posisi tawar (*bargaining position*). Manakala Nasabah Debitur masih belum dapat melunasi pinjamannya, maka Bank memiliki hak untuk menahan agunan tersebut. Hak itu terus dapat dipertahankan

---

<sup>177</sup> Herowati Poesoko, *Loc. cit.*

<sup>178</sup> Imron Rosyadi, *Jaminan Kebendaan Berdasarkan Akad Syariah (Aspek Perikatan, Prosedur Pembebanan dan Eksekusi)*, Jakarta: Kencana, Agustus 2017, h. 162.

<sup>179</sup> Djaja S. Meliala, *Perkembangan Hukum Perdata Tentang Benda Dan Hukum Perikatan Edisi Revisi Kelima*, Bandung: Nuansa Aulia, Agustus 2015, h. 12 (selanjutnya disebut Djaja S. Meliala-I).

oleh Bank selaku pemegang Hak Jaminan Kebendaan, hingga seluruh kewajiban Nasabah Debitur kepada Bank dapat diselesaikan dengan tuntas.

Memang patut disadari bahwa eksistensi hak Jaminan Kebendaan, sangat tergantung pada keberadaan perjanjian *Obligatoir*, yang melahirkan hak pribadi. Namun, secara khusus *collateral* yang diikat melalui perjanjian Jaminan Kebendaan, sesuai ketentuan UU Perbankan, adalah hal yang diwajibkan. Hal ini menimbulkan implikasi hukum dan keuntungan tersendiri bagi Bank. Penyimpangan yang terjadi melalui perjanjian Jaminan Kebendaan terhadap ketentuan Pasal 1131 KUHPdata, melahirkan implikasi hukum dan keuntungan bagi Bank, berupa lahirnya 2 (dua) hak. Hak-hak tersebut adalah:

1. Hak pribadi yang sifatnya relatif yang lahir dari perjanjian Kredit, yang merupakan perjanjian *Obligatoir*, dan
2. Hak Kebendaan yang sifatnya mutlak yang lahir dari perjanjian Jaminan Kebendaan dengan obyek agunan.

Moch. Isnaeni berpendapat:

Penyimpangan dengan membuat perjanjian jaminan kebendaan yang tergolong sebagai perjanjian kebendaan dan bukan perjanjian obligatoir, hanya sekedar memundurkan posisi Pasal 1131 BW untuk memberi tempat di depan pada perjanjian jaminan kebendaan yang berfungsi sebagai pelindung utama bagi kreditor. Andai kata karena sesuatu hal pelindung utama ini runtuh, maka kreditor masih dapat diselamatkan oleh jaring Pasal 1131 BW selaku benteng cadangan. Dengan tersedianya dua lapis jaminan, andai di belakang hari debitur wanprestasi, dari perjanjian jaminan kebendaan ternyata hasil lelang agunan tak mencukupi maka jaminan dalam Pasal 1131 BW masih tetap dapat menjaring kekurangan pelunasan tagihan kreditor.<sup>180</sup>

Sesuai *lien theory*, agunan yang diikat dengan perjanjian Jaminan Kebendaan, dimaksudkan sebagai langkah preventif. Langkah preventif tersebut, hanya untuk berjaga-jaga manakala Nasabah Debitur wanprestasi, agunan dapat dijual untuk melunasi utang dari Debitur. Agunan (*collateral*) yang diikat dengan bingkai perjanjian Jaminan Kebendaan, dengan demikian, berfungsi sebagai “benteng pelapis” bagi Jaminan Umum yang disediakan oleh Pasal 1131 KUHPdata, demi tercapainya cita hukum berupa kepastian hukum, kemanfaatan hukum, dan terutama keadilan hukum.

Ciri-ciri agunan sebagai Jaminan Kebendaan yang lebih kuat, membuatnya lebih unggul, dan menjadi pelindung utama bagi Bank selaku

---

<sup>180</sup> Moch. Isnaeni-I, *Op. cit.*, h. 105.

Kreditur dalam perjanjian Kredit Perbankan. Perjanjian Kredit Perbankan yang telah dilapisi oleh Pasal 1131 KUHPerdara yang merupakan Jaminan Umum, dilapisi kembali dengan benteng pelapis berupa agunan melalui perjanjian Jaminan Kebendaan. Perlindungan hukum berlapis tersebut, mengakibatkan Bank dengan keberadaan agunan (*collateral*) yang dimandatkan keberadaannya oleh UU Perbankan, mendapat posisi yang lebih aman dan nyaman.

#### **2.4. Pencabutan Benda Tertentu Milik Debitur Dan/Atau Pemilik Benda Tertentu Sebagai Agunan**

Bank di setiap Negara, baik di Negara maju maupun Negara berkembang sekalipun, secara nyata telah menjadi penopang perekonomian secara luas. Tidak hanya disebabkan karena fungsinya yang begitu penting sebagaimana diamanatkan oleh Pasal 3 UU Perbankan. Bank turut berperan sebagai *agent of development*. Bahkan, industri Perbankan secara luas turut mempermudah perjalanan kehidupan manusia dan badan hukum setiap harinya. Sebagaimana diungkapkan oleh Andreas Busch: “*Banks have become essential to the economic life of every modern society. A successful banking system has not only become crucial for the functioning of every business, it has also become central to the daily routine of most people.*”<sup>181</sup>

Keberadaan Bank dengan demikian, tidak hanya turut mendukung perkembangan perekonomian. Perilaku masyarakat akhirnya juga terdorong ikut berkembang. Mulai dari kebiasaan menyimpan uang di Bank, penggunaan kartu kredit yang diterbitkan oleh Bank, bahkan hingga penggunaan layanan-layanan Bank yang berbasis teknologi. Dengan makin masifnya *interconnection-networking*, yang biasa dikenal sebagai *internet*, layanan-layanan Perbankan juga kian berkembang. Perubahan dan perkembangan perilaku masyarakat akibat perkembangan industri Perbankan tersebut, akhirnya mengakibatkan secara relatif sebagian besar masyarakat, tidak dapat melepaskan dirinya dari Bank.

Salah satu fungsi utama dari Bank adalah menyalurkan kembali dana yang telah dihimpun oleh Bank, kepada masyarakat secara luas. Luas karena tidak hanya kepada orang-orang tertentu saja. Tetapi kepada masyarakat berdasarkan keinginan dan/atau kebutuhannya masing-masing. Penjelasan Pasal 11 UU Perbankan menjelaskan hal tersebut, sebagai berikut:

Pemberian kredit atau pembiayaan berdasarkan Prinsip Syariah oleh bank mengandung risiko kegagalan atau kemacetan dalam pelunasannya,

---

<sup>181</sup> Andreas Busch, *Banking Regulation and Globalization*, New York: Oxford University Press, 2009, h. 23.

sehingga dapat berpengaruh terhadap kesehatan bank. Mengingat bahwa kredit atau pembiayaan dimaksud bersumber dari dana masyarakat yang disimpan pada bank, risiko yang dihadapi bank dapat berpengaruh pula kepada keamanan dana masyarakat tersebut. Oleh karena itu, untuk memelihara kesehatan dan meningkatkan daya tahannya, bank diwajibkan menyebar risiko dengan mengatur penyaluran kredit atau pemberian pembiayaan berdasarkan Prinsip Syariah, pemberian jaminan ataupun fasilitas lain sedemikian rupa sehingga tidak terpusat pada Nasabah Debitur atau kelompok Nasabah Debitur tertentu.

Agunan yang diikat dengan perjanjian Jaminan Kebendaan, walaupun merupakan perjanjian yang bersifat *accessoir*, terhadap perjanjian Kredit sebagai perjanjian *Obligatoir*, namun merupakan faktor determinan dalam proses persetujuan penyaluran dana pinjaman Bank. Sifatnya yang sangat menentukan disebabkan karena merupakan suatu hal yang wajib dipertimbangkan dalam proses Kredit, sesuai ketentuan Pasal 8 UU Perbankan.

UU Perbankan dalam perspektif perlindungan konsumen berkonsep *caveat venditor*. Bank sebagai pelaku usaha yang menjual jasa penyediaan dana pinjaman, melalui produk-produk Kredit, diwajibkan selalu berhati-hati. Prinsip kehati-hatian Bank yang berkonsep *caveat venditor* tersebut, menguasai seluruh proses bisnis Bank. Tidak terkecuali juga bagi Bank, dalam rangka menjalankan peran dan fungsi utama sebagai penghimpun dan penyaluran kembali dana masyarakat.

Setiap institusi bisnis, tidak terkecuali Bank, pasti akan menghadapi risiko bisnis. Secara khusus dalam rangka penyaluran kembali dana pinjaman Bank, melalui pemberian Kredit, risiko yang harus dihadapi oleh Bank adalah risiko kegagalan atau kemacetan pelunasan Kredit. Kegagalan atau kemacetan pelunasan Kredit dapat mempengaruhi kesehatan suatu Bank. Risiko ini tidak boleh hanya melekat pada satu Nasabah Debitur atau kelompok Nasabah Debitur tertentu, melainkan harus disebar secara luas. Terpusatnya risiko atau kegagalan Bank dalam melakukan penyebaran risiko tersebut, justru akan meningkatkan risiko Kredit.

Risiko dalam perkreditan sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, dikelola dan dicegah melalui penerapan prinsip kehati-hatian Bank. Secara teliti dan mendalam prinsip kehati-hatian Bank tersebut, diwujudkan melalui *Five C's of Credit*. Salah satu komponen yang tentu saja fundamental, dalam proses penyaluran dana pinjaman dan harus dianalisa serta dinilai oleh Bank, adalah ketersediaan agunan (*collateral*). Agunan tersebut harus ada dan memadai untuk

menjamin pelaksanaan kewajiban-kewajiban Nasabah Debitur, terutama untuk melunasi Kredit.

