

T
346.08
yun N
k
1998



**KEDUDUKAN FIDUCIA SEBAGAI LEMBAGA JAMINAN
SETELAH BERLAKUNYA UU HAK TANGGUNGAN**

TESIS

Disusun Dalam Rangka Memenuhi Persyaratan
Program Magister Ilmu Hukum

Oleh :

YUNANTO
NIM. B. 002.95.0173

PEMBIMBING :
PROF. H. PURWAHID PATRIK, S.H.

**PROGRAM PASCASARJANA ILMU HUKUM
UNIVERSITAS DIPONEGORO
SEMARANG
1998**

UPT-PUSTAK-UNDIP/

**KEDUDUKAN FIDUCIA SEBAGAI LEMBAGA JAMINAN
SETELAH BERLAKUNYA UU HAK TANGGUNGAN**

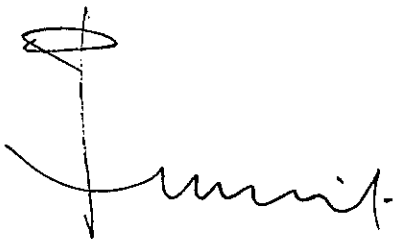
Disusun Oleh :

YUNANTO
NIM. B. 002. 95. 0173

Dipertahankan di depan Dewan Penguji
Pada Tanggal 16 April 1998

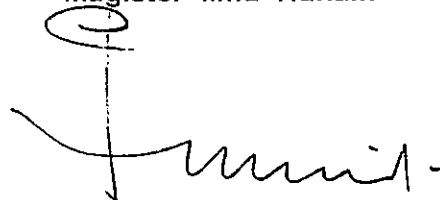
Tesis ini telah diterima
sebagai persyaratan untuk memperoleh gelar
Magister Ilmu Hukum

Pembimbing



Prof. H. Purwahid Patrik, S.H.
NIP. 130. 307. 058

Mengetahui Ketua Program
Magister Ilmu Hukum



Prof. H. Purwahid Patrik, S.H.
NIP. 130. 307.058

TIM PENGUJI

1. PROF. H. PURWAHID PATRIK, S.H.
2. PROF. DR. SRI REDJEKI HARTONO, S.H.
3. PROF. RONNY HANITIYO SOEMITRO, S.H.
4. PROF. DR. SUMANTORO

KATA PENGANTAR

Segala puji dan rasa syukur penulis persembahkan ke hadirat Allah Yang Maha Pengasih lagi Maha Penyayang, karena berkat rahmatNya, penulis dapat menyelesaikan penyusunan tesis yang berjudul :

KEDUDUKAN FIDUCIA SEBAGAI LEMBAGA JAMINAN SETELAH BERLAKUNYA

UU HAK TANGGUNGAN

Tesis ini dapat disusun berkat bantuan berbagai pihak. Oleh karena itu, pada kesempatan ini perkenankanlah penulis menyampaikan ucapan terima kasih kepada :

1. Bapak Prof. Purwahid Patrik, S.H. sebagai Dosen Pembimbing, yang dengan penuh kebijaksanaan dan ketelitian telah berkenan membimbing dalam penyusunan tesis ini.
2. Ibu / Bapak Dosen pada Program Magister Ilmu Hukum Pascasarjana Universitas Diponegoro Semarang, atas segala bimbingan dan ilmu yang telah disampaikan selama penulis mengikuti perkuliahan.
3. Bapak Direktur Program Pascasarjana Universitas Diponegoro, Bapak Ketua Program dan Bapak Sekretaris Program Magister Ilmu Hukum Pascasarjana Universitas Diponegoro, yang telah memberikan berbagai kemudahan selama penulis mengikuti pendidikan.
4. Bapak Rektor Universitas Diponegoro dan Bapak Dekan Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, yang telah memberi kesempatan penulis untuk mengikuti pendidikan pada Program Pascasarjana Universitas Diponegoro.
5. Para karyawan pada program Magister Ilmu Hukum, atas segala bentuk bantuannya selama penulis mengikuti pendidikan.

6. Ayah dan Ibu tercinta, Ibu / Bapak Mertua terkasih, istri dan anak-anak tersayang, beserta seluruh keluarga yang telah memberi dorongan dan doa restu kepada penulis selama mengikuti pendidikan dan penyusunan tesis ini.
7. Bapak Dwi Jatmiko dari BNI, Bapak Suwachyo dari BRI dan para responden lain yang telah banyak memberikan data yang sangat berharga bagi penyusunan tesis ini.
8. Semua pihak yang telah memberikan bantuan baik moril maupun materil kepada penulis selama mengikuti pendidikan dan penyusunan tesis ini.

Penulis sadari sepenuhnya, bahwa tesis ini masih jauh dari sempurna baik bentuk maupun isinya. Hal ini disebabkan keterbatasan kemampuan dan pengetahuan penulis. Untuk itu semua kritik dan saran guna penyempurnaan tesis ini sangat penulis harapkan.

Akhirnya semoga tesis ini bermanfaat bagi pengembangan hukum, khususnya Hukum Jaminan.

Semarang, April 1998

Penyusun

Yunanto

DAFTAR ISI

Halaman

HALAMAN JUDUL

HALAMAN PENGESAHAN

KATA PENGANTAR

DAFTAR ISI

ABSTRAK

| | | |
|--------|--|----|
| Bab I | PENDAHULUAN | 1 |
| | A. Latar Belakang | 1 |
| | B. Perumusan Masalah | 8 |
| | C. Tujuan Penelitian | 9 |
| | D. Kegunaan Penelitian | 9 |
| | E. Metode Penelitian | 10 |
| | F. Kerangka Pemikiran | 16 |
| | G. Sistematika Penulisan | 32 |
| | | |
| Bab II | TINJAUAN PUSTAKA | 34 |
| | A. Tinjauan Atas Kredit Dan Jaminan | 34 |
| | B. Fiducia Dalam Sistem Hukum Jaminan | 56 |
| | 1. Fiducia Sebagai Institusi Sosial | 56 |
| | 2. Fiducia Sebagai Alternatif Lembaga Jaminan Lain | 60 |

| | | |
|---------|---|-----|
| | 3. Sistem Hukum Jaminan | 67 |
| | C. Perkembangan Fiducia | 74 |
| Bab III | HASIL PENELITIAN DAN ANALISIS | 93 |
| | A. Fiducia Dalam Praktek Perbankan | 93 |
| | 1. Perjanjian Kredit Antara Para Pihak | 94 |
| | 2. Fiducia Sebagai Ikatan Jaminan Kredit | 98 |
| | a. Akta Perjanjian Fiducia | 100 |
| | b. Prosedur Pengikatan Jaminan Fiducia | |
| | Dengan Obyeknya | 109 |
| | 3. Kedudukan Para Pihak | 117 |
| | B. Pengaturan Fiducia Dalam Perundang-undangan | 131 |
| | 1. Praktek Pengikatan Jaminan Fiducia Dengan | |
| | Obyek Barang-Barang Tidak Bergerak | 131 |
| | 2. Akibat Hukum Keluarnya UUHT Terhadap Fiducia | 142 |
| | C. Kedudukan Fiducia Sebagai Lembaga Jaminan | 154 |
| Bab IV | PENUTUP | 164 |
| | A. Kesimpulan | 164 |
| | B. Rekomendasi | 167 |

DAFTAR PUSTAKA

LAMPIRAN

ABSTRAK

Tesis yang berjudul "Kedudukan Fiducia Sebagai Lembaga Jaminan Setelah Berlakunya UU Hak Tanggungan" ini berusaha mengkaji praktek pelaksanaan pengikatan jaminan fiducia baik yang berobyek barang-barang bergerak dan barang-barang tidak bergerak, yang selanjutnya untuk mengetahui apakah kedudukannya sebagai lembaga jaminan khususnya setelah berlakunya UUHT layak dipertahankan atau tidak.

Menurut pendapat Mahkamah Agung, fiducia hanya digunakan untuk jaminan dengan obyek barang-barang bergerak saja. Pendapat demikian dalam praktek perbankan tidak diikuti terbukti bahwa Bank menerima juga fiducia dengan obyek barang-barang tidak bergerak. Praktek ini kemudian justru dikuatkan dengan diaturnya fiducia dalam UU Rumah Susun dan UU Perumahan Dan Permukiman.

Kedudukan fiducia sebagai lembaga jaminan yang berobyek barang-barang tidak bergerak agar tetap eksis dan dapat berkembang tidak lepas dari penerapan asas pemisahan horisontal secara konsisten dan adanya upaya untuk menciptakan sistem pendaftaran atas setiap barang. UUHT yang ternyata kurang konsisten menerapkan asas pemisahan horisontal, secara sistem telah mengakibatkan ketidakselarasan dalam sistem hukum jaminan dalam kaitannya dengan penerapan asas pemisahan horisontal yang dianut dalam UUPA, UU Rumah Susun dan UU Perumahan Dan Permukiman. Ketidakselarasan asas ini menjadikan upaya untuk mewujudkan harmonisasi dalam bidang hukum jaminan tidak tercapai.

Dalam kenyataannya lembaga fiducia banyak berperan dalam dunia usaha khususnya melalui transaksi kredit yang kemanfaatannya telah dirasakan para pihak karena tiadanya syarat inbezitstelling. Data dari pengadilanpun menunjukkan bahwa sengketa yang menyangkut jaminan fiducia sangat jarang terjadi. Dengan memperhatikan atas segala kekuatan atau kelebihan yang ada pada fiducia serta berusaha menekan kelemahannya, lembaga ini patut dipertahankan keberadaannya dan kedudukannya sebagai lembaga jaminan dalam sistem hukum jaminan yang berlaku sekarang dan yang akan datang. Upaya demikian sejalan dengan penerapan asas pemisahan horisontal dalam bidang jaminan yang terbukti lebih memberi kemanfaatan.

LAMPIRAN LAMPIRAN :

- I. Model Persetujuan Pinjam Uang (Perjanjian Kredit) Dari BRI.
- II. Model Penyerahan Hak Milik Atas Kepercayaan (Fiducia Barang) dari BRI.
- III. Model Daftar Barang-Barang Yang Diserahkan Sebagai Jaminan Fiducia Dari BRI.
- IV. Model Perjanjian Penyerahan Hak Milik Atas Kepercayaan (Fiducia) Atas Bangunan Dari BRI.
- V. Model Pernyataan Persetujuan Dari Pemilik Tanah
- VI. Model Perjanjian Fiducia dari BNI.
- VII. Model Daftar Barang-Barang Yang Dijaminkan Dengan Fiducia Dari BNI.
- VIII. Penetapan Pengadilan Negeri Semarang Tentang Perintah Untuk Melaksanakan Lelang Eksekusi Atas Barang Yang Dijamin Secara Fiducia.

BAB I

PENDAHULUAN

A. LATAR BELAKANG

Pembukaan UUD 1945 alinia kedua menyatakan bahwa kemerdekaan bagi bangsa Indonesia adalah kemerdekaan yang mengandung suatu cita-cita bangsa yaitu merdeka, bersatu, berdaulat, adil dan makmur, yang hendak diwujudkan melalui berbagai upaya sebagaimana termaktub dalam alinia keempat yang dikenal sebagai Tujuan Nasional.

Berdasarkan pokok pikiran di atas dapat dikatakan, bahwa pembangunan nasional adalah upaya untuk meningkatkan seluruh aspek kehidupan masyarakat, bangsa, dan negara yang sekaligus merupakan proses pengembangan keseluruhan sistem penyelenggaraan negara untuk mewujudkan Tujuan Nasional. Dalam GBHN 1993 dinyatakan, bahwa pembangunan nasional merupakan rangkaian upaya pembangunan yang berkesinambungan dan meliputi seluruh kehidupan masyarakat, bangsa, dan negara untuk melaksanakan tugas mewujudkan Tujuan Nasional

Dengan demikian pola pembangunan Indonesia menghendaki pembangunan yang menyeluruh dengan sedapat mungkin mengikutsertakan seluruh lapisan masyarakat. Pembangunan dalam bidang ekonomi dewasa ini makin pesat dan seirama dengan itu perjanjian kredit sangat berperan dalam menunjang terlaksananya program pembangunan yang telah disusun dalam rangkaian repelita. Kredit sangat vital bagi pembangunan ekonomi, karena itu kredit selalu dibutuhkan bagi pengembangan usaha oleh para pengusaha baik pengusaha besar, menengah, maupun pengusaha kecil. Kredit merupakan penunjang pembangunan di mana diharapkan masyarakat dari semua lapisan dapat berperan serta.

Pemberian kredit kepada golongan ekonomi lemah dan pengusaha kecil adalah sesuatu yang wajar bahkan wajib kalau memang kita bertujuan menciptakan masyarakat yang adil dan makmur. Namun kita harus mengingat bahwa dalam hal kredit ini pihak pemberi kredit (kreditur) memberikan pinjaman kepada penerima kredit (debitur) dengan harapan bahwa pinjaman itu dapat dipergunakan sebaik-baiknya untuk kemajuan usaha debitur dan bahwa pada saat yang ditentukan pinjaman itu harus dikembalikan kepada kreditur. Dalam hubungannya dengan pengembalian pinjaman inilah kita berbicara tentang jaminan. Dengan kata lain, kalau kita berbicara tentang kredit tentu harus pula kita berbicara tentang jaminan.

Hukum jaminan itu sendiri termasuk bidang hukum ekonomi (the economic law) yang mempunyai fungsi menunjang kemajuan ekonomi dan pembangunan pada umumnya. Di samping itu, lembaga jaminan tergolong bidang hukum yang bersifat netral tidak mempunyai hubungan yang erat dengan kehidupan spiritual dan budaya bangsa, sehingga terhadap bidang hukum yang demikian tidak ada keberatannya untuk diatur dengan segera.¹

Hal ini relevan, dengan mengingat bahwa untuk sekarang ini hukum jaminan yang ada di Indonesia tersebar di dalam berbagai peraturan perundang-undangan antara lain : KUH.Perdata, KUH.Dagang, UU Rumah Susun, UU Perumahan Dan Permukiman, UU Penerbangan, UU Perbankan, UU Hak Tanggungan.

Satu di antara berbagai lembaga jaminan tersebut adalah fiducia. Lembaga jaminan fiducia pertama kali timbul atas dasar kebutuhan masyarakat akan kredit dengan jaminan benda-benda bergerak, namun masih memerlukan benda-benda itu untuk dapat dipakai sehari-hari perusahaan atau keperluan bekerja sehari-hari. Jika ditempuh dengan menggunakan lembaga lembaga jaminan gadai dan jenis

¹ Sri Soedewi Maschoen Sofwan, Hukum Jaminan di Indonesia Pokok-Pokok Hukum Jaminan dan Jaminan Perorangan, Yogyakarta : Liberty, 1980, hal 1.

lembaga jaminan lainnya dalam mencari kredit, maka kan terbentur syarat inbezitstelling yang merupakan syarat dalam lembaga jaminan gadai yaitu yang mensyaratkan bahwa bendanya harus berada dalam kekuasaan pemegang gadai sebagaimana diatur dalam Pasal 1152 ayat (2) KUH.Perdata. Memenuhi syarat inbezitstelling dari gadai ini adakalanya dirasakan sangat berat oleh si pemberi gadai, karena benda-benda jaminan itu justru sangat dibutuhkan untuk keperluan hidup sehari-hari atau untuk keperluan menjalankan usaha. Demikianlah pada akhirnya muncul lembaga jaminan fiducia eigendoms overdracht atau penyerahan hak milik atas dasar kepercayaan, yang tidak diatur dalam perundang-undangan melainkan lahir dari yurisprudensi.

Karena itu, fiducia dapat diberikan suatu pengertian sebagai "suatu cara pengoperan hak milik dari pemiliknya (debitur), berdasarkan adanya suatu perjanjian pokok (perjanjian hutang piutang) kepada kreditur, akan tetapi yang diserahkan hanya haknya saja secara yuridishe levering dan hanya dimiliki oleh kreditur secara kepercayaan saja (sebagai jaminan hutang debitur) sedangkan barangnya tetap dikuasai oleh debitur tetapi bukan lagi sebagai eigenaar maupun bezitter melainkan hanya sebagai detentor atau houder untuk dan atas nama kreditur eigenar.² Untuk mengadakan fiducia penyerahan dilakukan secara constitutum possessorium, yang merupakan suatu bentuk penyerahan di mana barang yang diserahkan dibiarkan tetap berada dalam penguasaan pihak yang menyerahkan, jadi yang diserahkan hanya hak miliknya saja. Penyerahan demikian tidak dikenal dalam KUH.Perdata, akan tetapi penyerahan secara constitutum possessorium itu tetap dapat dilakukan secara sah oleh karena pada dasarnya para pihak bebas memperjanjikan apa yang mereka kehendaki.

² Hamzah dan senjun Manullang, Lembaga Fiducia dan Penerapannya di Indonesia, Jakarta : Penerbit Indill-Co, 1987, hal. 37.

Dari praktek penggunaan fiducia inilah kemudian muncul yurisprudensi sebagai dasar diterimanya fiducia sebagai lembaga jaminan. Yaitu, Keputusan HR Belanda tanggal 29 Januari 1929 yang terkenal dengan Bierbrouwerij Arrest, dan di Indonesia dengan Keputusan Hooggerechthof (HGH) tanggal 18 Agustus 1932 tentang BPM - Clignet. Dapat dikatakan Fiducia merupakan salah satu produk penemuan hakim (*rechsvinding*). Sampai di sini dasar berlakunya fiducia masih belum diatur dengan peraturan tertulis, hanya berdasarkan yurisprudensi.

Dalam perkembangannya kemudian, obyek fiducia tidak hanya menyangkut benda / barang bergerak saja, tetapi juga benda / barang yang tetap. Menurut Boedi Harsono, sebagai hak jaminan atas tanah selain hipotik juga berlaku pembebanan fiduciare eigendom overdracht (FEO) sudah berlangsung sejak masa Hindia Belanda, yang mana di masa itu ada tanah-tanah yang dipunyai dengan hak-hak yang memenuhi syarat untuk dijadikan jaminan kredit, tetapi tidak dapat digunakan hipotik, karena oleh undang-undang tidak ditunjuk sebagai obyek hipotik. sebagai contoh hak-hak Grant Sultan di Sumatra timur. Hak-hak tersebut memenuhi syarat untuk dijadikan jaminan kredit, karena mempunyai nilai yang dapat dihitung dengan uang dan dapat dipindahkan kepada pihak lain dengan cara *cessie*. Karena tidak ditunjuk oleh undang-undang sebagai obyek hipotik maka digunakan FEO.³

Bahkan adanya fiducia dengan obyek benda-benda tetap ini kemudian dilembagakan di dalam Undang-Undang Rumah Susun (UU No. 16 tahun 1985), dan Undang-Undang Perumahan Dan Permukiman (UU No. 4 tahun 1992). Artinya, Fiducia sebagai lembaga jaminan dengan obyek benda-benda tetap telah menjadi hukum positif. Berdasarkan ketentuan Pasal 12 dan 13 UU Rumah Susun, telah dimungkinkan penjaminan rumah susun yang terletak di atas tanah hak pakai atas tanah negara dengan menggunakan lembaga fiducia. Kemudian dalam Pasal 15 dan

³ Boedi Harsono, hukum Agraria Indonesia, Jakarta : Djambatan, 1994, hal. 51.

Penjelasannya dari UU Perumahan Dan Permukiman, dapat diketahui bahwa pemilikan rumah oleh bukan pemilik hak atas tanah, dapat dijadikan jaminan hutang dengan dibebani fiducia. Sedangkan pemilikan rumah oleh pemilik hak atas tanah, rumahnya dapat dijadikan jaminan hutang dengan dibebani fiducia. Ketentuan fiducia dalam UU Rumah Susun itu di dalam praktek ternyata jadi sangat berkembang, karena ternyata pada beberapa bank fiducia ini juga dapat dibebankan tidak hanya kepada rumah atau bangunannya, tetapi juga dapat terhadap tanah hak pakai dan hak sewa.⁴

Dalam pada itu, sudah sejak Undang-Undang Pokok Agraria No 5 tahun 1960 mulai berlaku, telah dijanjikan bahwa akan diatur hak tanggungan sebagai hak yang memberikan jaminan atas tanah dan benda-benda yang berada di atas tanah itu. Baik berikut dengan benda-benda atau tidak berikut benda-benda yang berkaitan dengan tanah itu akan dibuat peraturannya oleh pemerintah. Ketentuan tentang hipotik yang masih berlaku sesuai dengan Buku II Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (Burgerlijk Wetboek) dan juga ketentuan mengenai credietverband (Staatsblad 1908 No. 542, diubah dengan Staatsblad 1937 No. 190) dinyatakan masih berlaku. Hal ini sesuai dengan ketentuan pasal peralihan Undang-Undang Pokok Agraria (UUPA) pasal 57.

Dengan demikian keluarnya Undang-Undang No. 4 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda yang Berkaitan dengan Tanah pada tanggal 9 April 1996 merupakan hal yang sangat penting khususnya bagi seluruh sistem hukum perdata yang berkaitan dengan pemberian kredit. Di samping itu terbitnya Undang-Undang Hak Tanggunga (UUHT) amat berarti di dalam menciptakan unifikasi hukum tanah nasional, khususnya di bidang hak jaminan atas tanah.

⁴ Djuhaendah Hasan, Lembaga Jaminan Kebendaan Bagi Tanah dan Benda Lain Yang Melekat Pada Tanah Dalam Konsepsi Penerapan Asas Pemisahan Horizontal, Bandung : Citra aditya Bakti, 1996, hal. 364.

Dihapuskannya ketentuan tentang hipotik serta *credietverband* dan diganti dengan UUHT, menurut sistem yang berlaku sebelum adanya UUHT, maka hanya hak-hak atas tanah tertentu yang dapat dijadikan jaminan hipotik, yaitu hak milik, hak guna usaha, dan hak guna bangunan. Hak pakai belum dimungkinkan untuk dijadikan jaminan untuk hutang. Dengan keluarnya UUHT, maka hak pakai tertentu yaitu yang wajib didaftarkan yang menurut sifatnya dapat dipindahtangankan, telah dijadikan juga obyek untuk dibebani dengan hak tanggungan sesuai UUHT. Ini berarti hak pakai yang dahulu dapat dibebankan dengan *fiducia* telah diganti dengan hak tanggungan.

Menurut Sudargo Gautama, UUHT memberikan lebih banyak keleluasaan bagi pembebanan hak tanggungan ini. Terutama dalam rangka proses pembangunan secara besar-besaran di bidang ekonomi pada umumnya dan real estate pada khususnya yaitu dalam rangka program pemerintah yang diselenggarakan dengan rumah susun, apartemen, dan kondominium secara besar-besaran. Ternyata atas benda seperti ini sekarang diberi kesempatan juga untuk diberikan hak tanggungan. Hak pakai bisa diberikan hak tanggungan sesuai dengan penyerahan hak milik dalam *fiducia* (*fiduciare eigendoms overdracht, FEO*) yang dapat dibebani atas hak pakai rumah susun, apartemen, kondominium sesuai dengan ketentuan dalam UU No. 16 tahun 1985.⁵

Selanjutnya dikatakan, sekarang ini kesempatan untuk menjaminkan hak pakai telah dikuatkan dengan UUHT. Hal inilah yang merupakan suatu ciri baru dalam UUHT. Seperti dikemukakan dalam mukadimahnyanya tujuannya agar disesuaikan dengan pembangunan ekonomi dan mewujudkan masyarakat yang sejahtera, adil dan makmur sesuai dengan Pancasila dan Undang Undang Dasar 1945. Supaya

⁵ Sudargo Gautama, Komentor Atas Undang-Undang Hak Tanggungan Baru Tahun 1996 No. 4, Bandung : Citra Aditya Bakti, 1996, hal. 3.

terpelihara kesinambungan pembangunan dan para pelakunya, yang memerlukan dana besar dalam proses pembangunan nasional. Kegiatan pembangunan dalam rangka ini adalah suatu kenyataan. Dengan meningkatnya kebutuhan ini, maka juga diperlukan dana. Dan dana ini sebagian besar diperoleh melalui kegiatan perkreditan. Lembaga perkreditan ini memerlukan kemungkinan untuk diperoleh suatu hak tanggungan yang kuat. Demi kepastian hukum dan untuk memberikan perlindungan, baik kepada lembaga yang memberikan jaminan maupun pihak penjamin sendiri. Harus ada kepastian hukum bagi semua pihak yang berkepentingan.⁶

Sebagaimana diketahui, hukum jaminan itu merupakan bagian dari hukum benda (Buku II KUH.Perdata) diatur di dalam Bab tentang piutang-piutang yang distimewakan (Bab XIX), tentang gadai (Bab XX), tentang hipotik (Bab XXI). Di samping itu, terdapat hukum jaminan yang diatur di luar Buku II KUH.Perdata yaitu di dalam Hukum Perikatan yaitu penanggungan (Bab XVII), UU Rumah Susun, UU Perumahan dan Permukiman, UU Perbankan, UU Penerbangan.

Dengan demikian, dilihat dari sistem maka keluarnya UUHT menimbulkan dampak pada hukum jaminan yang terletak di dalam undang-undang lain. Hal ini mengingat, pengaturan UUHT tersebut dilakukan terlebih dahulu dari hukum benda dan hukum jaminan nasional. Sehingga di dalam pembentukan UUHT tersebut belum dilandasi pengetahuan tentang asas-asas hukum benda dan hukum jaminan. Dampak yang paling tampak adalah pada fiducia yang berobyek benda-benda tetap yang diatur di dalam UU Rumah Susun dan UU Perumahan dan Permukiman.

⁶ Ibid, hal. 4

B. PERUMUSAN MASALAH

Berdasarkan apa yang telah diuraikan di atas, permasalahan yang hendak dikemukakan dalam penulisan ini adalah sebagai berikut :

1. Dalam praktek penggunaan fiducia sebagai lembaga jaminan baik dengan obyek benda-benda bergerak dan berobyek benda-benda tetap, apa kiranya yang menjadi kekuatan / kelebihan dan kelemahan / kekurangannya ? Bagaimanakah pula kedudukan para pihak baik kreditur maupun debitur yang terlibat penggunaan jaminan fiducia mengingat benda yang dijadikan jaminan tersebut tetap berada di dalam kekuasaan debitur ?
2. Lembaga fiducia yang lahir akibat kebutuhan praktek untuk mengatasi kelemahan-kelemahan yang ada pada lembaga jaminan lain, ternyata dalam perkembangannya kemudian dilembagakan dalam undang-undang sebagaimana dimuat dalam Pasal 12 dan 13 UU No. 16 tahun 1985 dan Pasal 15 UU No. 4 tahun 1992, sehingga menjadi hukum positif. Dengan keluarnya UU Hak Tanggungan yakni UU No. 4 tahun 1996, secara sistem akan menimbulkan dampak terhadap jaminan yang diatur dalam berbagai undang-undang yang dalam hal ini terhadap UU No. 16 tahun 1985 dan UU No. 4 tahun 1992. Seberapa jauh akibat yang timbul dengan keluarnya UUHT terhadap praktek pelaksanaan fiducia sebagai jaminan khususnya terhadap benda tetap yang telah diangkat sebagai hukum positif tersebut ?
3. Dalam tingkat perkembangan ekonomi sekarang ini apakah keberadaan atau kedudukan fiducia sebagai lembaga jaminan dapat dipertahankan dalam rangka memenuhi kebutuhan dunia usaha masa kini dan prospeknya di masa mendatang ?

2. Hasil penelitian ini dapat digunakan sebagai bahan pertimbangan dalam rangka menyongsong pembentukan Hukum Jaminan Nasional.

E. METODE PENELITIAN

Penelitian ini dimaksudkan untuk mengumpulkan data guna penulisan tesis yang berjudul " Kedudukan Fiducia Sebagai Lembaga Jaminan Setelah Berlakunya UU Hak Tanggungan". Data yang dikumpulkan dalam penelitian ini meliputi hal-hal yang bersangkutan dengan kedudukan fiducia sebagai lembaga jaminan, di antaranya : minat menggunakan fiducia sebagai jaminan baik yang berobyek benda-benda bergerak dan berobyek benda-benda tetap, akibat keluarnya UU Hak Tanggungan terhadap fiducia, dan keberadaan atau kedudukan fiducia sebagai lembaga jaminan kiranya apakah masih bisa dipertahankan.

1. Metode Pendekatan Yang Digunakan

Metode pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah yuridis normatif dan yuridis sosiologis⁷. Disebut sebagai metode pendekatan yuridis normatif, karena penelitian ini mempergunakan data sekunder, untuk melihat penerapan peraturan-peraturan atas penggunaan fiducia sebagai lembaga jaminan dengan sifatnya yang preskriptif. Serta pendekatan yuridis sosiologis oleh karena peraturan-peraturan hukum tentang lembaga fiducia yang dijadikan dasar dalam topik penelitian ini tidak dikonsepsikan sebagai suatu gejala normatif yang mandiri (otonom), tetapi sebagai institusi sosial yang dikaitkan dengan variabel-variabel

⁷ Lihat Ronny Hanitijo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum Dan Jurimetri*, Jakarta : Ghalia Indonesia, 1990, hal. 11 dan 34.

sosial yang lain. Artinya pendekatan ini dimaksudkan untuk melakukan penjelasan atas permasalahan yang diteliti beserta hasil penelitian yang diperoleh dalam hubungannya dengan aspek-aspek hukumnya, serta mencoba menjelajahi realitas empirik dalam masyarakat.

2. Spesifikasi Penelitian

Spesifikasi penelitian yang dipakai yaitu spesifikasi penelitian deskriptif⁸ analisis. Dikatakan deskriptif, karena penelitian ini diharapkan mampu memberi gambaran secara rinci, sistematis dan menyeluruh mengenai segala hal yang berhubungan dengan fiducia sebagai lembaga jaminan dan kedudukannya setelah berlakunya UU Hak Tanggungan. Istilah analisis⁹ mengandung makna mengelompokkan, menghubungkan, dan membandingkan aspek-aspek fiducia sebagai lembaga jaminan dan kedudukannya setelah berlakunya UU Hak Tanggungan, baik dari segi teori maupun praktek. Melalui analisis kualitatif terhadap hasil penelitian, diharapkan mampu mengungkap apakah fiducia sebagai lembaga jaminan bisa dipertahankan keberadaannya atau tidak dan dalam hal-hal apa saja.

3. Metode Sampling yang digunakan

Penentuan subyek penelitian dilakukan dengan cara purposive. Disebut purposive karena subyek penelitian dikelompokkan berdasarkan keterlibatan mereka dalam praktek penggunaan fiducia sebagai jaminan, dan nara sumber yang dinilai mampu memberi pandangan mengenai fiducia sebagai lembaga jaminan dan kedudukannya setelah berlakunya UU Hak Tanggungan. Mengingat keterbatasan

⁸ Lihat Soerjono Soekanto, Pengantar Penelitian Hukum, Jakarta : UI Press, 1986, hal. 10.

⁹ Lihat Sanapiah Faisal, Penelitian Kualitatif : Dasar-Dasar dan Aplikasi, Malang : Yayasan Asih Asah Asuh, 1990, hal. 88.

biaya, waktu, dan tenaga, maka terhadap kelompok subyek penelitian yang jumlahnya relatif banyak diambil beberapa orang/lembaga saja sebagai sampel.

Berdasarkan pertimbangan tersebut, maka subyek penelitian meliputi antara lain :

1. Pihak kreditur, yaitu pihak yang memberikan kredit dengan jaminan fiducia. Pada umumnya yang berkedudukan sebagai kreditur ini adalah Bank.
2. Pihak debitur, adalah pihak yang menerima kredit dari Bank dengan jaminan fiducia, baik berbentuk jaminan atas benda-benda bergerak maupun atas benda-benda tetap. Debitur ini bisa perorangan atau badan hukum.
3. Notaris/PPAT merupakan pihak yang membuat perjanjian hutang piutang atau yang membuat perjanjian jaminan fiducia menurut ketentuan UU No. 16 tahun 1985. Notaris/PPAT ini sekaligus sebagai pakar atau nara sumber dalam penelitian ini. Dari notaris/PPAT yang ada di Semarang diambil sejumlah empat orang.
4. Responden dari subyek penelitian Pengadilan Negeri Semarang yang diambil adalah dua orang hakim. Pihak pengadilan adalah pihak yang berwenang menyelesaikan sengketa secara litigasi jika terjadi wanprestasi atau ingkar janji dari para pihak yang terlibat penggunaan fiducia sebagai jaminan hutang.

4. Lokasi Penelitian

Lokasi penelitian yang dipilih oleh peneliti adalah wilayah Kodia Dati II Semarang. Lokasi ini dipilih karena Kota Semarang termasuk sebagai salah satu kota besar di

Indonesia, dan dikenal juga sebagai kota dagang, sekaligus sebagai Ibukota daerah Propinsi Jawa Tengah. Dengan kedudukannya yang demikian, di wilayah Semarang dapat dipastikan menjadi pusat lalu-lintas perdagangan dengan konsekuensi maraknya berbagai transaksi yang menunjang berbagai kegiatan usaha dan perdagangan. Di antaranya adalah transaksi kredit dengan berbagai ikatan jaminan.

5. Metode Pengumpulan Data

Data yang diperlukan untuk penulisan tesis ini diperoleh melalui penelitian kepustakaan dan penelitian lapangan.

5.1. Penelitian Kepustakaan

Penelitian kepustakaan dilakukan untuk memperoleh data sekundair, yang meliputi :

- a. Bahan hukum primair, yang terdiri atas :
 1. Undang-Undang dasar 1945
 2. Berbagai peraturan perundang-undangan yang menyangkut hukum jaminan.
 3. Berbagai peraturan yang menyangkut perkreditan.
 4. Yurisprudensi tentang fiducia.
 5. Peraturan-peraturan lain yang berkaitan dengan fiducia sebagai lembaga jaminan.
- b. Bahab hukum sekundair, terdiri atas :
 1. Kepustakaan yang berkaitan dengan jaminan pada umumnya dan khususnya fiducia.
 2. Hasil pertemuan ilmiah yang berkaitan dengan materi penelitian.
- c. Bahan hukum tersier, terdiri atas :
 1. Kamus hukum.

2. Kamus bahasa Indonesia.

5.2. Penelitian Lapangan

Penelitian lapangan ini terutama dimaksudkan untuk memperoleh data primair yang berupa pengalaman praktek dan atau pendapat subyek penelitian tentang segala sesuatu yang berkaitan dengan fiducia sebagai lembaga jaminan.

Untuk mengumpulkan data primair dan data sekundair dalam penelitian ini digunakan alat pengumpul data yang bertlainan, yaitu :

1. Studi dokumen.

Studi dokumen ini dipergunakan untuk mengumpulkan data sekundair.

2. Kuestioner.

Kuestioner diberikan kepada subyek penelitian. Di dalam tiap-tiap kuestioner dimuat daftar pertanyaan untuk mengungkap pemahaman subyek penelitian terhadap fiducia sebagai lembaga jaminan, baik dalam teori maupun dalam praktek, serta bagaimana kedudukannya setelah berlakunya UU Hak Tanggungan.

3. Wawancara.

Selain studi dokumen dan kuestioner, alat pengumpul data yang dipergunakan dalam penelitian lapangan adalah wawancara. Mula-mula kepada subyek penelitian diajukan pertanyaan yang sudah terstruktur, kemudian beberapa butir dari pertanyaan tersebut diperdalam untuk mendapat keterangan lebih lanjut. Dengan demikian diharapkan diperoleh jawaban yang lengkap dan mendalam.

6. Metode Analisis Data

Pengertian analisis di sini dimaksudkan sebagai suatu penjelasan dan penginterpretasian secara logis, sistematis dan konsisten. Sesuai dengan teknik yang dipakai dan sifat data yang diperoleh, hasil pengumpulan data ini akan dianalisis dengan menggunakan analisis taksonomis,¹⁰ artinya penelaahan yang lebih rinci dan mendalam yang difokuskan kepada masalah-masalah atau domein-domein tertentu.

Pada analisis ini fokus penelitian ditetapkan terbatas pada domein tertentu yang sangat berguna dalam upaya mendiskripsikan atau menjelaskan fenomena / fokus yang menjadi sasaran penelitian. Domein-domein yang dipilih untuk diteliti secara lebih mendalam lagi merupakan fokus studi yang perlu dilacak secara lebih rinci dan mendalam terhadap struktur internal masing-masing domein.

Untuk mengecek keandalan dan keakuratan data, maka digunakan teknik triangulasi¹¹ data, yakni teknik pemeriksaan keabsahan data yang memanfaatkan sesuatu yang lain di luar data itu untuk keperluan pengecekan atau sebagai pembanding terhadap data itu. Dalam penelitian ini yang digunakan adalah triangulasi sumber, yakni membandingkan dan mengecek balik derajat kepercayaan suatu informasi yang diperoleh melalui waktu dan alat yang berbeda.¹²

¹⁰ Lihat Sanapiah Faisal, *ibid*, hal 98

¹¹ Lexy J. Moleong, *Metodologi Penelitian Kualitatif*, Bandung : remaja Rosdakarya. 1994. hal. 178

¹² *Ibid*.

7. Jadwal Waktu Penelitian

Waktu yang dibutuhkan dalam penelitian ini meliputi, sebagai berikut :

- | | |
|----------------------|-------------|
| a. Persiapan | : 30 hari |
| b. Pengumpulan data | : 60 hari |
| c. Pengolahan data | : 30 hari |
| d. Analisis data | : 30 hari |
| e. Penulisan laporan | : 30 hari |
| Jumlah | : 180 hari. |

F. KERANGKA PEMIKIRAN

Pentingnya pemahaman terhadap hukum sebagai suatu kerangka kelembagaan yang utama di masyarakat, disebabkan oleh karena hukum itu meresap ke dalam hampir semua bidang kehidupan dan demikian mengatur ruang lingkup kegiatan manusia pada hampir semua bidang kehidupan, termasuk di dalamnya kegiatan ekonomi.¹³ Peranan hukum yang penting di sini adalah kemampuannya untuk mempengaruhi tingkat kepastian dalam hubungan antar manusia di masyarakat.

Hubungan antar manusia di masyarakat tidak lepas dari aktivitasnya untuk memenuhi kebutuhan pokok, karena masyarakat selalu mempunyai apa yang dinamakan kebutuhan-kebutuhan dasar, yang terdiri dari :

- a. sandang, pangan dan papan,
- b. keselamatan jiwa dan harta benda.
- c. kehormatan atau harga diri,
- d. kesempatan untuk mengembangkan kemampuan, dan

¹³ Satjipto Rahardjo, *Hukum Dan Masyarakat*, Bandung : Alumni, 1981, hal. 144.

e. kasih sayang.

Apabila masyarakat telah mulai memperhatikan suatu kebutuhan tertentu, maka iapun berusaha agar dalam masyarakat dapat diciptakan suatu sarana untuk memenuhinya. Dari sinilah mulai dilahirkan suatu institusi tertentu. Dengan demikian institusi itu pada hakikatnya merupakan alat perlengkapan masyarakat untuk menjamin agar ketentuan-ketentuan dalam masyarakat dapat dipenuhi secara seksama. Kesaksamaan di sini pada pokoknya mengandung makna keteraturan.¹⁴

Demikianlah, fiducia sebagai institusi timbul untuk memenuhi salah satu kebutuhan dasar / pokok manusia yaitu kebutuhan akan kredit atau uang untuk dapat mengembangkan kemampuan / potensi yang ada pada diri manusia. Lembaga fiducia menimbulkan suatu cara khusus dalam hal pemberian jaminan. Sekaligus, lembaga fiducia ini juga mempunyai fungsi sosial. Karena lembaga tersebut menimbulkan kemanfaatan tidak hanya terhadap para pihak yang terkait, tetapi juga bermanfaat bagi masyarakat.

Dengan demikian mengidentifikasi hukum sebagai suatu institusi sosial, berarti kita akan mengamati hukum lebih dari pada suatu sistem peraturan belaka, melainkan juga bagaimana ia menjalankan fungsi-fungsi sosial dalam dan untuk masyarakatnya.

Dengan kata lain, dalam perspektif sosiologis hukum sebenarnya semata-mata pedoman bertindak dan hendaknya dilihat sebagai proses sosial. Hukum terdiri dari behaviors, situation and conditions untuk membuat, melakukan interpretasi dan menerapkan aturan-aturan hukum. Hukum dalam wujudnya sebagai peraturan terkandung di dalamnya rencana tindakan yang harus

¹⁴ Satjipto Rahardjo, Ilmu Hukum, Bandung : Citra Aditya Bakti, 1991, hal. 118.

dilaksanakan, agar hukum dapat berfungsi sebagaimana dikehendaki oleh pembuatnya.¹⁵

Sementara itu, perkembangan perekonomian nasional maupun internasional dalam era globalisasi dan era transformasi mengalami perkembangan sangat pesat pada waktu sekarang ini. Dampak akibat perkembangan perekonomian tersebut di antaranya pada peningkatan akan modal, yang sebagian besar dapat diperoleh dari dan melalui badan-badan keuangan berujud pemberian fasilitas kredit. Mengingat pentingnya fungsi modal, terutama dalam kaitannya dengan perkembangan ekonomi dalam skala nasional, maka sepatutnyalah untuk pemberian modal itu perlu diimbangi dengan pemberian jaminan demi keamanan dan kepastian hukum bagi pemberi modal. Sudah barang tentu Hukum Jaminan yang secara efektif mampu memberikan kepastian, keadilan dan keamanan yang memadai, sangat dibutuhkan untuk hal itu. Dalam hukum jaminan yang dapat dikatakan responsif terhadap pertumbuhan dan perkembangan ekonomi masyarakat, akan termuat semua dan segala peraturan yang berkaitan dengan macam, cara pemberian dan pelaksanaan hak jaminan.

Jadi, hukum jaminan merupakan bidang hukum yang sangat penting dalam pembangunan ekonomi. Dapat dikatakan hukum jaminan merupakan pendukung dan penunjang realisasi pembangunan dalam bidang ekonomi, sehingga karenanya lembaga jaminan sangat berperan dalam penyaluran dana melalui kredit perbankan.

Hukum jaminan merupakan bagian dari Hukum Benda (Buku II KUH.Perdata), diatur di dalam Bab tentang piutang-piutang yang diistimewakan (Bab XIX), tentang Gadai (Bab XX), tentang Hipotik (Bab XXI). Di samping itu terdapat hukum jaminan

¹⁵ Esmi Warassih. *Majalah Masalah-Masalah Hukum*, Fak Hukum Undip, No. 5 th 1977 hal. 35.

yang diatur di luar Buku II KUH.Perdata, yaitu di dalam Hukum Perikatan yakni Penanggungan (Bab XVII), KUH.Dagang dalam pasal 314 tentang hipotik atas kapal, Undang-Undang Rumah Susun (UU No. 16 tahun 1985), Undang-Undang Perumahan dan Permukiman (UU No. 4 tahun 1992), Undang-Undang Perbankan (UU No. 7 tahun 1992), dan Undang-Undang Penerbangan (UU No. 15 tahun 1992).

Dalam upaya membentuk hukum jaminan nasional yang akan datang, sebelum merancang hukum jaminan kebendaannya perlu terlebih dahulu untuk merancang hukum benda nasional. Hukum benda di Indonesia perlu dibenahi, sehubungan dengan telah diaturnya hukum tanah dalam Undang-Undang Pokok Agraria (UUPA), dan benda lain yang bukan tanah masih berada dalam situasi dualistis, yakni diatur dalam KUH.Perdata dan dalam Hukum adat.¹⁶

Keluarnya Undang-Undang Hak Tanggungan (UUHT), yakni UU No. 4 tahun 1996, yang merupakan realisasi dari pada UUPA pasal 51 diharapkan dapat menampung dan sekaligus mengamankan kegiatan perkreditan dalam upaya memenuhi kebutuhan tersedianya dana untuk menunjang kegiatan pembangunan. UUHT berasal mula dari hak hipotik yang merupakan komponen hukum yang merupakan bagian dari hukum benda yang secara substansial diatur di dalam KUH.Perdata Buku II pasal 1162 sampai dengan pasal 1220.

Dengan lahirnya UUHT, timbul pertanyaan bagaimana posisi hak tanggungan di dalam hukum jaminan nasional. UUHT sebagai undang-undang baru perlu dipastikan apa yang menjadi asas-asasnya, fungsinya di dalam jaringan dan lalu lintas hukum yang ada dan yang akan ada.¹⁷ Pemikiran itu sejalan dengan Tap MPR No. II tahun 1993 yang mengamanatkan agar pembangunan materi hukum diarahkan pada terwujudnya Sistem Hukum Nasional yang mengabdikan pada

¹⁶ Djuhaendah Hasan, *op cit*, hal 43.

¹⁷ Mariam Darus Badruzaman, *Kertas Kerja Seminar Hak Tanggungan*, FH Unpad, 1996.

kepentingan nasional dengan penyusunan awal materi hukum secara menyeluruh yang bersumber pada Pancasila dan UUD 1945.

Dengan demikian dilihat dari *sistem*, maka keluarnya UUHT akan menimbulkan dampak pada hukum jaminan yang terletak di dalam undang-undang lain seperti KUH.Perdata, KUH.Dagang, UU Rumah Susun, UU Perumahan dan Permukiman, UU Perbankan, dan UU Penerbangan.

Sistem itu mempunyai dua pengertian, yang pertama adalah pengertian sistem sebagai jenis satuan, yang mempunyai tatanan tertentu. Kedua, sistem sebagai suatu rencana, metode, atau prosedur untuk mengerjakan sesuatu. Permohonan yang umum mengenai sistem mengatakan bahwa suatu sistem adalah suatu kesatuan yang bersifat kompleks, yang terdiri dari bagian-bagian yang berhubungan satu sama lain, sedangkan pemahaman sistem sebagai metoda dikenal melalui cara-cara pendekatan terhadap suatu masalah yang disebut pendekatan-pendekatan sistem. Pendekatan ini mengisyaratkan kepada kita agar menyadari kompleksitas dari masalah yang kita hadapi dengan cara menghindari pendapat yang terlalu menyederhanakan persoalan dan dengan demikian menghasilkan pendapat yang keliru.¹⁸

Hukum merupakan sistem berarti bahwa hukum itu merupakan tatanan, merupakan suatu kesatuan yang utuh terdiri dari bagian-bagian atau unsur-unsur yang saling berkaitan erat satu sama lain. Dengan perkataan lain sistem hukum adalah suatu kesatuan yang terdiri dari unsur-unsur yang mempunyai interaksi satu sama lain dan bekerja sama untuk mencapai tujuan kesatuan tersebut. Kesatuan tersebut diterapkan terhadap kompleks unsur-unsur yuridis seperti peraturan hukum, asas hukum dan pengertian hukum.¹⁹

¹⁸ Satjipto Rahardjo, Ilmu Hukum, Bandung : Citra Aditya Bakti, 1991, hal 48-49.

¹⁹ Sudikno Mertokusumo, Mengenal Hukum, Yogyakarta: Liberty. 1988, hal. 102. Lihat pula Satjipto Rahardjo, *Ibid.*

Sistem hukum dapat dijabarkan dalam sub sistem, seperti Hukum Nasional dapat dijabarkan dalam sistem hukum perdata, hukum pidana, hukum tata negara dan sebagainya. Sub sistem ini dapat dijabarkan lagi secara rinci dalam bagian-bagian yang lebih kecil, misalnya hukum perdata dapat dijabarkan ke dalam sub sistem hukum keluarga, hukum benda, hukum perikatan. Seluruh sub sistem itu satu sama lain berkaitan dalam hubungan yang harmonis dan serasi, seimbang, tidak tumpang tindih, tidak berbenturan karena asas-asasnya yang terpadu.

Dengan demikian, keluarnya suatu undang-undang baru seperti UUHT harus, maka undang-undang baru tersebut harus memperhatikan hubungan yang harmonis, seimbang dan adanya keserasian asas dengan hukum jaminan lain yang diatur dalam berbagai peraturan perundang-undangan. Yang menjadi persoalan, keluarnya UUHT lebih dahulu dari hukum benda dan hukum jaminan tentunya akan menimbulkan sejumlah masalah. Yang pertama dapat dipertanyakan apakah ada kesesuaian asas antara UUHT dengan UUPA dan UURS serta UUPP khususnya mengenai penerapan asas horisontal? Maka pembentukan hukum jaminan baru haruslah memperhatikan dan mengingat apa yang telah menjadi syarat ideal suatu hubungan dalam suatu sistem.

Dalam pembangunan terutama pembangunan secara fisik dana selalu merupakan masalah baik bagi pengusaha besar, menengah ataupun kecil. Dalam hal ini jasa perbankan melalui kredit sangat membantu. Pemberian kredit diwujudkan dalam perjanjian kredit perbankan, yang tidak jarang mengandung resiko yang sangat tinggi. Adanya kredit macet atau kredit bermasalah merupakan resiko yang harus dihadapi bank atas kredit yang diberikan tanpa jaminan yang cukup. Karena itulah bank dalam memberikan kredit harus berpegang teguh pada prinsip kehati-hatian.

Prinsip kehati-hatian itu dalam praktek perbankan diterjemahkan ke dalam dua pengertian. Pertama, bahwa prinsip kehati-hatian terkait dengan masalah kualitas debitur. Oleh karena itu sebelum mengeluarkan kredit, bank harus dapat melihat, memeriksa, dan menyelidiki kualitas calon debiturnya (*debiturworthiness*). Hanya calon debitur yang memenuhi kriteria dan kualifikasi yang memenuhi syarat tertentu sajalah yang permohonan kreditnya dapat dikabulkan. Kedua, bahwa prinsip kehati-hatian terkait dengan masalah jaminan untuk membayar hutang-hutangnya, manakala debitur nanti defaults ataupun collaps. Secara implisit, pengertian prinsip kehati-hatian yang demikian sejalan dengan kandungan pasal 8 UU No. 7 tahun 1992 tentang Perbankan.

Adanya jaminan seperti yang disebutkan di atas memang diperlukan kreditur (bank), karena dalam suatu perikatan antara kreditur dan debitur, pihak kreditur mempunyai suatu kepentingan bahwa debitur memenuhi kewajibannya dalam perikatan tersebut. Bilamana di samping perikatan yang telah ada di antara kreditur dan debitur itu pihak kreditur tidak mengadakan suatu perjanjian tambahan apapun dengan debitur serta kreditur yang bersangkutan bukanlah kreditur yang diistimewakan menurut pasal 1139 dan 1149 KUH.Perdata, maka dalam hal debitur lalai memenuhi kewajibannya dalam perikatan itu serta harta kekayaan debitur tidak mencukupi untuk melunasi hutangnya terhadap beberapa kreditur, KUH.Perdata Pasal 1132 memberikan penyelesaian yaitu bahwa semua kreditur dari seorang debitur mempunyai kedudukan yang sama dan masing-masing kreditur memperoleh pembayaran seimbang dengan besarnya piutang masing-masing.

Jaminan sebagaimana dimaksud di atas adalah jaminan umum. Jaminan tersebut memang memberikan perlindungan bagi para kreditur. Namun di dalam praktek pihak bank sebagai kreditur merasa kurang aman apabila hanya dengan berpegang kepada jaminan secara umum, karena jaminan secara umum tidak

memberikan preferensi kepada kreditur. Untuk itu pihak bank sering minta dibuat jaminan khusus berupa perjanjian jaminan baik perjanjian jaminan kebendaan maupun jaminan perorangan.

Di dalam perkembangan perkreditan di Indonesia perjanjian jaminan perorangan dan kebendaan diterapkan sebagai sarana pengaman perjanjian pemberian kredit. Perjanjian jaminan kebendaan di dalam fungsinya sebagai pengaman kredit lebih disukai para kreditur dari pada perjanjian jaminan perorangan, karena dalam perjanjian jaminan kebendaan ada benda tertentu yang diikat dalam perjanjian dan disediakan untuk menjaga terjadinya ingkar janji dikemudian hari.²⁰ Jaminan kebendaan ini adalah hak tanggungan sebagai pengganti hipotik, gadai dan fiducia. Fiducia merupakan lembaga jaminan yang semula berobyek benda-benda bergerak namun dalam perkembangannya kemudian juga untuk benda-benda tetap.

Dengan demikian, berdasarkan obyeknya, hukum jaminan dapat dibedakan:

1. Hukum jaminan dengan obyek benda tetap dan benda bergerak.
 - 1a. Hukum jaminan dengan obyek benda tetap adalah hak tanggungan dan fiducia.
 - 1b. Hukum jaminan dengan obyek benda bergerak yaitu fiducia dan gadai.
2. Hukum jaminan dengan obyek perorangan yaitu jaminan pribadi

Jadi pembedaan benda sebagai obyek jaminan sangat penting untuk menentukan lembaga jaminan apa yang sebaiknya digunakan. KUH.Perdata telah membagi benda dalam berbagai klasifikasi tetapi yang penting adalah pembedaan atas benda bergerak dan benda tidak bergerak. Selain itu dibedakan antara : benda berwujud dan tidak berwujud, benda yang ada dan yang akan

²⁰ Djuhaendah Hasan, op cit. hal. 35

ada, benda dalam perdagangan dan di luar perdagangan, benda yang dapat dibagi dan tidak dapat dibagi, benda yang habis karena pemakaian dan benda yang tidak habis karena pemakaian.

Pembedaan (*bezwaring*) benda bergerak berbeda dari pada benda tidak bergerak hal mana berkaitan dengan lembaganya yang juga berkaitan dengan aspek hukum yang terdapat dalam jenis benda tersebut. Bagi benda bergerak, karena mengandung ketentuan Pasal 1977 KUH.Perdata maka pembebanan atau penjaminan benda bergerak harus dengan ketentuan penguasaan benda oleh kreditur dan KUH.Perdata telah menentukan lembaganya adalah gadai.²¹

Dalam perkembangannya terhadap benda bergerak ini juga dapat diterapkan ketentuan *fiducia* dimana benda bergerak yang dijaminakan itu tetap berada di tangan penguasaan debitur. Artinya, di dalam penjaminan dengan *fiducia* tidak terkena syarat *inbezitstelling* sebagaimana ditentukan dalam lembaga jaminan gadai, yakni benda gadai dikuasai oleh pemegang gadai. Konstruksi yuridisnya adalah : benda gadai adalah benda bergerak. Oleh karena itu harus ada hubungan yang nyata antara benda dan pemegang gadai, benda gadai harus diserahkan oleh pemberi gadai kepada pemegang gadai. Benda gadai tidak boleh berada dalam kekuasaan wakil atau petugas pemberi gadai. Rasio dari penguasaan ini adalah sebagai publikasi untuk umum, bahwa hak kebendaan (jaminan) atas benda bergerak itu ada pada pemegang gadai. Demikian juga hak gadai hapus apabila barang gadai keluar dari kekuasaan penerima gadai, kecuali jika barang itu hilang atau dicuri padanya (Pasal 1152 ayat 3 KUH.Perdata).

Fiducia sebagai lembaga jaminan untuk benda-benda bergerak merupakan alternatif selain lembaga gadai dengan maksud menghindari syarat *inbezitstelling*. Sebab pemberi jaminan masih memerlukan benda-benda itu untuk dapat dipakai

²¹ Djuhaendah Hasan, *Ibid.* hal 100.

sehari-hari perusahaan atau keperluan kerja sehari-hari. Dengan kata lain memenuhi syarat *ibbezitstelling* dari gadai adakalanya dirasa sangat berat oleh si pemberi gadai, karena benda-benda jaminan itu sangat dibutuhkan untuk keperluan hidup sehari-hari atau untuk menjalankan usahanya. Karena itu fiducia dapat diberikan suatu pengertian sebagai suatu cara pengoperan hak milik dari pemiliknya (debitur), berdasarkan adanya suatu perjanjian pokok (perjanjian hutang piutang) kepada kreditur, akan tetapi yang diserahkan hanya haknya saja (sebagai jaminan hutang debitur) sedangkan barangnya tetap dikuasai oleh debitur tetapi bukan lagi sebagai *eigenaar* maupun *bezitter* melainkan hanya sebagai *detentor* atau *houder* untuk dan atas nama kreditur *eigenaar*.

Untuk mengadakan fiducia penyerahan dilakukan secara *constitutum possessorium*, yang merupakan suatu bentuk penyerahan dimana barang yang diserahkan dibiarkan tetap berada dalam penguasaan pihak yang menyerahkan. Jadi yang diserahkan hanya hak miliknya saja.

Bentuk penyerahan secara *constitutum possessorium* hanya dikenal dalam praktek, sedang dalam undang-undang dinyatakan bahwa penyerahan suatu benda bergerak dilakukan dengan penyerahan yang nyata (Pasal 612 KUH.Perdata). Jadi jelas bahwa undang-undang, dalam hal ini KUH.Perdata tidak mengenal penyerahan secara *constitutum possessorium*. Akan tetapi penyerahan secara *constitutum possessorium* itu tetap dapat dilakukan secara sah oleh karena pada dasarnya para pihak bebas memperjanjikan apa yang mereka kehendaki

Selain penyerahan secara *constitutum possessorium*, ada beberapa bentuk penyerahan yang bukan penyerahan secara nyata, yaitu :

- *Traditio brevimanu*, yaitu suatu bentuk penyerahan dimana barang yang akan diserahkan karena sesuatu hal sudah berada dalam penguasaan pihak yang akan menerima penyerahan, misalnya penyerahan barang dalam sewa beli.

- Tradotio longamanu, yaitu suatu bentuk penyerahan dimana barang yang akan diserahkan berada dalam penguasaan pihak ketiga. Misalnya A membeli sebuah mobil dari B dengan syarat bahwa mobilnya diserahkan seminggu setelah perjanjian jual beli itu dibuat. Sebelum jangka waktu satu minggu itu lewat A menjual lagi mobil itu pada C sedang B diberitahu oleh A agar mobil itu nanti diserahkan kepada C saja. Bentuk jual beli yang demikian sudah biasa dilakukan.²²

Dalam pada itu sejak fiducia dikenal oleh orang Romawi sampai dengan saat ini ia telah mengalami perkembangan-perkembangan. Perkembangan-perkembangan itu menyangkut kedudukan para pihak, kreditur penerima fiducia misalnya pada masa Romawi berkedudukan sebagai pemilik atas barang yang difiduciakan akan tetapi sekarang sudah diterima bahwa ia hanya berkedudukan sebagai pemegang jaminan saja; selanjutnya perkembangan itu juga menyangkut kedudukan debitur, hubungannya dengan pihak ketiga dan mengenai obyek yang dapat difiduciakan.

Mengenai obyek fiducia yang berupa benda tetap, baik Hoge Raad Belanda maupun Mahkamah Agung Indonesia secara konsekuen berpendapat bahwa fiducia hanya dapat dilakukan untuk jaminan atas barang-barang bergerak. Akan terlihat nanti bahwa dalam praktek orang sudah menggunakan fiducia untuk barang-barang yang termasuk dalam pengertian barang tetap. Lagi pula perbedaan atas barang tetap dan barang bergerak ini sudah menjadi kabur dengan dikeluarkannya Undang-Undang Pokok Agraria (UU No. 5 tahun 1960) yang tidak menggunakan pembedaan yang demikian melainkan pembedaan atas tanah dan bukan tanah.²³

²² Oey Hoey Tiong, *Fiducia sebagai Jaminan : Unsur-unsur Perikatan*. Jakarta : Ghalia Indonesia, 1984, hal 45.

²³ *Ibid.* hal. 47

Apa yang menjadi kehendak Mahkamah Agung untuk secara konsisten menerapkan fiducia hanya untuk barang-barang bergerak, tergeser oleh kenyataan akibat kebutuhan praktek untuk menggunakan barang-barang tetap sebagai obyek fiducia. Kenyataan ini bahkan kemudian dikuatkan dengan diaturnya fiducia dalam Undang-Undang Rumah Susun (UU No. 16 tahun 1985) dan Undang-Undang Perumahan dan Permukiman (UU No. 4 tahun 1992), sehingga menjadi hukum positif.

Pembedaan benda bergerak dan benda tidak bergerak dalam kaitan untuk menentukan jenis lembaga jaminan mana yang cocok, selain diatur dalam KUH.Perdata juga dikenal di beberapa negara lain seperti Belanda, Perancis, Taiwan, Jepang dan sebagainya.

Benda bergerak adalah benda yang karena sifatnya dapat berpindah atau dapat dipindahkan tanpa mengubah wujud, fungsi dan hakikatnya, atau benda bergerak karena undang-undang (misalnya hak-hak atas benda bergerak, saham dan sebagainya), demikian pula pengertian benda tidak bergerak karena sifatnya adalah benda yang apabila dipindahkan akan mengubah wujud, fungsi dan hakikatnya (tanah, bangunan) atau benda tidak bergerak karena tujuannya (mesin pabrik atau alat-alat yang dipakai dalam pabrik) atau karena undang-undang (hak-hak atas benda tidak bergerak, hipotik dan sebagainya).²⁴

Pada dewasa ini sebagaimana pengertian yang berkembang di masyarakat untuk menganggap tanah dan bangunan atau benda-benda lain di atas tanah sebagai kesatuannya, perlu mendapat perhatian. Walaupun tanah dan bangunan merupakan benda tetap, tetapi keduanya mempunyai perbedaan yang esensial. Keduanya mempunyai sifat dan sistem yang berlainan. Tanah mempunyai sifat yang berkaitan dengan kebudayaan, religius, sakral, politis, ekonomis, kesatuan dan

²⁴ Sri Soedewi Masjuchun Sofwan, Hukum Benda. Yogyakarta : Liberty, 198. hal. 20.

keamanan. Sementara bangunan lebih menunjukkan sifat-sifat ekonomis dan mempunyai waktu yang relatif sementara dibandingkan dengan tanah yang bersifat abadi. Pengaturan mengenai masalah tanah perlu dilakukan secara ekstra hati-hati karena termasuk bidang hukum yang tidak netral sehingga mempunyai sifat sensitif dan konflik. Sementara pengaturan masalah bangunan lebih gampang dilakukan mengingat sifatnya yang netral sehingga lebih mudah mengatasi konflik yang timbul dalam rangka mengatur masalah bangunan ini.

Sebagaimana diketahui bahwa tanah telah diatur dalam UUPA. Dengan demikian telah terjadi unifikasi hukum bagi benda tanah melalui UUPA, tetapi masih ada dualisme hukum dalam hukum benda bagi bukan tanah, baik yang diatur di dalam KUH.Perdata maupun dalam hukum adat.

Pemisahan atas tanah dengan benda-benda yang ada di atas tanah merupakan konsekuensi penerapan asas pemisahan horisontal yang dikenal di dalam hukum adat dan dikembangkan di dalam UUPA. Sementara itu KUH.Perdata mendasarkan pada asas pelekatan vertikal. Kedua asas tersebut bertentangan satu sama lain. Asas mana yang dipakai menjadi penting mengingat hubungan hukum antara tanah dengan benda lain yang melekat padanya menjadi sangat utama, dan juga mengingat demi kepastian hukum akan kedudukan hukum dari benda yang melekat pada tanah itu sangat penting karena hal ini mempunyai pengaruh yang luas terhadap segala hubungan hukum yang menyangkut tanah dan benda yang melekat padanya.

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

kedua asas ini diterapkan secara berdampingan sesuai dengan tata hukum yang berlaku dewasa ini.

Sekarang ini pengaruh asas pelekatan vertikal yang merupakan dasar hukum pertanahan KUH.Perdata masih besar dalam kehidupan masyarakat terutama sekali bagi masyarakat kota. Dalam kehidupan sehari-hari masyarakat kota dengan alam pikiran bahwa rumah selalu menyatu dengan tanahnya, adalah pengaruh alam pikiran KUH.Perdata dan bukan alam pikiran UUPA ataupun hukum adat. Sedangkan di pedesaan anggota masyarakatnya masih berpikir berdasarkan hukum adat dimana pemilikan rumah tidak selalu harus mencakup tanah di mana rumah tersebut berdiri.²⁵

Sebagaimana sifat konsistensi yang ada pada setiap sistem, maka suatu sistem yang terdiri dari sub-sub sistem akan mengandung keterkaitan dalam hubungan yang harmonis dan serasi, tidak berbenturan oleh karena memiliki asas-asas, sendi-sendi yang terpadu. Dengan demikian keluarnya Undang-Undang Hak Tanggungan (UU No. 4 tahun 1996) yang merupakan salah satu tujuan utama UUPA untuk menuntaskan unifikasi hukum tanah nasional harus mengandung asas-asas yang sama. Hal ini mengingat, terjadinya suatu undang-undang selalu berkaitan dan berhubungan dengan peraturan perundang-undangan lain, dan tidak ada undang-undang yang berdiri sendiri lepas sama sekali dari keseluruhan perundang-undangan. Setiap undang-undang merupakan bagian dari keseluruhan sistem perundang-undangan.

Asas²⁶ yang dianut di dalam UUPA adalah asas pemisahan horisontal yang diangkat dari hukum adat. Seharusnya UUHT sebagai tujuan yang dikehendaki

²⁵ Djuhaendah Hasan. Op cit. hal. 67

²⁶ Asas adalah sesuatu yang dapat dijadikan sebagai alas, sebagai dasar, sebagai tumpuan, sebagai pokok pangkal, sebagai fondamen, sebagai tempat untuk menyanggah, untuk mengembalikan sesuatu hal, yang hendak kita jelaskan.

UUPA mengikuti penerapan asas horisontal ini. Tetapi nampaknya, dari judulnya saja yang berbunyi " Hak tanggungan atas tanah beserta benda-benda yang berkaitan dengan tanah", sudah mengindikasikan bahwa di dalam UUHT ini konsep hubungan tanah dan benda yang berkaitan dengan tanah diletakkan hubungan yang permanen (tetap), bukan sebagai alternatif. Artinya UUHT ini tidak secara konsisten menerapkan asas pemisahan horisontal.

Pasal 4 ayat 5 UUHT menyatakan : Apabila bangunan, tanaman dan hasil karya sebagaimana dimaksud ayat (4) tidak dimiliki oleh pemegang hak atas tanah, maka 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. Penjelasan UUHT menyatakan selanjutnya sebagai konsekuensi dari ketentuan termaksud ayat (4), pembebanan hak tanggungan atas bangunan, tanaman dan hasil karya yang merupakan satu kesatuan dengan tanah yang pemiliknya lain dari pada pemegang hak atas tanah wajib dilakukan bersamaan dengan pemberian hak tanggungan atas tanah yang bersangkutan dan dinyatakan dalam suatu akta pemberian hak tanggungan, yang ditandatangani bersama pemiliknya dan pemegang hak atas tanahnya, keduanya sebagai pihak pemberi tanggungan.

Berdasarkan atas hal-hal tersebut di atas, maka untuk setiap pemberian hak tanggungan pemegang hak atas tanah harus turut serta sebagai pemberi hak tanggungan. Ketentuan ini tidak logis dan tidak mungkin hidup di tengah-tengah masyarakat. Pemegang hak atas tanah yang belum mempunyai kepentingan yang sama dengan pemilik bangunan yang membutuhkan kredit dan menjaminkan

bangunannya, wajib serta menandatangani akta pemberian hak tanggungan. Dengan demikian pemegang hak atas tanah menjadi penjamin dalam perjanjian kredit. Jika pemilik bangunan ingkar janji dengan sendirinya pemegang hak atas tanah harus merelakan tanahnya untuk dilelang dalam rangka melunasi kredit dari pemilik bangunan.²⁷

Kepentingan pemilik bangunan belum tentu sama dengan kepentingan pemegang hak atas tanah. Setiap orang mempunyai kepentingan yang berbeda. Kepentingan penerima kredit / pemilik bangunan tidak selalu sama dengan kepentingan pemegang hak atas tanah. Jika pemegang hak atas bangunan membutuhkan kredit, pemilik tanah belum tentu membutuhkannya. Jika pemegang hak atas tanah diwajibkan menyerahkan tanahnya sebagai jaminan, berarti yang bersangkutan dikorbankan untuk kepentingan penerima kredit / pemilik bangunan. Jika penerima kredit / pemilik bangunan tidak mampu melunasi kreditnya, maka pemegang hak atas tanah wajib merelakan hak atas tanahnya dilelang untuk melunasi kredit yang tidak dinikmatinya. Dalam hal ini, tidak memberikan perlindungan hukum kepada pemegang hak atas tanah yang memiliki kedudukan yang lebih penting dari pada pemilik bangunan, karena hak atas tanahnya yang dapat dijadikan obyek hak tanggungan.

Di lain pihak justru ketentuan yang ada dalam Undang-Undang Rumah Susun (UU No. 16 tahun 1985) dan Undang-Undang Perumahan dan Permukiman (UU No. 4 tahun 1992) secara tegas menerapkan asas pemisahan horisontal sebagaimana dapat diketahui dari Pasal 12 dan 13 UU No. 16 tahun 1985 dan Pasal 15 beserta penjelasannya dari UU No. 4 tahun 1992. Kedua undang-undang tersebut memisahkan secara tegas kepemilikan antara tanah dan bangunan yang ada di atasnya. Dengan demikian kedua benda tersebut bisa dijamin dengan lembaga

²⁷ Mariam Darus Badruzaman, Kertas kerja Seminar Hak Tanggungan, 1996 FH Unpad.

jaminan yang berbeda, yaitu dengan hak tanggungan untuk tanahnya dan fiducia untuk bangunannya.

G. SISTEMATIKA PENULISAN

Sistematika dalam penulisan tesis ini dibagi dalam 4 bab, yang terdiri dari :

Bab I Merupakan pendahuluan yang memuat uraian mengenai latar belakang, perumusan masalah, tujuan penelitian, kegunaan penelitian, metode penelitian, kerangka pemikiran, dan sistematikan penulisan.

Bab II Tinjauan Pusataka mengenai Kedudukan Fiducia Sebagai Lembaga Jaminan Setelah Berlakunya UU Hak Tanggungan. Bab kedua ini terdiri dari tiga sub bab.

Sub A. Berjudul Tinjauan Atas Kredit dan Jaminan. Di sini diuraikan tentang Perjanjian kredit yang merupakan perjanjian yang harus dibuat sebelum pengikatan jaminan dilakukan serta konsep-konsep dan jenis-jenis lembaga jaminan.

Sub B. Berjudul Fiducia Dalam Sistem Hukum Jaminan, yang terdiri atas :

1. Fiducia Sebagai Institusi Sosial.
2. Fiducia Sebagai Alternatif Lembaga Jaminan Lain.
3. Sistem Hukum Jaminan.

Sub C. Berjudul Perkembangan Fiducia. Merupakan uraian tentang perkembangan lembaga jaminan fiducia dari sejarah terbentuknya lembaga tersebut dan kemudian diakui lewat yurisprudensi sampai diaturnya lembaga jaminan tersebut dalam hukum tertulis.

Bab III Merupakan bagian analisis masalah yang memuat hasil penelitian dan pembahasan. Dalam bab ini disajikan hasil penelitian yang meliputi data sekunder dan data primer. Penyajian hasil penelitian beserta analisisnya disusun menurut urutan masalah yang diteliti.

Bab IV Merupakan Penutup, yang memuat kesimpulan yang dapat dirumuskan berdasarkan hasil penelitian beserta analisisnya sebagai diuraikan pada bab terdahulu. Bab ini juga memuat sejumlah rekomendasi yang relevan dengan kesimpulan yang diajukan.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. TINJAUAN ATAS KREDIT DAN JAMINAN

Hukum Jaminan merupakan bidang hukum yang sangat penting dalam pembangunan ekonomi. Dapat dikatakan hukum jaminan merupakan pendukung dan penunjang realisasi pembangunan dalam bidang ekonomi, sehingga karenanya lembaga jaminan sangat berperan dalam penyaluran dana melalui kredit perbankan. Dalam hal ini jaminan merupakan upaya hukum dalam mengkover piutang dan sebagai tindakan preventif dalam penyelesaian perjanjian kredit. Secara yuridis, jaminan merupakan sarana pelunasan piutang kreditur. Dengan demikian membicarakan jaminan akan selalu terkait dengan masalah kredit.