Agunan (*collateral*) adalah benda tertentu yang ditentukan untuk menjamin pelaksanaan perjanjian *Obligatoir*. Agunan dengan demikian, obyeknya adalah Benda tertentu. Manusia dan badan hukum sebagai subyek hukum perdata, dalam kehidupannya sehari-hari tidak dapat dilepaskan dari eksistensi Benda. Benda tunduk pada pengaturan mengenai Benda dalam Buku II KUHPerdata, setelah pengaturan mengenai Orang dan Keluarga dalam Buku I KUHPerdata. Benda dalam kenyataannya terdiri dari berbagai jenis dan varian. Jumlahnya pun sangat banyak dan beragam, sehingga diperlukan hukum untuk mengaturnya.

KUHPerdata dalam Buku II membagi Benda menjadi beberapa golongan. Dari berbagai penggolongan Benda dalam Buku II KUHPerdata, penggolongan Benda berdasarkan Pasal 504 KUHPerdata dalam perspektif Hukum Jaminan, adalah yang terpenting. Terpenting karena secara langsung memiliki konsekuensi hukum terhadap pranata Hukum Jaminan Kebendaan, yang diatur dalam KUHPerdata. Pasal 504 KUHPerdata membagi Benda dalam golongan Benda bergerak dan Benda tidak bergerak. Penggolongan tersebut merupakan inti dari Hukum Jaminan Kebendaan yang diatur dalam KUHPerdata.

Buku II KUHPerdata bahkan secara khusus menetapkan Benda-Benda yang tergolong sebagai Benda bergerak dan Benda tidak bergerak, berdasarkan hal-hal tertentu. Benda-Benda yang digolongkan sebagai Benda tidak bergerak menurut Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, adalah sebagai berikut:

1. Benda tak bergerak menurut sifatnya : tanah dan segala sesuatu yang melekat di atasnya misalnya : pohon-pohon (*wortelvast*), tumbuh-tumbuhan kecil (*takvast*).
2. Benda tak bergerak karena tujuannya - misalnya : mesin alat-alat yang dipakai di dalam pabrik. Ini sebetulnya malah benda bergerak tetapi oleh yang mempunyainya dalam pemakaian dihubungkan atau diikat pada benda yang tidak bergerak yang merupakan benda pokok. Kapan benda itu dianggap sebagai benda yang tidak bergerak karena tujuannya ? Dalam hal ini pasal 507 KUH Perdata tidak memberikan penjelasan apa-apa tetapi di dalam arrest HR dinyatakan sebagai berikut: benda bergerak yang dipakai dalam benda yang pokok tadi (mesin-mesin dipakai dalam pabrik) harus demikian bentuk dan konstruksinya sehingga keduanya sesuai dan terikat untuk dipakai tetap. Dan disyaratkan bahwa hanya pemilik (*eigenaar*) barang-barang yang tak bergerak yang dijadikan benda pokok tadi yang dapat

menjadikan dari benda bergerak menjadi benda tak bergerak karena tujuannya. Jadi penyewa misalnya tidak dapat berbuat demikian. Dan syaratnya lagi eigenaar dari barang yang tak bergerak itu juga menjadi eigenaar dari barang-barang yang bergerak tadi yang kemudian dijadikan benda tak bergerak karena tujuannya. Jadi tak dapat jika barang bergerak itu milik dari pihak ketiga yang disewa olehnya misal.

3. Benda tak bergerak menurut ketentuan undang-undang. Ini berwujud hak-hak atas benda-benda yang tak bergerak, misal : hak memungut hasil atas benda tak bergerak, hak memakai atas benda tak bergerak, hipotik dan lain-lain.<sup>182</sup>

Benda tidak bergerak menurut sifat dan tujuannya diatur dalam Pasal 507 KUHPerduta. Sedangkan Benda tidak bergerak menurut ketentuan UU diatur dalam Pasal 508 KUHPerduta. Kelanjutan dari ketentuan-ketentuan tersebut, adalah pengaturan tentang Benda bergerak. Menurut Djaja S. Meliala:

Benda bergerak dibedakan atas:

1. Benda bergerak karena sifatnya (Pasal 509 KUHPerduta), ialah benda yang dapat dipindahkan, seperti meja, kursi, dan lain-lain, atau dapat pindah dengan sendirinya, seperti ayam, kambing (ternak), dan lain-lain. Pasal 510 KUHPerduta: kapal-kapal dan perahu, dan segala sesuatu yang dipasang pada perahu tersebut adalah benda bergerak.
2. Benda bergerak karena ketentuan undang-undang (Pasal 511 KUHPerduta), misalnya hak atas benda bergerak, seperti hak memungut hasil atas benda bergerak, hak pakai atas benda bergerak, perikatan dan tuntutan mengenai jumlah uang yang dapat ditagih atau mengenai barang bergerak, saham-saham dalam PT, dan lain-lain.<sup>183</sup>

Buku II KUHPerduta memang hanya mengenal 2 (dua) pranata Hukum Jaminan Kebendaan, yaitu Gadai dan Hipotek. Jika Benda bergerak yang ditawarkan sebagai agunan, maka berdasarkan KUHPerduta Gadai yang wajib dipilih oleh para pihak. Namun, jika pilihan jatuh pada lembaga Hipotek, maka agunan yang diserahkan berobyek Benda tidak bergerak. Pembagian secara sederhana ini sangat wajar, mengingat KUHPerduta pertama kali diumumkan berdasarkan *Staatsblad* Nomor 23 pada tanggal 30 April 1847. KUHPerduta yang berasal dari *Code Napoleon* ini, bahkan baru berlaku sejak 1 Mei 1848. Namun, sebenarnya hal ini merupakan tradisi *civil law* kuno, yang hanya membedakan *Security Rights* menjadi *Mortgage* dan *Pledge*.

---

<sup>182</sup> Sri Soedewi Masjchoen Sofwan-II, *Loc. cit.*

<sup>183</sup> Djaja S. Meliala, *Hukum Perdata Dalam Perspektif BW*, Bandung: Nuansa Mulia, September 2014, h. 111 (selanjutnya disebut Djaja S. Meliala-II).

KUHPerdata seiring berjalannya waktu terus mengalami perkembangan. Tidak terkecuali juga terhadap Hukum Benda yang diatur dalam Buku II KUHPerdata. Pasal 507 dan Pasal 508 KUHPerdata sebagai tempat “bersarang dan berkumpulnya” Benda tidak bergerak, didominasi oleh pengaturan mengenai Tanah atau lebih spesifik lagi hak atas Tanah. Seiring dengan perkembangan politik hukum Nasional pada tahun 1955 hingga tahun 1960, akhirnya Indonesia memiliki Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (selanjutnya disingkat UUPA). Asas yang melandasi hubungan antara orang dengan Tanah dalam UUPA juga akhirnya mengalami perubahan secara diametral.

Urip Santoso mengemukakan:

Dalam kaitannya dengan hubungan hukum antara pemegang hak dengan hak atas tanahnya, ada dua macam asas dalam hubungan hukum antara orang dengan tanah, yaitu:

a. Asas *Accessie* atau Asas Perlekatan.

Dalam asas ini, bangunan dan tanaman yang ada di atas tanah merupakan satu kesatuan; bangunan dan tanaman tersebut bagian dari tanah yang bersangkutan. Hak atas tanah dengan sendirinya, karena hukum meliputi juga pemilikan bangunan dan tanaman yang ada di atas tanah yang dihaki, kecuali kalau ada kesepakatan lain dengan pihak yang membangun atau menanamnya.

Perbuatan hukum mengenai tanah dengan sendirinya karena hukum juga meliputi bangun dan tanaman yang ada di atasnya.

b. Asas *Horizontale Scheiding* atau Asas Pemisahan Horizontal.

Dalam asas ini, bangunan dan tanaman yang ada di atas tanah bukan merupakan bagian dari tanah. Hak atas tanah tidak dengan sendirinya meliputi pemilikan bangunan dan tanaman yang ada di atasnya.

Perbuatan hukum mengenai tanah tidak dengan sendirinya meliputi bangunan dan tanaman milik yang punya tanah yang ada di atasnya. Jika perbuatan hukumnya dimaksudkan meliputi juga bangunan dan tanamannya, maka hal ini secara tegas harus dinyatakan dalam akta yang membuktikan dilakukannya perbuatan hukum yang bersangkutan.<sup>184</sup>

Benda berupa Tanah dalam Buku II KUHPerdata, dilandasi asas *accessie*. Hal ini dapat dilihat sejak awal pada Buku II KUHPerdata, yaitu pada Pasal 500 KUHPerdata:

---

<sup>184</sup> Urip Santoso, *Hukum Agraria Kajian Komprehensif*, Jakarta: Kencana, Februari 2013, h. 12 (selanjutnya disebut Urip Santoso-1).

Segala apa yang karena hukum pelekatan termasuk dalam sesuatu kebendaan, seperti pun segala hasil dari kebendaan itu, baik hasil karena alam, maupun hasil karena pekerjaan orang, selama yang akhir-akhir ini melekat pada kebendaan itu laksana dahan, dan akar terpaat pada tanahnya, kesemuanya itu adalah bagian dari kebendaan tadi.

Secara spesifik mengenai Tanah, asas *accessie* nampak pada ketentuan Pasal 571 KUHPerdara, yang menentukan sebagai berikut:

Hak milik atas sebidang tanah mengandung didalamnya, kemilikan atas segala apa yang ada di atasnya dan didalam tanah.

Di atas tanah bolehlah si pemilik mengusahakan segala tanaman dan mendirikan setiap bangunan yang disukainya; dengan tak mengurangi akan beberapa pengecualian tersebut dalam bab ke empat dan ke enam buku ini.

Di bawah tanah bolehlah ia membuat dan menggali sesuka hati dan memiliki segala hasil yang diperoleh karena penggalian itu, dengan tak mengurangi akan perubahan-perubahan yang kiranya harus diadakan berhubung dengan perundang-undangan dan peraturan pemerintah tentang pertambangan, pengambilan bara, sampah terpendam dan sebagainya.