Istilah jaminan berasal dari kata "jamin" yang berarti tanggung, sehingga jaminan dapat diartikan sebagai tanggungan.¹ Dalam hal ini yang dimaksud adalah tanggungan atas segala perikatan dari seseorang seperti yang ditentukan dalam Pasal 1131 KUH.Perdata maupun tanggungan atas perikatan tertentu dari seseorang seperti yang diatur dalam Pasal 1139 - 1149 (Piutang Yang Diistimewakan), Pasal 1150 - 1160 (Gadai), Pasal 1162 - 1178 (Hipotik) -- yang dalam hal ini telah diganti dengan Hak Tanggungan (UU No. 4 tahun 1996), Pasal 1820 - 1850 (Penanggungan utang), dan akhirnya seperti yang ditetapkan oleh yurisprudensi ialah Fiducia.

Pengaturan jaminan dalam kredit perbankan dewasa ini secara formal diatur dalam Undang-Undang Perbankan (UU No.7 tahun 1992) dilengkapi dengan

¹ Oey Hoey Tiong, *Fiducia Sebagai Jaminan : Unsur-Unsur Perikatan*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1984, hal. 14.

beberapaketentuan Surat Edaran Bank Indonesia. UU Perbankan menunjuk "perjanjian pinjam meminjam" sebagaimana diatur dalam Pasal 1754 KUH.Perdata sebagai dasar dari perjanjian kredit. Hal ini dapat dilihat dari perumusan pengertian kredit menurut UU Perbankan, yang menyatakan bahwa kredit adalah penyediaan uang atau tagihan yang dapat dipersamakan dengan itu, berdasarkan persetujuan atau kesepakatan pinjam meminjam antar bank dengan pihak lain yang mewajibkan peminjam untuk melunasi utangnya setelah jangka waktu tertentu dengan jumlah bunga, imbalan atau pembagian hasil keuntungan.

Kata kredit berasal dari bahasa Romawi "credere" artinya percaya.² Kepercayaan ini merupakan dasar dari setiap perikatan, yaitu seorang berhak menuntut sesuatu dari orang lain. Oleh karena itu dasar dari kredit adalah kepercayaan. Seorang atau suatu badan yang memberikan kredit (kreditur) percaya bahwa penerima kredit (debitur) dimasa mendatang akan sanggup memenuhi segala sesuatu yang telah dijanjikan. Apa yang dijanjikan itu dapat berupa uang, barang atau jasa.³

Dengan akan diterimanya kontra prestasi pada masa yang akan datang, maka jelas tergambar bahwa kredit dalam arti ekonomi adalah penundaan pembayaran dari prestasi yang diberikan sekarang, baik dalam bentuk barang, uang, maupun jasa.⁴ Berdasarkan pengertian tersebut, kredit mengandung makna yang luas, antara lain :

1. Kredit berupa uang, yang dikemudian hari dikembalikan dalam bentuk uang.

² Mariam Darus Badruzaman, Aneka Hukum Bisnis, Bandung: Alumni, 1994. hal. 137. Bandingkan dengan Purwahid Patrik, Aspek Yuridis Gadai Saham Sebagai Jaminan Kredit, Makalah Seminar Nasional Hukum Ekonomi, Program Magister Ilmu Hukum Undip, 1996, hal.2.

³ Purwahid Patrik, *ibid.*

⁴ Thomas Suyatno, Dasar-Dasar Perkreditan. Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1993, hal. 12.

2. Kredit berupa uang, yang dikemudian hari dikembalikan dalam bentuk barang.
3. Kredit dalam bentuk barang, yang dikemudian hari dikembalikan dalam bentuk barang.
4. Kredit dalam bentuk barang, yang dikemudian hari dikembalikan dalam bentuk uang.

Tujuan kredit adalah untuk mengembangkan pembangunan dengan berdasarkan prinsip ekonomi yaitu dengan pengorbanan sekecil-kecilnya dapat diperoleh keuntungan yang sebesar-besarnya, maka pada umumnya tujuan kredit secara ekonomi adalah untuk mendapat keuntungan.⁵ Karena itu bank sebagai kreditur hanya akan memberi kredit apabila ia yakin bahwa calon debitur itu akan mampu mengembalikan kredit disertai bunga, imbalan atau pembagian hasil sebagaimana telah disepakati.

Hubungan antara bank sebagai kreditur dan nasabah sebagai debitur sebagai suatu hubungan kepercayaan (*fiduciary relationship*). Hubungan kepercayaan demikian belum dipahami betul oleh kalangan masyarakat. Menurut Symons Jr hubungan antara bank dan nasabah bukanlah hanya sekedar hubungan debitur - kreditur semata, tetapi lebih dari itu. Dilihat dari transaksi kredit dan penyimpanan dana, adalah memang hubungan debitur - kreditur. Namun mengingat status bank yang unik di dalam masyarakat, dimana bank adalah a *place of special safety and probity*, maka hubungan tersebut adalah suatu *fiduciary*.⁶

⁵ Ibid. hal 5.

⁶ Edward L Symons dalam Sutan Remy Sjahdeini, Beberapa Pokok Pikiran Mengenai Reformasi Hukum Perbankan, Bahan Kuliah Umum Undip, 1997.

Undang-Undang Perbankan (UU No. 7 tahun 1992) juga telah melihat hubungan antara bank dengan nasabah sebagai suatu fiduciary relationship, yaitu:

1. Penjelasan Pasal 29 UU Perbankan yang antara lain menyatakan "..... bank, terutama bekerja dengan dana dari masyarakat yang disimpan pada bank atas dasar kepercayaan...."
2. Pasal 29 ayat 5 UU Perbankan yang menentukan bahwa " untuk kepentingan nasabah, bank menyediakan informasi mengenai kemungkinan timbulnya resiko kerugian bagi transaksi nasabah yang dilakukan melalui bank."
3. Penjelasan Pasal 40 ayat 1 UU Perbankan yang antara lain mengemukakan bahwa "kerahasiaan ini diperlukan untuk kepentingan bank sendiri yang memerlukan kepercayaan masyarakat yang menyimpan uangnya di bank. Masyarakat hanya akan mempercayakan uangnya pada bank atau memanfaatkan jasa bank apabila dari bank ada jaminan bahwa pengetahuan bank tentang simpanan dan keadaan keuangan nasabah tidak akan disalahgunakan.

Dari ketentuan Pasal 29 ayat 5 UU Perbankan, dapat disimpulkan bahwa penyediaan informasi oleh bank kepada nasabah tersebut bukan hanya sekedar suatu jasa yang optimal sifatnya, tetapi merupakan suatu kewajiban bank yang harus dilaksanakan tanpa imbalan dari nasabah. Dalam pengertian informasi, termasuk pemberian advis. Kewajiban pemberian informasi dan advis ini timbul pada bank apabila transaksi nasabah yang dilakukan melalui bank itu mengandung resiko kerugian yang besar bagi nasabah.⁷

⁷ Ibid. hal 49.

Kredit selalu bertujuan, karena itu tidak mungkin kreditur memberikan kredit kepada debitur dengan asal saja tanpa tujuan atau untuk dipakai untuk apa saja oleh debitur. Bank dalam memberikan kredit selalu memastikan untuk apa penggunaan kredit tersebut, karena apabila terjadi penyimpangan dari tujuan kredit yang telah disepakati akan dapat mengancam kepentingannya bank sendiri. Artinya di sini adalah bank harus menerapkan prinsip kehati-hatian.

tetapi adakalanya prinsip kehati-hatian ini kemudian diabaikan oleh bank sendiri manakala karena terjadi pengaliran dana dari masyarakat kepada bank sebagai akibat tawaran fasilitas yang menarik dari bank yang berupa tingginya suku bunga, baik dalam bentuk tabungan, giro, maupun deposito, yang kemudian berdampak pada diberikannya kemudahan-kemudahan dalam penyaluran / memberikan kredit kepada masyarakat pengguna jasa bank. Pada akhirnya pihak bank berlomba-lomba untuk membuka lebar-lebar kran kreditnya dalam rangka mengembalikan dana (kredit) kepada masyarakat. Kemudahan fasilitas serta persyaratan yang ditawarkan bank tanpa diimbangi dengan analisa secara akurat mengenai kondisi debitur pada akhirnya menimbulkan kesulitan-kesulitan bagi kehidupan bank itu sendiri, yaitu bermunculannya "kredit bermasalah" atau kredit macet.

Kredit bermasalah atau problem loan adalah kredit-kredit yang tergolong sebagai kredit yang kurang lancar, kredit diragukan dan kredit macet. Pengertian ini didasarkan atas Surat Edaran Bank Indonesia No. 26 / 4 / BPPP tanggal 29 Mei 1993 perihal " Kualitas aktiva produktif dan pembentukan penyisihan aktiva produktif" , yang membagi kredit bank ke dalam empat kategori yang dilakukan berdasarkan kolektibilitasnya, yaitu :

1. Kredit lancar.
2. Kredit kurang lancar.

3. Kredit diragukan.

4. Kredit macet.

Apabila ditelaah secara seksama, di samping faktor-faktor yang bersifat ekstern, maraknya problem loan juga disebabkan oleh beberapa faktor internal bank sendiri. Faktor-faktor internal tersebut antara lain :

1. Kurang tajamnya analisa permohonan kredit, menyebabkan bank tidak mampu menyimpulkan apakah usaha calon debitur layak atau tidak dibiayai dengan kredit.
2. Sistem pengawasan dan administrasi bank yang kurang baik. Tidak dilakukannya sistem pengawasan dan administrasi yang tertib akan menyebabkan manajemen tidak dapat memantau penggunaan kredit dan perkembangan usaha debitur serta porffolio perkreditan secara keseluruhan. Dengan demikian manajemen tidak dapat melakukan tindakan secara nyata dan tepat apabila ditemukan penyimpangan-penyimpangan.
3. Campur tangan pemilik bank secara berlebihan dalam pemberian kredit, sehingga kebijaksanaan perkreditan bank cenderung menyimpang dari asas perkreditan yang sehat.
4. Pengikatan jaminan yang kurang sempurna, dapat menyebabkan sulitnya penyelesaian kredit macet.⁸

Jadi, sekalipun bank dalam memberikan kredit tidak pernah menginginkan bahwa kredit yang diberikan akan menjadi kredit bermasalah, tetapi kemungkinan problem loan selalu ada. Biasanya untuk menghindari kredit bermasalah ini bank

⁸ Zudan Arif F dan Hadi Wueyan, Hukum Ekonomi, Surabaya: Karya Abditama, 1997. hal. 87.

melakukan segala upaya preventif yang meliputi tindakan-tindakan yang dikenal sebagai upaya penyelamatan kredit dan upaya penagihan kredit.⁹

Upaya Penyelamatan Kredit.

Upaya penyelamatan kredit merupakan tindakan yang pertama-tama dilakukan apabila suatu kredit sudah menjadi bermasalah. Upaya ini hanya akan ditempuh oleh bank apabila bank merasa yakin bahwa usaha nasabah debitur masih mempunyai prospek. Tindakan yang dilakukan bank adalah berusaha untuk melancarkan kembali kredit yang telah tergolong tidak lancar, diragukan atau bahkan telah tergolong macet, menjadi kredit lancar sehingga kembali mempunyai kemampuan untuk membayar kepada bank.

Upaya-upaya penyelamatan kredit yang dapat dilakukan bank adalah :

1. Penjadwalan kembali (rescheduling), yaitu upaya berupa melakukan perubahan syarat-syarat perjanjian kredit yang berkenaan dengan jadwal pembayaran kembali kredit atau jangka waktu kredit, termasuk grace period atau masa tenggang baik termasuk perubahan besarnya jumlah angsuran maupun tidak.
2. Persyaratan kembali (reconditioning), yaitu upaya berupa melakukan perubahan atas sebagian atau seluruh syarat-syarat perjanjian kredit, yang tidak terbatas hanya kepada perubahan jadwal angsuran dan atau jangka waktu kredit saja. Namun perubahan tersebut tanpa memberikan tambahan kredit atau tanpa melakukan konversi atas seluruh atau sebagian dari kredit menjadi equity perusahaan.
3. penataan kembali (restructuring), yaitu upaya berupa melakukan perubahan syarat-syarat perjanjian kredit berupa pemberian tambahan kredit, atau melakukan konversi atas seluruh atau sebagian dari kredit menjadi equity

⁹ Purwahid Patrik, Kredit Bermasalah, makalah, tt.

perusahaan yang dilakukan dengan atau tanpa rescheduling dan atau reconditioning.

Mengenai upaya penyelamatan kredit macet yang berupa pendataan kembali dengan cara melakukan konversi atas seluruh atau sebagian dari kredit menjadi equity perusahaan, mendapat dasar hukum dari Pasal 7 huruf c UU Perbankan, yang menyatakan : "melakukan kegiatan penyertaan modal sementara untuk mengatasi akibat kegagalan kredit, dengan syarat harus menarik kembali penyertaannya, dengan memenuhi ketentuan yang ditetapkan oleh Bank Indonesia".

Upaya Penagihan Kredit

Apabila bank dalam mengatasi masalah kredit tetapi tidak berhasil juga menyelamatkan kredit itu, maka bank akan menempuh upaya penagihan kredit. Pada akhirnya jalan akhir yang bisa dilakukan adalah melelang barang-barang debitur yang dijaminkannya.

Sebagai tindakan paling awal yang harus dilakukan dalam rangka penerapan prinsip kehati-hatian dari bank dalam menjalankan fungsinya menyalurkan dana, adalah pada tingkat prosedur mendapatkan kredit. Di sini ada tahap-tahap yang harus dilalui oleh calon debitur, yaitu :

- 1 Tahap pengajuan permohonan dan persiapan kredit (credit application and credit preparation).

Pada tahap ini calon debitur melengkapi dokumen-dokumen yang diperlukan oleh bank. Pengajuan permohonan calon debitur dapat berupa permohonan kredit baru, perpanjangan kredit, perubahan fasilitas kredit yang sedang berjalan dan lain-lain.

2. Tahap penilaian pemeriksaan (credit evaluation and credit investigation).

Pada tahap ini bank melakukan pemeriksaan ke tempat usaha atau jaminan untuk menilai kebenaran data dan informasi yang diberikan oleh calon debitur. Penilaian bank didasarkan atas "5 C s of Credit" (The five C s of credit analysis) sebagaimana disebutkan dalam Penjelasan Pasal 8 UU Perbankan, yaitu :

- a. character (watak).
- b. collateral (jaminan).
- c. capital (modal).
- d. capacity (kemampuan).
- e. condition of economy (kondisi ekonomi).

3. Tahap analisis kredit (credit analysis)

Pada tahap ini dilakukan pekerjaan menguraikan aspek-aspek keuangan dan non keuangan sehingga dapat diambil alternatif-alternatif yang dapat digunakan untuk mengambil keputusan.

4. Tahap keputusan kredit (credit decision).

Setelah dilewati tahap analisis kredit, maka segera dapat ditentukan apakah permohonan suatu kredit dapat dikabulkan atau ditolak. Diterimanya permohonan kredit bisa berarti dikabulkan seluruhnya atau disetujui sebagian. Sedangkan penolakan akan dilakukan apabila permohonan yang diajukan nyata-nyata dianggap oleh bank secara teknis tidak memenuhi persyaratan.

5. Tahap Pelaksanaan dan administrasi kredit (credit realisation and credit administration).

Pada tahap ini calon debitur harus mau menerima semua syarat yang dicantumkan dalam keputusan kredit. Pada saat kredit diterimakan, calon debitur harus menandatangani persetujuan kredit di bawah tangan maupun di hadapan notaris.

6. Tahap pengawasan kredit.

Tahap ini dilakukan agar kredit yang diberikan dapat sesuai dengan sasaran, sesuai dengan tujuan yang telah ditetapkan. Pengawasan ini dilakukan secara pasif dan aktif. Pengawasan pasif dilakukan bank dengan cara memeriksa laporan yang diberikan oleh debiturnya. Pemeriksaan aktif dilakukan dengan mengadakan pemeriksaan setempat untuk mencocokkan laporan yang diberikan.

Pemberian kredit berarti memberikan kepercayaan kepada debitur oleh kreditur, meskipun kepercayaan tersebut mengandung resiko yang tinggi, karena itu dalam pemberian kredit terdapat beberapa unsur yang sering disebut unsur-unsur kredit, yaitu :¹⁰

1. Kepercayaan.

Yaitu keyakinan pemberi kredit bahwa kredit yang diberikannya akan diterima kembali dalam jangka waktu tertentu dikemudian hari.

2. Waktu.

Yaitu jangka waktu antara masa pemberian kredit dan masa pengembalian kredit. Di sini terkandung arti bahwa nilai uang pada waktu pemberian kredit (nilai agio) adalah lebih tinggi dari pada nilai uang yang akan diterima pada waktu pengembalian kredit dikemudian hari.

3. degree of risk.

Yaitu antara tingkat resiko yang akan dihadapi sebagai akibat jangka waktu yang memisahkan antara pemberian kredit dan pengembalian kredit dikemudian hari. Makin lama jangka waktu pengembalian kredit makin tinggi pula tingkat resikonya. Karena ada unsur resiko ini maka suatu perjanjian

¹⁰ Djuhaendah Hasan, op cit. hal.147 - 148.

kredit perlu suatu jaminan.

4. Prestasi.

Yang diberikan adalah suatu prestasi yang dapat berupa barang, jasa atau uang. Dalam perkembangan perkreditan di alam modern maka yang dimaksud dengan prestasi dalam pemberian kredit adalah uang.

Pemberian kredit oleh bank (kreditur) kepada debitur harus dilakukan dengan suatu perjanjian. Selam ini pemberian kredit tersebut menyatu kepada ketentuan hukum yang diatur dalam Buku III KUH.Perdata, yaitu suatu perjanjian yang diadakan antara bank dengan calon debitur untuk mendapat kredit dari bank bersangkutan.. UU Perbankan tidak menyebut tentang perjanjian kredit sebagai dasar pemberian kredit, bahkan istilah perjanjian kredit ini juga tidak ditemukan dalam ketentuan UU No. 7 tahun 1992 tersebut. Ada perbedaan pendapat tentang apa bentuk perjanjian kredit ini.¹¹ Apapun bentuknya, tetaplah harus dipenuhi syarat sah nya suatu perjanjian sebagaimana diatur dalam Pasal 1320 KUH.Perdata, yaitu :

1. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya.
2. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan.
3. Suatu hal tertentu.
4. Suatu sebab yang halal.

Syarat yang pertama dan kedua adalah syarat yang menyangkut subyeknya, sedang dua syarat yang terakhir adalah mengenai obyeknya. Keempat syarat tersebut mendapat pengaturan dan penjabaran lebih lanjut dalam pasal-pasal dibelakang pasal 1320 KUH.Perdata.

¹¹ Lihat Subekti, Jaminan-Jaminan untuk pemberian kredit menurut hukum Indonesia, Bandung: Alumni, 1982, hal 13. Bandingkan Mariam Darus Badruzaman, Perjanjian Kredit Bank, Bandung : Alumni, 1983, hal 11. Lihat pula Marhainis Abdul Hay, Hukum Perbankan Indonesia, Jakarta: Pradnya Paramita, 1975, hal.67.

Syarat yang pertama dan kedua untuk sahnya perjanjian yakni kesepakatan dan kecakapan adalah syarat subyektif, dan apabila tidak dipenuhi maka perjanjian dapat dimintakan pembatalan. Sedangkan syarat ketiga dan keempat, yaitu suatu hal tertentu dan kausa yang halal merupakan syarat obyektif perjanjian dan harus dipenuhi, jika tidak dipenuhi maka perjanjian batal demi hukum.

Di samping itu, suatu perjanjian kredit mempunyai identitas sendiri, yang bisa dibedakan dengan perjanjian lain seperti perjanjian pinjam meminjam. Perbedaan antara perjanjian kredit dengan perjanjian pinjam meminjam terletak pada beberapa hal, antara lain :

1. Perjanjian kredit selalu bertujuan dan tujuan tersebut biasanya berkaitan dengan program pembangunan, biasanya dalam perjanjian kredit sudah ditentukan tujuan penggunaan uang yang akan diterima tersebut sedangkan dalam perjanjian pinjam meminjam tidak ada ketentuan tersebut dan debitur dapat menggunakan uangnya secara bebas.
2. dalam perjanjian kredit sudah ditentukan bahwa pemberi kredit adalah bank atau lembaga pembiayaan dan tidak mungkin diberikan oleh individu, sedangkan dalam perjanjian pinjam meminjam pemberi pinjaman dapat oleh individu.
3. Pengaturan yang berlaku bagi perjanjian kredit berbeda dengan perjanjian pinjam meminjam. Bagi perjanjian pinjam meminjam berlaku ketentuan umum dari Buku III dan Bab XIII KUH.Perdata. Sedangkan bagi perjanjian kredit akan berlaku ketentuan dalam UUD 1945, ketentuan bidang ekonomi dalam GBHN, ketentuan dalam KUH.Perdata, UU No.7 tahun 1992 tentang Perbankan, Paket kebijaksanaan pemerintah dalam bidang ekonomi terutama dalam bidang

perbankan, Surat edaran Bang Indonesia, dan sebagainya.

4. Pada perjanjian kredit telah ditentukan bahwa pengembalian uang pinjaman itu harus disertai bunga, imbalan atau pembagian hasil, sedangkan dalam perjanjian pinjam meminjam hanya berupa bunga saja dan bunga inipun baru ada apabila diperjanjikan.
5. Pada perjanjian kredit bank harus mempunyai keyakinan akan kemampuan debitur akan pengembalian kredit yang diformulasikan dalam bentuk jaminan baik materil maupun immateril. Sedangkan dalam perjanjian pinjam meminjam jaminan merupakan pengaman bagi kepastian pelunasan hutang dan inipun baru ada apabila diperjanjikan, dan jaminan ini hanya merupakan jaminan secara fisik atau materil saja.¹²

Kecenderungan sekarang ini makin memperlihatkan bahwa banyak perjanjian di dalam transaksi bisnis, termasuk transaksi perbankan, terjadi dengan cara dipihak yang satu telah menyiapkan syarat-syarat baku pada suatu formulir perjanjian yang sudah dicetak dan kemudian disodorkan kepada pihak lainnya untuk disetujui dengan hampir tidak memberikan kebebasan sama sekali kepada pihak lainnya untuk melakukan negoisasi atas syarat-syarat yang disodorkan itu. Perjanjian yang demikian inilah yang dinamakan "perjanjian baku" atau "perjanjian standar".

Perjanjian baku ini memiliki karakter sebagai berikut :

1. Ditentukan secara sepihak.
2. Berbentuk formulir.
3. Mengandung syarat eksonerasi.
4. Dicetak dengan huruf kecil.

¹² Djuhaendah Hasan, op cit. hal 175.

5. Disodorkan kepada konsumen sebagai "take it or leave it contract."

Yang menjadi persoalan adalah pada perjanjian-perjanjian baku perbankan adalah sering dimuatnya klausul-klausul yang *onredelijkbzewarend* atau *unreasonably onerous*. Klausul-klausul ini merupakan klausul-klausul yang secara tidak wajar sangat memberatkan bagi pihak nasabah (debitur). Termasuk jenis yang disebut klausul-klausul *unreasonably onerous* ialah *exemption clause* atau klausula eksepsi, yaitu klausul yang bertujuan untuk membebaskan atau membatasi tanggungjawab bank terhadap gugatan nasabah dalam hal tidak atau tidak dengan semestinya melaksanakan kewajibannya yang ditentukan dalam perjanjian tersebut.¹³

Syarat yang membatasi tanggungjawab atau syarat eksonerasi pada perjanjian baku pada dasarnya syarat yang berisi upaya untuk membebaskan atau membatasi tanggung jawab seseorang dalam melaksanakan perjanjian. Orang tidak ingin menderita kerugian terlalu besar terhadap perbuatan atau perjanjian yang ia buat, ia berusaha membebaskan atau membatasi tanggungjawabnya dengan mencantumkan syarat-syarat itu dalam perjanjian.¹⁴

Kiranya klausul eksonerasi pada perjanjian baku khususnya dalam perjanjian kredit perbankan yang sifatnya merugikan masyarakat yang dalam hal ini adalah debitur, perlu diletakkan dalam pengawasan. Apalagi dengan melihat perkembangan akhir-akhir ini yang telah begitu meluas penggunaan perjanjian baku ini. Perjanjian baku ini tentunya bisa dipertanyakan tentang keabsahannya apabila ditinjau dari unsur pertama syarat untuk sahnya suatu perjanjian sebagaimana diatur dalam Pasal 1320 KUH.Perdata, yakni "kesepakatan" . Adakah

¹³ Sutan Remy Syadeini, Beberapa Pokok Pikiran Mengenai Reformasi Hukum Perbankan Indonesia, Makalah Kuliah Umum Undip, 1997. hal.52.

¹⁴ Purwahid Patrik, Perjanjian Baku dan syarat-syarat eksonerasi, Makalah sebagai bahan penataran Dosen Perdata Seluruh Indonesia, 1995. hal.11.

cacat kehendak dalam perjanjian baku ini yang berupa penyalahgunaan keadaan.

Jaminan Kredit

Masalah jaminan sangat penting, tidak saja dalam masalah perkreditan tetapi juga dalam transaksi dagang atau bisnis. Di Amerika hal tersebut dikenal dengan istilah "secured transaction". Istilah secured transaction bukanlah istilah yang dikenal dalam hukum Indonesia, namun istilah ini sudah sering mulai digunakan di Indonesia di dalam percakapan bisnis akhir-akhir ini. Suatu transaksi dagang atau bisnis, tidak hanya melibatkan adanya suatu perjanjian penjualan barang yang diikuti dengan pelaksanaannya berupa penyerahan barang yang dijual dan dilakukan pembayaran, yaitu baik dengan uang tunai atau dengan alat pembayaran lain yang bukan uang tunai seperti cek atau wesel, tetapi dapat pula melibatkan pemberian security interest atau hak jaminan.

Gerald H Thain menyatakan : " A secured transaction can be defined as an arrangement in which a party, either an individual or a business organization makes a loan, or gives credit, to another party with the expectation that the loan, or gives credit, to another party with the expectation that the loan will be repaid with appropriate interest and that, if the term of the loan transaction are not met, the secured party --- the party to whom the obligation is owed --- will be able to assert rights in collateral.¹⁵

Jadi secured transaction adalah transaksi yang dijamin dengan benda yang disebut agunan yang memberikan hak kepada kreditur untuk menjual benda itu apabila debitur ingkar janji untuk memenuhi kewajibannya dan mengambil hasil

¹⁵ Gerald H Thain, A Basic Outline Of The Law of Secured Transactions, Komponen Pelatihan Hukum, Elips Project, 1993. hal.2.

penjualan benda itu guna memenuhi kewajiban debitur untuk melunasi hutangnya yang dijamin dengan benda itu. Tujuan dari hukum secured transaction adalah untuk melancarkan perdagangan dengan memberikan perlindungan sistem perkreditan sehingga dengan demikian membuat mereka yang mempunyai uang tunai untuk bersedia dipakai uangnya oleh orang lain sebagai pinjaman (kredit) guna membiayai transaksi bisnis orang lain.

Secured transaction yang dikenal dalam perbankan Indonesia umumnya adalah pemberian kredit oleh bank kepada nasabah debiturnya yang dijamin dengan hak jaminan atas benda-benda yang dibiayai dengan kredit bank (disebut agunan pokok) dan atau dengan benda-benda yang tidak dibiayai dengan kredit bank (disebut agunan tambahan). Pemberian kredit oleh bank dapat dilakukan dengan dibuatnya perjanjian kredit antara bank dengan nasabah debitur, dan atau dengan diterbitkannya suatu surat sanggup (yang lazim di kalangan perbankan disebut promissory note, yaitu istilah yang juga diambil dari common law) oleh nasabah debitur.¹⁶

Dalam secured transaction hak-hak fundamental yang dipunyai oleh kreditur adalah :

1. Mendapatkan pelunasan atas utang debitur.
2. Hak untuk menjual property yang menjadi collateral untuk membayar utang debitur apabila debitur tidak melunasi utangnya, yaitu suatu hak yang dapat dipaksakan untuk didahulukan dari tuntutan pihak-pihak ketiga.

Sedangkan hak-hak fundamental yang dipunyai oleh debitur adalah :

1. Hak untuk menebus collateral dengan membayar utangnya (suatu kekuatan untuk meniadakan hak kreditur atas property yang dimaksud).
2. Memiliki hak-hak pemilikan atas jaminan yang dimaksud, kecuali dalam

¹⁶ Sutan Remy Syahdeini, "Secured Transaction", makalah tt. hal. 6.

batas-batas tertentu tidak mempunyai hak-hak yang telah diberikan kepada kreditur.

Sementara itu tujuan dari pada transaksi jaminan dapat dilihat dari pendapat J. David Reitzel yang menyatakan : *"As already noted, a secured transaction (or other security device) reduces the risk of nonpayment faced by a creditor who has made a loan or who has delivered property or rendered services expecting an agreed payment to be made later. How a secured transaction does so can be seen by comparing an unsecured transaction with a secured one".*¹⁷

Dilihat dari tempatnya, hukum jaminan itu sendiri merupakan bagian dari Hukum benda (Buku II KUH.Perdata), diatur di dalam Bab Tentang Piutang-Piutang yang diistimewakan (Bab XIX), Tentang Gadai (Bab XX), Tentang Hipotik (Bab XXI) -- untuk hipotik ini sudah tidak berlaku lagi dengan keluarnya Undang-Undang Hak Tanggungan --- . Di samping itu terdapat hukum jaminan yang diatur di luar Buku II KUH.Perdata, yaitu di dalam Hukum Perikatan yakni Penanggungan (Bab XVII), KUH.Dagang dalam Pasal 314 Tentang Hipotik atas kapal, Dalam Undang-Undang Rumah Susun (UU No 16 tahun 1985), dalam Undang-Undang Tentang Perumahan dan Permukiman (UU No.4 tahun 1992), dalam Undang-Undang Perbankan (UU No.7 tahun 1992), dan dalam Undang-Undang Penerbangan (UU No. 15 tahun 1992).

Berbagai ketentuan yang mengatur hukum jaminan dalam berbagai perundang-undangan tersebut, menunjukkan pengaturan hukum jaminan masih dilakukan secara sektoral, yang dalam hal ini kalau tidak mengacu pada ketaatan asas atas keseluruhan sistem akan menimbulkan disharmonisasi maupun inkonsistensi antara peraturan yang satu dengan yang lain dalam bidang jaminan ini.

¹⁷ J.David Reitzel,dkk. Contemporary Business Law. Mc Graw-Hill Publishing Company, 1990. hal. 496. Bandingkan dengan David Eliot Brody, Business And Its Legal Environment, Toronto: DC Health And Company, 1986, hal. 580.

Pada umumnya jenis-jenis lembaga jaminan yang dikenal dalam Tata Hukum Indonesia dapat digolong-golongkan menurut cara terjadinya, menurut sifatnya, menurut obyeknya, menurut kewenangan menuasainya, dan sebagainya :

- * Jaminan yang lahir karena ditentukan oleh undang-undang dan jaminan yang lahir karena perjanjian.
- * Jaminan yang tergolong jaminan umum dan jaminan khusus.
- * Jaminan yang bersifat kebendaan dan jaminan yang bersifat perorangan.
- * Jaminan yang mempunyai obyek benda bergerak dan jaminan atas benda tak bergerak.
- * Jaminan yang menguasai bendanya dan jaminan tanpa menguasai bendanya.¹⁸

1. Jaminan yang lahir karena undang-undang.

Jaminan yang lahir karena undang-undang ialah jaminan yang adanya ditunjuk oleh undang-undang tanpa adanya perjanjian dari para pihak.¹⁹ Pasal 1131 KUH.Perdata menetapkan bahwa segala kebendaan siberhutang (debitur) baik yang bergerak maupun yang tidak bergerak, baik yang sudah ada maupun yang baru akan ada dikemudian hari, menjadi tanggungan untuk segala perikatannya. Ketentuan ini merupakan dasar dari jaminan yang lahir karena undang-undang.

Ketentuan tersebut mengandung arti bahwa kekayaan seseorang dijadikan jaminan untuk semua kewajibannya, yaitu semua hutangnya. Inilah yang oleh hukum Jerman dinamakan haftung. Kalau seseorang mempunyai hutang maka jaminannya adalah semua kekayaannya. Kekayaan ini dapat disita dan dilelang

¹⁸ Sri Soedewi Maschoen Sofwan, hukum Jaminan di Indonesia : Pokok-Pokok Hukum Jaminan dan Jaminan Perorangan, Yogyakarta : Liberty, 1980. hal 43.

¹⁹ Ibid.

dan dari hasil pelelangan itu diambil suatu jumlah untuk membayar hutangnya kepada krediturnya.²⁰ Ini mengandung arti bahwa kreditur dapat melaksanakan haknya terhadap semua benda debitur, kecuali benda-benda yang dikecualikan oleh undang-undang.

Hak-hak jaminan yang lahir atau ditentukan oleh undang-undang tersebut di antaranya : Hak privilegi, baik privilegi umum maupun khusus (Pasal 1134, 1149, 1139 KUH.Perdata), Hak retensi.

2. Jaminan yang lahir karena perjanjian.

Adanya jaminan yang demikian itu dilakukan dengan perjanjian lebih dahulu antara para pihak. Yang termasuk jaminan jenis ini adalah : hipotik (diganti dengan Hak Tanggungan), gadai, fiducia, penanggungan (*borgtocht*), perjanjian garansi, perutangan tanggung-menanggung.

3. Jaminan Umum.

Adalah jaminan yang diberikan bagi kepentingan semua kreditur dan menyangkut semua harta kekayaan debitur. Dalam hal ini kedudukan kreditur adalah sama berhak (kreditur bersama) dan tak ada yang harus didahulukan dalam pemenuhan piutangnya, yang disebut sebagai kreditur konkuren. Karena benda jaminan itu tidak ditunjuk secara khusus dan tidak diperuntukkan untuk kreditur, maka hasil penjualan benda jaminan itu dibag-bagi di antara para kreditur seimbang dengan piutangnya masing-masing, Jaminan umum ini didasarkan pada ketentuan Pasal 1131 dan Pasal 1132 KUH.Perdata. Jaminan umum ini dalam praktek perkreditan kurang menimbulkan rasa aman dan terjamin bagi kredit yang

²⁰ R.Subekti, *Jaminan-Jaminan untuk Pemberian Kredit menurut Hukum Indonesia*, Bandung : Alumni, 1982, hal. 21.

diberikan. Hal ini mengingat, ditinjau dari sifat haknya para kreditur konkuren itu mempunyai sifat hak para kreditur konkuren itu mempunyai hak yang bersifat perorangan, yaitu hak yang hanya dapat dipertahankan terhadap orang tertentu.

4. Jaminan khusus.

Timbulnya jaminan khusus ini karena pada jaminan umum ini kurang memberi rasa aman bagi kreditur, oleh karena itu kreditur perlu adanya benda-benda tertentu yang ditunjuk secara khusus sebagai jaminan piutangnya dan itu hanya berlaku bagi kreditur tersebut. Jaminan khusus ini terjadi karena adanya perjanjian yang khusus diadakan oleh kreditur dan debitur yang dapat berupa jaminan yang bersifat kebendaan ataupun jaminan yang bersifat perorangan. Jaminan khusus yang bersifat kebendaan adalah hak tanggungan, gadai dan fiducia. Sedangkan jaminan khusus yang bersifat hak perorangan adalah borgtocht, perjanjian garansi, perutusan tanggung menanggung, dan sebagainya.

5. Jaminan yang bersifat kebendaan.²¹

Jaminan yang bersifat kebendaan ialah jaminan yang berupa hak mutlak atas suatu benda, yang mempunyai hubungan langsung atas benda tertentu dari debitur, dapat dipertahankan terhadap siapapun, selalu mengikuti bendanya (*droit de suite*) dan dapat diperalihkan. Kreditur pemegang hak jaminan kebendaan berkedudukan sebagai kreditur preferen, yaitu kreditur yang mempunyai hak mendahului yang dapat mengambil pelunasan terlebih dahulu dari barang jaminan

²¹ Ibid. hal 47. Bandingkan Subekti, op cit. hal 27.

tanpa memperhatikan kreditur-kreditur lainnya. Jaminan yang bersifat kebendaan ini di antaranya adalah hak tanggungan, gadai dan fiducia.

6. Jaminan yang bersifat perorangan.²²

Perjanjian jaminan yang bersifat perorangan merupakan hak relatif yaitu hak yang hanya dapat dipertahankan terhadap orang tertentu yang terikat oleh perjanjian. Perjanjian jaminan perorangan adalah perjanjian jaminan antara kreditur dengan pihak ketiga, perjanjian ini digunakan untuk kepentingan debitur. Dalam perjanjian jaminan perorangan pihak ketiga bertindak sebagai penjamin debitur dalam pelunasan hutang debitur apabila debitur ingkar janji. Dalam perjanjian jaminan perorangan tidak ada benda tertentu milik debitur yang diikat, di sini yang diikat adalah kesanggupan pihak ketiga untuk melunasi hutang debitur.

7. Jaminan benda bergerak dan tak bergerak.

Penggolongan atas benda yang penting menurut sistem hukum perdata yang berlaku kini di Indonesia adalah penggolongan atas benda bergerak dan tidak bergerak.²³ Penggolongan ini mempunyai arti penting dalam berbagai bidang yang berhubungan dengan penyerahan, daluwarsa (*verjaring*), kedudukan berkuasa (*bezit*), pembebanan jaminan. Untuk jaminan benda bergerak, lembaga jaminan yang dapat dipergunakan adalah gadai dan fiducia. Sedangkan untuk benda tak bergerak dapat dipasang dengan hak tanggungan dan juga fiducia.

8. Jaminan dengan menguasai bendanya dan tanpa menguasai bendanya.

²² Lihat Sri Soedewi Maschen Sofwan, *op cit.* hal. 48. dan lihat pula Subekti, *op cit.* hal 49.

²³ Sri Soedewi Mascjoen Sofwan, *op cit.* hal. 49

Penjaminan dengan menguasai bendanya dan tanpa menguasai bendanya dikenal diseluruh perundang-undangan modern sekarang ini, hanya bentuknya yang agak berbeda-beda. Di Indonesia, untuk jaminan dengan menguasai bendanya ada pada jaminan gadai, hak retensi, sedangkan jaminan yang tanpa menguasai bendanya adalah hak tanggungan, dan fiducia.

Sifat Perjanjian Jaminan

Mengenai sifat perjanjian jaminan, lazimnya dikonstruksikan sebagai perjanjian yang bersifat *accessoir* yaitu senantiasa merupakan perjanjian yang dikaitkan dengan perjanjian pokok, mengabdikan pada perjanjian pokok. Dalam praktek perbankan, perjanjian pokoknya itu berupa perjanjian pemberian kredit atau perjanjian membuka kredit oleh bank, dengan kesanggupan memberikan jaminan.²⁴

Kedudukan perjanjian penjaminan yang dikonstruksikan sebagai *accessoir* itu menjamin kuatnya lembaga jaminan tersebut bagi keamanan pemberian kredit oleh kreditur. Sebagai perjanjian yang bersifat *accessoir* memperoleh akibat-akibat hukum seperti halnya perjanjian *accessoir* lainnya, yaitu :

- adanya tergantung pada perjanjian pokok.
- hapusnya tergantung pada perjanjian pokok.
- jika perjanjian pokok batal, ikut batal.
- ikut beralih dengan beralihnya perjanjian pokok.
- jika perutang pokok beralih karena *cessi*, subrogasi, maka ikut beralih juga tanpa adanya penyerahan khusus.

²⁴ Sri Soedewi Maschoen Sofwan, op cit. hal 37.

B. FIDUCIA DALAM SISTEM HUKUM JAMINAN

1. Fiducia Sebagai Institusi Sosial.

Fiducia itu merupakan lembaga jaminan bentuk baru yang keberadaan dan perkembangannya menarik untuk dicermati. Ada bermacam-macam nama untuk menyebut lembaga fiducia ini.²⁷ Di antaranya adalah : fiducia cum creditore, fiduciare eigendom overdracht tot zekerheid, zekerheidseigendom, bezitHoos zekerheidsrecht, dan sebagainya. Namun demikian, figur yang lazim dipakai adalah fiduciare eigendom overdracht, yang diterjemahkan dengan "penyerahan milik atas dasar kepercayaan" dan lebih sering disingkat dengan "fiducia" saja.

Lembaga jaminan fiducia pertama kali timbul atas dasar kebutuhan masyarakat akan kredit dengan jaminan benda-benda bergerak, namun masih memerlukan benda-benda itu untuk dipakai sehari-hari perusahaan atau keperluan bekerja sehari-hari. Jika ditempuh dengan menggunakan lembaga jaminan gadai dan jenis lembaga jaminan lain dalam mencari kredit, maka akan terbentur syarat "inbezitstelling" yang merupakan syarat dalam lembaga jaminan gadai yaitu syarat bahwa bendanya harus berada dalam kekuasaan pemegang gadai sebagaimana diatur dalam Pasal 1152 ayat 2 KUH.Perdata. Memenuhi syarat inbezitstelling dari gadai ini adakalanya dirasakan berat oleh pemberi gadai, karena benda-benda jaminan itu justru sangat dibutuhkan untuk keperluan hidup sehari-hari atau untuk keperluan menjalankan usaha.

Kebutuhan akan kredit / modal yang merupakan dasar munculnya lembaga fiducia, merupakan salah satu dari bermacam-macam kebutuhan manusia dalam masyarakat. Kebutuhan itu berfungsi untuk mempertahankan

²⁷ Lihat Purwahid Patrik dan Kashadi, Hukum Jaminan, FH Undip, 1996. hal 32. Lihat pula Hamzah dan senjun Manuliang, Lembaga Fiducia dan Penerapannya di Indonesia, Jakarta: Indill-Co, 1987. hal. 33-34.

kelangsungan hidup. Namun tidak semua kebutuhan itu mempunyai tingkat kedudukan yang sama. sebagaimana dari kebutuhan-kebutuhan tersebut, disebut sebagai kebutuhan dasar atau kebutuhan pokok, yaitu yang hanya dapat dipenuhi oleh penyediaan bahan dasar fisik, seperti makanan, air, oksigen, tidur, dan sebagainya. Sebagian yang lain dari kebutuhan tersebut tidak dapat digolongkan ke dalam kebutuhan yang bersifat pokok demikian itu, oleh karena tanpa dipenuhinya kebutuhan tersebut, manusia juga masih bisa bertahan hidup di dunia ini.²⁸

Manusia sering diidentifikasi tidak hanya sebagai makhluk biologis, tetapi juga makhluk sosial. Berbagai alasan bisa dikemukakan untuk mendukung identifikasi tersebut. Paul Venogradoff, misalnya mengatakan bahwa pada dasarnya manusia itu pada dasarnya manusia itu adalah makhluk sosial. bagi manusia, melakukan hubungan-hubungan sosial sudah merupakan semacam perintah alam. Hal ini disebabkan, oleh karena manusia itu tidak bisa memenuhi kebutuhan hidupnya dalam keadaan yang terisolasi. Ia senantiasa membutuhkan bantuan dan kerjasama dengan orang lain.²⁹

Dalam melakukan hubungan sosial tersebut, akan terjadi hubungan-hubungan serta kontak-kontak antara para anggota masyarakat yang dilaksanakan menurut suatu pola tertentu. Dilakukannya hubungan serta kontak-kontak antara para anggota masyarakat tidak lain dalam rangka saling memenuhi kebutuhannya. Oleh karena itu di dalam masyarakat dijumpai berbagai institusi yang masing-masing diperlukan oleh masyarakat untuk memenuhi kebutuhannya dan memperlancar jalannya pemenuhan kebutuhan-kebutuhan tersebut. Di antara berbagai kebutuhan tersebut, yaitu :

²⁸ Satjipto Rahardjo, Ilmu Hukum, Bandung : Citra Aditya Bakti, 1991. hal. 124

²⁹ Ibid. hal 125

pengadaan sandang, pangan, papan, dan lain kebutuhan fisik, agama, keselamatan jiwa dan harta benda, kehormatan atau harga diri, kesempatan untuk mengembangkan kemampuan, dan sebagainya.

Apabila masyarakat telah mulai memperhatikan suatu kebutuhan tertentu, maka iapun berusaha agar dalam masyarakat dapat diciptakan suatu sarana untuk memenuhinya. Dari sinilah mulai dilahirkan suatu institusi tertentu. Jadi institusi itu pada hakikatnya merupakan alat perlengkapan masyarakat untuk menjamin agar kebutuhan-kebutuhan dalam masyarakat dapat dipenuhi secara seksama.³⁰

Demikianlah, timbulnya kebutuhan masyarakat untuk mengembangkan usahanya dengan cara memperoleh kredit tetapi masih membutuhkan benda-benda yang hendak dijaminkan tetap berada dalam penguasaan si debitur telah melahirkan lembaga³¹ baru dalam hukum jaminan yang disebut fiducia. Mahadi memberikan suatu contoh yang menunjukkan bahwa lembaga fiducia di samping sebagai lembaga sosial skaligus mempunyai fungsi sosial.³² "A mempunyai sebuah warung di kampung. Biasanya ia membeli barang-barang secara tunai, untuk diperjualbelikan. Ia mempunyai kebiasaan pula kepada langganannya tetapnya, ia menghutangkan. Habis bulan baru dibayar. Mungkin saja pada suatu ketika tagihannya kepada para langganannya itu macet, oleh karena itu ia tak sanggup lagi membeli barang secara tunai. Fiducia memberi jalan keluar. ia pergi kepada B yang memberinya hutang, tetapi ia tetap boleh menguasai barang itu, dan memperjualkannya seperti biasa. Sesudah itu ia membeli lagi barang baru sehingga secara teoritis, volume barangnya tidak

³⁰ Satjipto Rahardjo, *op cit.* hal 125.

³¹ Kata lembaga atau institusi dapat berarti organisasi atau pranata, dan yang dimaksud lembaga di sini adalah dalam arti lembaga hukum yaitu pranata.

³² Mahadi, *Falsafah Hukum suatu pengantar*, Bandung : Alumni, 1991. hal 110.

berkurang. Begitu banyak ia menjual, sebegitu banyak pula ia membeli barang baru". Jadi meskipun si A tidak mempunyai uang tunai untuk membeli barang, dagangannya dapat berjalan terus, seolah-olah tidak terjadi apa-apa. Kalau tidak ada fiducia si A harus menghentikan usahanya, warungnya harus ditutup. Dan masyarakat, para langganannya A kehilangan tempat berhutang.

Dengan demikian, pada fiducia akan terlihat adanya hubungan serta kontak-kontak antara sesama anggota masyarakat. Setiap pihak telah mengetahui apa yang seharusnya dilakukan, kontak-kontak tersebut mengikuti suatu keteraturan tertentu, pola tertentu, pada akhirnya akan membentuk ketertiban.

Hal demikian itulah yang disebut sistem sosial, dimana ketertiban tampil sebagai unsur pertama yang membentuk sistem sosial. Apabila kontak-kontak antara sesama anggota masyarakat memperlihatkan adanya berbagai kepentingan yang perlu diselesaikan, seperti perdagangan, memperoleh pengetahuan, memperoleh hiburan, dan sebagainya, maka masyarakat dituntut untuk menyediakan fasilitas-fasilitas bagi memperlancar tercapainya kebutuhan tersebut. Di bidang perdagangan misalnya, maka untuk memperlancar kontak-kontak dagang antara para anggota masyarakat, masyarakat menyediakan suatu wadah yang memungkinkan segala proses-proses di bidang itu berjalan dengan teratur. Penyediaan wadah ini dilakukan dengan mengadakan aturan-aturan, mengembangkan nilai-nilai yang berhubungan dengan kegiatan bersangkutan dan sebagainya. Inilah yang disebut sebagai lembaga.³³ Penyediaan wadah dengan mengadakan aturan-aturan dalam rangka kegiatan ekonomi untuk mendapatkan kredit bagi pengembangan usahanya dengan tanpa perlu menyerahkan benda-benda

³³ Satjipto Rahardjo, *op cit.* hal. 130.

yang dijaminan kepada kreditur memunculkan apa yang disebut lembaga jaminan fiducia.

2. Fiducia Sebagai Alternatif Lembaga Jaminan Lain

Dasar hukum berlakunya fiducia adalah yurisprudensi. Yurisprudensi itu sendiri merupakan salah satu sumber hukum. Pada hakikatnya yang dimaksud dengan sumber hukum adalah tempat kita dapat menemukan atau menggali hukumnya.

Kata "sumber hukum" sering digunakan dalam beberapa arti, yaitu³⁴ :

- a. Sebagai asas hukum, sebagai sesuatu yang merupakan permulaan hukum, misalnya kehendak Tuhan, akal manusia, jiwa bangsa, dan sebagainya.
- b. Menunjukkan hukum terdahulu yang memberi bahan-bahan kepada hukum yang sekarang berlaku : Hukum Perancis, Hukum Romawi.
- c. Sebagai sumber berlakunya, yang memberi kekuatan berlaku secara formal kepada peraturan hukum (penguasa, masyarakat).
- d. Sebagai sumber dari mana kita dapat menemukan hukum, misalnya dokumen, undang-undang, lontar, batu tertulis, dan sebagainya.
- e. Sebagai sumber terjadinya hukum : sumber yang menimbulkan hukum.

Algra, membagi sumber hukum menjadi sumber hukum materiil dan sumber hukum formil.³⁵ Sumber hukum materiil adalah tempat dari mana materi hukum itu diambil. Sumber hukum materiil, ini merupakan faktor yang membantu pembentukan hukum, misalnya : hubungan sosial, hubungan kekuatan politik, situasi

³⁴ Sudikno Mertokusumo, Mengenal Hukum, Yogyakarta : Liberty, 1988. hal 62.
Bandingkan dengan Satjipto Rahardjo, op cit. hal 81.

³⁵ Sudikno Mertokusumo, ibid. hal. 63.

sosial ekonomis, tradisi (pandangan keagamaan, kesusilaan), hasil penelitian ilmiah (kriminologi, lalu lintas), perkembangan internasional, keadaan geografi, ini semuanya merupakan obyek studi penting bagi sosiologi hukum. Sedangkan sumber hukum formil merupakan tempat atau sumber dari mana sesuatu peraturan memperoleh kekuatan hukum. Ini berkaitan dengan bentuk atau cara yang menyebabkan peraturan hukum itu formal berlaku. Yang diakui umum sebagai sumber hukum formil ialah undang-undang, perjanjian antar negara, yurisprudensi dan kebiasaan.

Sementara itu Achmad Sanoesi membagi sumber hukum menjadi dua kelompok, yaitu :³⁶

1. Sumber hukum normal, yang dibaginya lebih lanjut menjadi :
 - a. Sumber hukum normal yang langsung atas pengakuan undang-undang, yaitu :
 - undang-undang
 - perjanjian antar negara
 - kebiasaan.
 - b. Sumber hukum normal yang tidak langsung atas pengakuan undang-undang, yaitu :
 - perjanjian
 - doktrin
 - yurisprudensi
2. Sumber hukum abnormal, yaitu :
 - proklamasi
 - revolusi

³⁶ Achmad Sanoesi, Pengantar Ilmu Hukum dan Pengantar Tata Hukum Indonesia, Bandung : Tarsito, 1977. hal. 34.

coup d'etat.

Tap MPRS No. XX / MPRS / 1966 menggunakan istilah sumber tertib hukum, yaitu :

- Pancasila
- Proklamasi Kemerdekaan 17 - 8 - 1945
- Dekrit Presiden 5 Juli 1959
- UUD
- Surat Perintah 11 Maret 1966.

Yurisprudensi

Yurisprudensi merupakan produk yang lahir dari putusan-putusan pengadilan yang lazim disebut *judge made law*.³⁷ Dengan demikian yurisprudensi merupakan :

- Hukum yang dicipta hakim
- Penciptaan itu dilakukan hakim melalui putusan yang dijatuhkannya dalam menyelesaikan perkara tertentu.

Tidak semua putusan pengadilan dapat diangkat dan dikualifikasi menjadi yurisprudensi. Ada beberapa persyaratan yang harus dipenuhi :³⁸

- a. Putusan mengandung nilai terobosan.

Yang dimaksud mengandung nilai-nilai terobosan adalah mengandung nilai-nilai terobosan atas ketentuan undang-undang atau hukum yang berlaku :

- bisa berupa penyimpangan dari putusan-putusan pengadilan sebelumnya.
- putusan mengandung nilai penafsiran baru atas rumusan undang-undang

³⁷ M. Yahya Harahap, *Beberapa Tinjauan Mengenai sistem Peradilan dan Penyelesaian Sengketa*, Bandung : Citra Aditya Bakti, 1997. hal. 449. Bandingkan dengan Sudikno Mertokusumo, *op cit.* hal. 91.

³⁸ M Yahya Harahap, *ibid.* hal. 451.

yang berlaku.

- putusan mengandung asas-asas baru : dari asas sebelumnya atau penemuan asas baru.
- bisa pula berupa putusan contra legem.

b. Putusan diikuti secara konstan.

Putusan yang bersangkutan diikuti secara konstan oleh putusan-putusan berikutnya.

- bisa dalam bentuk secara murni mengikutinya.
- atau dipedomani dan diikuti case by case atau secara kasuistik.
- maupun dipedomani yang dibarengi dengan modifikasi.

Jadi, agar suatu putusan yurisprudensi, putusan semula menjadi induk dan menjadi sumber rujukan oleh putusan-putusan selanjutnya.³⁹ Dalam hal ini :

- The previous decision is followed by their predecessor (putusan terdahulu diikuti oleh putusan-putusan selanjutnya),
- Seolah-olah putusan terdahulu mengikat untuk diikuti putusan-putusan selanjutnya.
- Dengan demikian putusan semula menjadi strate decisis karena para hakim selanjutnya berpendapat putusan semula patut untuk dijadikan sebagai pedoman atau let the decision stand.

Fiducia yang berlakunya didasarkan atas yurisprudensi Hoge Raad tanggal 29 Januari 1929 yang terkenal dengan Bierbrouwerij Arrest (untuk Belanda) dan Keputusan Hoogerechtshof (HGH) tanggal 18 Agustus 1932 dalam perkara BPM melawan Clignet (untuk Indonesia), sekaligus merupakan contoh dari produk penemuan hukum (rechsvinding).

³⁹ Ibid. hal. 451.

Penemuan hukum lazimnya diartikan sebagai proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum lainnya yang diberi tugas melaksanakan hukum terhadap peristiwa-peristiwa hukum yang konkrit. Ini merupakan proses konkretisasi dan individualisasi peraturan hukum yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa konkrit.⁴⁰ Penemuan hukum terutama dilakukan oleh hakim dalam memeriksa dan memutus suatu perkara. Penemuan hukum oleh hakim ini dianggap mempunyai wibawa. Ilmuwan hukumpun mengadakan penemuan hukum. Hanya kalau hasil penemuan hukum oleh hakim itu adalah hukum, maka hasil penemuan hukum oleh ilmuwan hukum bukanlah hukum melainkan doktrin. Sekalipun yang dihasilkan itu bukanlah hukum, namun disini digunakan istilah penemuan hukum juga oleh karena doktrin ini kalau diikuti dan diambil alih oleh hakim dalam putusannya, menjadi hukum. Doktrin bukanlah hukum melainkan sumber hukum.⁴¹

Hukum itu harus dilaksanakan. Hukum bukan merupakan suatu karya seni yang adanya hanya untuk dinikmati oleh orang-orang yang mengamatinya. Ia juga bukan suatu hasil kebudayaan yang adanya hanya untuk menjadi bahan pengkajian secara legis-rasional. Hukum diciptakan untuk dijalankan.⁴² Hukum yang tidak pernah dijalankan, pada hakikatnya telah berhenti menjadi hukum. Tetapi hukum itu tidak dapat bekerja atas kekuatannya sendiri. Dengan perkataan lain dapat dikatakan, bahwa hukum itu hanya akan dapat berjalan melalui manusia. Manusialah yang menciptakan hukum, tetapi juga untuk pelaksanaan dari pada hukum yang telah dibuat itu masih diperlukan campur tangan manusia pula.⁴³

⁴⁰ Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*, Bandung : Citra Aditya Bakti, 1993. hal 4.

⁴¹ *Ibid.* hal. 5.

⁴² Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Masyarakat*, Bandung : Angkasa, 1981. hal. 69.

⁴³ *Ibid.* hal 70.

Jika tak ada aturan hukum tentang sesuatu, tetapi hukum itu diatur hukum tidak dipatuhi / ditaati, maka gagal pulalah peraturan yang telah dibuat itu dilaksanakan secara lengkap. Masalah-masalah seperti inilah yang biasanya mendapatkan perhatian dari para ahli sosiologi yang menaruh minat pada bidang hukum. Mereka mengatakan, bahwa hukum itu tidak hanya harus dilihat sebagai seperangkat peraturan yang bersifat statis, melainkan sebagai suatu proses. Hukum itu muncul di dalam sidang-sidang pengadilan, dalam tindakan para pejabat atau pelaksana hukum, dalam kantor-kantor para pengusaha, dan juga dalam hubungan-hubungan yang dilakukan oleh dan di antara para anggota masyarakat sendiri satu sama lain.⁴⁴

Dalam maknanya yang klasik, tiap perubahan ataupun tiap penemuan baru, khususnya yang mendatangkan perubahan hidup dan pola kehidupan yang sudah mapan, secara elementer memang senantiasa menimbulkan persoalan. Fokusnya adalah sesuai atau tidaknya dengan institusi yang sudah mapan dalam kehidupan manusia. Hukum dalam kaitan ini dimaknai dalam empat konsep :

1. Hukum sebagai institusi penjaga integritas kehidupan bersama atau sarana kontrol sosial (social control).⁴⁵

Sebagai sarana kontrol sosial maka hukum bertugas untuk menjaga agar masyarakat tetap berada di dalam pola-pola tingkah laku yang telah diterima olehnya. Di dalam peranannya yang demikian ini hukum hanya mempertahankan saja apa yang telah menjadi sesuatu yang tetap dan diterima di dalam masyarakat atau hukum sebagai penjaga status quo.

Sebagai satu institusi penjaga integritas kehidupan bersama atau sarana kontrol sosial, hukum di sini dirumuskan secara normatif oleh lembaga

⁴⁴ Ibid. hal. 70.

⁴⁵ Lihat Satipto, Rahardjo. *ibid.* hal 117. Lihat pula Satijpto Rahardjo, *Hukum dan Perubahan Sosial*, Bandung : Alumni, 1979. hal. 123-124.

masyarakat, khususnya secara formal guna dijadikan sebagai ukuran untuk menyelesaikan berbagai friksi dan konflik yang terjadi dalam pergaulan bersama. Sifatnya yang normatif represif, mengahruskan adanya dukungan kelengkapan, baik berupa aparat, sarana dan prasarana serta kesesuaiannya dengan keadaan dimana hukum tersebut diterapkan. Atas dukungan beberapa komponen tersebut, hukum sebagai institusi normatif represif ini dapat berfungsi dengan baik.

2. Hukum dalam maknanya sebagai perekayasa sosial atau sebagai sarana untuk melakukan "social engineering".⁴⁶

Dalam hal ini hukum bertujuan untuk mengadakan perubahan-perubahan di dalam masyarakat. Di sini hukum tidak dipakai untuk mengukuhkan pola-pola kebiasaan dan tingkah laku yang terdapat dalam masyarakat, melainkan juga untuk mengarahkannya kepada tujuan-tujuan yang dikehendaki, menciptakan pola-pola kelakuan baru dan sebagainya.

Dengan kata lain, hukum dalam konteks ini berfungsi secara normatif prefentif yang berasal dari proyeksi terhadap berbagai kemungkinan yang akan terjadi di masa depan, khususnya hal-hal yang bisa mendatangkan disintegrasi. Hukum ini adalah *ius constituendum*. Dengan proyeksi yang bersifat negatif atas dasar kenyataan masa kini (*ius constitutum*).

3. Hukum dalam maknanya sebagai ranch untuk berpartisipasi dalam perspektif dikotomis. Secara obyektif, kenyataan empiris adanya kelas dan strata sosial,

⁴⁶ Lihat Satjipto Rahardjo, 1981. *Ibid.* hal. 119. Lihat pula Satjipto Rahardjo 1991. *op cit.* hal 206 - 211. Bandingkan Sunaryati Hartono, *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*, Bandung : Alumni, 1991, hal. 98-99. Bandingkan pula pendapat Mochtar Kusumaatmadja, *Hukum Masyarakat dan Pembinaan Hukum Nasional*, Bandung : Bina Cipta, 1976. hal 8-9.

diskriminasi dalam bidang ekonomi dan bidang lainnya menghendaki partisipasi demaksud sebagai dikotomi bisa terjembatani dan kehidupan komunal tetap terjaga.

4. Hukum dalam maknanya sebagai satu sistem yang berdiri sendiri yang meliputi input (masukan), proses output (keluaran) dan feedback (umpan balik). Inputnya adalah perilaku individual. Prosesnya adalah pada lingkungan sosial bersamaan dengan sistem lain seperti sistem ekonomi dan sistem budaya. Outputnya adalah hukum baru yang bersifat lebih dinamik, sesuai dengan perkembangan dan tuntutan masyarakat.

Bagi hukum dengan dimensi normatif represif maupun normatif prefentif, demikian pula hukum dalam maknanya sebagai jembatan antar strata serta maknanya sebagai satu sistem otonom, sama-sama bertujuan menjaga integritas dan keutuhan komunitas. Bedanya, dalam hal makna hukum pertama dan kedua bersifat preskriptif sedangkan dalam makna ketiga dan keempat bersifat deskriptif.⁴⁵

3. Sistem Hukum⁴⁶ Jaminan

Hukum merupakan suatu sistem yang berarti bahwa hukum itu merupakan tatanan, merupakan suatu kesatuan yang utuh yang terdiri dari bagian-bagian atau unsur-unsur yang saling berkaitan erat satu sama lain. Dengan perkataan lain "sistem

⁴⁵ Lihat Samsul Wahidin, "Suara Pembaruan" tgl. 20-3-1997.

⁴⁶ Ada perbedaan pengertian "sistem hukum", tetapi pada dasarnya sistem hukum itu merupakan kumpulan asas-asas yang terpadu, yang merupakan landasan, di atas mana dibangun tertib hukum, lihat Mariam Darus Badruzaman, Mencari Sistem Hukum Benda Nasional, Bandung: Alumni, 1997, hal. 15. Lihat pula Sunaryati Hartono, 1991. op cit. hal 56-57. Bandingkan dengan Satjipto Rahardjo, 1991. op cit. hal. 48-52.

hukum" adalah suatu kesatuan yang terdiri dari unsur-unsur yang mempunyai interaksi satu sama lain dan bekerja sama untuk mencapai tujuan kesatuan tersebut. Kesatuan tersebut ditempatkan terhadap kompleks unsur-unsur yuridis seperti peraturan hukum, asas hukum dan pengertian hukum.⁴⁷

Sistem itu terdapat dalam pelbagai tingkat. Dengan demikian terdapat pelbagai sistem. Keseluruhan tata hukum nasional dapat disebut sistem hukum nasional. Kemudian masih dikenal sistem hukum perdata, sistem hukum pidana, sistem hukum administrasi. Di dalam hukum perdata sendiri terdapat sistem hukum keluarga, sistem hukum benda, sistem hukum harta kekayaan, dan sebagainya. Antara unsur-unsur di dalam suatu sistem dengan unsur-unsur di lingkungan di luar sistem terdapat hubungan khusus atau tatanan. Tatanan ini disebut struktur. Struktur menentukan identitas atau ciri sistem, sehingga unsur-unsur itu masing-masing pada dasarnya dapat berubah dan dapat diganti tanpa mengganggu kontinuitas sistem. Peraturan perundang-undangan sering mengalami perubahan-perubahan, tetapi tidak dapat dikatakan bahwa sistemnya telah berubah.⁴⁸

Dilihat dari tempatnya, hukum jaminan itu sendiri merupakan bagian dari hukum benda (Buku II KUH.Perdata), diatur di dalam Bab Tentang piutang-piutang yang diistimewakan (Bab XIX), tentang gadai (Bab XX), tentang hipotik (Bab XXI) -- untuk hipotik dan juga *credietverband* sudah tidak berlaku lagi dengan keluarnya UU Hak Tanggungan (UU No. 4 tahun 1996) -- Di samping itu terdapat hukum jaminan yang diatur di luar Buku II KUH.Perdata, yaitu di dalam hukum perikatan yakni penanggungan (Bab XVII), KUH.Dagang dalam pasal 314 tentang hipotik atas kapal. Juga terdapat dalam UU Rumah Susun (UU No. 16 tahun 1985), UU Perumahan Dan Permukiman (UU No. 4 tahun 1992), UU Perbankan (UU No. 7 tahun

⁴⁷ Sudikno Mertokusumo, 1988, *op cit.* hal 102.

⁴⁸ *Ibid.* hal. 104.

1992), dan dalam UU Penerbangan (UU No. 15 tahun 1992), serta yang diatur dalam hukum tidak tertulis (yurisprudensi) yaitu mengenai fiducia dengan obyek barang-barang bergerak.

Berbagai ketentuan yang mengatur hukum jaminan dalam berbagai peraturan perundang-undangan tersebut, menunjukkan bahwa pengaturan hukum jaminan masih dilakukan secara sektoral, yang dalam hal ini kalau tidak mengacu pada ketaatan asas dalam suatu sistem akan menimbulkan disharmonisasi maupun terjadinya inkonsistensi antara peraturan yang satu dengan peraturan yang lain yang mengatur masalah jaminan.

Hukum jaminan yang obyeknya terdiri dari benda adalah sub sistem dari sistem hukum benda. Dewasa ini apabila membicarakan hukum benda yang di maksud adalah hukum benda yang diatur dalam UU Pokok Agraria (UUPA), KUH.Perdata, dan hukum Adat. Dalam keanekaragaman bidang hukum benda initerdapat beberapa asas umum dalam hukum benda yang melandasinya, baik dalam KUH.Perdata, hukum Adat, maupun UUPA.

Adanya asas-asas di dalam suatu sistem menunjukkan betapa pentingnya suatu asas. Asas atau prinsip hukum bukanlah peraturan hukum konkrit, melainkan merupakan pikiran dasar yang umum sifatnya atau merupakan latar belakang dari peraturan yang konkrit yang terdapat dalam dan di belakang setiap sistem hukum yang terjelma dalam peraturan perundang-undangan dan putusan hakim yang merupakan hukum positif dan dapat diketemukan dengan mencari sifat-sifat umum dalam peraturan konkrit tersebut.⁴⁹ Prof.Dr. Satjipto Rahardjo bahkan menyatakan bahwa asas hukum itu merupakan unsur penting dan pokok dari peraturan hukum.

⁴⁹ Sudikno Mertokusumo, 1988. *op cit.* hal 33

Barangkali tidak berlebihan apabila dikatakan bahwa asas hukum ini merupakan "jantungnya" peraturan hukum.⁵⁰

Dengan demikian dapat diketahui betapa pentingnya asas bagi suatu perundang-undangan. Untuk mengetahui apakah suatu undang-undang dalam implementasinya berjalan dengan baik, juga tidak lepas dari melihat asas apa yang ada dibelakang undang-undang tersebut. Asas dalam suatu perundang-undangan yang satu dengan demikian tidak boleh bertentangan dengan asas yang digunakan dalam perundang-undangan yang lain agar tercipta harmonisasi hukum.

Asas umum hukum benda yang diatur dalam KUH.Perdata antara lain :

1. Asas tertutup.

Dengan ini dimaksudkan bahwa tidak dapat dibuat hak kebendaan baru selain yang telah disebut dalam undang-undang. Asas ini dimaksudkan agar ada kepastian hukum dalam hak kebendaan.

2. Asas absolut.

Bahwa hak kebendaan dapat dipertahankan terhadap siapapun, dan setiap orang harus menghormati hak tersebut.

3. Asas dapat diserahkan.

Yang dimaksud asas ini adalah bahwa pemilikan benda mengandung wewenang untuk menyerahkan bendanya.

4. Asas mengikuti (*droit de suite*).

Bahwa hak kebendaan akan mengikuti bendanya di tangan siapapun berada.

5. Asas publisitas.

⁵⁰ Satjipto Rahardjo, 1991, op cit, hal. 45.

Bahwa pendaftaran benda merupakan bukti pemilikan.

6. Asas individual.

bahwa obyek hak kebendaan hanya terhadap benda yang dapat ditentukan.

7. Asas totalitas.

Bahwa hak milik hanya dapat diletakkan terhadap benda secara totalitas atau secara keseluruhan dan tidak pada bagian benda-benda.

8. Asas pelekatan (asesi).

Yaitu asas yang melekatkan benda pelengkap pada benda pokoknya.

9. Asas bezit merupakan titel sempurna.

Asas ini berlaku bagi benda bergerak dan terdapat dalam pasal 1977 KUH.Perdata. Asas ini dewasa ini hanya dapat berlaku bagi benda bergerak tidak atas nama ataupun tidak terdaftar.

Sementara itu, asas yang ada dalam hukum adat dikenal antara lain :

1. Asas kekeluargaan.
2. Asas tolong menolong.
3. Asas gotong royong.
4. Asas perwakilan dan permusyawaratan.
5. Asas kepentingan umum didahulukan dari kepentingan pribadi.
6. asas kontan konkrit.

Sedangkan di dalam hukum pertanahan (adat) dikenal asas pemisahan horisontal, yaitu asas yang memisahkan tanah dari segala benda yang melekat pada tanah.

Sementara itu, asas-asas yang terdapat dalam UUPA antara lain, asas hukum adat, dengan asas hukum adat ini diartikan bahwa UUPA berlandaskan asas yang terdapat dalam hukum adat.⁵¹ Di antaranya adanya asas pemisahan horisontal yang diikuti oleh UUPA.

Kalau kita melihat pengaturan lembaga fiducia dalam hukum tertulis, kita dapat melihatnya di dalam Pasal 12 dan 13 UU Rumah Susun (UU No. 16 tahun 1985), dan dalam Pasal 15 UU Perumahan dan Permukiman (UU No. 4 tahun 1992). Diaturinya fiducia di dalam kedua undang-undang tersebut, menjadikan menguatnya keberadaan fiducia dan sekaligus sebagai hukum positif. Artinya, adalah suatu kenyataan bahwa hukum tertulis senantiasa tertinggal oleh perkembangan kebutuhan masyarakat, sebagaimana kebutuhan akan lembaga jaminan fiducia yang selama ini didasarkan atas hukum tak tertulis melalui yurisprudensi.