Menurut Mariam Darus Badruzaman:

Suatu benda lazimnya terdiri atas bagian-bagian yang melekat yang menjadi satu dengan benda pokok, seperti hubungan antara bangunan dengan genteng, kosen, pintu dan jendela. Asas perlekatan menyelesaikan masalah status dari benda, pelengkap (*accessoir*) yang melekat pada benda pokok (*prinsipal*). Melalui asas perlekatan ditentukan bahwa pemilik benda pokok dengan sendirinya merupakan pemilik dari benda pelengkap, dengan perkataan lain status hukum benda pelengkap mengikuti status hukum benda pokok.<sup>185</sup>

Asas *accessie* ini telah ditinggalkan dalam UUPA. UUPA yang dasar berpijaknya adalah hukum Adat, menggunakan landasan asas pemisahan horizontal. Boedi Harsono menyatakan:

Umumnya bangunan dan tanaman yang ada di atas tanah adalah milik yang empunya tanah. Tetapi Hukum Tanah kita menggunakan asas Hukum Adat yang disebut *asas pemisahan horizontal* (dalam bahasa Belanda disebut: "*horizontale scheiding*"). Bangunan dan tanaman bukan merupakan bagian dari tanah. Maka hak atas tanah tidak dengan

---

<sup>185</sup> Mariam Darus Badruzaman-II, *Op. cit.*, h. 38.

sendirinya meliputi pemilikan bangunan dan tanaman yang ada di atasnya.<sup>186</sup>

Landasan berupa asas pemisahan horizontal ini, tentu saja berdampak pada Jaminan Kebendaan yang berobyek Tanah. Agunan berupa Tanah tunduk pada UU Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah. Pasal 4 UU Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah, menentukan sebagai berikut:

- (1) Hak atas tanah yang dapat dibebani Hak Tanggungan adalah:
  - a. Hak Milik;
  - b. Hak Guna Usaha;
  - c. Hak Guna Bangunan.
- (2) Selain hak-hak atas tanah sebagaimana dimaksud pada ayat (1), Hak Pakai atas tanah Negara yang menurut ketentuan yang berlaku wajib didaftar dan menurut sifatnya dapat dipindahtangankan dapat juga dibebani Hak Tanggungan.
- (3) Pembebanan Hak Tanggungan pada Hak Pakai atas tanah Hak Milik akan diatur lebih lanjut dengan Peraturan Pemerintah.
- (4) Hak Tanggungan dapat juga dibebankan pada hak atas tanah berikut bangunan, tanaman, dan hasil karya yang telah ada atau akan ada yang merupakan satu kesatuan dengan tanah tersebut, dan yang merupakan milik pemegang hak atas tanah yang pembebanannya dengan tegas dinyatakan di dalam Akta Pemberian Hak Tanggungan yang bersangkutan.
- (5) Apabila bangunan, tanaman, dan hasil karya sebagaimana dimaksud pada ayat (4) tidak dimiliki oleh pemegang hak atas tanah, pembebanan Hak Tanggungan atas benda-benda tersebut hanya dapat dilakukan dengan penandatanganan serta pada Akta Pemberian Hak Tanggungan yang bersangkutan oleh pemiliknya atau yang diberi kuasa untuk itu olehnya dengan akta otentik.

Jika tidak ditentukan secara khusus, maka Hak Tanggungan sebagai pranata Hukum Jaminan hanya akan mengikat terhadap suatu agunan berupa Tanah dan/atau hak atas Tanah tertentu saja. Namun, dapat diperjanjikan secara khusus, bahwa Hak Tanggungan mengikat agunan yang terdiri dari:

1. Tanah dan/atau hak atas Tanah; serta atau berikut dengan

---

<sup>186</sup> Boedi Harsono, *Hukum Agraria Indonesia Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria, Isi dan Pelaksanaannya Jilid 1 Hukum Tanah Nasional*, Jakarta: Universitas Trisakti, April 2015, h. 20.

2. Segala sesuatu yang telah ada atau akan ada yang merupakan satu kesatuan dengan Tanah tersebut.

Keberlakuan asas pemisahan horizontal tersebut, akan tercermin dalam Akta Pembebanan Hak Tanggungan, bahkan dalam Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan. Oleh karena itu, menurut Herlina Suyati Bachtiar dalam sebuah Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan, akan diatur sebuah klausula sebagai berikut:

Obyek Hak Tanggungan ini meliputi pula:

-Segala sesuatu yang berada/berdiri di atas tanah tersebut, baik yang sekarang telah ada maupun yang nantinya dikemudian hari didirikan, berada di atas tanah tersebut yang menurut sifatnya serta Undang-Undang dianggap sebagai benda tidak bergerak.<sup>187</sup>

Pada tahun 1999 setelah lahirnya UU Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah, Indonesia juga akhirnya memiliki UU Jaminan Fidusia. Sebelum berlakunya UU Jaminan Fidusia pemilik Bangunan di atas suatu Tanah, tidak dapat mengagunkan Bangunan tersebut sebagai obyek Jaminan Kebendaan, menggunakan pranata Hukum Gadai, Hipotek, dan/atau Hak Tanggungan. Menurut Andreas Albertus Andi Prajitno: “Latar belakang timbulnya lembaga fidusia yang dipaparkan oleh para ahli adalah karena ketentuan undang-undang yang mengatur tentang *pand* gadai mengandung banyak kekurangan, tidak memenuhi kebutuhan masyarakat dan tidak dapat mengikuti perkembangan masyarakat.”<sup>188</sup>

Pasal 1152 KUHPerdara adalah kekurangan utama dari pranata Gadai dalam praktik bisnis. Pasal 1152 KUHPerdara menentukan bahwa agunan yang diikat menjadi Hak Jaminan Kebendaan Gadai, dilarang untuk tetap dalam kekuasaan Debitur atau Pemberi Gadai. Apabila ketentuan tersebut dilanggar, Gadai terancam menjadi tidak sah dan hapus. Sekalipun hal tersebut dikehendaki oleh Kreditur sendiri. Gadai dengan demikian, secara diametral sangat berbeda dengan Jaminan Fidusia, yang justru mempersyaratkan bahwa agunan sebagai obyek Jaminan Fidusia tetap berada pada kekuasaan nyata Debitur atau Pemberi Jaminan Fidusia.

---

<sup>187</sup> Herlina Suyati Bachtiar, *Aspek Legal Kredit Sindikasi*, Jakarta: RajaGrafindo Persada, Januari 2002, h. 174.

<sup>188</sup> Andreas Albertus Andi Prajitno, *Hukum Fidusia Cetakan Ke 2*, Surabaya: Perwira Media Nusantara, 2017, h. 50-51 (selanjutnya disebut Andreas Albertus Andi Prajitno-I).

Pasal 1 angka 4 UU Jaminan Fidusia secara tegas menentukan sebagai berikut: Benda adalah 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. Lebih lanjut dalam Pasal 3 UU Jaminan Fidusia diatur sebagai berikut:

Undang-undang ini tidak berlaku terhadap:

- a. Hak Tanggungan yang berkaitan dengan tanah dan bangunan, sepanjang peraturan perundang-undangan yang berlaku menentukan jaminan atas benda-benda tersebut wajib didaftar;
- b. Hipotek atas kapal yang terdaftar dengan isi kotor berukuran 20 (dua puluh) m<sup>3</sup> atau lebih;
- c. Hipotek atas pesawat terbang; dan
- d. Gadai.

Ketentuan Pasal 1 angka 4 jo. Pasal 3 UU Jaminan Fidusia tersebut, secara tegas juga menjadi landasan yang kuat bahwa lahirnya lembaga Jaminan Fidusia, tidak meniadakan keberadaan Gadai dan Hipotek yang diatur dalam KUHPerdara. Secara *a contrario* bahkan Jaminan Fidusia telah menjadi solusi, terhadap pemilik segala sesuatu yang berada dan/atau berdiri di atas Tanah contohnya bangunan di atas suatu Tanah, namun bukanlah sekaligus pemilik Tanah bersangkutan. Jaminan Fidusia juga sekaligus menjadi solusi utama, terhadap pemilik agunan berupa Benda bergerak yang tidak ingin menggunakan pranata Hukum Gadai. Jaminan Fidusia dengan demikian dapat menjamin Benda-Benda sebagai berikut:

- a. Setiap Benda bergerak yang dapat diagunkan dengan Gadai, dan
- b. Setiap Benda tidak bergerak yang tidak dapat diagunkan dengan Hak Tanggungan dan/atau Hipotek.

Lembaga Hukum Jaminan Kebendaan baik Gadai, Hipotek, Hak Tanggungan, dan Jaminan Fidusia, ternyata memiliki persamaan-persamaan sebagai suatu Jaminan Kebendaan. Persamaan-persamaan tersebut adalah sebagai berikut:

- a. Pihak yang dapat menjadi Pemberi Jaminan Gadai, Hipotek, Hak Tanggungan, dan Jaminan Fidusia, tidak hanya dibatasi Debitur, melainkan setiap pihak yang merupakan pemegang Hak Milik atas suatu Benda; dan
- b. Setiap obyek Gadai, Hipotek, Hak Tanggungan, dan Jaminan Fidusia adalah berupa Benda yang dapat diagunkan kepada Bank, melalui

perjanjian Jaminan Kebendaan yang tunduk pada Buku II KUHPerdara tentang Benda.

Terkait persamaan pertama, Pasal 570 KUHPerdara menentukan sebagai berikut:

Hak milik adalah hak untuk menikmati kegunaan sesuatu kebendaan dengan leluasa, dan untuk berbuat bebas terhadap kebendaan itu dengan kedaulatan sepenuhnya, asal tidak bersalahan dengan undang-undang atau peraturan umum yang ditetapkan oleh suatu kekuasaan yang berhak menetapkannya, dan tidak mengganggu hak-hak orang lain, kesemuanya itu dengan tak mengurangi kemungkinan akan pencabutan hak itu demi kepentingan umum berdasar atas ketentuan undang-undang dan dengan pembayaran ganti rugi.

Hal ini menurut Moch. Isnaeni:

Mempunyai hak milik baik atas benda bergerak ataupun benda tidak bergerak, menjadikan seseorang mempunyai keleluasaan untuk melakukan transaksi atas benda yang bersangkutan, tak terkecuali untuk menjaminkannya. Terlebih-lebih dalam hal menjaminkan, ada adagium yang berkibar kokoh di bidang Hukum Jaminan, bahwasanya yang wenang menjaminkan sebuah benda hanyalah pemilik. Ini dengan asumsi bahwa menjaminkan itu bisa jadi merupakan langkah awal untuk mengasingkan benda, sedang yang wenang mengasingkan sebuah benda adalah pemilik.<sup>189</sup>

Debitur dan/atau pemilik Benda tertentu selaku pemegang Hak Milik atas agunan (*collateral*), adalah pihak yang berwenang untuk mengasingkan Benda-Benda tertentu yang dimilikinya, melalui perjanjian Jaminan Kebendaan. Dari sudut pandang Bank selaku Kreditur, maka keberadaan perjanjian Jaminan Kebendaan yang disetujui oleh dan di antara Bank dengan Debitur dan/atau pemilik Benda tertentu selaku pemegang Hak Milik atas agunan (*collateral*), merupakan suatu bentuk pencabutan Benda tertentu milik Debitur dan/atau pemilik Benda Tertentu, secara sukarela.

Selaras dengan persamaan kedua antara Gadai, Hipotek, Hak Tanggungan, dan Jaminan Fidusia, maka pencabutan Benda tertentu milik Debitur dan/atau pemilik Benda Tertentu sebagai agunan (*collateral*), wajib

---

<sup>189</sup> Moch. Isnaeni, *Lembaga Jaminan Kebendaan dalam Burgerlijk Wetboek Gadai Dan Hipotek*, Surabaya: Revka Petra Media, Juli 2016, h. 42 (selanjutnya disebut Moch. Isnaeni-VI).

dilakukan melalui “wadah” kesepakatan berupa perjanjian Jaminan Kebendaan. Hanya saja memang setiap jenis Jaminan Kebendaan, mempersyaratkan bentuk perjanjian Jaminan Kebendaan yang berbeda-beda.

Bentuk perjanjian Jaminan Kebendaan pada Gadai bersifat bebas bentuk. Hal ini diatur dalam Pasal 1151 KUHPerdara yang mengatur sebagai berikut: Persetujuan gadai dibuktikan dengan segala alat yang diperbolehkan bagi pembuktian persetujuan pokoknya. Menurut Trisadini Prasastinah Usanti: “...dalam gadai tidak ada keharusan perjanjian gadai dalam bentuk otentik, perjanjian gadai dapat dibuat dengan akta dibawah tangan sebagaimana diatur pada Pasal 1151 KUH Perdata.”<sup>190</sup> Maka, untuk membuktikan bahwa telah pencabutan Benda tertentu milik Debitur dan/atau pemilik Benda Tertentu secara sukarela dalam Gadai, tidak dipersyaratkan harus dengan Akta Otentik bahkan suatu Akta apapun (lisan). Namun, bebas bentuk dalam praktik Perbankan, maknanya adalah mengikuti bentuk perjanjian Kredit, sebagai perjanjian pokok.

Pengaturan mengenai Gadai memang terkesan mudah dan sederhana. Regulasi Gadai yang demikian, memang sudah lazim di Negara-Negara penganut *civil law system*. Di Negara Serbia misalnya, walaupun pengaturannya bersifat rigid, namun Gadai di Serbia juga dihindarkan dari regulasi-regulasi yang rumit. Menurut Nenad Tešić:

*With regards to a pledge, a creditor acquires a security right once the object of pledge is handed over to him according to the security agreement. The principle of speciality in terms of pledged object is strictly applied which unnecessarily complicates the debtor's business activities and consequently repayment of claims.*<sup>191</sup>

Jika perjanjian Kredit yang disetujui berbentuk Akta di bawah tangan, maka Gadai juga harus dibuktikan, setidaknya-tidaknya melalui Akta di bawah tangan tentang Gadai tersebut. Lahirnya Gadai baru wajib untuk dibuktikan melalui suatu Akta Otentik, manakala perjanjian Kredit yang dijamin oleh Gadai mengambil bentuk Akta Otentik. Gadai bahkan tidak harus dibuat dalam Akta secara tersendiri, melainkan dapat diperjanjikan bersama-sama dengan

---

<sup>190</sup> Trisadini Prasastinah Usanti, Analisis Pembebanan Gadai atas Sertifikat Merek di Bank Syariah, *MIMBAR HUKUM*, Volume 29 Nomor 3, Oktober 2017, h. 420 (selanjutnya disebut Trisadini Prasastinah Usanti-III).

<sup>191</sup> Nenad Tešić, *Security Rights On Movables And Claims (Republic Of Serbia)*, *Civil Law Forum for South East Europe Collection of studies and analyses First Regional Conference Volume II*, Cavtat, 2010, h. 89.

perjanjian pokok. Namun, perjanjian Kredit yang disetujui oleh Bank dan Nasabah Debitur, diwajibkan berbentuk tertulis sesuai peraturan perundang-undangan yang berlaku. Sehingga, tidak mungkin Gadai yang terjadi dalam Kredit Perbankan, tidak disertai Akta sebagai bukti adanya perjanjian Jaminan Gadai.

Pasal 3 UU Jaminan Fidusia sebagaimana telah disinggung sebelumnya, telah menentukan bahwa untuk kapal yang terdaftar dengan isi kotor berukuran 20 (dua puluh) m<sup>3</sup> atau lebih; dan/atau pesawat terbang, hanya dapat diagunkan dengan Hipotek. Hal ini sebenarnya merupakan penegasan kembali terhadap ketentuan Pasal 1167 KUHPerdara yang menentukan: Benda bergerak tidak dapat dibebani dengan hipotik. Pencabutan Benda-Benda yang berupa kapal yang terdaftar dengan isi kotor berukuran 20 (dua puluh) m<sup>3</sup> atau lebih; dan/atau pesawat terbang, sebagai agunan hanya dapat dilakukan oleh pemilik Benda yang bersangkutan. Secara tegas bahkan hal tersebut diatur dalam Pasal 1168 KUHPerdara, sebagai berikut: Hipotik tidak dapat diletakkan selainnya oleh siapa yang berkuasa memindahtangankan benda yang dibebani.

Hipotek sebagai suatu Jaminan Kebendaan yang bersifat khusus, penciptaannya harus secara khusus melalui Akta Otentik. Pasal 1171 KUHPerdara mengatur sebagai berikut:

Hipotik hanya dapat diberikan dengan suatu akta otentik, kecuali dalam hal-hal yang dengan tegas ditunjuk oleh undang-undang.

Begitu pula kuasa untuk memberikan hipotik harus dibuat dengan suatu akta otentik.

Barangsiapa yang, berdasarkan undang-undang atau persetujuan, diwajibkan memberikan hipotik, dapat dipaksa untuk itu dengan putusan Hakim, yang mempunyai kekuatan yang sama seolah-olah ia telah memberikan persetujuannya untuk hipotik itu dan yang dengan terang akan menunjuk benda-benda atas mana akan dilakukan pembukuan.

Seorang perempuan bersuami yang dalam perjanjian kawin kepadanya telah diperjanjikan suatu hipotik, boleh tanpa bantuan suaminya atau kuasa Hakim, melaksanakan pembukuan-pembukuan hipotik tersebut serta memajukan gugatan-gugatan yang diperlukan untuk itu.

Gadai dengan segala kelemahan-kelemahannya, memang kurang populer atau jarang dipergunakan sebagai agunan dalam Jaminan Kebendaan, untuk menjamin Kredit Perbankan yang diterima oleh suatu Perusahaan atau Korporasi. Begitu pula dengan Hipotek, yang umumnya hanya akan diagunkan oleh Perusahaan dan/atau Pengusaha selaku Nasabah Debitur, yang bergerak pada bidang usaha atau industri pelayaran dan/atau aviasi. Namun, tidak

demikian dengan Hak Tanggungan dan Jaminan Fidusia. Kedua jenis Jaminan Kebendaan ini sangat “laris” dipergunakan pada industri Perbankan. Hak Tanggungan dan Jaminan Fidusia memiliki kaitan yang erat, dalam proses penyaluran dana pinjaman Bank kepada Perusahaan atau Korporasi selaku Nasabah Debitur. Oleh sebab itu juga, keduanya seringkali diikat pula dengan klausula *cross collateral*.

Hak Tanggungan yang berobyek Benda, berupa Tanah dengan atau tanpa segala sesuatu yang telah ada atau akan ada yang merupakan satu kesatuan dengan Tanah tersebut, wajib disepakati oleh Bank selaku Kreditur dan Nasabah Debitur dan/atau pemilik Benda Tertentu dalam proses penyaluran dana pinjaman Bank, dalam suatu Akta Otentik. Pasal 1 angka 4 UU Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah, menentukan sebagai berikut: Pejabat Pembuat Akta Tanah, yang selanjutnya disebut PPAT, adalah pejabat umum yang diberi wewenang untuk membuat akta pemindahan hak atas tanah, akta pembebanan hak atas tanah, dan akta pemberian kuasa membebaskan Hak Tanggungan menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku. Lebih lanjut dalam Pasal 1 angka 5 UU Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah, telah diatur sebagai berikut: Akta Pemberian Hak Tanggungan adalah Akta PPAT yang berisi pemberian Hak Tanggungan kepada kreditor tertentu sebagai jaminan untuk pelunasan piutangnya.

Pencabutan Benda berupa Tanah dengan atau tanpa segala sesuatu yang telah ada atau akan ada yang merupakan satu kesatuan dengan Tanah, milik Nasabah Debitur dan/atau pemilik Benda Tertentu dalam proses penyaluran dana pinjaman Bank, dilakukan melalui Akta Otentik khusus yang disebut APHT. APHT tersebut hanya dapat dibuat secara khusus oleh seorang PPAT.

Pasal 8 UU Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah, mengatur sebagai berikut:

- (1) Pemberi Hak Tanggungan adalah orang perseorangan atau badan hukum yang mempunyai kewenangan untuk melakukan perbuatan hukum terhadap obyek Hak Tanggungan yang bersangkutan.
- (2) Kewenangan untuk melakukan perbuatan hukum terhadap obyek Hak Tanggungan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) harus ada pada pemberi Hak Tanggungan pada saat pendaftaran Hak Tanggungan dilakukan.