Pengaturan hukum jaminan sekarang ini yang masih bersifat sektoral dalam berbagai perundang-undangan menjadikan kemungkinan terjadinya gesekan di antara peraturan-peraturan tersebut. Dengan demikian, dalam sistem hukum jaminan ini harus diperhatikan kesesuaian asas yang digunakan agar secara sistem tidak menimbulkan ketidakseimbangan asas. Sebagaimana telah disebutkan, bahwa "sistem" itu mempunyai dua pengertian, selain merupakan tatanan tertentu yang menunjuk kepada suatu struktur yang tersusun dari bagian-bagian, sistem juga sebagai suatu rencana, metode, atau prosedur untuk mengerjakan sesuatu. Pemahaman sistem sebagai metoda dikenal melalui cara-cara pendekatan terhadap suatu masalah yang disebut pendekatan-pendekatan sistem. Pendekatan ini megisyaratkan kepada kita agar menyadari kompleksitas dari masalah yang kita

⁵¹ Djuhaendah Hasan, *op cit* hal. 64. Bandingkan dengan Mariam Darus Badruzaman, *Aneka Hukum Bisnis*, Bandung, Alumni, 1994, hal. 79-80.

hadapi dengan cara menghindari pendapat yang terlalu menyederhanakan persoalan dan dengan demikian menghasilkan pendapat yang keliru.⁵²

Dari sejarahnya metode sistem sebenarnya adalah metode organis, tetapi kemudian leboh dikenal dengan metode sistem. Metode ini bukanlah metode yang baru sekali, tetapi telah dikenal sejak zaman Romawi. Pada abad 20 metode ini diintroduksi kembali oleh Alferd North Whitehead dan terutama oleh kebanyakan ahli biologi.⁵³

Alasan utama penghadiran pendekatan ini adalah, pertama, pendekatan sistem merupakan metode semi metafisika, yaitu di samping memiliki kemampuan untuk menggambarkan keutuhan karakteristik obyek, juga memiliki kemampuan untuk melakukan analisis terhadap setiap komponen obyek. Kedua, pendekatan sistem senantiasa mempertimbangkan faktor keterhubungan suatu obyek secara internal dan eksternal. Sehingga, ketiga, pendekatan sistem ini lebih representatif untuk ontologi, epistemologi, dan aksiologi ilmu pengetahuan sesuai dengan karakteristik esensialnya. Kapasitas pendekatan sistem terletak pada kemampuannya untuk menembus kelemahan-kelemahan karakteristik sains modern (cartesian).⁵⁴ Teori sistem merupakan salah satu dari teori-teori dasar dari sistem hukum, selain cybernetics dan paradigma hukum.

⁵² Satjipto Rahardjo, 1991. *op cit.* hal. 49.

⁵³ Lili Rasjidi dan IB Wiyasa Putra, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, Bandung : Remaja Rosdakarya, 1993, hal. 3.

⁵⁴ *Ibid.*

C. Perkembangan Fiducia

Sejak fiducia dikenal oleh orang romawi sampai dengan saat ini ia telah mengalami perkembangan-perkembangan. Perkembangan itu menyangkut kedudukan para pihak, kreditur penerima fiducia misalnya pada zaman Romawi berkedudukan sebagai pemilik atas barang yang difiduciakan akan tetapi sekarang sudah diterima bahwa ia hanya berkedudukan sebagai pemegang jaminan saja; selanjutnya perkembangan itu juga menyangkut kedudukan debitur, hubungannya dengan pihak ketiga dan mengenai obyek yang dapat difiduciakan.⁵⁵

Pada zaman Romawi pemberian jaminan untuk menjamin pelaksanaan suatu perjanjian hanya dapat dilakukan dengan jalan mengalihkan hak milik atas benda jaminan kepada kreditur, yang dinamakan fiducia cum creditore. Dari kata cum creditore kita sudah dapat menduga, bahwa penyerahan tersebut bukan dimaksudkan untuk sungguh-sungguh merupakan peralihan kepemilikan, tetapi hanya sebagai jaminan saja --- bukan untuk dimiliki kreditur --- dan memang menurut lembaga tersebut kreditur tidak mempunyai kewenangan penuh seperti yang dimiliki seorang pemilik. Setelah debitur memenuhi kewajiban perikatannya, maka kreditur wajib untuk menyerahkan kembali ke dalam kepemilikan debiturnya. Karena debitur bertindak dengan kepercayaan, bahwa kreditur setelah debitur melunasi kewajibannya --- tidak akan mengingkari janjinya dengan tetap memiliki benda jaminan (dan menganggap dirinya telah menjadi pemilik penuh yang sah), maka hubungan seperti itu didasarkan atas fides atau hubungan fiduciair.⁵⁶

Lembaga fiducia cum creditore sebagaimana dikenal pada zaman Romawi tersebut bisa berobyek barang bergerak maupun barang tetap, oleh karena pada waktu itu belum dikenal hak-hak jaminan yang lain. Ketika kemudian fiducia lenyap

⁵⁵ Oey Hoey Tiong, op cit. hal. 46

⁵⁶ J. Satrio, Hukum Jaminan, Hak-Hak Jaminan Kebendaan, Bandung : Citra Aditya Bakti, 1996. hal. 166. Bandingkan dengan Oey Hoey Tiong, op cit. hal 46.

dan orang Romawi mengenal gadai serta hipotik, maka mulai diadakan pemisahan dalam barang-barang yang dapat dibebani gadai yaitu barang-barang bergerak dan barang-barang yang dapat dibebani hipotik yaitu barang tetap.

Munculnya kembali fiducia dimulai ketika terjadi kemunduran usaha perkebunan yang melanda baik negara-negara Eropa terutama Belanda. Di Belanda orang mengatasinya dengan mengadakan perjanjian jual beli dengan hak membeli kembali, yang akhirnya ditetapkan sebagai jaminan penyerahan hak milik secara kepercayaan atau fiducia, sedang untuk Indonesia pembentuk undang-undang mengatasinya dengan membuat peraturan tentang ikatan panen atau Oogsverband (S. 1886 No. 57).

Oogsverband ini adalah jaminan untuk peminjaman uang, yang diberikan atas panen yang akan diperoleh dari suatu perkebunan. Dengan demikian, kita lihat di sini bahwa dimungkinkan untuk mengadakan jaminan atas barang-barang bergerak, atau setidaknya-tidaknya kemudian menjadi barang bergerak, sedangkan barang-barang itu tetap berada dalam kekuasaan debitur.

Di negeri Belanda lembaga jaminan fiducia mulai mendapatkan pengakuan dari pengadilan melalui Arrest yang kemudian terkenal dengan sebutan Bierbrouwerij Arrest, tanggal 25 Januari 1929. Sementara di Indonesia yurisprudensi pertama yang memungkinkan berlakunya fiducia adalah keputusan Hooggerechtshof tanggal 18 Agustus 1932, yang dikenal dengan "BPM Clyneet Arrest". Yurisprudensi tersebut adalah sebagai jalan keluar yang ditempuh pengadilan untuk mengatasi masalah yang terdapat di dalam hak gadai menurut KUH.Perdata dalam hubungannya dengan syarat yang terdapat dalam ketentuan Pasal 1152 KUH.Perdata, yaitu penguasaan benda oleh pemegang gadai.

Keputusan tersebut merupakan suatu tonggak dimulainya perkembangan fiducia di Indonesia. Dari duduk perkara dalam keputusan tersebut ternyatalah

bahwa untuk mengadakan fiducia, penyerahan dilakukan secara *constitutum possessorium*, yang merupakan suatu bentuk penyerahan di mana barang yang diserahkan dibiarkan tetap berada dalam penguasaan pihak yang menyerahkan, jadi yang diserahkan hanya hak miliknya saja.⁵⁷

Bentuk penyerahan secara *constitutum possessorium* tersebut hanya dikenal dalam praktek, sedang dalam undang-undang dinyatakan bahwa penyerahan suatu benda bergerak dilakukan dengan penyerahan yang nyata (Pasal 612 KUH.Perdata). Jadi jelas bahwa undang-undang dalam hal ini KUH.Perdata tidak mengenal penyerahan secara *constitutum possessorium*. Akan tetapi penyerahan demikian tetap dapat dilakukan secara sah oleh karena pada dasarnya para pihak bebas memperjanjikan apa yang mereka kehendaki.⁵⁸

Selain bentuk penyerahan secara *constitutum possessorium*, ada beberapa bentuk penyerahan yang bukan merupakan penyerahan secara nyata yaitu : *traditio brevi manu*, dan *traditio longamanu*. Penyerahan secara *traditio brevi manu* adalah suatu bentuk penyerahan di mana barang yang akan diserahkan karena sesuatu hal sudah berada dalam penguasaan pihak yang akan menerima penyerahan. Sedangkan penyerahan secara *traditio longa manu* adalah bentuk penyerahan di mana barang yang akan diserahkan berada dalam penguasaan pihak ketiga.

Dalam pada itu, perkembangan yang menarik dari lembaga fiducia adalah mengenai obyeknya, yakni benda-benda apa saja yang dapat difiduciakan. Dalam hal ini, di antara para sarjana terdapat perbedaan pendapat, khususnya terhadap benda tak bergerak yang menjadi obyek fiducia. Oleh karena timbul dan tumbuhnya fiducia adalah sebagai reaksi atas kesulitan-kesulitan yang ditimbulkan

⁵⁷ Oey Hoey Tiong, op cit. hal 45

⁵⁸ Ibid.

dari usaha penerapan gadai untuk benda-benda yang penguasaannya tidak mungkin diserahkan kepada kreditur karena dapat menghambat jalannya perusahaan milik debitur, maka pada umumnya yang dapat menjadi obyek fiducia adalah benda-benda yang dapat menjadi obyek gadai, yaitu benda-benda bergerak, baik yang bertubuh maupun yang tidak bertubuh.

Pada mulanya, benda bergerak yang dapat difiduciakan adalah benda-benda bergerak yang bertubuh antara lain adalah barang-barang inventaris, barang-barang perniagaan dalam toko-toko atau barang-barang persediaan dalam gudang perusahaan. Sementara itu terhadap adanya fiducia atas barang-barang bergerak yang baru akan ada dikemudian hari, banyak sarjana yang mengemukakan keberatannya. Hal ini disebabkan karena perjanjian fiducia yang telah diadakan dianggap mengandung causa yang dilarang dan mempunyai obyek yang tidak dapat ditentukan, sehingga tidak memenuhi syarat sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1320 KUH.Perdata.⁵⁹

Sementara itu, obyek fiducia yang berupa benda tidak bergerak walaupun banyak sarjana yang keberatan, namun dalam perkembangannya, benda-benda seperti rumah, toko, garage, gudang di atas tanah orang lain, dapat difiduciakan.

Pendapat bahwa fiducia hanya untuk barang bergerak kemudian dikuatkan dengan keputusan Mahkamah Agung tanggal 1 September 1971 No. 372 K / Sip / 1970. Keputusan Mahkamah Agung tersebut bermaksud untuk menertibkan lembaga fiducia kepada proporsinya semula. Namun jika kita pegang teguh pendirian tersebut, bahwa obyek fiducia hanya benda-benda bergerak saja, ini berarti kemunduran dalam rangka memenuhi kebutuhan nyata masyarakat.⁶⁰

⁵⁹ P.J.Soepratignja, Pokok-Pokok Hukum Perdata Hukum Benda Jilid II, Semarang : Seksi Hukum Perdata Fak Hukum Undip. 1983. hal. 130.

⁶⁰ A Hamzah dan Senjun Manullang, op cit. hal 38.

Penggunaan lembaga fiducia di dalam praktek perbankan memang sangat disukai karena prosedur yang mudah, cepat dan murah. Dan dalam praktek perbankan, lembaga ini makin berkembang dengan pesat apalagi kelembagaannya telah diakui secara hukum melalui UU No. 16 tahun 1985 dan UU No. 4 tahun 1992. Untuk itu, menurut Prof Dr. Mariam Darus Badruzaman, obyek fiducia meliputi benda bergerak dan tidak bergerak, sepanjang benda tidak bergerak itu tidak tunduk kepada peraturan pendaftaran.⁶¹ Yang dapat dijadikan obyek fiducia adalah sebagai berikut :

- a. barang bergerak, berwujud dan tidak berwujud;
- b. rumah susun berikut tanah tempat bangunan itu berdiri, serta benda lainnya, yang merupakan kesatuan dengan tanah hak pakai milik negara;
- c. satuan rumah susun yang dibangun di atas tanah hak pakai milik negara;
- d. tanah hak pakai atas tanah negara beserta rumah susun yang dibangun;
- e. kapal yang tidak terdaftar;
- f. perumahan;
- g. tanah girik.

Di samping hal di atas, kiranya ada yang perlu diperhatikan terhadap lembaga lembaga jaminan fiducia ini. Yakni, fiducia ini belum mendapat pengaturan dalam perundang-undangan sampai keluarnya UU Rumah Susun dan UU Perumahan dan Permukiman, yang mana praktek selama ini mendasarkan pada kebiasaan praktek yang ada dalam praktek perbankan. Persoalannya tentu berkaitan penyelesaian jika sampai terjadi wan prestasi dari pihak debitur.

Apabila diperhatikan secara teliti, fiducia ini mempunyai ciri tersendiri yaitu mempunyai satu tubuh tetapi dua bathin. sebagai pengalihan hak milik dan

⁶¹ Mariam Darus Badruzaman, *Aneka Hukum Bisnis*. Bandung : Alumni, 1994. hal. 99.

sebagai perjanjian gadai (*pand contract*). Ini menurut Eggens, bahwa dalam praktek fiducia itu adalah *banci*, mukanya adalah *eigendom* tetapi isinya adalah *pand* (gadai), yang sewaktu-waktu dapat keluar sebagai *pand* melalui "pintu belakang", atau juga bisa "*mancala putra- mancala putri*" (Jawa) yang dapat beralih-alih dari laki-laki menjadi perempuan, yaitu dari *eigendom* menjadi *pand*. Antara kedua unsur ini akan berlangsung suatu ketegangan (*spanning*), tapi juga kedua unsur ini akan saling mengisi. Ini tergantung dari maksud kedua pihak atau dari jenis obyek atau situasi hukum.⁶²

Dalam satu hal sebaliknya ditonjolkan atau *dianccentuatie* "penyerahan hak milik", yang dalam hal lain atau situasi lain bersifat *pand*. Oleh karena itu apabila terjadi suatu masalah, misalnya debitur cidera janji, sedangkan masalah tersebut tidak diatur dalam perjanjian yang dibuat oleh para pihak - dalam hal menentukan akibat-akibat hukum dari fiducia - maka harus diutamakan atau difekankan segi *pand* dari lembaga ini. Artinya dapat dan harus diperlakukan ketentuan dalam undang-undang yang mengatur mengenai gadai atau *pand*, dengan memperlonggar ketentuan yang terdapat dalam pasal 1152 KUH.Perdata, yang mengatur tentang *inbezitstelling*. Selain itu karena maksud dari para pihak dalam penjaminan, bukan pengoperan (*overdracht*) hak milik secara definitif. Yang terakhir ini hanya merupakan sarana yang digunakan untuk mengelakkan diri dari syarat *bezit* dari pada *pand* atau gadai, yaitu bahwa kekuasaan atas obyeknya harus dialihkan dari tangan debitur ke tangan kreditur atau pemberi kredit.⁶³

Fiducia sebagai suatu lembaga jaminan dalam praktek sekarang dilaksanakan dengan cara : sipemilik jaminan (debitur), dalam memberikan jaminan kepada kreditur atas janji-janjinya (terutama janji mengenai saat dan cara

⁶² A. Hamzah dan Senjun Manullang, *op cit*, hal. 49

⁶³ *Ibid*.

pengembalian hutangnya), menyerahkan hak miliknya atas benda jaminan secara kepercayaan kepada kreditur, tetapi dengan janji, bahwa apabila debitur telah memenuhi semua kewajiban-kewajibannya, terutama kewajiban melunasi hutangnya sebagaimana dijanjikan olehnya, maka hak milik atas benda jaminan otomatis kembali kepada debitur.

Dengan demikian, jaminan dalam fiducia mengambil wujud "penyerahan hak milik secara kepercayaan" atau lazim disebut *fiduciare eigendoms overdracht*. Secara kepercayaan artinya tidak untuk betul-betul dimiliki. Dalam hal ini ada selisih pendapat di antara para sarjana. Di satu pihak ada yang berpendapat, bahwa kreditur pemegang jaminan fiducia dengan penyerahan tersebut benar-benar telah menjadi pemilik benda jaminan dengan hak-hak sebagai yang dipunyai seorang pemilik, tetapi di lain pihak ada yang berpendapat, bahwa kreditur pemegang jaminan atau fiduciarius terhadap pihak ketiga berkedudukan sebagai seorang pemilik, sedang terhadap pemberi jaminan hanya berkedudukan sebagai pemegang gadai yang tak memegang benda jaminan (*bezitloos pandrecht*), karena para pihak memang tidak benar-benar bermaksud untuk mengalihkan hak milik atas benda jaminan dan dalam prakteknya para pihak mengadakan kesepakatan yang membatasi hak-hak kreditur sampai sejauh hak seorang pemegang jaminan saja.⁶⁴

Pendapat-pendapat tersebut di atas membawa konsekuensi sendiri-sendiri. Kalau kita terima, bahwa dengan penyerahan fiduciarius adalah pemilik dari benda jaminan, maka hak (milik) tersebut adalah hak yang berdiri sendiri, sehingga teoritis fiduciarius dapat mengalihkan tagihannya, malahan tanpa perlu memperhatikan hak pribadi dari si peminjam pakai.

⁶⁴ J. Satrio, 1996. *op cit.* hal. 176.

Sebaliknya kalau kita memandangnya hanya sebagai jaminan sejenis gadai (gadai tanpa menguasai benda jaminannya), maka perikatan penjaminannya adalah *accessoir* pada perikatan pokoknya, yaitu perikatan yang pemenuhannya dijamin dengan *fiducia* tersebut, dengan konsekuensinya, benda jaminan tak dapat dialihkan tanpa peralihan perikatan pokoknya. Lebih lanjut maka *cessi* perikatan pokoknya, otomatis -- tanpa perlu ada penyerahan lagi -- berakibat, bahwa benda jaminan turut beralih. Di samping itu juga patut untuk dipertanyakan, apakah sesudah debitur wan prestasi, kreditur menjadi pemilik? Kalau kreditur tidak menjadi pemilik dalam arti yang sebenarnya, apakah benda itu masih menjadi milik debitur.⁶⁵

Sementara itu, mengenai hapusnya *fiducia* dapat terjadi jika ada hal-hal sebagai berikut :⁶⁶

1. Hapusnya perikatan pokok.

Jika perikatan pokok hapus maka *fiducia* juga ikut ikut hapus. Hal ini disebabkan karena hak *fiducia* bersifat *accessoir*.

2. Musnahnya benda *fiducia*.

Fiducia adalah hak kebendaan, sebagai hak kebendaan ada dan tidaknya tergantung pada ada dan tidaknya obyek hak, karena hak kebendaan ada hubungannya antara subyek hukum dan obyek hukum (benda), maka dengan demikian tiadanya obyek hak membawa serta hapusnya hak *fiducia*.

3. Karena pelaksanaan eksekusi.

Eksekusi dijalankan jika debitur tidak mau secara sukarela memenuhi kewajibannya. Eksekusi adalah upaya hukum secara paksa terhadap debitur untuk merealisasi hak kreditur. Yang direalisasi di sini adalah hak kreditur untuk

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Purwahis Patrik, 1996. *op cit.* hal. 56

mendapatkan pelunasan piutangnya dari benda jaminan (fiducia). Jika hak kreditur tersebut sudah direalisasi, maka wajar bilamana hak kreditur atas benda jaminan hapus karenanya.

4. Karena pelepasan hak fiducia oleh kreditur.

Dengan adanya pelepasan hak fiducia oleh kreditur secara sukarela, maka hak milik debitur yang semula kosong menjadi penuh kembali.

5. Karena penyerahan benda fiducia oleh debitur kepada pihak ketiga.

Bagi pihak ketiga yang beritikad baik, pada siapa debitur telah menyerahkan benda yang telah dikuasainya menurut pasal 1977 KUH.Perdata pihak ketiga akan dilindungi oleh hukum. Dengan demikian hak fiducia yang demikian itu hapus.

Lembaga Gadai

Sebagai alasan yang banyak dikemukakan para penulis mengenai timbulnya lembaga fiducia, ialah karena ketentuan undang-undang yang mengatur lembaga gadai (pand) mengandung banyak kekurangan. Dengan demikian fiducia merupakan alternatif dari pada gadai. Tetapi sebaliknya, ada yang berpendapat perlunya dipertanyakan apakah fiducia tidak merupakan pelanggaran atas ketentuan-ketentuan / syarat-syarat gadai, dan karenanya bertentangan dengan undang-undang. Untuk itulah profil lembaga gadai akan dikemukakan secara garis besar di bawah ini.

Pasal 1150 KUH.Perdata memberikan perumusan gadai sebagai berikut :

"Gadai adalah suatu hak yang diperoleh seorang berpiutang atas suatu barang bergerak, yang diserahkan kepadanya oleh seorang berutang atau orang lain atas namanya dan yang memberikan kekuasaan kepada si berpiutang untuk mengambil pelunasan dari barang tersebut secara didahulukan daripada orang berpiutang lainnya, dengan kekecualian biaya untuk melelang barang tersebut dan biaya yang

telah dikeluarkan untuk menyelamatkannya, setelah barang itu digadaikan, biaya-biaya mana harus didahulukan".

Benda⁶⁷ yang dijadikan jaminan gadai haruslah benda bergerak (Pasal 1150 jo 1152 KUH.Perdata). Pembagian lembaga jaminan menjadi gadai dan hipotik merupakan konsekuensi lebih lanjut dari pada pembagian benda menurut KUH.Perdata, yaitu benda bergerak dan benda tak bergerak / tetap. Untuk masing-masing kelompok benda tersebut, undang-undang telah memberikan lembaga jaminannya sendiri-sendiri yaitu untuk barang bergerak adalah gadai, sedangkan untuk benda tetap adalah hipotik. Dalam Pasal 1167 KUH.Perdata dengan tegas dikatakan bahwa barang-barang bergerak tidak dapat dihipotikkan.⁶⁸

Dengan adanya penyebutan secara khusus dan berturut-turut hak gaddi atas benda-benda bergerak dan atas piutang-piutang atas bawa / tunjuk, kita dapat menyimpulkan bahwa gadai dapat diletakkan baik atas barang bergerak bertubuh (berwujud) maupun yang tidak bertubuh. Juga dalam Pasal 1158, 1152 bis dan Pasal 1153 KUH.Perdata, dibicarakan tentang menggadaikan suatu tagihan.⁶⁹

Gadai merupakan jaminan yang menguasai barangnya. Jaminan dengan menguasai barangnya bagi kreditur akan lebih aman karena mengingat pada benda bergerak mudah untuk dipindahtangankan dalam arti dijual lelang jika debitur wan prestasi, walaupun mudah berubah nilainya.⁷⁰

Sifat-sifat dari gadai adalah :

1. Gadai adalah hak kebendaan.
2. Hak gadai bersifat *accessoir*.

⁶⁷ Dari perumusan Pasal 449 KUH.Perdata orang menyimpulkan bahwa KUH.Perdata membedakan benda dari barang dimana barang adalah sebagian dari benda yang berwujud saja.

⁶⁸ J. Satrio, 1996. *op cit.* hal. 100.

⁶⁹ *Ibid*

⁷⁰ Purwahid Patrik, "Aspek Yuridis Gadai Saham Sebagai Jaminan Kredit" Makalah Seminar Nasional Hukum Ekonomi, 1996. hal 7.

3. Hak gadai tidak dapat dibagi-bagi.
4. Hak gadai didahulukan.
5. Obyek gadai adalah benda bergerak bertubuh dan tak bertubuh.
6. Hak gadai adalah hak jaminan yang kuat dan mudah penyataannya.

Untuk terjadinya gadai harus dipenuhi syarat-syarat yang ditentukan sesuai dengan jenis benda yang digadaikan, yakni sebagai berikut :⁷¹

1. Cara terjadinya gadai pada benda bergerak bertubuh.

- a. Perjanjian gadai.

Perjanjian pinjam uang (kredit) antara debitur dan kreditur dengan janji debitur sanggup memberikan benda bergerak sebagai gadai.

- b. Penyerahan benda gadai.

Benda gadai harus dibawa keluar dari kekuasaan pemberi gadai dan diserahkan kepada pemegang gadai (kreditur) dan disebut "in bezitstelling". Penyerahan benda gadai dilakukan secara nyata, simbolis, traditio brevi manu, atau traditio longa manu, tetapi penyerahan secara constitutum possessorium tidak menimbulkan hak gadai karena tidak memenuhi syarat inbezitstelling.

2. Cara terjadinya pada piutang atas tunjuk (aantoonder).

- a. Perjanjian gadai.

- b. Penyerahan suat buktinya (piutang), pasal 1152 ayat (1) KUH.Perdata.

3. Cara terjadinya gadai pada piutang atas order (aan order).

- a. Perjanjian gadai.

- b. Adanya endossemen yang diikuti dengan penyerahan suatnya (pasal 1153

⁷¹ Ibid. hal. 8.

KUH.Perdata)

4. Cara terjadinya gadai pada piutang atas nama.
 - a. Perjanjian cession gadai.
 - b. Adanya pemberitahuan kepada debitur dari piutang yang digadaikan (pasal 1153 KUH.Perdata).

Ciri yang utama dari gadai adalah adanya syarat *inbezitstelling*. Hak gadai diletakkan dengan membawa benda gadai dibawah kekuasaan kreditur atau di bawah kekuasaan pihak ketiga (*inbezitstelling*). Ketentuan demikian itu dapat ditafsirkan dari Pasal 1150 dan 1152 KUH.Perdata.

Gadai merupakan suatu hak kebendaan atas barang bergerak milik orang lain. Ini merupakan suatu ciri yang disimpulkan dari pasal 1152 ayat 3 KUH.Perdata. Undang-undang sendiri tidak secara tegas menyatakan demikian, tetapi dalam pasal 1152 ayat 3 dikatakan, bahwa kalau barang gadai hilang atau dicuri dari pemegang gadai, maka ia berhak menuntutnya kembali dari pihak ketiga. Yang demikian itu berarti, bahwa pemegang gadai mempunyai *droit de suite*; hak gadai mengikuti bendanya ditangan siapapun benda gadai berada. Hak menuntut kembali sipemegang gadai adalah serupa / mirip dengan hak *revindicatie* dari seorang pemilik.⁷²

Di samping itu, untuk terjadinya gadai harus diperjanjikan. Lain halnya dengan hak istimewa (*privelege*) yang adanya otomatis, ditentukan oleh undang-undang. Hal itu berarti, bahwa persetujuan pemberian gadai -- agar sah -- harus memenuhi syarat-syarat sahnya suatu perjanjian (Pasal 1320 KUH.Perdata).

⁷² J. Satrio, 1996. op cit. hal 108.

Dalam Pasal 1151 KUH.Perdata dikatakan, bahwa perjanjian gadai dapat dibuktikan dengan segala alat bukti yang diperbolehkan bagi persetujuan pokoknya. Karena persetujuan pokoknya bisa berupa perjanjian obligatoir yang manapun -- tetapi umumnya berupa perjanjian hutang piutang -- dan prinsipnya perjanjian obligatoir bentuknya adalah bebas, bisa lisan, tertulis, baik otentik maupun dibawah tangan, maka perjanjian gadai juga tidak terikat kepada suatu bentuk tertentu.⁷³

Menggadaikan termasuk dalam kelompok *findakan beschiking* (*findakan* pemilikan) dan *findakan beschikking* merupakan tindakan hukum yang membawa atau dapat membawa konsekuensi yang sangat besar. Karenanya tidaklah heran kalau untuk dapat menggadaikan, disyaratkan adanya kewenangan bertindak -- kewenangan khusus, tidak cukup kecakapan bertindak saja --- pada orang yang bersangkutan. Kata-kata "tidak adanya kewenangan bertindak sipemberi gadai tidaklah dapat dipertanggungjawabkan kepada sipenerima gadai" dalam pasal 1152 ayat 4 KUH.Perdata menunjuk begitu. Dari kata-kata tersebut dapat disimpulkan, bahwa pada dasarnya untuk tindakan menggadaikan disyaratkan adanya kewenangan bertindak pada yang bersangkutan.⁷⁴

Sementara itu, ada beberapa hal yang menyebabkan hapusnya gadai, yaitu:

- a. Dengan hapusnya perikatan pokok yang dijamin dengan gadai.
Ini sesuai dengan sifat *accessoir* dari pada gadai, sehingga nasibnya bergantung kepada perikatan pokoknya.
- b. Dengan terlepasnya benda jaminan dari kekuasaan pemegang gadai. Tetapi pemegang gadai masih mempunyai hak untuk menuntutnya kembali dan

⁷³ Ibid. hal. 110

⁷⁴ Ibid. hal 111.

kalau berhasil, maka undang-undang menganggap perjanjian gadai tersebut tidak pernah terputus.

- c. Dengan hapus / musnahnya benda jaminan.
- d. Dengan dilepasnya benda gadai secara sukarela.
- e. Dengan percampuran, yaitu dalam hal pemegang gadai menjadi pemilik barang gadai tersebut.

Hak Tanggungan

Keluarnya UU NO. 4 tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah (UU Hak Tanggungan / UUHT), secara sistem menimbulkan dampak terhadap hukum jaminan yang diatur dalam berbagai perundang-undangan. Di antaranya terhadap ketentuan yang mengatur tentang fiducia dalam UU NO. 16 tahun 1985 dan UU NO 4 tahun 1992.

Keluarnya UUHT ini merupakan realisasi atas janji yang ada dalam Undang Undang Pokok Agraria (UUPA), akan adanya aturan hak tanggungan sebagai hak yang memberikan jaminan atas tanah. Ketentuan tentang hipotik yang masih berlaku sesuai dengan Buku II KUH.Perdata dan juga ketentuan mengenai credietverband (S. 1908 NO. 542 diubah dengan S. 1937 NO. 190) dinyatakan masih berlaku, hal ini sesuai dengan ketentuan Pasal 57 UUPA. Dengan diundangkannya UUHT pada tanggal 9 April 1996 tuntaslah unifikasi Hukum Tanah Nasional yang merupakan salah satu tujuan utama UUPA. Hak Tanggungan menjadi satu-satunya lembaga hak jaminan atas tanah.

Berbicara mengenai Hak Tanggungan (HT) adalah berbicara mengenai kegiatan perkreditan modern, yang memberikan perlindungan khusus dan kedudukan istimewa kepada kreditur. Berbicara mengenai perkreditan modern

adalah berbicara mengenai hukum yang mengatur perjanjian dan hubungan hutang piutang antara kreditur dan debitur yang meliputi juga hak kreditur menuntut penjualan lelang harta kekayaan debitur dan mengambil pelunasan piutangnya dari hasil penjualan tersebut jika debitur cidera janji. Tetapi hukum bukan hanya memperhatikan kepentingan kreditur. Perlindungan juga diberikan secara seimbang kepada debitur, bahkan kepada pihak ketiga yang kepentingannya bisa terpengaruh oleh cara penyelesaian utang piutang kreditur dan debitur, dalam hal debitur cidera janji, khususnya para kreditur lain dan pihak yang membeli obyek yang dijadikan jaminan.⁷⁵

Sebagai lembaga hak jaminan atas tanah yang kuat, harus mengandung ciri-ciri sebagai berikut :⁷⁶

- a. Memberikan kedudukan yang diutamakan atau mendahului kepada pemegangnya, yang dikenal sebagai "droit de preference"
- b. Selalu mengikuti obyek yang dijaminakan ditangan siapapun obyek itu berada. Keistimewaan yang dikenal sebagai "droit de suite" ini ditegaskan dalam pasal 7. Biarpun obyek HT sudah dipindahkan haknya kepada pihak lain, kreditur pemegang HT tetap masih berhak untuk menjualnya melalui pelelangan umum, jika debitur cidera janji.
- c. Memenuhi asas "spesialitas" dan "publisitas", sehingga dapat mengikat pihak ketiga dan memberikan kepastian hukum kepada pihak-pihak yang berkepentingan.

Droit de preference dan droit de suite sebagai keistimewaan yang diberikan kepada kreditur pemegang HT jelas bisa merugikan kreditur-kreditur lain dan pembeli obyek HT yang bersangkutan, apabila adanya HT yang membebani

⁷⁵ Boedi Harsono, "Konsepsi Pemikiran tentang UUHT", Makalh Seminar Nasional, Bandung: 1996.

⁷⁶ Ibid.

obyek yang dijadikan jaminan bagi pelunasan piutang kreditur tersebut tidak diketahui oleh mereka. Maka bagi sahnya pembebanan HT dipersyaratkan bahwa wajib disebut secara jelas piutang yang mana dan sampai sejumlah berapa yang dijamin serta benda-benda yang mana yang dijadikan jaminan.

- d. Mudah dan pasti pelaksanaan eksekusinya. Kemudahan dan kepastian pelaksanaan eksekusi tersebut yang menjadi ciri HT, dengan disediakannya cara-cara yang lebih mudah dari pada melalui acara gugatan seperti perkara perdata biasa. UUHT menyediakan dua cara, yaitu yang diatur dalam Pasal 6 dan kemungkinan penggunaan apa yang disebut acara *parate executie*, yang diatur dalam pasal 224 RIB dan pasal 258 RRBg. Demikian ditegaskan dalam pasal 26.

Di antara beberapa hal yang perlu diperhatikan dalam upaya memahami UUHT ini adalah : perkembangan dan penegasan tentang obyek HT, kedudukan Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan (SKMHT) yang substansi dan syarat-syarat berlakunya berbeda dengan Surat Kuasa Memasang Hipotik yang lalu; penegasan bahwa sertipikat HT mempunyai kekuatan eksekutorial, sanksi administratif, ketentuan peralihan, dan berbagai peraturan pelaksanaan UUHT yang telah terbit dan yang masih perlu diwujudkan.⁷⁷

Pada prinsipnya, obyek HT adalah hak atas tanah yang memenuhi dua persyaratan, yakni wajib didaftarkan (untuk memenuhi syarat publisitas) dan dapat dipindahtangankan (untuk memudahkan pelaksanaan pembayaran utang yang dijamin pelunassannya). Sesuai dengan amanat Pasal 51 UUPA, hak atas tanah yang ditunjuk sebagai obyek HT adalah Hak Milik (HM), Hak Guna Usaha (HGU), dan Hak

⁷⁷ Maria S.W. Sumardjono, "Prinsip Dasar Dan Beberapa Isyu Di Seputar UUHT" , Makalah Seminar, Bandung: 1996.

Gunan Bangunan (HGB). Dalam perkembangannya kemudian, Hak Pakai (HP) atas tanah negara menurut Peraturan Menteri Agraria No. 1 tahun 1996 juga wajib didaftarkan. Karena perkembangan dibidang administrasi pertanahan tersebut, di samping untuk memenuhi kebutuhan masyarakat, maka HP atas tanah negara tertentu yang memenuhi kedua syarat tersebut juga dapat dijadikan obyek HT.⁷⁸

Penunjukan HP atas tanah negara sebagai obyek HT, selain karena telah memenuhi kedua syarat tersebut, terutama didasari pada tujuan untuk memenuhi kebutuhan masyarakat terutama kalangan menengah ke bawah yang mempunyai tanah dengan HP dan belum mampu untuk meningkatkannya menjadi HGB atau HM. Bagi mereka, adanya ketentuan ini memberikan kesempatan untuk dapat meminjam uang dengan HP atas tanahnya sebagai jaminan.

Dalam praktek yang selama ini terjadi jarang sekali pihak-pihak menempuh langsung pembebanan hipotik, hampir selalu yang terjadi adalah pembuatan Kuasa Memasang Hipotik dengan berbagai alasan, antara lain bahwa proses penandatanganan akta hipotik sampai keluarnya sertipikat hipotik makan waktu lama dan biaya mahal, dan pihak bank yang sudah mengenal debitur dengan baik merasa tidak perlu menempuh pembebanan secara langsung karena merasa cukup aman. Yang terjadi adalah bahwa pembebanan baru dilakukan setelah terdapat gejala debitur cidera janji dengan segala dampaknya.