Ketentuan Pasal 8 UU Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah tersebut, tentunya secara prinsip tidak

memiliki perbedaan yang mendasar, bila dibandingkan dengan Hipotek sebagaimana diatur dalam Pasal 1171 KUHPerdara. Meita Djohan Oelangan mengemukakan:

Dalam pemberian suatu hak tanggungan apabila benar-benar diperlukan dan berhalangan kehadiran pihak debitur untuk memberikan hak tanggungan dan menandatangani APHT-nya dapat dikuasakan kepada pihak lain, melalui suatu Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan yang disebut SKMHT, yang pembuatannya dilakukan dihadapan notaris / PPAT melalui suatu akta otentik yang asli (*inoriginali*).<sup>192</sup>

Kendati APHT wajib dibuat oleh seorang PPAT, namun Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan (selanjutnya disingkat SKMHT) dapat dibuat oleh Notaris atau PPAT. Praktik tersebut memang dibenarkan berdasarkan ketentuan Pasal 15 ayat (1) UU Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah, yang menentukan sebagai berikut:

Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan wajib dibuat dengan akta notaris atau akta PPAT dan memenuhi persyaratan sebagai berikut:

- a. tidak memuat kuasa untuk melakukan perbuatan hukum lain daripada membebaskan Hak Tanggungan;
- b. tidak memuat kuasa substitusi;
- c. mencantumkan secara jelas obyek Hak Tanggungan, jumlah utang dan nama serta identitas kreditornya, nama dan identitas debitur apabila debitur bukan pemberi Hak Tanggungan.

Benda-Benda bergerak yang dapat di Gadai, dan Benda-Benda tidak bergerak yang tidak dapat diikat sebagai agunan, melalui Hipotek, dan Hak Tanggungan, dapat diikat dengan Jaminan Fidusia. Benda-Benda tersebut umumnya memiliki nilai ekonomis yang tinggi karena merupakan barang modal. Menurut Iswi Hariyani dan R. Serfianto: “Barang-barang yang diserahkan sebagai jaminan dalam fidusia adalah barang-barang yang secara ekonomi dapat menunjang kelancaran jalannya usaha, misalnya kendaraan bermotor, stok barang dagangan, inventaris, dan sebagainya.”<sup>193</sup> Sifat *accessoir* dari Jaminan Fidusia nampak pada ketentuan Pasal 4 UU Jaminan Fidusia yang menentukan sebagai berikut: Jaminan Fidusia merupakan perjanjian ikutan dan suatu

---

<sup>192</sup> Meita Djohan Oelangan, Lembaga Jaminan Terhadap Hak Milik Atas Tanah, *KEADILAN PROGRESIF, Volume 2 Nomor 2*, September 2011, h. 150.

<sup>193</sup> Iswi Hariyani dan R. Serfianto, *RESI GUDANG Sebagai Jaminan Kredit dan Alat Perdagangan*, Jakarta: Sinar Grafika Offset, Juni 2010, h. 31 (selanjutnya disebut Iswi Hariyani dan R. Serfianto-I).

perjanjian pokok yang menimbulkan kewajiban bagi para pihak untuk memenuhi suatu prestasi.

Pencabutan barang modal milik Debitur dan/atau pemilik Benda Tertentu sebagai agunan (*collateral*) dalam Jaminan Fidusia, wajib dilakukan melalui “wadah” kesepakatan yang berbentuk Akta Otentik. Akta Otentik tersebut hanya dapat dibuat oleh seorang Notaris sebagai Pejabat yang berwenang. Kewenangan Notaris tersebut secara tegas diatur dalam Pasal 5 ayat (1) UU Jaminan Fidusia, yang menentukan sebagai berikut: Pembebanan Benda dengan Jaminan Fidusia dibuat dengan akta notaris dalam bahasa Indonesia dan merupakan akta Jaminan Fidusia. Menurut Sudiharto: “Akta jaminan fidusia merupakan *akta partij*, yakni akta yang dibuat di hadapan (*ten overstaan*) Notaris, dalam praktik Notaris disebut sebagai akta pihak.”<sup>194</sup>

Terkait bentuk perjanjian, Herlien Budiono mengemukakan sebagai berikut: “Apa akibatnya jika perjanjian formil tidak dibuat dalam bentuk yang ditentukan oleh undang-undang? Perbuatan hukum tersebut menjadi batal (*nietig*) yang berarti sejak semula perbuatan hukum tersebut tidak mempunyai akibat hukum.”<sup>195</sup> Ternyata formalitas tertentu yang disyaratkan oleh UU, dapat mengakibatkan perbuatan hukum yang dikemas dalam bingkai perjanjian, tidak mempunyai akibat hukum bila tidak dipatuhi oleh para pihak. Hal ini memang terasa tidak adil. Namun, tradisi *common law* yang tidak mengenal eksistensi Akta Otentik, ternyata juga mengenal formalitas kontrak dalam perbuatan hukum tertentu. Menurut Sarah Field:

*However, there are some exceptions for certain types of contracts. Some contracts must be:*

*i. By written deed*

*In writing, signed as a deed and witnessed for example, for the transfer of land.*

*ii. In writing*

*Signed by one or both parties and containing the contract terms, for example, the transfer of shares in a company.*

*iii. Evidenced in writing*

*Where a contract cannot be enforced unless there is at least some written evidence of the terms, for example, a contract of guarantee.*<sup>196</sup>

---

<sup>194</sup> Sudiharto, Keotentikan Akta Jaminan Fidusia Yang Tidak Ditandatangani Di Hadapan Notaris, *Jurnal Pembaharuan Hukum, Volume II Nomor 3*, September - Desember 2015, h. 413.

<sup>195</sup> Herlien Budiono-I, *Op. cit.*, h. 48.

<sup>196</sup> Sarah Field, *Introduction to the Law of Contract: Formation of a Contract*, London: bookboon, 2016, h. 8.

Menjawab isu hukum mengenai hilangnya akibat hukum, sebagai akibat tidak dipenuhinya formalitas tertentu dalam suatu perjanjian, MARI memiliki sikapnya sendiri. Jaminan Kebendaan tunduk pada Buku II KUHPdata tentang Benda. Maka, *ratio decidendi* dari Putusan-Putusan yang berkekuatan hukum tetap dan beberapa kaidah Yurisprudensi di bidang Hukum Benda dapat dijadikan rujukan, untuk menjawab isu formalitas tersebut.

Dalam perkara antara I Wajan Minah dan I Made Suartha melawan Men Suari alias Ni Ketut Sitiari, dengan Nomor Register Perkara: 123 K/Sip/1970, yang diputus oleh MARI pada tanggal 19 September 1970, Para Penggugat selaku Pemohon Kasasi dalam keberatannya menyatakan bahwa Surat Perjanjian Penyerahan Tanah yang tidak dibuat dihadapan PPAT adalah tidak sah. Keberatan tersebut secara tegas ditolak oleh MARI, dengan pertimbangan hukum sebagai berikut:

bahwa keberatan inipun tidak dapat dibenarkan, karena pasal 19 PP No. 10 tahun 1961 berlaku khusus bagi pendaftaran pemindahan hak pada Kadaster sedangkan Hakim dalam menilai syah atau tidak syahnya suatu perbuatan materiil yang merupakan jual beli (*materiele handeling van verkoop*) tidak hanya terikat pada pasal 19 tersebut.<sup>197</sup>

MARI dalam perkara Konan bin Empong, dkk. melawan Manan bin Mailah dan Asan bin Doot, melalui Putusan MARI Nomor: 30 K/Pdt/1995 tertanggal 9 Februari 1998, tetap mempertahankan sikapnya tersebut. Namun, MARI dalam pertimbangan hukumnya menggunakan 2 (dua) landasan Yurisprudensi MARI yang lain, yaitu:

Menurut yurisprudensi Mahkamah Agung No. 126 K/Sip/1976 tanggal 4 April 1978 berbunyi :

“Untuk sahnya jual beli tanah, tidak mutlak harus dengan kata yang dibuat oleh dan di hadapan Pejabat Pembuat Akta Tanah. Akta Pejabat ini hanyalah suatu alat bukti” ;

(Buku Yurisprudensi Indonesia diterbitkan oleh Mahkamah Agung RI, penerbitan 1978-II halaman 112);

Menurut Yurisprudensi, Mahkamah Agung No. 544/K/Sip/1976 tanggal 26 Juni 1979 berbunyi :

---

<sup>197</sup> *I Wajan Minah dan I Made Suartha melawan Men Suari alias Ni Ketut Sitiari*, Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor: 123 K/Sip/1970, tanggal 19 September 1970, h. 308.

“Berdasarkan Pasal 19 Peraturan Pemerintah No. 10/1961 setiap pemindahan hak atas tanah harus dilakukan di hadapan Pejabat Pembuat Akta Tanah, setidaknya-tidaknya di hadapan Kepala Desa yang bersangkutan”;  
(Buku Yurisprudensi Indonesia diterbitkan oleh Mahkamah Agung RI, penerbitan 1979-II halaman 161).<sup>198</sup>

Terakhir dalam perkara antara Lobe Husin melawan Ridoan Nasution, dkk., MARI melalui Putusannya yang bernomor: 665 K/Sip/1979, tertanggal 22 Juli 1980, kembali mengesampingkan formalitas bentuk perjanjian sebagai syarat sahnya suatu perbuatan hukum dalam bingkai perjanjian. Dalam pertimbangan hukumnya MARI menyampaikan:

...dengan telah terjadinya jual-beli antara penjual dan pembeli yang diketahui oleh Kepala Kampung yang bersangkutan dan dihadiri oleh 2 (dua) orang saksi serta diterimanya harga pembelian oleh penjual, maka jual-beli itu sudah syah menurut hukum, sekalipun belum dilaksanakan dihadapan Pejabat Pembuat Akte Tanah.<sup>199</sup>

T.A.W. Sterk sebagaimana dikutip oleh Herlien Budiono berpendapat bahwa: “Formalitas dengan mudah menjadi formalisme, berujung pada kebatalan padahal kepentingan yang hendak dilindungi formalitas tersebut ternyata tidak dirugikan.”<sup>200</sup> MARI dalam *ratio decidendi* dari Putusan-Putusan yang berkekuatan hukum tetap dan beberapa kaidah Yurisprudensi di bidang Hukum Benda tersebut, berusaha untuk melindungi substansi dari transaksi dan menghempaskan keabsahan suatu perjanjian dari formalitas tertentu. *Fairness* dengan demikian, sangat jelas dikedepankan daripada formalitas yang berujung pada paham formalisme. Kendati demikian, sebagai institusi bisnis yang besar tentu saja Bank tidak boleh mengambil risiko, dengan cara mengesampingkan syarat formalitas bentuk dari setiap Lembaga Jaminan Kebendaan, sebagaimana dipersyaratkan oleh UU. Upaya preventif tersebut adalah salah satu bentuk

---

<sup>198</sup> *Konan bin Empong, dkk. melawan Manan bin Mailah dan Asan bin Doot*, Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor: 30 K/Pdt/1995, tanggal 9 Februari 1998, h. 16-17.

<sup>199</sup> *Lobe Husin melawan Ridoan Nasution, dkk.*, Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor: 665 K/Sip/1979, tanggal 22 Juli 1980, h. 68.

<sup>200</sup> T.A.W. Sterk, *Kan een banaan een herstelbare dagvaarding zijn?*, Deventer: Kluwer, 1992, h. 411. dalam Herlien Budiono, *Asas Keseimbangan bagi Hukum Perjanjian Indonesia Hukum Perjanjian Berdasarkan Asas-Asas Wigati Indonesia*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2006, h. 451 (selanjutnya disebut Herlien Budiono-III).

kepatuhan dari Bank, terhadap ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku, khususnya di bidang Hukum Jaminan.

Menurut Moch. Isnaeni:

Inilah sebuah preferensi yang disediakan oleh perangkat Hukum Jaminan guna menangkal risiko sedini mungkin bagi kreditor yang telah menyalurkan dana pinjaman kepada debitur. Alur prosedur untuk mendapatkan preferensi ini memang harus dibuat sejak awal dengan menyertakan perjanjian jaminan kebendaan selaku perjanjian tambahan yang mendampingi perjanjian pokok, yakni perjanjian kredit yang dibuat lebih awal oleh bank. Seperti sudah disinggung, adapun perjanjian jaminan yang paling menjanjikan adalah jenis perjanjian jaminan kebendaan, di mana dalam perjanjian tersebut disepakati untuk menarik benda tertentu milik debitur guna diikat secara khusus demi menjamin sejumlah utang tertentu yang disalurkan oleh pihak kreditor.<sup>201</sup>

Melalui perjanjian Jaminan Kebendaan, akan timbul hak baru bagi Bank yang sebelumnya hanya merupakan Kreditor Konkuren. Bank melalui kelahiran Jaminan Kebendaan juga akan “menduduki tahta” sebagai Kreditor Preferen. Maka, Debitur dan/atau pemilik Benda Tertentu diminta secara sukarela melalui bingkai perjanjian, agar Debitur dan/atau pemilik Benda Tertentu bersedia menyerahkan beberapa Benda yang dimilikinya, untuk dicabut dan dijadikan agunan sebagai Jaminan Kebendaan. Hal tersebut, juga untuk mewujudkan asas *specialiteit* yang dipersyaratkan dalam Hukum Benda. Asas *specialiteit* ini melandasi Hukum Jaminan Kebendaan, yang merupakan cabang Hukum Benda di seluruh Negara penganut *civil law system*. Tidak terkecuali Indonesia dan Serbia yang secara tidak langsung telah mengadopsi *Code Napoléon* Prancis, sebagai perangkat Hukum Perdatanya.

Agunan yang kuat dan dapat diandalkan untuk menjamin perjanjian Kredit Perbankan, dapat memberikan perlindungan ekstra bagi Bank dari sudut pandang teori perlindungan hukum preventif. Ketentuan UU Perbankan akhirnya mendorong Bank untuk selalu berhati-hati dan membentengi dirinya. Bank sejalan dengan amanah UU Perbankan tersebut, akhirnya akan selalu berusaha untuk memiliki 2 (dua) macam perlindungan yang terbingkai dalam kesepakatan kontraktual, yaitu:

- a. perlindungan hukum internal yang lahir dari perjanjian Kredit Perbankan sebagai perjanjian *Obligatoir*, dan

---

<sup>201</sup> Moch. Isnaeni-I, *Op. cit.*, h. 122-123.

- b. perlindungan hukum eksternal yang lahir dari keberadaan Jaminan Kebendaan melalui serangkaian proses pencabutan Benda tertentu milik Debitur dan/atau pemilik Benda Tertentu sebagai agunan (*collateral*), yang dikemas dalam perjanjian Jaminan Kebendaan.

## 2.5. Urgensi Asas Publisitas

Agunan dalam Hukum Jaminan, tidak terkecuali dalam proses penyaluran dana pinjaman Bank, berasal dari pencabutan Benda tertentu milik Debitur dan/atau pemilik Benda Tertentu atas Benda tertentu, yang diperkenankan oleh pemilik Benda tersebut, melalui perjanjian Jaminan Kebendaan. Perjanjian Jaminan Kebendaan menjadi landasan mutlak pencabutan tersebut. Mutlak karena melalui perjanjian Jaminan Kebendaan tersebut, lahirlah Hak Kebendaan yang bercorak Jaminan. Semata-mata hal tersebut dilakukan oleh Bank, bahkan diwajibkan oleh UU Perbankan, agar tercipta “benteng pelapis” bagi Jaminan Umum yang disediakan oleh Pasal 1131 KUHPerdota.

Berdasarkan Hukum Kontrak pada *common law system*, guna memenuhi prinsip *consideration* dalam perjanjian Kredit, janji Bank untuk menyalurkan dana pinjaman Bank yang penuh risiko, wajib ditangkal secara bersama-sama oleh Bank dan Nasabah Debitur, melalui pendayagunaan *Five C's of Credit*. Janji tersebut wajib dibalas janji oleh Nasabah Debitur, salah satunya melalui kesanggupan Nasabah Debitur, untuk menyediakan agunan sebagai Jaminan pelaksanaan perjanjian Kredit. Agunan sebagai faktor pemungkas, walaupun bersifat *accessoir* terhadap perjanjian *Obligatoir*, dalam industri Perbankan khususnya pada kegiatan perkreditan, merupakan faktor determinan.

Agunan yang berobyek Benda tertentu, tunduk pada pengaturan-pengaturan dan asas-asas Hukum Benda dalam Buku II KUHPerdota. Salah satu asas mendasar dari Hukum Benda adalah asas publisitas. Asas ini tidak dapat dikesampingkan dalam Hukum Benda, karena berkaitan langsung dengan proses “kelahiran” Hak Kebendaan itu sendiri. Sebagaimana persyaratan bentuk perjanjian Jaminan Kebendaan yang berbeda-beda, pada setiap varian Jaminan Kebendaan. Maka, pemenuhan asas publisitas juga berbeda-beda pada setiap jenis Jaminan Kebendaan.

Hipotek sebagai suatu varian khusus dari Jaminan Kebendaan, hanya dapat dibebankan pada kapal yang terdaftar dengan isi kotor berukuran 20 (dua puluh) m<sup>3</sup> atau lebih; dan/atau pesawat terbang. Selain kedua obyek tersebut, Hipotek tidak dapat dipergunakan sebagai Lembaga Jaminan Kebendaan, untuk menjamin pelunasan Kredit. Oleh karena itu, biasanya Hipotek hanya diperuntukkan untuk KI pada industri pelayaran dan/atau aviasi.

Pasal 1179 KUHPdata menentukan sebagai berikut:

Pembukuan segala ikatan hipotik harus dilakukan dalam register-register umum yang diselenggarakan untuk itu.

Jika pembukuan yang demikian tidak dilakukan, maka suatu hipotik tidaklah mempunyai sesuatu kekuatan apa pun, bahkan pula terhadap orang-orang berpiutang yang tidak mempunyai ikatan hipotik.

Pasal 60 Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2008 Tentang Pelayaran (selanjutnya disingkat UU Pelayaran), lebih lanjut menentukan sebagai berikut:

- (1) Kapal yang telah didaftarkan dalam Daftar Kapal Indonesia dapat dijadikan jaminan utang dengan pembebanan hipotek atas kapal.
- (2) Pembebanan hipotek atas kapal dilakukan dengan pembuatan akta hipotek oleh Pejabat Pendaftar dan Pencatat Balik Nama Kapal di tempat kapal didaftarkan dan dicatat dalam Daftar Induk Pendaftaran Kapal.
- (3) Setiap akta hipotek diterbitkan 1 (satu) *Grosse* Akta Hipotek yang diberikan kepada penerima hipotek.
- (4) *Grosse* Akta Hipotek sebagaimana dimaksud pada ayat (3) mempunyai kekuatan eksekutorial yang sama dengan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum yang tetap.
- (5) Dalam hal *Grosse* Akta Hipotek hilang dapat diterbitkan *grosse* akta pengganti berdasarkan penetapan pengadilan.

Kapal yang dapat dibebani Hipotek, secara khusus, selain harus berisi kotor berukuran 20 (dua puluh) m<sup>3</sup> atau lebih, juga harus merupakan Kapal yang telah didaftarkan dalam Daftar Kapal Indonesia. Proses Hipotek Kapal hanya dapat dilakukan oleh Pejabat Pendaftar dan Pencatat Balik Nama Kapal (selanjutnya disingkat P3BNK), di tempat Kapal didaftarkan dan dicatat dalam Daftar Induk Pendaftaran Kapal. Menurut Dewi Analis Indriyani: “Hak pemegang hipotek lahir setelah pendaftaran.”<sup>202</sup> Setiap tuntasnya proses pelaksanaan (termasuk pendaftaran) suatu Hipotek Kapal, akan diterbitkan 1 (satu) *Grosse* Akta Hipotek.