Berbeda dengan praktek yang berlaku, yang seolah-olah memperlakukan kuasa memasang hipotik sebagai sesuatu yang dilembagakan, maka dalam UUHT, pembuatan SKMHT hanya diperkenankan dalam keadaan khusus, yakni apabila pemberi HT tidak dapat hadir sendiri di hadapan PPAT untuk membuat APHT. Dalam hal ini pemberi HT wajib menunjuk pihak lain sebagai kuasanya dengan SKMHT yang

⁷⁸ Ibid.

berbentuk akta otentik dan pembuatannya diserahkan kepada notaris atau PPAT yang keberadaannya menjangkau wilayah kecamatan.⁷⁹

Menurut Mariam Darus Badruzaman⁸⁰, dilihat dari sistem maka lahirnya UUHT menimbulkan dampak pada hukum jaminan yang terletak di dalam UU lain, seperti KUHD, KUH.Perdata, UU Rumah Susun, UU Perumahan Dan Permukiman, UU Perbankan, UU Penerbangan. Ketika UU di atas dibentuk sebagai pembaharuan hukum, obyeknya berbeda-beda, namun berada di dalam satu sistem, sehingga adanya beberapa istilah menimbulkan keadaan yang tidak harmonis. Lahirnya HT menimbulkan pembaharuan hukum yang sekaligus memperbaharui secara ulang perangkat hukum yang sudah mengalami pembaharuan.

Hingga saat ini kita belum mempunyai UU tentang hukum benda sebagai pengganti dari KUH.Perdata yang mengatur tentang hak atas benda. Di samping itu kita belum memiliki UU tentang hak milik, hak guna usaha dan hak guna bangunan yang ditentukan sebagai obyek HT. Juga kita belum memiliki UU tentang hak jaminan, sementara itu kita telah memiliki UUHT. Di dalam pembentukan UUHT kita belum lagi memiliki pengetahuan tentang asas-asas hukum yang mengatur hubungan antara benda yang dilekatkan pada benda dan hukum jaminan. Juga kita tidak mengetahui bagaimana asas-asas yang mengatur hubungan antara benda yang dilekatkan pada benda yang lain (asesi vertikal) dan pemisahan horisontal, oleh karena itulah pengaturan UUHT terlebih dahulu dari hukum benda dan hukum jaminan menimbulkan sejumlah masalah.⁸¹

Salah satu asas dari hukum benda adalah pemisahan horisontal. Pemisahan ini tidak diterapkan di dalam UUHT. Perhatian lebih dititik beratkan pada asas

⁷⁹ Maria S.W. Sumardjono, *ibid.* hal. 11.

⁸⁰ Mariam Darus Badruzaman, " Posisi HT Dalam Hukum Jaminan Nasional" , Makalah seminar, Bandung : 1996. hal.4.

⁸¹ *Ibid.* hal.5.

perlekatan. Di dalam UUHT ini konsep hubungan tanah dan benda yang berkaitan dengan tanah diletakkan hubungan yang permanen (tetap), bukan sebagai alternatif. Hal ini dapat dilihat dari judulnya " Hak tanggungan atas tanah beserta benda-benda yang berkaitan dengan tanah" . Seyogyanya judul UUHT ini hanya berbunyi "Hak tanggungan atas tanah". Dengan demikian UUHT berpegang pada dasarnya yaitu UUPA yang semata-mata mengatur hak-hak atas tanah. Benda yang berkaitan dengan tanah dibiarkan berada pada sistemnya sendiri.⁸²

Pada hal tanah dan bangunan adalah dua komponen yang berbeda. Tanah mempunyai sifat yang berkaitan dengan kebudayaan, religius, sakral, politis, ekonomis, kesatuan dan keamanan. Sedangkan bangunan lebih menunjukkan sifat-sifat ekonomis dan mempunyai waktu yang relatif sementara dibandingkan dengan tanah yang bersifat abadi, jadi keduanya mengandung muatan asas-asas (sistem) yang berbeda.

Pemisahan tanah dengan benda-benda yang ada di atas tanah melalui asas pemisahan horisontal dapat dilakukan melalui pendaftaran. Berdasarkan asas pemisahan horisontal, rumah, bangunan dan tanaman terpisah dari tanah di mana benda-benda itu berdiri, dan karena itu rumah atau bangunan perlu mempunyai identitas tersendiri yang terlepas dari identitas tanah dimana rumah atau bangunan itu berdiri, sehingga diharapkan rumah atau bangunan akan merupakan benda terdaftar dan memiliki tanda bukti pemilikan sendiri.

⁸² Ibid. hal. 8. Bandingkan dengan Maria S.W. sumardjono, op cit hal.9

BAB III

HASIL PENELITIAN DAN ANALISIS

A. FIDUCIA DALAM PRAKTEK PERBANKAN

Fiducia atau Fiduciare Eigendom Overdracht (FEO) merupakan bentuk pengikatan yang harus dipergunakan bank atas barang jaminan kredit, sedangkan secara fisik barang-barang yang dijaminan itu tetap berada dalam penguasaan pemilik / pemberi fiducia. Konstruksi hukum fiducia ini merupakan penyerahan hak milik secara kepercayaan sehingga tidak terjadi penyerahan secara nyata barang yang dijaminan kepada kreditur (bank), hanya hak miliknya saja yang dianggap berpindah. Konstruksi demikian sering pula disebut dengan *constitutum possessorium*. Dalam hal ini terjadi tiga fase totalitas proses formulasi perjanjian antara kreditur dan debitur.

- Fase perjanjian obligatoir.

Di sini, di antara kreditur dan debitur terjadi perjanjian obligatoir berupa perjanjian kredit dengan penyerahan jaminan fiducia.

- Fase perjanjian kebendaan (*zakelijke overeenkomst*).

Dalam fase ini diadakan penyerahan hak dari debitur kepada kreditur secara *constitutum possessorium*.

- Fase perjanjian pinjam pakai.

Dalam fase ini benda jaminan yang telah jadi "milik" kreditur dipinjam pakai kepada debitur.

Dalam akta perjanjian fiducia harus dicantumkan nomor dan tanggal perjanjian kredit yang menjadi dasar pemberian kredit, oleh karena perjanjian fiducia merupakan perjanjian ikutan (*accessoir*) dari perjanjian kredit. Dengan demikian,

dilihat dari saat terjadinya, perjanjian kredit yang merupakan perjanjian pokok dilakukan lebih dahulu sebelum terjadinya perjanjian fiducia.

1. Perjanjian Kredit Antara Para Pihak

Perjanjian kredit¹ merupakan perjanjian yang mengawali perjanjian jaminan. Istilah kredit berasal dari bahasa Romawi *credere* yang berarti percaya. Jadi seseorang yang mendapatkan kredit adalah seseorang yang telah mendapat kepercayaan dari kreditur. Pemberian kredit berarti memberikan kepercayaan kepada debitur oleh kreditur, meskipun kepercayaan tersebut mengandung resiko yang tinggi. Dalam kesepakatan perjanjian kredit, setidaknya ada dua pihak yang terkait yaitu kreditur dan debitur. Kepentingan masing-masing pihak bertemu yang tercermin dalam kesepakatan yang tertuang dalam perjanjian kredit.

Alasan yang paling utama dari debitur untuk mendapatkan kredit adalah untuk memperoleh sejumlah uang secara tunai dalam rangka memenuhi kebutuhannya. Secara kodrati, manusia itu mempunyai bermacam-macam kebutuhan dalam hidupnya. Kebutuhan itu berfungsi untuk mempertahankan kelangsungan hidupnya. Dengan kata lain, bagi debitur alasan untuk mendapatkan kredit adalah untuk memenuhi kebutuhan pokok manusia berupa kebutuhan akan uang untuk dimanfaatkan bagi pengembangan kemampuan yang ada pada debitur. Gambaran secara riil dari pemanfaatan kredit ini dapat berupa : meningkatkan modal untuk usahanya, meningkatkan bangunan tokonya, menambah jumlah armada usaha angkutannya, sampai untuk keperluan konsumtif seperti pembelian kendaraan bermotor.

¹ Lihat lampiran no. 1

Bank sebagai pihak yang memberikan kredit atau kreditur, jelas berpegang pada ketentuan normatifnya, sebagaimana dinyatakan oleh ketentuan Pasal 6 sub (b) UU No. 7 tahun 1992 tentang Perbankan, yaitu : "memberikan kredit itu merupakan salah satu dari usaha Bank Umum. Ketentuan tersebut berlandaskan Pasal 1 sub (1) UU Perbankan yang memberikan pengertian bank sebagai badan usaha yang menghimpun dana dari masyarakat dalam bentuk simpanan, dan menyalurkannya kepada masyarakat dalam rangka meningkatkan taraf hidup rakyat banyak.

Dalam perjanjian kredit secara nyata nampak, bahwa masing-masing pihak berdiri saling berhadapan dalam kedudukan sebagai pihak kreditur dan debitur. Sebetulnya, lebih dari sekedar berhadapan, para pihak dalam perjanjian kredit tersebut tercipta suatu hubungan kepercayaan. Edward L. Symons¹ menyatakan: "mengingat status bank yang unik di dalam masyarakat kita, dimana bank adalah a place of special safety and provity, maka hubungan tersebut adalah fiduciary relationship". Kalau sudah dalam taraf hubungan yang demikian ini, tidak diartikan secara sempit lagi sebagai hubungan antara debitur dan kreditur yang hanya memberi sugesti tentang penetapan kewajiban antara mereka saja. Tetapi lebih dari itu adalah adanya suatu hubungan dimana pihak yang satu meletakkan kepercayaan (confidence or trust) kepada pihak yang lain sedemikian rupa.

UU Perbankanpun juga meletakkan hubungan antara bank dengan nasabah (debitur) sebagai suatu hubungan "fiduciary relationship"² Hal ini dapat disimpulkan dari ketentuan Pasal 29 ayat (5) UU Perbankan, yang menyatakan : untuk kepentingan nasabah, bank menyediakan informasi mengenai kemungkinan timbulnya resiko kerugian bagi transaksi nasabah yang dilakukan melalui bank.

¹ Edward L. Symons dalam Sutan Remy Sjahdeini, Makalah Kuliah Umum Undip, 1997, hal. 46.

² Sutan Remy Sjahdeini, ibid. hal. 48.

Dengan demikian penyediaan informasi oleh bank merupakan salah satu bentuk "fiduciary relationship".

Kewajiban pemberian informasi dan advis ini timbul pada bank apabila transaksi nasabah yang dilakukan melalui bank itu mengandung resiko kerugian yang besar bagi nasabah. Dalam praktek, nasabah selalu percaya bahwa apa yang dikemukakan oleh pejabat bank sebagai terpercaya kebenarannya dan boleh diandalkan, bahkan nasabah tidak saja sebatas minta informasi, tetapi lebih sering malahan minta advis dari bank mengenai urusan-urusan keuangannya atau mengenai bisnisnya.

Walaupun pemberian kredit oleh bank kepada debitur merupakan salah satu usaha dari bank itu sendiri, tetapi bank tetap menerapkan prinsip kehati-hatian. Dalam konteks ini, bank dalam usahanya tersebut ada kewajiban pula untuk tidak merugikan kepentingan nasabahnya yang telah mempercayakan dananya kepada bank. Untuk itu bank tidak bebas menggunakan dana tersebut, artinya dalam menggunakan dana tersebut bank harus dengan tujuan dan dengan cara sedemikian rupa sehingga mempunyai kepastian dan keyakinan bahwa bank akan dapat mengembalikannya kepada masyarakat tersebut pada waktunya.

Format perjanjian kredit itu sendiri biasanya sudah tercetak dalam formulir-formulir yang dikeluarkan bank. Pihak debitur biasanya tinggal disodori untuk menandatangani perjanjian tersebut, yang seringnya tidak mencermati isi perjanjiannya. Faktor psikologis debitur sebagai pihak yang membutuhkan kredit menempatkan pada posisi yang mau tak mau percaya saja akan isi perjanjian kredit, sehingga kemudian menandatangani. Dengan ditandatanganinya perjanjian kredit tersebut, maka secara formal telah terpenuhi landasan legitimasi untuk sahnyanya suatu perjanjian.

Perjanjian yang terjadi dengan cara di pihak yang satu telah menyiapkan syarat-syarat baku pada suatu formulir perjanjian yang sudah dicetak dan kemudian disodorkan kepada pihak lainnya untuk disetujui dengan hampir tidak memberikan kebebasan sama sekali kepada pihak lainnya untuk melakukan negosiasi atas syarat-syarat yang disodorkan itu dinamakan perjanjian baku / perjanjian standar.

Perjanjian baku ini, bukanlah oleh karena formulir yang digunakan sudah baku. Dengan kata lain, perjanjian baku ialah perjanjian yang hampir seluruh klausul-klausulnya sudah dibakukan oleh pemakainya / bank dan pihak lain / debitur pada dasarnya tidak mempunyai peluang untuk merundingkan atau meminta perubahan. Dengan demikian suatu perjanjian yang dibuat dengan akta Notaris, bila dibuat oleh notaris dengan klausul-klausul yang hanya mengambil alih saja klausul-klausul yang telah dibakukan oleh suatu bank, sedangkan pihak yang lain tidak mempunyai peluang untuk merundingkan atau meminta perubahan atas klausul-klausul itu, maka perjanjian yang dibuat dengan akta notaris itu adalah juga perjanjian baku.³

Pada masa sekarang ini, pertumbuhan perjanjian baku begitu pesat. Pesatnya pertumbuhan perjanjian baku ini tidak lepas dari keadaan sosial ekonomi. Perusahaan besar, dan perusahaan pemerintah mengadakan kerja sama dalam suatu organisasi dan untuk kepentingan mereka, ditentukan syarat-syarat secara sepihak. Pihak lawannya umumnya mempunyai kedudukan (ekonomi) lemah, baik karena posisinya maupun karena ketidaktahuannya, hanya menerima apa yang disodorkan. Dengan penggunaan perjanjian baku ini, maka pengusaha akan memperoleh efisiensi dalam pengeluaran biaya, tenaga dan waktu.

³ Sutan Remy Sjahdeini, Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan yang Seimbang Bagi Para Pihak dalam Perjanjian kredit Bank di Indonesia, Jakarta, Institut Bankir Indonesia, 1993. hal. 66.

Dalam dunia perdagangan, dalam bidang perbankan, dalam bisnis transportasi, dan sebagainya, perjanjian baku telah menjadi suatu kebutuhan. Untuk itu, karena telah meluasnya penggunaan perjanjian-perjanjian baku ini perlu pengawasan agar masyarakat yang awam terhadap aspek hukum dari perjanjian baku mendapat perlindungan, khususnya jika terdapat klausul dalam perjanjian baku yang sangat merugikannya.

2. Fiducia Sebagai Ikatan Jaminan Kredit

Bagi bank untuk mencegah terjadinya hal-hal yang tidak diinginkan dikemudian hari, bank akan sangat berhati-hati dalam menganalisis persyaratan pemberian kredit, dan membuat upaya-upaya pencegahan. Sebagai sarana dalam mengupayakan suatu pencegahan atau yang merupakan upaya preventif dalam perjanjian kredit yang sangat berisiko tinggi tersebut salah satunya adalah dengan pengikatan jaminan fiducia yang dituangkan dalam akta perjanjian fiducia.⁴

Fiducia sebagai lembaga jaminan yang menghindari syarat *inbezitstelling* sehingga barang yang dijaminakan tetap berada dalam kekuasaan debitur, membuat bank yang menerima jaminan ini harus bertindak secara proporsional dalam arti bisa menjaga kepentingan masing-masing pihak. Untuk itu dalam praktek perbankan – dalam kaitan dengan pengikatan jaminan fiducia -- ini mempunyai suatu kebijakan⁵ yang harus ditaati, yaitu :

1. Fiducia merupakan bentuk pengikatan yang harus dipergunakan bank atas barang jaminan kredit, sedangkan secara fisik barang-barang yang dijaminakan itu tetap berada dalam penguasaan pemilik / pemberi fiducia.

⁴ Lihat lampiran No. II dan VI.

⁵ Penelitian di Bank BNI. Ketentuan senada juga diterapkan di BRI dan BCA.

2. Barang-barang yang dapat diikat secara fiducia adalah barang-barang bergerak antara lain berupa kendaraan bermotor, inventaris kantor, stok barang, mesin-mesin pabrik yang tidak melekat pada tanah/bangunan pabrik, kapal laut yang berukuran di bawah 20 M3, dan sebagainya, serta barang-barang tetap seperti rumah/bangunan di atas tanah milik orang lain, kios-kios dan sebagainya.
3. Bukti pemilikan dan dokumen-dokumen lain yang dapat memberikan petunjuk mengenai pemilikan barang-barang yang diikat secara fiducia tersebut di atas, seluruhnya harus diserahkan dan disimpan oleh bank.
4. Setiap lampiran termasuk Daftar barang-barang yang difiduciakan dan merupakan satu kesatuan yang tidak terpisahkan dari perjanjian fiducia harus ditandatangani oleh para pihak.
5. Akta perjanjian fiducia atas barang-barang bergerak dapat dibuat secara di bawah tangan apabila kebijakan perkreditan bank tidak mengharuskan dibuat secara notariil. Sedangkan akta perjanjian fiducia untuk barang-barang tetap harus secara notariil.
6. Bila barang-barang yang difiduciakan bukan milik penerima kredit, pengikatannya harus dilakukan sendiri oleh pemilik barang tersebut.
7. Dalam akta perjanjian fiducia harus dicantumkan nomor dan tanggal perjanjian kredit yang menjadi dasar pemberian kredit, oleh karena perjanjian fiducia merupakan perjanjian ikutan (*accessoir*) dari perjanjian kredit.
8. Dalam akta perjanjian fiducia harus dicantumkan secara jelas rincian dari barang-barang antara lain :
 - a. Jumlah/satuan
 - b. Jenisnya
 - c. Kualitasnya

- d. Nilai/harga
 - e. Nomor dan tanggal bukti kepemilikan / kuitansi, invoice, faktur sertifikat tanah, dan lain-lain.
9. Sebagai lampiran Akta fiducia harus dibuat Daftar barang-barang yang difiduciakan.
 10. Bila terjadi perubahan atas jenis maupun jumlah barang yang difiduciakan, daftar barang-barang fiducia harus secepat mungkin diperbaharui dan ditandatangani oleh pemilik barang dan bank.

a. Akta Perjanjian Fiducia

Pengikatan secara fiducia dilakukan dengan pembuatan akta perjanjian fiducia antara pemilik barang dan bank. Perjanjian fiducia merupakan perjanjian tambahan (*accessoir*), yang senantiasa dikaitkan dengan perjanjian pokoknya yakni perjanjian kreditnya. Di dalam praktek perbankan⁶ perjanjian fiducia ini sering diadakan sebagai perjanjian tambahan jaminan pokok manakala jaminan pokok itu dianggap kurang memenuhi. Di samping itu, perjanjian fiducia banyak juga diadakan secara tersendiri dalam arti tidak sebagai tambahan jaminan pokok, yaitu sebagaimana sering dipakai oleh para pegawai, pedagang kecil dan sebagainya.

Perjanjian fiducia umumnya dibuat secara tertulis dan dalam praktek (kalau tidak ada kebijakan secara khusus) dituangkan dalam bentuk akta perjanjian fiducia yang telah tercetak dalam formulir-formulir yang dikeluarkan bank. Pembuatan akta perjanjian fiducia itu sendiri juga dalam praktek praktek bervariasi, ada yang dalam bentuk formulir-formulir sederhana dua atau tiga halaman, tetapi ada juga yang sangat komplis sampai puluhan halaman.

⁶ Berdasarkan penelitian di Bank BNI, BRI, BCA Semarang.

Dalam praktek perbankan nampak bahwa perjanjian kredit dan perjanjian fiducia tercantum dalam formulir terpisah. Perjanjian fiducia sebagai perjanjian tambahan mempunyai sifat *accessoir* sebagaimana lazimnya sifat perjanjian pada umumnya. Konstruksi sebagai perjanjian yang bersifat *accessoir* yaitu senantiasa merupakan perjanjian yang dikaitkan dengan perjanjian pokok, mengabdikan pada perjanjian pokok. Ketika ada kesepakatan antara debitur dan bank untuk membuka kredit, disepakati pula adanya kesanggupan dari debitur memberikan jaminan berupa fiducia.

Kedudukan perjanjian yang dikonstruksikan sebagai perjanjian yang bersifat *accessoir* itu menjamin kuatnya lembaga jaminan tersebut bagi keamanan pemberian kredit oleh kreditur.⁷ Sebagai konsekuensinya, maka perjanjian yang bersifat *accessoir* ini akan memperoleh akibat-akibat hukum sebagai berikut :

1. Adanya tergantung pada perjanjian pokok.
2. Hapusnya tergantung pada perjanjian pokok.
3. Jika perjanjian pokok batal, maka ikut batal pula.
4. Ikut beralih dengan beralihnya perjanjian pokok.
5. Jika perikatan pokok beralih karena *cessi*, subrogasi, maka ikut beralih juga tanpa adanya penyerahan khusus.

Dengan demikian, hubungan hukum yang tercipta atas adanya perjanjian fiducia antara debitur dan kreditur ini adalah :

1. Hubungan hukum antara pemberi (debitur) dan penerima (kreditur) fiducia adalah hubungan perikatan, berdasarkan mana kreditur berhak untuk menuntut penyerahan barang jaminan secara *constitutum possessorium* dari debitur, yang berkewajiban memenuhinya.
2. Isi perikatan itu adalah memberi sesuatu, karena debitur menyerahkan suatu

⁷ Sri Soedewi Maschoen Sofwan, 1980. *op cit.* hal. 37.

barang secara *constitutum possessorium* kepada kreditur.

3. Perikatan itu mengikuti suatu perikatan lain yang telah ada, yaitu perikatan hutang piutang (perjanjian kredit) antara debitur dan kreditur. Perikatan antara pemberi dan penerima fiducia dengan demikian merupakan perikatan yang sifatnya *accessoir* sedangkan perikatan pokoknya ialah perjanjian kredit itu.
4. Perikatan fiducia dengan demikian merupakan perikatan dengan syarat batal karena kalau hutangnya dilunasi maka hak jaminannya hapus.
5. Perikatan fiducia itu terjadi karena perjanjian pemberian perjanjian pemberian fiducia sebagai jaminan, sehingga dapat dikatakan bahwa sumber perikatannya adalah perjanjian.
6. Perjanjian itu merupakan perjanjian yang tidak dikenal oleh KUH.Perdata, oleh karena itu ia disebut juga perjanjian *innominat* atau *on be noemde overeenkomst*.
7. Perjanjian tersebut tetap tunduk pada ketentuan-ketentuan umum tentang perikatan yang terdapat dalam Bab I - IV Buku III KUH.Perdata.⁸

Sebelum keluarnya Undang-Undang Rumah Susun (UU No. 16 tahun 1985) dan Undang-Undang Perumahan Dan Permukiman (UU No. 4 tahun 1992), fiducia tidak diatur secara khusus dalam suatu perundang-undangan. Tetapi fiducia ini tetap berlaku dalam masyarakat, bahkan dalam praktek perbankan merupakan lembaga jaminan yang sangat populer. Dasar berlakunya tentunya sebagai konsekuensi sistem terbuka dari Buku III KUH.Perdata dengan asas pentingnya yaitu asas kebebasan berkontrak. Dengan asas tersebut memberi kemungkinan bagi masyarakat untuk membuat suatu perjanjian apapun dan bagaimanapun isinya sepanjang tidak bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan dan ketertiban. Dengan demikian pasal-pasal yang terdapat dalam hukum perjanjian merupakan

⁸ Oey Hoey Tiong, op cit. hal. 33.

apa yang dinamakan hukum pelengkap atau optimal law, yang berarti bahwa pasal-pasal itu boleh disingkirkan manakala dikehendaki oleh pihak-pihak yang membuat perjanjian atau menciptakan ketentuan sendiri secara menyimpang dari pasal-pasal hukum perjanjian.

Asas kebebasan berkontrak yang tersimpul dari ketentuan Pasal 1338 KUH.Perdata, dengan demikian merupakan acuan normatif yang memberi dasar berlakunya perjanjian fiducia. Kalau kemudian ditelaah ke belakang, munculnya lembaga fiducia adalah untuk memenuhi kebutuhan masyarakat dalam rangka mendapatkan kredit dan kemudian oleh pengadilan diakui dalam putusan-putusannya yang kemudian menjadi yurisprudensi, maka dapat dikatakan fiducia ini merupakan produk penemuan hukum (rechtsvinding). Diakuinya fiducia melalui yurisprudensi, lebih memberi tekanan bahwa secara yuridis lembaga fiducia mempunyai dasar hukum dalam arti formil. Sebab, yurisprudensi merupakan salah satu dari sumber hukum dalam arti formil.

Dalam perspektif sosiologis, maka hukum merupakan suatu lembaga sosial yang merupakan himpunan dari pada norma-norma dari segala tingkatan yang berkisar pada suatu kebutuhan pokok di dalam kehidupan masyarakat, karena setiap masyarakat selalu mempunyai apa yang dinamakan kebutuhan-kebutuhan dasar. Lembaga fiducia dengan sifatnya yang *accessoir* sebagai buntut dari perjanjian kredit, membuktikan lembaga ini timbul untuk memenuhi salah satu kebutuhan dasar manusia yaitu kebutuhan akan kredit untuk mengembangkan usahanya. Jadi, hal ini menunjukkan bahwa lembaga fiducia merupakan suatu lembaga sosial.

Dalam fiducia, hak milik atas barang yang dijaminkan diserahkan atau beralih kepada kreditur, namun secara fisik barang tidak diserahkan kepada kreditur tetapi tetap ada pada debitur dengan suatu perjanjian bahwa debitur tidak

lagi menguasai barang-barang tersebut sebagai pemilik tetapi hanya sebagai penyimpan atau peminjam belaka. Inilah yang menjadi ciri utama fiducia dengan konstruksinya berupa penyerahan secara *constitutum possessorium*. Penyerahan demikian meski tidak diatur dalam perundang-undangan tetaplah sah atas dasar asas kebebasan berkontrak.

Konsekuensi hukumnya, sejak dilakukan pengikatan secara fiducia kreditur menurut hukum menjadi berkedudukan sebagai pemilik barang. Sementara debitur atau orang yang menguasai barang tidak lagi berkedudukan sebagai pemilik, tetapi menjadi sebagai peminjam (peminjam pakai) belaka. Debitur sebagai peminjam berkewajiban menjaga barangnya agar tetap terpelihara dengan baik. Apabila barang yang bersangkutan berupa barang bergerak yang habis didalam pemakaian (misalnya barang konsumsi, barang dagangan, bahan baku produksi), maka setiap waktu debitur berkewajiban menggantinya dengan barang yang jenis, jumlah dan kualitasnya sama seperti yang dipinjamkan.

Menyadari kedudukan bank sebagai pemilik dan selain itu karena barang-barang bersangkutan merupakan jaminan dari kredit yang diberikan oleh bank, maka perlu dilakukan hal-hal sebagai berikut :

1. Bank melakukan pengawasan atas barang bersangkutan dan secara berkala mengadakan penelitian setempat dan sehubungan dengan itu Kantor Cabang diwajibkan untuk mengadakan penelitian setempat dan membuat catatan mengenai adanya dan keadaan barang pada saat pemeriksaan, paling sedikit satu bula sekali terhitung sejak kredit didisposisi dan selama masih ada out standing, catatan mana harus diketahui oleh Pemimpin Cabang.
2. Hasil pemeriksaan harus dibandingkan oleh Kantor Cabang dengan daftar barang-barang yang diserahkan secara fiducia yang diserahkan dan ditandatangani oleh debitur untuk mengetahui apakah sesuai dan telah

memenuhi syarat-syarat yang ditentukan bank.

3. Dalam hal barang kurang jumlahnya atau tidak cocok kualitasnya sehingga menjadi lebih rendah dari yang seharusnya, maka debitur harus segera dimintai pertanggung jawaban dan diminta untuk memulihkan keadaan barang sehingga menjadi seperti seharusnya.

Sebenarnya, kedudukan kreditur sebagai pemilik dalam perjanjian fiducia yang ditunjukkan dengan adanya penyerahan hak milik secara kepercayaan dari debitur, tidak menjadikan kreditur (bank) sebagai "pemilik yang sebenarnya". Untuk itu, karena barang jaminan secara fisik tetap dikuasai oleh debitur, maka seyogyanya pihak kreditur tetap memegang dokumen bukti kepemilikan barang yang bersangkutan dan sedapat mungkin menempel striker pada barang-barang tersebut yang menunjukkan bahwa barang yang bersangkutan adalah "miliknya" kreditur. Hal demikian setidaknya untuk mencegah terjadinya fiducia ulang.

Kedudukan kreditur sebagai pemegang fiducia yang bukan sebagai pemilik sebenarnya, membuat kreditur merasa perlu memperjanjikan kuasa⁹ yang dibuat antara bank dengan debitur dalam perjanjian fiducia, yang dimuat dalam klausul bahwa dalam hal debitur wanprestasi bank diberi hak untuk menguasai secara fisik dan kemudian melakukan penjualan atas barang yang difiduciakan tersebut. Di samping itu sering pula dimuat ketentuan apabila debitur wanprestasi dan sipemberi fiducia tidak bersedia menyerahkan barang yang difiduciakan secara sukarela dalam jangka waktu yang telah ditentukan, bank diberi hak untuk menguasai barang tersebut secara fisik dengan cara mengambil sendiri maupun dengan bantuan orang lain.

⁹ Pendapat umum para Notaris dari beberapa wawancara yang dilakukan. Hal itu penting dicantumkan sebagai tindakan pengamanan bagi kreditur.

Klausul-klausul demikian, umumnya sudah menjadi ketentuan yang harus disepakati dengan pihak debitur dalam formulir yang telah baku. Dapat dikatakan klausul tersebut termasuk sebagai perjanjian baku. Yang perlu dicermati dalam menghadapi perjanjian baku adalah apakah ada ketentuan-ketentuan yang sangat merugikan debitur. Kalau ada berarti ada penyalahgunaan keadaan atau sebagai cacat kehendak yang bisa dimintakan pembatalan ke pengadilan. Hakim pada dasarnya tidak terikat atas klausul-klausul yang termuat dalam perjanjian baku¹⁰ tersebut. Hal ini menunjukkan, meskipun klausul demikian dibuat dengan tujuan melindungi kedudukan kreditur sebagai pemilik yang bukan sebenarnya dalam perjanjian fiducia, tetapi hal itu belum bisa menjamin keamanan bagi kreditur. Semuanya tergantung penilaian dari pengadilan.

Sesuai dengan doktrin dan yurisprudensi, perjanjian-perjanjian yang mengandung cacat kehendak itu tetap mengikat para pihak, hanya saja atas tuntutan dari pihak yang merasa dirugikan bisa menuntut dilakukan pembatalan atas perjanjian tersebut. Cacat kehendak bisa terdiri dari empat hal, yaitu :

- kesesatan (*dwaling*)
- paksaan (*dwang*)
- penipuan (*bedrog*)
- Penyalahgunaan keadaan (*misbruik van de omstandigheden*)

Cacat kehendak yang keempat inilah yang sering mewarnai dalam perjanjian-perjanjian baku yang sekarang banyak digunakan dalam masyarakat, termasuk dalam transaksi kredit.

Kalau kita cermati, maka dalam peristiwa-peristiwa dimana penyalahgunaan keadaan menjadi permasalahan hukum di pengadilan, maka ada beberapa faktor yang dapat kita anggap sebagai ciri, yaitu :

¹⁰ Hasil penelitian di Pengadilan Negeri Semarang.

1. Pada waktu menutup perjanjian, salah satu pihak ada dalam keadaan yang terjepit,
2. Karena keadaan ekonomis, kesulitan keuangan yang mendesak.
3. Karena hubungan atasan - bawahan, keunggulan ekonomis pada salah satu pihak.
4. Perjanjian tersebut mengandung hubungan yang timpang dalam kewajiban timbal balik antara para pihak (prestasi yang tak seimbang).
5. Kerugian yang sangat besar bagi salah satu pihak.

Tindakan bank untuk melaksanakan isi perjanjian yang telah disepakati dalam perjanjian fiducia, misalnya pengambilan barang jaminan kadang bisa membawa kerugian bagi bank itu sendiri. Hal demikian ini pernah dialami oleh salah satu bank swasta di Semarang¹¹ yang mengambil alih barang jaminan yang diikat dengan fiducia tanpa surat perintah penyitaan dari pengadilan.

Kasusnya, debitur yang memperoleh fasilitas kredit untuk membeli truk angkutan dari bank tersebut. Terhadap pemberian kredit tersebut debitur telah menyerahkan truk angkutan yang dibelinya itu sebagai barang jaminan yang diikat secara fiducia. Dalam perkembangannya, kredit tersebut kemudian menjadi macet sehingga sebagai usaha penyelesaiannya bank tersebut kemudian memutuskan untuk menyita sendiri barang jaminan tersebut dan kemudian melakukan penjualan tanpa adanya surat perintah penyitaan dari pengadilan. Dengan adanya pengambilalihan barang jaminan tersebut, debitur kemudian mengajukan gugatan ke pengadilan dengan dasar gugatan bank tersebut telah melakukan penyitaan dan penjualan barang jaminan secara melawan hukum. Pengadilan yang memeriksa ternyata memenangkan gugatan debitur tersebut, dan bank selain dikenakan pinalti juga diwajibkan membayar ganti rugi.

¹¹ Berdasarkan penelitian di Bank BCA Semarang

Dari kasus tersebut dapat dilihat, bahwa meskipun dalam perjanjian fiducia pada umumnya dibuat klausul bahwa dalam hal debitur wanprestasi bank diberi hak untuk menguasai secara fisik dan kemudian melakukan penjualan atas barang yang difiduciakan tersebut, bank tetap tidak bisa melakukan hal demikian secara otomatis. Tindakan bank yang melakukan penyitaan dan kemudian menjual barang-barang jaminan yang diikat fiducia tanpa surat perintah dari pengadilan memberikan peluang untuk dapat digugat oleh debitur dengan dasar gugatan perbuatan melawan hukum (Pasal 1365 KUH.Perdata).

Rupanya, pengadilan lebih berpegang pada yurisprudensi Mahkamah Agung RI, yaitu Keputusan Mahkamah Agung No. 1500 K / Sip / 1978¹² dalam perkara mengenai fiducia yang dalam pertimbangan hukumnya antara lain menyebutkan bahwa dalam hal debitur tidak memenuhi perjanjian pada waktunya maka kreditur tidak boleh mendaku (menggambil sebagai miliknya / *toeeigenen*) barang jaminan yang diikat secara fiducia.

Belajar dari kasus tersebut, Bank BNI¹² membuat kebijakan yang menyangkut eksekusi atas barang-barang bergerak yang difiduciakan, ditentukan bahwa bila debitur wanprestasi dan si pemberi fiducia tidak bersedia menyerahkan barang yang difiduciakan secara sukarela, maka bank dapat mengajukan gugatan melalui Pengadilan Negeri dan dalam gugatan harus dimohonkan Sita Jaminan (*conservatoir beslag*) terhadap barang-barang yang dimaksud.

Dengan demikian, meskipun bank telah diberi kuasa untuk menyita / merampas / menjual atas kekuasaan sendiri terhadap barang-barang bergerak yang difiduciakan namun pelaksanaannya harus mengindahkan kaidah hukum, yaitu penyitaan dan penjualan terhadap barang yang difiduciakan hanya dapat dilakukan bila ada putusan / surat perintah dari pengadilan.

¹² Penelitian di Bank BNI, Semarang, dan didukung Bank BNI Jakarta.

b. Prosedur Pengikatan Jaminan Fiducia Dengan Obyeknya

Kebijakan yang diambil oleh Bank¹³ yang menerima ikatan jaminan fiducia, menunjukkan bank bisa menerima baik barang-barang bergerak maupun barang-barang tidak bergerak. Pengikatan secara fiducia terhadap barang bergerak hanya dilakukan apabila barang tersebut karena sifat dan demi kelancaran usaha debitur memang tidak seyogyanya dikuasai secara fisik oleh bank. Dasar hukum yang dijadikan landasan bank dalam menerima jaminan fiducia adalah :

1. Pengikatan secara fiducia terhadap barang bergerak tidak diatur dalam suatu undang-undang. Namun fiducia ini diakui berlakunya oleh lembaga peradilan di Indonesia sebagai lembaga jaminan hal mana ternyata dari putusan-putusan pengadilan yang telah menjadi yurisprudensi.