Pasal 64 UU Pelayaran menentukan lebih lanjut sebagai berikut: Ketentuan lebih lanjut mengenai tata cara pembebanan hipotek diatur dengan Peraturan Menteri. Peraturan Menteri yang dimaksud adalah Peraturan Menteri Perhubungan Nomor PM 39 Tahun 2017 Tentang Pendaftaran Dan Kebangsaan

---

<sup>202</sup> Dewi Analis Indriyani, *Pembebanan Jaminan Hipotek Atas Kapal Laut Dalam Proses Pembangunan*, Surabaya: Program Studi Magister Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Airlangga, 2015, h. 92.

Kapal (selanjutnya disingkat Permenhub Pendaftaran Dan Kebangsaan Kapal). Dalam Lampiran Permenhub Pendaftaran Dan Kebangsaan Kapal, ditentukan bahwa setiap *Grosse* Akta Hipotek akan diawali dengan irah-irah: “DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA”. Oleh karena itu dalam Pasal 31 ayat (3) Permenhub Pendaftaran Dan Kebangsaan Kapal telah ditentukan bahwa: *Grosse* akta hipotek kapal sebagaimana dimaksud pada ayat (1) mempunyai kekuatan eksekutorial yang sama dengan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum yang tetap. Melalui serangkaian proses tersebut, asas publisitas dalam Hipotek Kapal diwujudkan.

Sementara itu untuk Hipotek pesawat terbang, sebenarnya tidak hanya dapat dibebankan terhadap obyek pesawat terbang. Pasal 1 angka 5 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2009 Tentang Penerbangan (selanjutnya disingkat UU Penerbangan) menentukan bahwa: Helikopter adalah pesawat udara yang lebih berat dari udara, bersayap putar yang rotornya digerakkan oleh mesin. Maka, sebenarnya Hipotik pesawat terbang, dapat juga dibebankan atas agunan berobyek Helikopter. UU Penerbangan tersebut sama sekali tidak mengatur mengenai Hipotek atau Jaminan Kebendaan. Pasal 465 UU Penerbangan mengatur bahwa: Pada saat Undang-Undang ini mulai berlaku, Undang-Undang Nomor 15 Tahun 1992 tentang Penerbangan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1992 Nomor 53, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia 3481) dicabut dan dinyatakan tidak berlaku.

Pasal 12 Undang-Undang Nomor 15 Tahun 1992 tentang Penerbangan sebenarnya telah mengatur bahwa:

- (1) Pesawat terbang dan helikopter yang telah mempunyai tanda pendaftaran dan kebangsaan Indonesia dapat dibebani hipotek.
- (2) Pembebanan hipotek pada pesawat terbang dan helikopter sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) harus didaftarkan.
- (3) Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) diatur lebih lanjut dengan Peraturan Pemerintah.

Namun, hingga dicabutnya Undang-Undang Nomor 15 Tahun 1992 tentang Penerbangan tersebut, dengan UU Penerbangan yang baru, Peraturan Pemerintah tentang pembebanan Hipotek pada pesawat terbang dan helikopter tak kunjung terbit. Sehingga, jangankan berbicara tentang pemenuhan asas publisitas pada Hipotek dengan obyek pesawat terbang dan helikopter, ketentuan yang mengatur tentang Hipotek pada pesawat terbang dan helikopter hingga saat ini juga masih belum jelas.

Hal berbeda justru terjadi pada Hak Tanggungan. Sebagai suatu pranata Hukum Jaminan Kebendaan, UU Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah, merupakan Lembaga Hukum baru di bidang Tanah, untuk menggantikan Hipotek terhadap obyek Tanah, yang merupakan produk hukum warisan kolonial. Hal ini nampak jelas pada ketentuan Pasal 29 UU Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah yang menentukan sebagai berikut:

Dengan berlakunya Undang-undang ini, ketentuan mengenai Credietverband sebagaimana tersebut dalam Staatsblad 1908-542 jo. Staatsblad 1909-586 dan Staatsblad 1909-584 sebagai yang telah diubah dengan Staatsblad 1937-190 jo. Staatsblad 1937-191 dan ketentuan mengenai Hypotheek sebagaimana tersebut dalam Buku II Kitab Undang-undang Hukum Perdata Indonesia sepanjang mengenai pembebanan Hak Tanggungan pada hak atas tanah beserta benda-benda yang berkaitan dengan tanah dinyatakan tidak berlaku lagi.

Berdasarkan Penjelasan Umum angka 3 UU Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah, secara jelas asas publisitas tersebut diamanahkan. Pasal 13 UU Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah lebih lanjut mengatur sebagai berikut:

- (1) Pemberian Hak Tanggungan wajib didaftarkan pada Kantor Pertanahan.
- (2) Selambat-lambatnya 7 (tujuh) hari kerja setelah penandatanganan Akta Pemberian Hak Tanggungan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 10 ayat (2), PPAT wajib mengirimkan Akta Pemberian Hak Tanggungan yang bersangkutan dan warkah lain yang diperlukan kepada Kantor Pertanahan.
- (3) Pendaftaran Hak Tanggungan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan oleh Kantor Pertanahan dengan membuat buku-tanah Hak Tanggungan dan mencatatnya dalam buku-tanah hak atas tanah yang menjadi obyek Hak Tanggungan serta menyalin catatan tersebut pada sertipikat hak atas tanah yang bersangkutan.
- (4) Tanggal buku-tanah Hak Tanggungan sebagaimana dimaksud pada ayat (3) adalah tanggal hari ketujuh setelah penerimaan secara lengkap surat-surat yang diperlukan bagi pendaftarannya dan jika hari ketujuh itu jatuh pada hari libur, buku-tanah yang bersangkutan diberi bertanggal hari kerja berikutnya.
- (5) Hak Tanggungan lahir pada hari tanggal buku-tanah Hak Tanggungan sebagaimana dimaksud pada ayat (4).

Pada Penjelasan Pasal 13 ayat (1) UU Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah dijelaskan sebagai berikut: Salah satu asas Hak Tanggungan adalah asas publisitas. Oleh Karena itu didaftarkannya pemberian Hak Tanggungan merupakan syarat mutlak untuk lahirnya Hak Tanggungan tersebut dan mengikatnya Hak Tanggungan terhadap pihak ketiga. Dengan demikian, perwujudan asas publisitas pada Hak Tanggungan dilaksanakan melalui pendaftaran APHT pada Kantor Pertanahan. Acep Rohendi bahkan menyatakan: "...tahap pemenuhan asas publisitas ...sebagai salah satu dari dua unsur mutlak dari hak atas tanah yang dapat dijadikan obyek Hak Tanggungan..."<sup>203</sup>

Senada dengan Hak Tanggungan rezim pendaftaran juga menguasai Jaminan Fidusia, sebagai upaya perwujudan asas publisitas. Hal ini diatur secara jelas dalam Pasal 11 ayat (1) UU Jaminan Fidusia, sebagai berikut: Benda yang dibebani dengan Jaminan Fidusia wajib didaftarkan. Maksud amanah ketentuan tersebut dijelaskan dalam Penjelasan Pasal 11 UU Jaminan Fidusia, sebagai berikut:

Pendaftaran Benda yang dibebani dengan jaminan Fidusia dilaksanakan di tempat kedudukan Pemberi Fidusia, dan pendaftarannya mencakup benda, baik yang berada di dalam maupun di luar wilayah negara Republik Indonesia untuk memenuhi asas publisitas sekaligus merupakan jaminan kepastian terhadap kreditor lainnya mengenai Benda yang telah dibebani Jaminan Fidusia.

Namun, saat ini ada hal yang menjadi ciri khas dan keunggulan dari proses perwujudan asas publisitas dalam Jaminan Fidusia. Untuk menghindari masalah berkelanjutan akibat keberadaan ketentuan Pasal 12 UU Jaminan Fidusia, Pemerintah akhirnya menciptakan dan mengesahkan sistem pendaftaran Jaminan Fidusia secara elektronik (*online*). Sistem pendaftaran Jaminan Fidusia secara elektronik tersebut, "hilirnya" adalah terbitnya Sertifikat Jaminan Fidusia yang ditandatangani secara elektronik. Sertifikat Jaminan Fidusia tersebut adalah bukti bahwa asas publisitas telah terpenuhi atau terwujud.

Sistem pendaftaran Jaminan Fidusia secara elektronik, dilandaskan pada Peraturan Pemerintah Nomor 21 Tahun 2015 Tentang Tata Cara Pendaftaran Jaminan Fidusia Dan Biaya Pembuatan Akta Jaminan Fidusia (selanjutnya

---

<sup>203</sup> Acep Rohendi, Upaya Pemegang Hak Tanggungan Mengantisipasi Hapusnya Hak Atas Tanah Sebagai Obyek Hak Tanggungan, *Ecodemica, Volume III Nomor 1*, April 2015, h. 298.

disingkat PP Tata Cara Pendaftaran Jaminan Fidusia Dan Biaya Pembuatan Akta Jaminan Fidusia). Pasal 2 PP Tata Cara Pendaftaran Jaminan Fidusia Dan Biaya Pembuatan Akta Jaminan Fidusia mengatur sebagai berikut:

- (1) Permohonan pendaftaran Jaminan Fidusia, permohonan perbaikan sertifikat Jaminan Fidusia, permohonan perubahan sertifikat Jaminan Fidusia, dan pemberitahuan penghapusan sertifikat Jaminan Fidusia diajukan oleh Penerima Fidusia, kuasa atau wakilnya kepada Menteri.
- (2) Permohonan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diajukan melalui sistem pendaftaran Jaminan Fidusia secara elektronik.

Sejatinya beberapa tahun sebelum munculnya PP Tata Cara Pendaftaran Jaminan Fidusia Dan Biaya Pembuatan Akta Jaminan Fidusia tersebut, Pemerintah melalui Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia (selanjutnya disingkat MenkumHAM), telah mempersiapkan sistem pendaftaran Jaminan Fidusia secara elektronik (*online*), melalui:

- a. Peraturan Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia Nomor 8 Tahun 2013 Tentang Pendelegasian Penandatanganan Sertifikat Jaminan Fidusia Secara Elektronik (selanjutnya disingkat PermenkumHAM Pendelegasian Penandatanganan Sertifikat Jaminan Fidusia Secara Elektronik);
- b. Peraturan Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia Nomor 9 Tahun 2013 Tentang Pemberlakuan Pendaftaran Jaminan Fidusia Secara Elektronik (selanjutnya disingkat PermenkumHAM Pemberlakuan Pendaftaran Jaminan Fidusia Secara Elektronik); dan
- c. Peraturan Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia Nomor 10 Tahun 2013 Tentang Tata Cara Pendaftaran Jaminan Fidusia Secara Elektronik (selanjutnya disingkat PermenkumHAM Tata Cara Pendaftaran Jaminan Fidusia Secara Elektronik).

Melalui ketentuan Pasal 2 ayat (1) PermenkumHAM Pendelegasian Penandatanganan Sertifikat Jaminan Fidusia Secara Elektronik, MenkumHAM telah mendelegasikan kewenangan penandatanganan Sertifikat Jaminan Fidusia secara elektronik, yang merupakan kewenangan MenkumHAM, kepada Pejabat Pendaftaran Jaminan Fidusia. Selanjutnya, melalui PermenkumHAM Pemberlakuan Pendaftaran Jaminan Fidusia Secara Elektronik, Sistem pendaftaran Jaminan Fidusia secara elektronik, untuk pertama kalinya diciptakan. Terakhir dengan berdasarkan pada PermenkumHAM Tata Cara Pendaftaran Jaminan Fidusia Secara Elektronik, tata cara pendaftaran Jaminan

Fidusia secara elektronik, yang berujung pada penerbitan Sertifikat Jaminan Fidusia yang ditandatangani secara elektronik oleh Pejabat Pendaftaran Jaminan Fidusia atas nama MenkumHAM diatur.

Jaminan Fidusia dengan keberadaan Sistem pendaftaran Jaminan Fidusia secara elektronik, tentu saja turut menghadirkan kemudahan dalam dunia usaha. Tidak terkecuali bagi Bank selaku Kreditor, yang dimudahkan dengan adanya Sistem tersebut. Menurut Andreas Albertus Andi Prajitno, Sistem pendaftaran Jaminan Fidusia secara elektronik telah memberikan kenyamanan-kenyamanan berupa:

1. Pemohon tidak perlu ke Kantor Pendaftaran Fidusia.
2. Pemohon tidak perlu mengambil dan mengisi formulir.
3. Pemohon tidak menyerahkan data fisik terkait pendaftaran fidusia.
4. Pemohon dapat mengakses dari mana saja dengan membuka *website* pendaftaran jaminan fidusia.
5. Menghemat pengeluaran Anggaran Negara karena tidak memerlukan biaya percetakan sertifikat.
6. Menjamin pelayanan yang aman, cepat, nyaman, bersih, dan bebas pungli.<sup>204</sup>

Pada Gadai yang berupa agunan berobyek Benda-Benda bergerak, asas publisitas pemenuhannya sangat khas. Khas karena berbeda dari Jaminan Kebendaan yang lain. Menurut Juliana Evawati:

Lahirnya hak kebendaan pada hak kebendaan yang bersifat memberikan jaminan, yaitu digantungkan pada penerapan dari asas publisitas, dengan mendaftarkan ke kantor pendaftaran maka lahirlah hak kebendaan, kecuali untuk lembaga gadai yang tidak ada ketentuan tentang pendaftaran maka perwujudan asas publisitas dengan cara benda gadai diserahkan ke pemegang gadai (kreditor) atau pihak ketiga.<sup>205</sup>

Asas publisitas pada Gadai diwujudkan melalui penyerahan secara nyata Benda bergerak, yang merupakan obyek Gadai, kepada Kreditor selaku Pemegang Gadai atau pihak ketiga. Intinya adalah melepaskan Benda bergerak, dari kekuasaan nyata Debitur. Ifan Noor Adham berpendapat:

---

<sup>204</sup> Andreas Albertus Andi Prajitno, *Hukum Fidusia Pasca Pendaftaran Secara Online*, Surabaya: Perwira Media Nusantara, 2017, h. 121 (selanjutnya disebut Andreas Albertus Andi Prajitno-II).

<sup>205</sup> Juliana Evawati, Asas Publisitas Pada Hak Jaminan Atas Resi Gudang, *Yuridika, Volume 29 Nomor 2*, Mei-Agustus 2014, h. 237.

Menurut undang-undang, pada dasarnya hak gadai (*pandrecht*) baru dianggap lahir pasca penyerahan kekuasaan atas benda tersebut dari pemberi gadai (*pandgever*) kepada penerima gadai (*pandnemer*). Undang-undang rupa memandang penyerahan ini sebagai suatu syarat mutlak bagi lahirnya suatu hak gadai (*pandrecht*). Namun mengingat undang-undang mengizinkan pula benda itu dikuasai oleh pihak ketiga atas persetujuan para pihak, maka bisa dikatakan bahwa sejatinya yang dikehendaki oleh undang-undang adalah ditariknya benda itu dari kekuasaan pemberi gadai (*pandgever*).<sup>206</sup>

Upaya untuk mewujudkan pemenuhan asas publisitas, baik dalam Hipotek, Hak Tanggungan, Jaminan Fidusia, dan Gadai, sebenarnya memiliki fungsi dan tujuan yang sama. Woo-jung Jon mengemukakan: “*There are two main functions of publicity. First, it allows the public to be aware of the existence of a transfer of or a security right in a receivable. Second, it publicly certifies the existence and the date of a transfer of or a security right in a receivable.*”<sup>207</sup> Terkait fungsi pertama tersebut, Fani Martiawan Kumara Putra menyampaikan:

...salah satu ciri jaminan hutang modern adalah dengan terpenuhinya unsur publisitas. Dengan maksud semakin terpublikasi jaminan hutang, akan semakin baik sehingga kreditor atau khalayak ramai dapat mengetahuinya atau mempunyai akses untuk mengetahui informasi-informasi penting di sekitar jaminan hutang tersebut.<sup>208</sup>

Sementara fungsi kedua adalah berkaitan dengan masalah bukti dan pembuktian (*evidence and proof*). Bukti yang dihasilkan oleh perwujudan asas publisitas adalah bukti hukum, sebagai bukti obyektif yang tidak dapat dikesampingkan begitu saja oleh Majelis Hakim atau Arbiter yang akan memutus suatu perkara berkaitan dengan Hukum Jaminan Kebendaan. Sehubungan dengan bukti dan pembuktian tersebut, H. Lévy-Bruhl sebagaimana dikutip oleh Solomon E. Salako menyatakan: “*What is acceptable as legal proof is, however, different from scientific proof... A decision must be handed down on*

---

<sup>206</sup> Ifan Noor Adham, *Perbandingan Hukum Gadai Di Indonesia*, Jakarta: Tatanusa, Juli 2009, h. 29.

<sup>207</sup> Woo-jung Jon, *Cross-border Transfer and Collateralisation of Receivables A Comparative Analysis of Multiple Legal Systems*, Oxford And Portland: Hart Publishing, 2018, h. 13.

<sup>208</sup> Fani Martiawan Kumara Putra, Surat Kuasa Memasang Hipotek Dalam Jaminan Hipotek Kapal Laut, *PERSPEKTIF, Volume XVII Nomor 2*, Mei 2012, h. 105 (selanjutnya disebut Fani Martiawan Kumara Putra-II).

*the basis of the facts available. The judge cannot, like the scientist, continually make provisional judgements, ready to reopen the matter when a new data comes to light.*”<sup>209</sup>

Tujuan dari perwujudan asas publisitas secara radikal disampaikan oleh Moch. Isnaeni, sebagai berikut:

Mengingat perlindungan hukum lewat perjanjian yang dibuat oleh para pihak itu menyangkut posisi sebuah benda, maka perjanjian yang bersangkutan wajib dipublikasikan agar supaya masyarakat mengetahuinya. Melalui publikasi, perjanjian yang dibuat oleh pemilik benda dengan pihak pemberi pinjaman lewat prosedur khusus ini, tak lain tujuannya untuk memberi tahu bahwa benda tertentu milik seseorang tersebut sudah dikeluarkan dari jaringan jaminan umum Pasal 1131 BW, sehingga para pemberi pinjaman lain tidak boleh ikut menikmati hasil lelang benda tersebut akibat penerima pinjaman wanprestasi, kecuali kalau memang ada sisa.<sup>210</sup>

Layaknya kelahiran seorang manusia, kelahiran Jaminan Kebendaan juga wajib dipublikasikan. Menurut Martalena Pohan dan R. Soetojo Prawirohamidjojo: “Kepribadian seseorang dimulai sejak dilahirkan.”<sup>211</sup> Jika setiap kelahiran manusia baru akan dipublikasikan setelah pribadi manusia tersebut lahir, tidak demikian dengan Jaminan Kebendaan. Publikasi justru merupakan syarat kelahiran Jaminan Kebendaan. Publikasi menjadi sesuatu tahap yang mendesak untuk dilaksanakan, sebelum lahirnya suatu Jaminan Kebendaan.

Perwujudan asas publisitas yang berbeda-beda pada setiap varian Jaminan Kebendaan, dengan segala fungsi dan tujuannya, telah menunjukkan urgensi dari asas publisitas dari Jaminan Kebendaan. Perannya begitu fundamental dan strategis dalam rangka proses penciptaan Jaminan Kebendaan, untuk memberikan perlindungan yang kuat dan dapat diandalkan oleh Bank. Hal tersebut, merupakan urgensi dari asas publisitas Jaminan Kebendaan, dalam rangka penyaluran dana pinjaman Bank.

---

<sup>209</sup> H. Lévy-Bruhl, *La preuve judiciaire: Étude de sociologie juridique*, Paris: Riviere, 1964, h. 150–2 dalam Solomon E. Salako, *Evidence, Proof and Justice Legal Philosophy and the Provable in English Courts*, London: bookboon, 2010, h. 73.

<sup>210</sup> Moch. Isnaeni-I, *Op. cit.*, h. 103.

<sup>211</sup> Martalena Pohan dan R. Soetojo Prawirohamidjojo, *Hukum Orang Dan Keluarga (Personen En Familie-Recht)*, Surabaya: Airlangga University Press, 2000, h. 3 (selanjutnya disebut Martalena Pohan-II).