Yurisprudensi yang telah ada dan dijadikan pedoman sampai saat ini adalah:

- a. Arrest Hooggerechtshof tanggal 18 Agustus 1932.

Merupakan yurisprudensi pertama di Indonesia yang memungkinkan berlakunya lembaga fiducia. Yurisprudensi yang dikenal dengan "BPM - Clyneet Arrest" ini adalah yurisprudensi yang memberi jalan keluar yang ditempuh pengadilan untuk mengatasi masalah yang terdapat di dalam hak gadai menurut KUH.Perdata dalam hubungannya dengan syarat *inbezitstelling*.

- b. Putusan Pengadilan Tinggi Surabaya tanggal 22 Maret 1951 No. 158 / 1950 Pdt.

Putusan Pengadilan Tinggi Surabaya ini menegaskan bahwa penyerahan hak milik secara kepercayaan hanya boleh mengenai barang bergerak saja.

- c. Putusan Mahkamah Agung tanggal 1 September 1971 Reg. 372 / K / Sip / 1970.

¹³ Hasil penelitian di Bank BNI

Putusan tersebut berbunyi : "Penyerahan hak milik mutlak sebagai jaminan oleh pihak ketiga hanya berlaku untuk benda-benda bergerak.

2. Pengikatan secara fiducia terhadap barang tidak bergerak didasarkan pada:
 - a. Undang Undang Rumah Susun (UU No. 16 tahun 1985).

Berdasarkan UU Rumah Susun ini telah dimungkinkan penjaminan rumah susun / satuan rumah susun yang berdiri di atas tanah negara dengan menggunakan lembaga fiducia.

Ketentuan fiducia dalam UU Rumah Susun ini dalam praktek ternyata jadi sangat berkembang, karena ternyata pada beberapa bank fiducia ini juga dapat dibebankan tidak hanya kepada rumah atau bangunannya, tetapi juga dapat terhadap tanah hak pakai dan hak sewa.

Namun, dengan berlakunya Undang Undang Hak Tanggungan (UU NO 4 tahun 1996) ketentuan fiducia yang diatur dalam UU Rumah Susun tersebut dicabut, selanjutnya penjaminannya dilakukan dengan Hak Tanggungan.

- b. Undang Undang Perumahan Dan Permukiman (UU No. 4 tahun 1992).

Dengan undang-undang ini dimungkinkan. pemilikan rumah oleh bukan pemilik hak atas tanah, atas persetujuan tertulis dari pemilik hak atas tanah dapat dibebani fiducia. Sedangkan terhadap pembebanan atas rumah yang merupakan milik pemegang hak atas tanah dapat dipilih dua alternatif, yakni rumahnya dapat dibebani fiducia sedangkan tanahnya dapat dibebani Hak Tanggungan.

Dalam pada itu, prosedur yang ditempuh bank dalam pengikatan jaminan fiducia adalah sebagai berikut :

1. Bank mengadakan pemeriksaan fisik barang yang akan dijaminkan untuk meneliti kebenaran kualitas dan kuantitasnya dengan mengadakan identifikasi atas :
 - a. Jumlah satuan barang
 - b. Merk / tahun pembuatan / kapasitas / ukuran dan sebagainya.
 - c. Nomor dan tanggal Bukti Pemilikan / Kuaitansi, invoice, faktur, sertifikat - tanah, dan lain-lain.
 - d. Tempat penyimpanan.

2. Apabila sudah diyakini kebenaran data tersebut di atas, serta kebenaran pemilikan dari barang tersebut berdasarkan bukti-bukti pemilikan yang ada, selanjutnya dibuat akta perjanjian fiducia antara bank dengan pemilik barang yang difiduciakan beserta Daftar Barang-barang Fiducia.

Menurut hukum, akta fiducia dapat dibuat secara sah baik berbentuk akta di bawah tangan maupun notariil. Namun mengingat sebagai alat bukti, kedua akta dapat mengakibatkan kosekuensi hukum yang berbeda, maka demi kepentingan bank, bank menerapkan kebijakan sebagai berikut :

 - a. Untuk barang bergerak, bagi kantor-kantor cabang yang di daerah kerjanya terdapat Notaris supaya akta perjanjian fiducia dibuat secara notariil, sedangkan daftar barang-barang yang difiduciakan setiap kali dapat dibuat / diperbaharui dengan cukup secara di bawah tangan.
 - b. Untuk barang-barang tak bergerak, harus dibuat secara notariil.

3. Bila akta fiducia beserta Daftar barang-barang fiducia selesai dibuat, bank

melakukan pengawasan atas barang-barang bersangkutan dan secara berkala mengadakan pemeriksaan setempat. Atas pemeriksaan tersebut bank membuat catatan mengenai adanya barang dan kondisi barang pada saat pemeriksaan.

Pemeriksaan ini dilakukan paling sedikit satu bulan sekali terhitung sejak kredit didisposisi dan selama masih ada out standing, catatan mana harus diketahui oleh Pemimpin Cabang. Hasil pemeriksaan harus dibandingkan oleh Kantor Cabang dengan daftar barang-barang yang diserahkan secara fiducia yang diserahkan dan ditandatangani oleh debitur untuk mengetahui apakah sesuai dan telah memenuhi syarat-syarat yang ditentukan bank.

Dalam hal barang kurang jumlahnya atau tidak cocok kualitasnya sehingga menjadi lebih rendah dari yang seharusnya, maka debitur harus segera dimintai pertanggungjawaban dan diminta untuk memulihkan keadaan barang sehingga menjadi seperti seharusnya.

Menurut asas yang berlaku di dalam penyerahan dan pengikatan jaminan, yang berhak menyerahkan suatu barang sebagai obyek jaminan adalah pemegang hak sendiri atas barang tersebut. Dengan demikian, perjanjian fiducia harus ditandatangani oleh pemilik barang. Hal ini bisa terjadi misalnya, yang menjadi debitur adalah PT X sedangkan jaminan berupa mobil adalah milik pribadi A, Direktur Perusahaan. Menurut hukum, akta perjanjian fiducia terhadap barang jaminan milik pihak ketiga tersebut dapat ditandatangani oleh debitur / pihak lain (termasuk bank) berdasarkan surat Kuasa. Namun untuk menghindari kemungkinan timbulnya permasalahan hukum di kemudian hari, kebijakan hukum dari bank menetapkan bahwa akta perjanjian fiducia terhadap obyek jaminan milik pihak ketiga harus dibuat dan ditandatangani oleh pemilik sendiri.

Penerimaan barang sebagai obyek jaminan untuk diikat secara fiducia oleh bank harus sedapat mungkin diperiksa atau diselidiki mengenai kebenaran pemilikan barang yang bersangkutan, yaitu demi untuk menghindarkan timbulnya gugatan dari pihak lain. Untuk itu bank harus menguasai bukti kepemilikan barang-barang jaminan yang diikat fiducia.

Selain itu, pengikatan barang-barang bergerak khususnya alat-alat berat sebagai jaminan kredit secara fiducia harus dipastikan terlebih dahulu bahwa barang tersebut tidak dijadikan jaminan kepada kreditur lain, sehingga terhindari adanya double fiducia. Kasus terjadinya double fiducia pernah terjadi juga di Bank BNI sehingga menyebabkan bank dalam posisi yang lemah / kurang menguntungkan, karena tidak mempunyai hak untuk didahulukan dari hasil penjualan barang yang bersangkutan.

Kasus tersebut bermula dari PT X yang telah memperoleh fasilitas kredit investasi untuk membiayai pembelian alat-alat berat dari PT. Y (penjual). Sebagai jaminan pelunasan kredit tersebut, antara lain barang-barang bergerak berupa alat-alat berat yang dibiayai untuk diikat secara fiducia. Pengikatan fiducia telah dilaksanakan secara notariil, dimana pemilikan atas barang-barang tersebut hanya diberitahukan kepada notaris berdasarkan pengakuan debitur saja bahwa barang-barang itu miliknya tanpa memperlihatkan / menyerahkan bukti-bukti pemilikan yang jelas atas barang-barang yang diikat fiducia tersebut. Beberapa waktu kemudian timbul gugatan antara PT Y (penggugat) melawan PT X (tergugat), dimana atas permohonan penggugat, Pengadilan Negeri setempat telah membebani sita jaminan terhadap barang-barang jaminan yang telah diikat oleh bank di atas. Dasar dari gugatan adalah perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh PT X karena PT X tidak memenuhi kewajibannya dalam perjanjian hutang piutang sehubungan dengan pembelian barang-barang berupa alat-alat

berat tersebut (belum dilunasi pembayarannya). Dalam proses tersebut terungkap pula bahwa barang-barang yang kemudian diikat secara fiducia tersebut ternyata sebelumnya telah terlebih dahulu diikat secara fiducia Notariil untuk kepentingan PT Y, sehingga terjadi double fiducia.

Dari kasus tersebut menunjukkan bahwa kelalaian yang dilakukan dengan tidak meminta bukti-bukti yang dapat menunjukkan bahwa pemilik barang-barang tersebut adalah debitur, dan juga notaris dimana akta fiducia dibuat juga tidak menanyakan bukti pemilikan terhadap barang-barang tersebut, membuka peluang yang bisa dimanfaatkan debitur untuk memfiduciakan ulang (double fiducia) sehingga merugikan bank. Sebagaimana diketahui, terhadap barang-barang bergerak, petunjuk utama untuk mengetahui apakah barang-barang itu benar-benar milik debitur dan belum dijamin kepada kreditur lain adalah penyerahan bukti-bukti pemilikan kepada bank atas nama debitur yang bersangkutan.

Untuk itu pihak bank memberikan perhatian secara khusus terhadap pengikatan barang-barang bergerak berupa alat-alat berat yang diikat dengan fiducia, yaitu :

1. Kepastian pemilikan dari barang bergerak tersebut.

Dengan adanya kepastian pemilikan dari suatu barang bergerak, dapat diketahui siapa pemilik / pemegang hak dari barang tersebut. Hal ini penting mengingat yang berwenang untuk melakukan pengikatan jaminan adalah pemilik / pemegang hak dari barang itu sendiri. Di samping itu dengan dapat diserahkannya bukti pemilikan atas suatu barang kepada bank merupakan petunjuk bahwa barang tersebut belum dilakukan pengikatan dalam bentuk apapun.

Bukti pemilikan ini dapat berupa Surat Bukti Milik, Kwitansi Pembelian, atau invoice dari barang-barang yang akan diikat tersebut. Adapun konsekuensi

atas pengikatan barang-barang bergerak secara fiducia tanpa adanya kepastian pemilikan adalah kemungkinan adanya sanggahan dari pihak pemilik / pemegang hak yang sebenarnya yang dapat mengakibatkan batalnya pengikatan fiducia tersebut.

2. Perlu mendapat perhatian bahwa barang-barang bergerak berupa alat-alat berat umumnya diperoleh debitur berdasarkan :

- a. Hak Sewa.

Dalam hal barang berstatus sewa, debitur yang bersangkutan tidak dapat menyerahkan barang tersebut sebagai jaminan kepada bank, karena yang bersangkutan bukan pemilik dari barang tersebut.

- b. Pembelian secara angsuran.

Apabila barang bergerak tersebut dibeli debitur dengan angsuran, maka atas barang-barang tersebut debitur dapat menyerahkan sebagai jaminan kepada bank, karena pemilikan atas barang tersebut sudah beralih pada debitur yang bersangkutan.

Yang perlu diperhatikan dalam penerimaan barang-barang bergerak milik debitur yang dibeli dengan angsuran adalah kepastian apakah *pihak penjual tidak lebih dahulu telah mengikat fiducia* barang-barang tersebut sebagai jaminan pembayaran angsuran.

- c. Sewa Beli.

Barang dalam status sewa beli tidak dapat diserahkan sebagai jaminan pada bank oleh debitur, karena pemilikan atas barang tersebut masih ada pada pihak yang menyewabelikan.

- d. Leasing.

Untuk barang-barang yang diketahui diterima debitur dari perusahaan leasing,

bank harus hati-hati dan harus meneliti :

d.1. Apakah barang tersebut masih ada dalam status sewa (lease).

Dalam hal barang tersebut dalam status sewa sebagaimana di atas, maka atas barang tersebut tidak dapat diserahkan sebagai jaminan.

d.2. Apakah barang tersebut berdasarkan hak optie telah dibeli secara angsuran.

Apabila barang-barang tersebut telah dibeli debitur dengan angsuran maka dapat diserahkan oleh debitur kepada bank untuk dijadikan jaminan.

d.3. Apakah barang tersebut berdasarkan hak optie telah disewa beli.

Apabila barang dalam status sewa beli, barang tersebut tidak dapat diserahkan oleh debitur kepada bank sebagai jaminan untuk diikat fiducia.

Dengan demikian, tidak diberikannya bukti kepemilikan dari barang jaminan berupa barang bergerak kepada bank memberikan kemungkinan bahwa barang tersebut telah diikat fiducia untuk kepentingan kreditur lain dan bukti kepemilikannya dikuasai oleh kreditur lain tersebut. Hal mana akan menempatkan bank pada kedudukan yang lemah karena fiducia yang dibuat kemudian untuk kepentingan bank adalah fiducia yang kedua kalinya (double fiducia) dan tidak mempunyai kedudukan yang didahulukan. Jadi, bank tidak mempunyai hak preferensi, yaitu hak seorang kreditur untuk didahulukan dari para kreditur lainnya guna memperoleh pembayaran hutang dari hasil penjualan barang-barang tersebut.

3. Kedudukan Para Pihak

Di dalam ikatan jaminan fiducia, terjadi penyerahan hak milik secara kepercayaan kepada kreditur namun secara fisik barang tidak diserahkan kepada kreditur tetapi tetap ada pada debitur dengan suatu perjanjian bahwa debitur tidak lagi menguasai barang-barang tersebut sebagai pemilik tetapi hanya sebagai penyimpan belaka.

Dengan konstruksi demikian yang sering menjadi persoalan adalah kedudukan kreditur, mengingat kreditur secara fisik tidak menguasai barang yang menjadi jaminan. Dalam arti, keamanan yang seharusnya selalu melekat pada kreditur atas barang yang menjadi jaminan patut dipertanyakan. Dalam posisi yang demikian, pada akhirnya lembaganya itu sendiri (fiducia) yang dapat digugat keberadaannya apakah memang dibutuhkan dan memberi manfaat bagi masyarakat khususnya para pihak.

Bila dilihat dari praktek perbankan, penggunaan fiducia sebagai jaminan ini sangat populer¹⁴, dalam arti perjanjian kredit dengan ikatan jaminan fiducia sangat sering dilakukan, baik untuk kredit dalam jumlah kecil maupun kredit dalam jumlah besar. Tidak ada pembatasan jumlah berapa kredit yang dapat dijamin dengan fiducia selama barang-barang yang diikat dengan jaminan fiducia dinilai pantas dan sesuai dengan pertimbangan bank.

Demikian pula dari data yang diperoleh di pengadilan¹⁵, kasus yang menyangkut fiducia termasuk perkara yang jarang diterima. Dari data yang ada diperoleh keterangan bahwa untuk perkara fiducia ini setiap tahun hanya antara satu sampai dua kasus saja. Dari kenyataan ini di satu sisi menunjukkan bahwa ikatan jaminan fiducia jarang menimbulkan sengketa bagi para pihak, dan di sisi

¹⁴ Berdasarkan praktek di BNI, BRI, BCA Semarang.

¹⁵ Hasil penelitian di Pengadilan Negeri Semarang.

lain bisa menunjukkan bahwa penyelesaian sengketa dilakukan sendiri sehingga jarang yang masuk ke pengadilan.

Dilihat dari sudut "kemanfaatan", lembaga fiducia dirasakan manfaatnya bagi kedua belah pihak. Terhadap debitur, lembaga ini dinilai sangat menguntungkan karena dengan fiducia debitur dapat memperoleh kredit dengan masih tetap menguasai secara fisik barang-barang yang dijaminkannya sehingga masih dapat digunakan untuk keperluan sehari-hari atau tetap dapat digunakan untuk menjalankan usahanya. Sementara bagi kreditur, hal yang bisa dikatakan menguntungkan adalah proses pemasangan fiducia itu lebih sederhana, juga karena ikatan jaminan fiducia tidak mensyaratkan berpindahnya barang jaminan dalam kekuasaan kreditur. Dengan demikian kreditur (bank) tidak perlu menyediakan tempat khusus bagi penyimpanan barang-barang jaminan tersebut.

Di samping itu, dalam ikatan jaminan fiducia kepentingan para pihak saling bertemu sehingga menciptakan "rasa saling bertanggung jawab" atas kewajiban masing-masing, yang mana pihak debitur merasa bahwa dengan fiducia kepentingan mendapatkan kredit bisa terpenuhi, sementara bagi kreditur dengan ikatan jaminan fiducia dapat menyalurkan kreditnya dengan rasa aman sebagai perwujudan salah satu usahanya.

Jarangnya sengketa masalah fiducia, juga tidak lepas dari tindakan preventif bank sebelum mengeluarkan kreditnya yaitu dengan menerapkan prinsip kehati-hatian. Filosofi ini merupakan prinsip yang harus dipegang bank sebelum memutuskan menyalurkan kredit kepada debitur, dengan harapan dapat dicegah hal-hal yang merugikan kreditur dikemudian hari. Untuk itu bank melakukannya dengan berpedoman pada "the five C's of credit analysis" yaitu melakukan penilaian kelayakan calon debitur, melalui :

1. Character

2. Capacity
3. Capital
4. Collateral
5. Condition of economy.

The five C's of credit analysis ini merupakan pedoman yang baik bagi bank untuk menghindarkan sengketa atas kredit yang dikeluarkannya dengan jaminan apapun, karena mengandung tiga unsur pokok yaitu :

1. Faktor subyektif (moral)
2. Faktor obyektif yang berkenaan dengan organisasi, administrasi, modal, dan keadaan ekonomi.
3. Faktor yuridis yang berkenaan dengan struktur dari badan usaha penerima kredit.

Dalam hal terjadi juga sengketa mengenai fiducia ini, bagi kreditur yang dipersoalkan adalah kedudukannya apakah sebagai kreditur preferen atau sebagai kreditur konkuren. Dengan kedudukan sebagai kreditur preferen berarti ia punya hak preferensi, yaitu hak seorang kreditur untuk didahulukan dari para kreditur lainnya guna memperoleh pembayaran hutang dari hasil penjualan barang-barang tersebut. Jika ia berkedudukan sebagai kreditur konkuren berarti ia hanya berkedudukan yang sederajat dengan kreditur-kreditur lain dalam hal pelunasan piutangnya.

Menurut ketentuan undang-undang para kreditur mempunyai hak penuntutan pemenuhan hutang terhadap seluruh harta kekayaan debitur baik yang berwujud benda bergerak maupun benda tidak bergerak, baik benda-benda yang telah ada maupun yang masih akan ada (Pasal 1131 KUH.Perdata). Jika hasil penjualan benda-benda tersebut ternyata tak mencukupi bagi pembayaran piutang para kreditur, maka hasil tersebut dibagi-bagi antara para kreditur

seimbang dengan besarnya piutang masing-masing (Pasal 1132 KUH.Perdata). Hak pemenuhan dari para kreditur 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. Kreditur yang mempunyai kedudukan yang sama dan sederajat untuk memperoleh pemenuhan piutangnya terhadap harta kekayaan debitur disebut kreditur konkuren. Sedangkan seluruh harta kekayaan debitur yang dipakai sebagai jaminan bagi semua kreditur tersebut merupakan jaminan umum. Jaminan umum demikian adanya diberikan oleh undang-undang jadi tidak diperjanjikan.

Asas persamaan hak dari para kreditur itu tidak mengenal kedudukan yang diutamakan atau preferensi, tidak ada yang lebih didahulukan satu dengan lainnya. Juga tidak mengenal hak yang lebih tua dan hak yang lebih muda, hak yang lebih dulu terjadi sama saja kedudukannya dengan hak yang kemudian. Hak dari kreditur atas benda-benda dari debitur di sini merupakan hak hak yang bersifat perorangan. Sedangkan pada hak yang bersifat kebendaan (zakelijk) sebaliknya mengenal kedudukan preferensi, mengenal asas prioritas.¹⁶

Hak untuk didahulukan dalam pemenuhan hutang itu timbul karena dua jalan :

1. Karena memang sengaja diperjanjikan lebih dahulu bahwa piutang-piutang kreditur itu akan didahulukan pemenuhannya dari pada piutang-piutang yang lain. Hal demikian terjadi pada piutang-piutang hipotik, credietverband (keduanya diganti dengan hak tanggungan) dan gadai.
2. Kemungkinan untuk pemenuhan yang didahulukan itu timbul karena memang telah ditentukan undang-undang, yaitu bagi para pemegang hak privilegi, ialah kreditur pemegang piutang-piutang tertentu yang oleh

¹⁶ Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, 1980, op cit. hal. 75.

undang-undang ditentukan lebih diutamakan / didahulukan dari kreditur-kreditur yang lain semata-mata sesuai dengan sifat perutangannya (Pasal 1134 KUH.Perdata).

Kalau dilihat tingkatannya, maka para kreditur pemegang hak gadai dan hak tanggungan menurut undang-undang mempunyai kedudukan yang terkuat (separatist) - pasal 56 UU Kepailitan. Kemudian menyusul para pemegang hak privilegi, baru kemudian paling lemah adalah para kreditur konkuren yang kedudukannya sama dengan yang lainnya.

Sementara itu, untuk jaminan dengan ikatan fiducia, hak preferensi dari fiducia ini belum diatur dalam undang-undang dan belum diuji lembaga peradilan sebagai yurisprudensi tetap, namun ada beberapa doktrin ahli hukum yang berpendapat bahwa kreditur mempunyai hak preferent terhadap fiducia, antara lain : Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, Mariam Darus Badruzaman, Subekti, Oey Hoy Tiong dan sebagainya. Dari doktrin inilah yang sementara ini menjadi pegangan pihak bank. Sehingga sampai saat ini bank tetap menerima ikatan jaminan fiducia dengan asumsi kedudukannya sebagai kreditur merupakan kreditur preferen.

Persoalan menentukan kedudukan kreditur dalam fiducia apakah sebagai kreditur preferen atau konkuren ini juga tercermin melalui perkara No. 01/ Pdt / Pailit / 1994 tanggal 23 Agustus 1994¹⁷. Dalam perkara ini oleh pengadilan telah diputuskan bahwa perusahaan PT Sari Busana Indah Textile telah dinyatakan pailit atas permintaan salah seorang kreditur dalam hal ini Standard Charter Bank. Pihak PT Sari Busana textile kemudian mengajukan banding, dan dalam tingkat banding telah keluar putusan No. 586 / Pdt / 1994 / PT Semarang tanggal 19 Desember 1994, yang membatalkan putusan pengadilan negeri dengan menolak permohonan pailit. Selanjutnya pihak Standard Charter Bank mengajukan kasasi, dan dalam

¹⁷ Hasil penelitian di Pengadilan Negeri Semarang.

keadaan seperti itu muncul permintaan eksekusi dari PT Bank Umum Nasional dengan ciri :

- eksekusi yang diminta berdasarkan hak jaminan fiducia.
- eksekusi fiducia tersebut berdasarkan putusan UBV (putusan serta merta) PN Semarang No. 64 / Pdt.G / 1995.

Dalam hal ini baik termohon eksekusi maupun pemohon eksekusi sama-sama mengajukan opini hukum. Prinsipnya, yang diajukan pihak termohon eksekusi adalah bahwa sehubungan dengan obyek fiducia yang hendak dieksekusi telah diletakkan dibawah budel publik, eksekusi terhadapnya atas dasar fiducia tidak dapat dibenarkan hukum atas alasan, kedudukan kreditur pemegang fiducia adalah kreditur konkuren, bukan kreditur yang mempunyai hak privilegi. Sementara itu pihak pemohon eksekusi menanggapi hal itu dengan menyatakan bahwa kedudukan hak fiducia mempunyai hak privilegi sesuai dengan konstruksi fiducia, tidak lain dari pada gadai terselubung, sehingga prinsip dan asas yang diatur dalam Pasal 1133 KUH.Perdata berlaku atas fiducia. Oleh karena itu hak atas fiducia yang dimiliki pemohon eksekusi dapat dieksekusi terpisah dari budel pailit.

Berdasarkan praktek peradilan, seperti putusan Pengadilan Tinggi Surabaya No. 158 / 1950 Pdt, dan putusan Mahkamah Agung No. 1500 K / Sip / 1978, pada dasarnya memberi petunjuk bahwa fiducia tidak lain merupakan gadai terselubung (*verkapte pandverhouding*), dan oleh karena itu ketentuan gadai yang diatur dalam Bab XX Buku II KUH.Perdata berlaku sepenuhnya untuk fiducia.

Ditinjau dari segi kepustakaan, sebagian penulis mengakui bahwa kedudukan kreditur pemegang fiducia adalah sebagai kreditur preferen. Seperti : Mariam Darus Badruzaman : "pemilik fiducia mempunyai hak preferent. Jika pemberi jaminan fiducia pailit, maka benda fiducia tidak jatuh kedalam budel pailit. Pemilik jaminan fiducia berhak menjual benda fiducia untuk pelunasan piutangnya"

(1987 : hal. 96); Sri Soedewi Masjchoen Sofwan : "Perjanjian fiducia bersifat zakelijk, oleh karenanya akan melahirkan akibat-akibat hukum seperti halnya hak kebendaan hipotik dan gadai dalam hal kepailitan" (1977 : hal 23); Oey Hoey Tiong: "penerima fiducia seperti juga penerima jimanan kebendaan lainnya mempunyai dua hak utama yaitu hak mendahulu dan hak kebendaan" (1984 : hal 22); Sobekti : "kedudukan fiducia adalah sebagai hak kebendaan yaitu suatu hak yang memberikan kekuasaan langsung atas suatu benda dan berlaku terhadap setiap orang, terutama memberikan hak preferensi kepada seorang kreditur diatas kreditur-kreditur lainnya" (1989 : hal.66); Hamzah : "pemegang fiducia termasuk kreditur yang mempunyai kedudukan kuat dan pada pemegang melekat hak separatis" (1987 : hal. 56).

Dengan demikian, ditinjau dari studi kasus dan doktrin dapatlah disimpulkan bahwa kedudukan kreditur dalam jaminan fiducia merupakan kreditur pemegang hak preferen yaitu kreditur yang diutamakan didalam pemenuhan piutangnya. Kedudukan demikian adalah kedudukannya dalam perjanjian pemberian kredit. Sedangkan dalam akta perjanjian fiducia, kreditur tersebut (bank) berkedudukan sebagai "pemilik" barang yang dijaminakan. Sebagai kreditur yang mempunyai hak preferen, ia bisa mengajukan penyitaan atas barang jaminan melalui pengadilan apabila debitur wanprestasi dengan hak yang didahulukan dalam pemenuhan piutangnya. Sedangkan dalam kedudukannya sebagai pemilik (yang bukan sebenarnya) dari barang yang dijaminakan debitur, ia berhak untuk selalu mengawasi, mengecek bahkan menarik barang tersebut dari kekuasaan phisik debitur.

Kedua kedudukan tersebut melekat jadi satu atau merupakan kesatuan yang tak terpisahkan. Dalam posisi demikian, kelemahan yang dirasakan pihak kreditur adalah dalam hal debitur mengalami default, maka kreditur harus

mengajukan gugatan lewat pengadilan negeri setempat dengan gugat wanprestasi disertai sifa jaminan atas barang-barang debitur yang dijamin dengan ikatan fiducia. Jadi, apa yang telah diperjanjikan oleh kreditur dengan debitur dalam akta perjanjian fiducia yang memberi hak pada kreditur untuk menjual sendiri barang yang dijamin seakan tidak ada artinya. Apalagi proses penyelesaian melalui pengadilan itu dirasa sangat tidak efisien dan efektif, karena proses yang bertele-tele, makan waktu dan makan biaya.

Apa yang dirasa merugikan bagi kreditur, sebaliknya justru merupakan hal yang menguntungkan bagi debitur. Pemberi fiducia, dalam perjanjian kredit adalah sebagai debitur yaitu pihak yang menerima kredit. Dan debitur ini dalam perjanjian fiducia adalah sebagai "penyimpan atau peminjam barang" belaka. Hal ini biasanya ditegaskan dalam salah satu klausul akta perjanjian fiducia : *"Sejak berlakunya perjanjian ini barang-barang yang difiduciakan pemilikannya berada pada bank sedangkan secara fisik tetap dikuasai dan berada pada pemberi fiducia dengan kedudukan sebagai peminjam pakai"*.

Klausul tersebut menunjukkan pada kita, bahwa dalam ikatan jaminan fiducia terjadi dua kali penyerahan, yaitu : penyerahan yang dilakukan oleh pemberi fiducia kepada kreditur (merupakan penyerahan secara *constitutum possessorium*), dan penyerahan yang dilakukan kreditur terhadap pemberi fiducia (merupakan penyerahan secara *traditio brevi manu*). Hal inilah yang merupakan ciri yang menunjukkan perbedaan yang hakiki dengan pengikatan secara *gadai*. Di dalam *gadai*, penguasaan (*bezit*) atas barang harus dialihkan oleh debitur kepada kreditur dengan cara barang secara fisik diserahkan kepada kreditur atau pihak ketiga yang telah disetujui kedua belah pihak tetapi hak milik tetap berada pada pemilik semula / debitur.

Untuk itu, debitur yang berkedudukan sebagai peminjam berkewajiban menjaga barangnya agar tetap terpelihara dengan baik. Apabila barang yang bersangkutan berupa barang bergerak yang habis didalam pemakaian (misalnya barang konsumsi, barang dagangan, bahan baku produksi), maka setiap waktu debitur berkewajiban menggantinya dengan barang barang yang jenis, jumlah dan kualitasnya sama seperti yang dipinjamkan. Selain itu, pemberi fiducia sebagai debitur maupun sebagai peminjam, ia dilindungi atas tindakan sewenang-wenang dari kreditur seperti diperjanjikannya ketentuan-ketentuan yang merugikan, bahkan ia dapat menggugat berdasarkan perbuatan melawan hukum atas tindakan kreditur yang menyita dan melelang sendiri barang yang dijaminan tanpa melalui pelelangan lewat pengadilan.

Dalam hal eksekusi barang jaminan yang diikat dengan fiducia, hal ini berbeda dengan barang yang diikat dengan hipotik / hak tanggungan. Sebab, fiducia tidak mempunyai kekuatan eksekutorial, walaupun akta perjanjian fiducia dibuat di depan notaris. Ini berarti akta fiducia tak seperti hak tanggungan yang bisa dengan dipimpin oleh Ketua pengadilan negeri (fiat eksekusi) dimintakan eksekusi langsung jika debitur dalam keadaan default atau wanprestasi.

Hal di atas, lain pula dengan gadai. Menurut Pasal 1155 KUH.Perdata, jika pemberi gadai default maka penerima gadai dapat menjual barang gadai di hadapan umum menurut kebiasaan setempat dan dengan persyaratan yang lazim berlaku. Ini berarti pemegang gadai mempunyai kekuasaan "parate eksekusi" (by the operation of law).¹⁸

Apabila terjadi wanprestasi yang dilakukan debitur ini, prosedur yang dilakukan oleh kreditur (bank) adalah sebagai berikut :

¹⁸ Munir Fuady, Hukum Bisnis Dalam Teori dan Praktek, Bandung : Citra Aditya Bakti, 1996, hal. 203.

1. Untuk barang bergerak.

a. Apabila debitur ternyata tidak melunasi kredit pada waktunya dan bank berkehendak untuk menjual barang-barang jaminannya yang diikat secara fiducia untuk mendapatkan pelunasan atas kredit tersebut, maka bank harus terlebih dahulu meminta kepada debitur agar barang-barang tersebut diserahkan kepada bank atau pihak ketiga yang ditunjuk oleh dan menjadi kuasa bank.

b. Apabila pemilik barang jaminan bersedia menyerahkan barang-barang tersebut, selanjutnya bank segera mengusahakan penjualan secara di luar lelang dan meminta pemilik barang / penerima kredit melaksanakan sendiri penjualannya. Hasil penjualan termaksud harus disetorkan oleh penerima kredit kepada bank untuk menyelesaikan pinjamannya.

c. Adakalanya debitur tidak bersedia secara sukarela menyerahkan barang-barang tersebut kepada bank. Dalam hal yang demikian bank tidak bisa berbuat lain selain dari pada mengajukan gugatan kepada pengadilan negeri dan dalam gugatan harus dimohonkan sita jaminan. Apabila melalui proses gugatan tersebut bank dimenangkan maka baru bank meminta eksekusi pengadilan negeri untuk melakukan penjualan barang-barang jaminan yang diikat secara fiducia tersebut berdasarkan putusan pengadilan negeri yang telah mempunyai kekuatan pasti dan tetap (*in kracht van gewijsde*).

d. Dalam hal pelaksanaan penjualannya apakah harus dilakukan secara lelang atau dapat dijual oleh bank secara di bawah tangan tergantung pula apakah diperjanjikan secara tegas bahwa bank boleh menjual barang-

barang tersebut secara di bawah tangan dan kalau tidak diperjanjikan boleh dijual di bawah tangan, maka harus dijual secara lelang.

2. Untuk barang-barang tetap.

a. Untuk rumah susun / satuan rumah susun yang berdiri di atas tanah hak pakai atas tanah negara.

Eksekusi fiducia atas rumah susun / satuan rumah susun pada dasarnya harus dilakukan melalui pelelangan umum, tetapi atas kesepakatan bersama antara pemberi dan pemegang fiducia dapat dijual secara di bawah tangan, jika dengan cara demikian dapat diperoleh harga tertinggi yang menguntungkan semua pihak. Pelaksanaannya harus dapat dilakukan setelah lewat 1 (satu) bulan sejak diberitahukan secara tertulis kepada pihak-pihak yang berkepentingan dan diumumkan dalam dua surat kabar yang beredar di daerah yang bersangkutan, dan media massa cetak setempat, tanpa ada pihak yang menyatakan keberatan (Pasal 17 UU Rumah Susun No. 16 tahun 1985).

b. Eksekusi fiducia atas bangunan / rumah atau benda-benda lain di atas tanah milik orang lain.

Penjaminan rumah atau bangunan di atas tanah orang lain dengan fiducia atas dasar pasal 15 UU Perumahan Dan Permukiman, hanya dijelaskan dapat dilakukan dengan akta notaris. Tetapi untuk eksekusinya tidak dijelaskan lebih lanjut.

Mengingat peraturan pelaksanaan eksekusi fiducia melalui prosedur lelang belum ada, apabila proses penjualan secara di bawah tangan tidak dapat

dilaksanakan, maka untuk pencairan barang jaminan tersebut bank harus mengajukan gugatan kepada Pengadilan Negeri dan dalam gugatan harus dimohonkan sita jaminan. Apabila melalui proses gugatan tersebut bank dimenangkan maka baru bank meminta eksekusi pengadilan negeri untuk melakukan penjualan lelang atas barang yang dijaminkan dengan fiducia tersebut berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan pasti dan tetap (*in krasht van gewijsde*).

Dalam praktek di pengadilan¹⁹, penyelesaian sengketa fiducia juga diawali dengan gugatan dari pihak kreditur atas dasar wanprestasi yang dilakukan oleh pihak debitur yang dilanjutkan dengan permohonan sita jaminan atas barang-barang yang menjadi jaminannya. Ada dua kasus yang bisa ditemukan, yaitu perkara No. 81 / Pdt / G / 1992 / PN Semarang antara PT UNIBANK melawan PT Aika Engineering & Trad Co, dan perkara No. 60 / Pdt.G / 1995 / PN Semarang antara PT Bank Umum Nasional melawan PT Perajutan Apolo Jaya cs.

Dari kedua kasus tersebut, perkara dimulai dengan tidak dipenuhinya prestasi dalam perjanjian kredit yang dilakukan oleh pihak debitur (dalam perkara di atas sebagai tergugat). Dasar gugatan yang dipakai adalah wanprestasi, diikuti dengan permohonan sita jaminan atas barang-barang yang dijaminkan dengan fiducia. Umumnya tuntutan yang diajukan pihak penggugat adalah sebagai berikut :

1. Mengabulkan gugatan penggugat seluruhnya.
2. Menyatakan sah dan berharga sita jaminan (*conservatoir beslag*) yang diletakkan dalam perkara ini.
3. Menyatakan menurut hukum bahwa tergugat atau para tergugat telah ingkar janji (*wanprestasi*).

¹⁹ Hasil penelitian di Pengadilan Negeri Semarang.

4. Menyatakan menurut hukum bahwa para tergugat telah menimbulkan kerugian bagi penggugat.
5. Menghukum para tergugat untuk membayar secara tanggung renteng kepada penggugat sejumlah uang, berupa hutang pokok, bunga, biaya pengurusan perkara, kerugian moril dan lain-lain.
6. Dan sebagainya.

Dari perkara fiducia yang diperiksa di pengadilan tersebut, menunjukkan bahwa jaminan fiducia itu tidak mempunyai kekuatan eksekutorial sebagaimana dalam hipotik (sekarang hak tanggungan). Dengan demikian, pihak kreditur yang mengajukan perkara harus melakukan gugatan biasa dalam upaya pelunasan hutangnya (kredit), melalui gugatan atas dasar wanprestasi yang diikuti permohonan sita jaminan. Baru setelah memenangkan perkara, pihak kreditur bisa mengajukan eksekusi untuk melelang barang-barang yang dijamin dengan fiducia tersebut.

Proses penyelesaian melalui pengadilan (litigasi) tersebut terasa panjang dan melelahkan serta belum menjamin terpenuhinya apa yang menjadi haknya. Dengan penyelesaian melalui litigasi berarti para pihak harus siap baik secara materiil maupun mental. Sebab penyelesaian sengketa melalui pengadilan ini sangat lambat dan makan biaya tinggi. Peradilan pada umumnya tidak responsif dan putusan pengadilan sering tidak menyelesaikan masalah. Atas dasar itu banyak muncul kritik terhadap lembaga peradilan. Dapat dikatakan, pengadilan di masa mendatang tidak mungkin diharapkan sebagai tumpuan satu-satunya lembaga penyelesaian sengketa.

Kemerosotan penghargaan terhadap pengadilan ini telah mendorong negara-negara maju mencari dan mencipta apa yang disebut *alternative dispute resolution* (ADR), yakni mencari cara penyelesaian sengketa yang sederhana,

cepat, dan biaya murah oleh lembaga yang disepakati dan diterima masyarakat. Lembaga yang demikian tak lain adalah ADR. Apalagi dalam dunia bisnis yang segalanya dituntut untuk selalu efektif dan efisien, ADR sangatlah dibutuhkan. Kiranya masalah fiducia adalah juga termasuk masalah dalam lingkup bisnis, dan tentunya dalam penyelesaian masalah harus juga dituntut untuk efektif dan efisien, yang tidak lambat sebagaimana penyelesaian melalui pengadilan.

Dengan kondisi penyelesaian melalui pengadilan yang demikian, justru ini yang paling dimanfaatkan oleh debitur yang beritikad buruk. Dengan penyelesaian sengketa fiducia yang berlarut-larut, debitur yang beritikad buruk justru senang karena bisa mengulur-ulur waktu. Apalagi ada sanggahan dari pihak debitur dengan berbagai alasan, misalnya kreditur juga dituduh melanggar perjanjian, maka tidak boleh tidak, pengadilanlah yang akan berbicara melalui prosedur biasa yang tambah panjang dan melelahkan, apalagi karena *grosse akta* tidak terdapat pada fiducia, sedangkan putusan *serta merta* (*uitvoorbair bij voorraad*) terlalu enggan diterima oleh hakim.

Kiranya, apa yang ditentukan dalam masalah eksekusi yang diatur dalam UU Rumah Susun lebih layak diterapkan dalam sengketa fiducia ini untuk perlindungan terhadap kreditur, yaitu memberikan kekuasaan kepada kreditur untuk menjual sendiri secara di bawah tangan barang fiducia, yang tentunya dengan syarat-syarat yang sangat *reasonable*, yaitu :

1. Harus diperjanjikan, jadi tidak "by the operation of law"
2. Jika dengan demikian dapat diperoleh dengan harga tertinggi dan menguntungkan kedua belah pihak.
3. Penjualan dilaksanakan setelah lewat waktu satu bulan setelah diberitahukan secara tertulis kepada yang berkepentingan.
4. diumumkan di dua surat kabar setempat dan/atau media cetak lainnya.

5. Tanpa ada pihak yang menyatakan keberatan.

B. PENGATURAN FIDUCIA DALAM PERUNDANG-UNDANGAN

1. Praktek Pengikatan Jaminan Fiducia Dengan Obyek Barang-Barang Tidak Bergerak

Lembaga jaminan fiducia dengan obyek barang-barang bergerak sangatlah populer dalam praktek perbankan.²⁰ Walaupun belum mempunyai dasar hukum secara tertulis -- hanya berdasarkan yurisprudensi -- namun penggunaan lembaga jaminan fiducia sangatlah disukai baik oleh kreditur maupun debitur karena mempunyai sifat yang sederhana dan jarang menimbulkan sengketa di pengadilan.²¹ Kenyataan menunjukkan bahwa lembaga jaminan fiducia dengan obyek barang-barang bergerak sangat cocok dan mampu untuk memenuhi kebutuhan praktek khususnya kebutuhan akan kredit.

Selain sebagai jaminan dengan obyek barang-barang bergerak, fiducia ternyata juga digunakan untuk jaminan dengan obyek barang-barang tidak bergerak / tetap.²² Hanya saja penggunaan lembaga jaminan fiducia dengan obyek barang-barang tidak bergerak ini memang tidak sebanyak fiducia dengan obyek barang-barang bergerak. Barang-barang tidak bergerak yang bisa dijamin dengan fiducia ini dapat berupa : bangunan-bangunan, rumah, gedung, garage, kios-kios, dan lain-lain.

Bahkan dahulu pada jaman Hindia Belanda, selain hipotik dan credietverband sebagai hak jaminan atas tanah digunakan juga lembaga fiducia

²⁰ Hasil penelitian di BNI, BRI, BCA. Semarang.

²¹ Berdasarkan penelitian di Pengadilan Negeri Semarang, sengketa yang menyangkut fiducia setiap tahunnya hanya ada 1 - 2 kasus saja.

²² BNI dan BRI mempunyai kebijakan untuk menerima fiducia ini.

sebagai hak jaminan atas tanah. Di Hindia Belanda ada tanah yang dipunyai dengan hak-hak yang memenuhi syarat-syarat untuk dijadikan jaminan kredit, tetapi tidak dapat digunakan hipotik seperti hak-hak grant di Sumatra Timur digunakanlah lembaga fiducia.²³ Dalam perkembangan selanjutnya fiducia juga merupakan lembaga hak jaminan atas tanah bagi hak pakai atas tanah negara yang diberikan kepada perseorangan dan badan-badan hukum perdata. Walaupun memenuhi syarat-syarat untuk dijadikan jaminan kredit, karena termasuk hak-hak atas tanah yang terdaftar dan menurut sifatnya dapat dipindahtangankan, hak pakai tersebut tidak dapat dibebani hak tanggungan, baik yang menggunakan ketentuan hipotik maupun credietverband, karena tidak ditunjuk oleh undang-undang sebagai obyeknya.

Obyek fiducia atas barang-barang tidak bergerak yang sering dipakai sebagai jaminan adalah bangunan.²⁴ Dalam kenyataannya sebuah bangunan baik itu berupa rumah, gedung, garage, pabrik atau gedung perusahaan adalah aset yang mempunyai nilai jaminan sehingga layak untuk dapat menjadi obyek jaminan. Umumnya, perjanjian jaminan demikian diberi nama " Perjanjian Penyerahan Hak Milik Atas Kepercayaan (Fiducia) Bangunan" .²⁵

Sebagaimana jaminan lainnya, jaminan fiducia atas bangunan juga digunakan untuk menjamin kepastian dan ketertiban pembayaran kembali atas kredit yang diterima debitur. Untuk itu, dengan perjanjian fiducia atas bangunan ini, debitur setuju untuk menyerahkan hak milik atas kepercayaan (fiducia) kepada kreditur sebagaimana kreditur setuju untuk menerima penyerahan tersebut dari

²³ Boedi Harsono, Hukum Agraria Indonesia : Sejarah pembentukan UUPA dan pelaksanaannya, Jakarta : Djambatan, 1997 : hal.57.

²⁴ BNI dan BRI sering menerima jaminan ini.

²⁵ Lihat lampiran No. IV.

debitur sebagai jaminan atas pinjaman atau kredit tersebut yang berupa bangunan / bangunan-bangunan.

Sejak perjanjian fiducia atas bangunan tersebut disepakati, maka bangunan / bangunan-bangunan tersebut diserahkan dan dipindahkan hak miliknya kepada kreditur dan menjadi milik kreditur. Atas kedudukan ini kreditur berhak sepenuhnya atas bangunan / bangunan-bangunan tersebut tanpa memerlukan perbuatan hukum lain. Selanjutnya pada saat yang sama bangunan / bangunan-bangunan tersebut diserahkan kembali oleh kreditur kepada debitur untuk "dipinjam pakai" .

Sebagai konsekuensi atas perjanjian fiducia tersebut, debitur dibebani kewajiban-kewajiban berupa :

1. Menyerahkan kepada pihak kreditur (Bank) atas semua surat bukti kepemilikan atau surat-surat lain atas bangunan / bangunan-bangunan dimaksud.
2. Memelihara bangunan / bangunan-bangunan tersebut dengan sebaik-baiknya dan memperbaiki / membetulkan segala kerusakan atas biaya sendiri.
3. Mengganti dengan bangunan / bangunan-bangunan yang sama atau sekurang-kurangnya sama nilainya apabila bangunan / bangunan-bangunan dimaksud rusak atau tidak dapat dipergunakan sama sekali.
4. Memperlihatkan bangunan / bangunan-bangunan tersebut apabila kreditur atau kuasanya akan melihatnya.
5. Mempertanggungkan / mengasuransikan bangunan / bangunan-bangunan tersebut kepada perusahaan asuransi yang ditunjuk oleh kreditur dan dengan jenis pertanggungkan yang ditetapkan oleh kreditur, mencantumkan Banker s Clause untuk kepentingan kreditur serta menyerahkan polis asli kepada pihak kedua.

6. Menjamin bahwa bangunan / bangunan-bangunan tersebut adalah miliknya sendiri dan tidak sedang dijaminkan untuk suatu hutang atau dijaminkan untuk suatu pertanggungan atau dibebani dengan ikatan lain berupa apapun, bebas dari sitaan dan tidak dalam sengketa.
7. Apabila debitur tidak dapat memenuhi kewajibannya sebagaimana mestinya, diwajibkan menyerahkan bangunan / bangunan-bangunan tersebut kepada kreditur atas biaya sendiri dan tanpa syarat segera dan seketika setelah ada permintaan dari kreditur secara tertulis.
8. Bilamana debitur tidak menyerahkan bangunan / bangunan-bangunan tersebut kepada kreditur segera dan seketika sebagaimana ditentukan pada poin 7 tersebut, maka debitur dianggap lalai dan kelalaian tersebut cukup dibuktikan dengan lewatnya waktu sehingga tidak diperlukan lagi peringatan dengan surat juru sita atau surat-surat lain yang berkekuatan seperti itu, maka debitur diwajibkan dan mengikatkan diri untuk membayar denda kepada kreditur sebesar 1 0/00 (satu permil) dari sisa kredit yang masih harus dibayar oleh debitur untuk tiap-tiap hari kelambatan, denda tersebut merupakan hutang debitur kepada kreditur yang dapat ditarik dan harus dibayar seketika dan sekaligus lunas dan yang akan dimasukkan dalam bukti debit debitur.

Selain hal di atas, dalam klausul perjanjian fiducia atas bangunan juga dimuat hak-hak kreditur yang berupa : kreditur diberi hak dan diijinkan oleh debitur setiap waktu untuk memasuki halaman-halaman dan bangunan / bangunan-bangunan dimana bangunan / bangunan-bangunan tersebut berada untuk memeriksa keadaan bangunan / bangunan-bangunan, serta memberikan peringatan kepada debitur apabila debitur tidak melakukan pemeliharaan dan perawatan atas bangunan / bangunan-bangunan tersebut. Apabila diperlukan,

kreditur dapat memberikan tanda (label) pada bangunan / bangunan-bangunan tersebut sebagai jaminan kepada kreditur dan selama hutangnya debitur belum dibayar lunas oleh debitur, maka debitur dilarang untuk merusak dan atau menghilangkan tanda (label) tersebut.

Apabila debitur tidak dapat melunasi hutangnya kepada kreditur, maka debitur wajib menyerahkan bangunan yang dipinjamnya dan jika debitur tidak memenuhi kewajiban tersebut, maka kreditur berhak untuk mengambil alih sendiri bangunan yang dipinjamkan itu dari debitur dan atau pihak lain yang menguasai bangunan tersebut dan bilamana perlu dengan meminta bantuan alat-alat / kekuasaan negara dan segala biaya yang diperlukan untuk itu seluruhnya menjadi tanggungan yang harus dibayar oleh debitur. Selanjutnya atas kuasa yang diberikan debitur, kreditur berhak mengambil dan menjual bangunan / bangunan-bangunan dimaksud baik secara dibawah tangan maupun di muka umum dan untuk mengambil pelunasannya atas pinjaman debitur. Apabila setelah diperhitungkan hasil penjualan bangunan / bangunan-bangunan tersebut ternyata terdapat kelebihan maka kelebihan tersebut akan dikembalikan kepada debitur tetapi jika terdapat kekurangan maka kekurangannya tersebut tetap harus dibayar oleh debitur.

Jika bangunan / bangunan-bangunan yang dijamin dengan fiducia tersebut berdiri di atas tanah / pekarangan orang lain, maka diperlukan persetujuan dari pemilik tanah / pekarangan tersebut. Pernyataan persetujuan²⁶ tersebut ditujukan kepada Pemimpin Cabang Bank, yang intinya pemilik tanah tidak keberatan apabila bangunan / bangunan-bangunan milik debitur dijamin dengan fiducia dan juga menyetujui jika debitur wan prestasi kreditur (bank) harus menjual bangunan / bangunan-bangunan tersebut pemilik tanah sanggup meneruskan perjanjian sewa

²⁶ Lihat lampiran No. V

kepada sipembeli dengan syarat-syarat dan ketentuan yang sama seperti yang berlaku bagi debitur dengan pemilik tanah.

Bangunan-bangunan yang biasa dijamin dengan fiducia antara lain : bangunan, rumah, gedung perusahaan, pabrik, garage, dan lain-lain. Di samping itu yang juga sering dijamin dengan fiducia adalah kios-kios pertokoan²⁷. Kios-kios tersebut umumnya didasarkan atas hak sewa. Dan dalam kenyataannya kios-kios tersebut juga merupakan suatu modal (asset) tersendiri.

Sebetulnya ada perbedaan sifat antara bangunan / rumah di atas tanah orang lain dengan kios-kios yang disewakan, yang sama-sama dijamin dengan fiducia. Yang pertama, jelas bangunan tersebut miliknya debitur; sedangkan kios-kios itu merupakan hak sewa yang bersifat pribadi. Dengan demikian sebetulnya penjaminan hak sewa atas kios ini secara yuridis mempunyai kesulitan jika sampai debitur wan prestasi dan akan dilakukan eksekusi dengan pelelangan umum. Hal ini mengungat bisa saja pemilik kios yang bersangkutan yakni pemilik dari gedung dimana kios itu terletak tidak menyetujuinya.

Oleh karena itu dalam pengikatan jaminan fiducia dengan obyek hak sewa atas kios harus ada persetujuan dari pihak pemilik gedung dimana kios yang bersangkutan terletak. Pemilik membuat pernyataan persetujuan tidak keberatan bahwa hak sewa atas kios ini diserahkan kepada pihak bank sebagai jaminan untuk hutang yang diambil oleh penyewa kios. Di samping itu pemilik gedung dimana kios itu berada juga menyetujui, jika ternyata sipenyewa kios dikemudian hari tidak dapat melunasi hutangnya, yang mengakibatkan pihak bank mengambil alih kios yang bersangkutan dan menyerahkannya ke pihak ketiga. Dengan demikian tujuan dari pada ijin-ijin / pernyataan persetujuan dari pemilik tanah maupun

²⁷ Notaris J. Kartini Sujendro, SH. sering membuat akta perjanjian fiducia tersebut untuk kepentingan Bank Windu Kencana Semarang (wawancara tgl. 14 - 2 - 1998). Demikian pula dalam praktek di BNI dan BRI

pemilik gedung dimana kios-kios itu berdiri adalah agar ijin tersebut tidak perlu dimintakan setiap kali jika benda yang dijadikan obyek fiducia itu akan dilelang didepan umum atau dijual di bawah tangan sebagai akibat ingkar janji dari debitur. Dengan adanya ijin dari pemilik tanah/gedung yang bersangkutan, maka penggantian pemakain tanah tidak menjadi masalah.

Kenyataan tersebut menunjukkan bahwa dalam rangka menjawab kebutuhan praktek yang berkembang di masyarakat, pengikatan jaminah fiducia telah berkembang pada suatu hak yang bersifat pribadi yakni sewa menyewa.

Pada akhirnya pengaturan fiducia dalam suatu perundang-undangan baik dalam UU Rumah Susun (UU No. 16 tahun 1985) dan UU Perumahan Dan Permukiman (UU No. 4 tahun 1992), menjadikan kelembagaan fiducia diakui secara tertulis dan menjadi hukum positif. Pelembagaan fiducia di dalam UU Rumah Susun juga tidak lain melihat kenyataan dalam praktek perkreditan yang menerima tanah hak pakai sebagai jaminan hutang. Pada hal sesuai dengan ketentuan Pasal 25 dan Pasal 39 UUPA, hanya tanah Hak Milik dan Hak Gunan Bangunan saja yang dapat dijadikan jaminan hutang dengan dibebani hipotik. Untuk memantapkan penggunaan tanah Hak Pakai tersebut sebagai jaminan untuk memperoleh kredit dibuka kemungkinan untuk membebaninya dengan fiducia. Penggunaan fiducia adalah sesuai dengan tujuan diciptakannya lembaga tersebut oleh masyarakat untuk mengisi kekosongan dalam ketentuan-ketentuan hukum yang ada.

Di samping itu, untuk meningkatkan kemampuan pembangunan rumah susun kepada penyelenggara pembangunan perumahan dapat diberikan kredit konstruksi dengan pembebanan hipotik atau fiducia dengan menggunakan selain tanah yang sudah dipunyainya, juga bangunan gedung yang masih akan dibangunnya dengan kredit yang akan diperolehnya sebagai jaminannya. Tanah

berikut bangunan tersebut dapat dibebani hipotik kalau tanah berikut bangunan tersebut berstatus HM dan HGB, atau fiducia kalau berstatus Hak Pakai.

Pengaturan fiducia dalam perundang-undangan semakin dikuatkan dengan diaturnya dalam UU Perumahan dan Permukiman. Sebagaimana dinyatakan dalam Penjelasan pasal 15 UU tersebut, bahwa pemilikan rumah oleh bukan pemilik hak atas tanah, atas persetujuan tertulis pemilik hak atas tanah dapat dibebani fiducia, terhadap pembebanan atas rumah yang merupakan milik pemegang hak atas tanah dapat dipilih dua alternatif, yakni rumahnya dapat dibebani fiducia sedangkan tanahnya dapat dibebani hipotik. Pengaturan fiducia dalam UU Prumahan dan Permukiman ini tidak lain merupakan jawaban atas praktek yang berkembang di masyarakat yang sudah biasa melakukan penjaminan atas bangunan / bangunan-bangunan dengan lembaga fiducia.

Berdasarkan pengaturan fiducia ke dalam UU Rumah Susun dan UU Perumahan dan Permukiman tersebut semakin mempertegas bahwa secara formal fiducia tidak hanya mempunyai obyek benda-benda bergerak saja tetapi juga meliputi benda-benda tidak bergerak / tetap. Selain itu dapat dilihat bahwa fiducia merupakan lembaga hukum yang hidup dan di dalam kenyataannya dibutuhkan oleh masyarakat dan karena itu dikukuhkan menjadi hukum positif. Fiducia mampu memenuhi kebutuhan masyarakat karena benda jaminan yang diikat dengan fiducia tidak menghambat kelancaran lalu lintas perdagangan.

Kalau kita telaah lebih dalam pada hakikatnya UU Rumah Susun dan UU Perumahan dan Permukiman mempunyai ikatan yang erat dengan UUPA. Setidaknya kefiganya menganut asas pemisahan horisontal. Berdasarkan ketentuan asas pemisahan horisontal tanah adalah terpisah dari benda-benda lain yang melekat padanya, pemilik tanah dapat berbeda dari pemilik bangunan yang berada di atasnya. Manfaat penerapan asas pemisahan horisontal adalah

berkaitan dengan upaya perolehan dana. Dan bagi negara yang sedang membangun seperti Indonesia masalah yang sangat penting adalah tersedianya dana yang cukup untuk dapat berperan serta di dalam pembangunan.

Dengan penerapan asas pemisahan horisontal di mana rumah atau bangunan atau tanaman dianggap terpisah dari tanahnya, maka dapat diharapkan bagi mereka yang tidak memiliki tanah untuk dapat menjaminkan rumah atau bangunan atau tanaman itu tanpa tanahnya. Apabila tanahnya disewakan pada pihak lain, dan penyewa itu membangun rumah di atasnya, maka rumah tersebut dapat dijadikan obyek jaminan, sedangkan pemilik tanah juga masih dimungkinkan untuk menjaminkan tanah yang disewakannya untuk memperoleh dana melalui kredit. Dengan kata lain, penerapan asas pemisahan horisontal akan sangat bermanfaat karena dengan demikian seseorang yang tidak memiliki tanah dapat memiliki rumah di atas tanah milik orang lain dan ia dapat menikmati dan menggunakan rumah tersebut sebagai obyek jaminan dalam perjanjian kredit melalui lembaga fiducia.

Dapat dikatakan apa yang menjadi kekuatan lembaga fiducia adalah sifatnya yang sederhana yakni mudah, proses cepat, biaya ringan serta tidak menghambat kelancaran lalu lintas perdagangan karena barang yang menjadi obyek jaminan tetap berada pada kekuasaan debitur, sehingga debitur leluasa mempergunakannya untuk menunjang usahanya. Bagi kreditur, penguasaan secara fisik barang jaminan di tangan debitur akan meringankan kreditur karena tidak perlu memikirkan tempat penyimpanan barang jaminan sebagaimana dalam lembaga gadai.

Di samping kekuatan, apa yang nampak menjadi kelemahan lembaga fiducia adalah lembaga tersebut tidak terbuka untuk umum, khususnya jika obyek fiducia adalah barang bergerak, karena itu ia kurang dapat menciptakan kepastian

hukum dan tidak memberikan perlindungan yang kuat pada kreditur --- namun lembaga ini jarang menimbulkan sengketa apalagi sampai ke pengadilan ----

Dengan mengingat gencarnya praktek pengikatan jaminan fiducia untuk memenuhi kebutuhan masyarakat dan menjadi pertanda bahwa fiducia merupakan kebutuhan bagi perkembangan perekonomian saat ini, perlu mendapat pemikiran yang positif atas keberadaannya khususnya dalam rangka melindungi kepentingan kreditur mengingat benda jaminan tetap dikuasai oleh debitur. Untuk itu, sebagaimana banyak diusulkan para penulis, sistem pendaftaran bagi fiducia kiranya perlu diterapkan seperti fiducia terhadap kendaraan bermotor dapat dicatat di Kepolisian yang mengeluarkan BPKB, dan terhadap yang lainnya mungkin dapat ditunjuk lembaga tertentu.

Sejalan dengan hal tersebut, adalah adanya suatu konsekuensi diantarnya asas pemisahan horisontal (yang memungkinkan lembaga fiducia ini berkembang) yang memisahkan bangunan dan benda lain dengan tanahnya adalah tentang bukti pemilikan barang/benda. Apabila selama ini bukti pemilikan benda yang melekat pada tanah selalu terdapat pada sertifikat tanah, maka suatu konsekuensi dari asas pemisahan horisontal itu adalah adanya alat bukti pemilikan benda yang terpisah bagi hak atas tanah dan bagi bangunan atau tanaman tersebut. Sehingga bangunan atau rumah mempunyai identitas sendiri yang lepas dari bukti pemilikan tanahnya. Dan inilah pentingnya sistem pendaftaran.

Dengan demikian maka bangunan, rumah harus didaftar tersendiri, sehingga nanti akan terdapat sertifikat bangunan atau sertifikat tanah sendiri yang terpisah dari sertifikat tanah dimana bangunan itu berdiri. Perlunya sertifikat tersendiri pada bangunan atau rumah atau tanaman itu, adalah untuk membuktikan adanya hak milik seseorang atas benda bukan tanah yang sifatnya tetap tersebut. Terutama apabila bangunan, rumah atau tanaman itu terletak pada hak atas tanah milik

orang lain berdasarkan hak sewa, atau hak pakai atau HGB, atau HGU. Untuk dijadikan bukti atas adanya hak tersebut maka benda-benda tersebut harus mempunyai identitas tersendiri yang terpisah.

Dengan adanya sertifikat yang terpisah antara bangunan, rumah, atau tanaman dengan tanahnya, maka ini akan mempermudah pelaksanaan jaminan atas benda berdasarkan asas pemisahan horisontal. Sehingga bangunan atau rumah dapat dijadikan obyek jaminan tersendiri tanpa harus menjaminkan tanahnya — praktek selama ini pemilik tanah harus memberikan pernyataan persetujuan atas bangunan di atas tanah tersebut yang dijadikan jaminan dengan fiducia oleh pemilik bangunan.

2. Akibat Hukum Keluarnya UUHT terhadap Fiducia

Hak Tanggungan adalah hak jaminan atas tanah yang disediakan oleh UUPA bagi kelengkapan lembaga-lembaga hukum Tanah Nasional. Hak Tanggungan telah mendapat pengaturan secara lengkap dalam UU No. 4 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan dengan tanah. Dengan diundangkannya UU No. 4 tahun 1996 tersebut (disingkat UUHT) tuntaslah unifikasi Hukum Tanah Nasional yang merupakan salah satu tujuan utama UUPA. Hak Tanggungan menjadi satu-satunya lembaga hak jaminan atas tanah.

Sebagaimana diketahui sebelum berlakunya UUHT dikenal berbagai macam jaminan hak atas tanah, yaitu hipotik kalau yang dijadikan jaminan tanah-tanah hak barat; *credietverband* kalau yang dijadikan jaminan tanah-tanah hak milik adat. Selain kedua lembaga hak jaminan tersebut yang diatur dalam hukum yang tertulis, terdapat fiducia sebagai hak jaminan yang hukumnya tidak tertulis. Dengan berlakunya UUHT ketentuan-ketentuan hipotik yang mengenai tanah serta ketentuan-ketentuan *credietverband* yang keduanya berfungsi melengkapi ketentuan Hak Tanggungan dinyatakan tidak berlaku lagi.²⁸

Selain hal di atas, dengan berlakunya UUHT yang selalu dipersoalkan adalah bagaimana dengan lembaga hak jaminan fiducia khususnya yang disebut dalam Pasal 12 dan 13 UU Rumah Susun dan Pasal 15 UU Perumahan dan Permukiman, apakah fiducia masih berlaku dan dalam hal apa saja. Pertanyaan demikian adalah wajar karena di satu sisi UUHT menyatakan secara tegas bahwa fiducia yang diatur dalam UURS dinyatakan tidak berlaku lagi, tetapi di sisi lain UUHT tetap membiarkan berlakunya fiducia dalam UU Perumahan dan Permukiman. Tegasnya ada dampak yang ditimbulkannya akibat keluarnya UUHT

²⁸ Boedi Harsono, *op cit.* 1996.

terhadap lembaga fiducia khususnya yang berobyek barang-barang tidak bergerak.

Namun demikian ternyata dalam praktek perbankan (Bank BNI dan BRI), pengikatan jaminan atas barang-barang tidak bergerak baik itu berupa bangunan-bangunan, rumah, kios-kios pertokoan dan lain-lain, dengan lembaga jaminan fiducia tetap dilakukan sampai saat ini. Dalam konteks inilah dapat ditelaah lebih jauh asas-asas yang mendasari perundang-undangan yang mengatur hak jaminan khususnya yang berkaitan dengan fiducia yang diatur dalam UU Rumah Susun, UU Perumahan dan Permukiman, serta yang secara tidak langsung mempunyai kaitan dengan UUPA dan UUHT. Penelahaan demikian akan mampu menjelaskan bilamana suatu peraturan perundangan bertabrakan dengan perundangan lain.

Sebagaimana diketahui UUPA berlandaskan asas-asas yang ada dalam hukum adat. Dengan demikian seperti dalam hukum adat, UUPA juga mendasarkan asas kekeluargaan, asas kepentingan umum didahulukan dari kepentingan pribadi, asas kontan konkrit, dan asas pemisahan horisontal yaitu asas dimana tanah terlepas dari segala benda yang melekat padanya. Asas pemisahan horisontal ini sangat berkaitan dengan salah satu aspek yang penting di dalam hukum tanah yaitu tentang hubungan antara tanah dengan benda lain yang melekat padanya. Kepastian hukum akan kedudukan hukum dari benda yang melekat pada tanah itu sangat penting karena hal ini mempunyai pengaruh yang luas terhadap segala hubungan hukum yang menyangkut tanah dan benda yang melekat padanya.

Di dalam hukum tanah dikenal ada dua asas yang satu sama lain bertentangan, yaitu yang dikenal dengan asas pelekatan vertikal (*verticale accessie beginsel*), dan asas pemisahan horisontal (*horizontale scheidings beginsel*).

Asas pelekatan vertikal merupakan asas yang mendasarkan kepemilikan tanah dan segala benda yang melekat padanya sebagai suatu kesatuan yang tertancap menjadi satu. Asas ini merupakan asas atau dasar pemikiran yang melandasi hukum pertanahan dalam pengaturan KUH.Perdata.

Asas pemisahan horisontal yang dianut dalam hukum adat dan diikuti UUPA merupakan asas yang memisahkan tanah dan benda lain yang melekat pada tanah itu. Tanah adalah terpisah dari segala sesuatu yang melekat padanya atau kepemilikan atas tanah terlepas dari benda yang berada di atas tanah itu, sehingga pemilik hak atas tanah dan pemilik atas bangunan yang berada di atasnya dapat berbeda. Asas pemisahan horisontal dalam hukum adat ini terlihat jelas dalam hak numpang yang menunjukkan bahwa dalam numpang itu orang tidak ada sangkut pautnya dengan tanah tersebut bahwa orang itu tinggal dalam rumah di atas tanah terlepas dari tanah, meskipun ia mempunyai rumah disitu, terlihat pula bahwa pohon-pohon dapat dijual digadaikan sendiri terlepas dari tanahnya¹

Di dalam UUPA tidak terdapat ketentuan mengenai status bangunan, rumah yang berdiri di atas tanah karena berdasarkan asas pemisahan horisontal dimungkinkan kepemilikan dan peralihan benda-benda di atas tanah itu terlepas dari tanahnya. Untuk itu, Sri Soedewi Maschjoen Sofwan menyatakan bahwa, UUPA tidak mengenal asas asesi bahkan mengenal asas "horizontale scheiding". Oleh karenanya terhadap bangunan-bangunan yang ada di atas HM, HGU, dan HGB dan juga di atas tanah hak orang lain dapat dijamin secara terpisah dari tanahnya, bangunan tersebut tidak dapat dijamin dengan hipotik tetapi dengan fiducia.²

¹ Iman Sudyat, Hukum Adat Sketsa Asas, Yogyakarta : Liberty, 1981. hal. 54.

² Sri Soedewi Maschoen Sofwan, Hukum Jaminan Di Indonesia, Jakarta: BPHN, 1980, hal.16

Berdasarkan asas pemisahan horisontal tersebut UUPA hanya mengatur tentang tanah saja, dan tidak mengatur benda yang melekat padanya. Apabila ditelaah ketentuan-ketentuan yang bisa menunjukkan bahwa UUPA menganut asas pemisahan horisontal terdapat pada "pasal 5" yang menyatakan bahwa Hukum Agraria Indonesia adalah hukum adat, dari hal itu tersirat bahwa dalam UUPA juga akan berlaku asas-asas yang terkandung dalam hukum adat terutama yang berkaitan dengan tanah.

Kemudian dapat ditinjau lebih lanjut dengan melihat isi ketentuan UUPA sendiri dari semua peraturan pelaksanaannya yang ternyata apabila disimak dengan seksama maka terlihat bahwa ketentuan-ketentuan tersebut hanya mengatur tentang tanah saja dan tidak ada satupun dari peraturan-peraturan tersebut yang mengatur hubungan tanah dengan benda lain yang melekat pada tanah. Dengan ini dapat disimpulkan bahwa UUPA dan semua peraturan pelaksanaannya memang hanya mempunyai tujuan mengatur tentang benda tanah saja.

Selanjutnya dapat dilihat penerapan asas pemisahan horisontal dalam ketentuan UUPA yang terlihat dengan jelas pada ketentuan dalam ~~pasal 35~~ tentang HGB, pasal 28 tentang HGU, pasal 41 tentang HP dan pasal 44 tentang hak sewa untuk bangunan. Di dalam ketentuan itu seseorang dapat mendirikan bangunan di atas tanah milik orang lain jadi pemilikan atas bangunan berbeda dengan pemilikan atas tanahnya.

Apabila kita pada UU No. 4 tahun 1992 tentang Perumahan Dan Permukiman, juga tidak terikat adanya ketentuan yang mengkaitkan, menyangkutkan atau menyinggung tanah atau letak tanah dimana bangunan itu berdiri. Berdasarkan ketentuan UU No. 4 tahun 1992, rumah adalah ruangan yang merupakan sarana pembinaan keluarga. Di dalam UU tersebut tidak

mengkaitkan pengaturan dalam pasal-pasalnya dengan UUPA. Dengan demikian apabila kita telaah lebih jauh sebenarnya asas pemisahan horisontal itu meskipun tidak dengan tegas dinyatakan berlaku, ternyata dalam perundang-undangan yang mengatur tanah dan bangunan tidak tersirat.

Sementara itu UUHT menentukan bahwa obyek hak tanggungan tidak hanya terbatas pada hak-hak atas tanah yang ditentukan oleh UUPA, tetapi juga meliputi benda-benda yang berkaitan dengan tanah. Konsep ini didasarkan pada kenyataan bahwa di atas tanah yang bersangkutan dapat terdapat benda-benda berupa bangunan, tanaman maupun hasil karya yang secara tetap merupakan satu kesatuan dengan tanah ini maka pembebanan hak tanggungan pada hak atas tanah "dimungkinkan" meliputi juga benda-benda tersebut.

Di dalam UUHT ini konsep hubungan tanah dan benda yang berkaitan dengan tanah diletakkan hubungan yang permanen (tetap), bukan sebagai alternatif. Hal ini nampak secara nyata pada judul UUHT yakni, "Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda yang Berkaitan dengan Tanah", atas dasar hal ini berarti UUHT tidak menerapkan asas pemisahan horisontal sebagaimana yang dianut dalam UUPA yang merupakan induk dari pada UUHT.

Menurut Mariam Darus Badroelzaman, seyogyanya judul UUHT ini hanya berbunyi "Hak Tanggungan atas Tanah". Dengan demikian UUHT berpegang pada dasarnya yaitu UUPA yang semata-mata mengatur hak atas tanah. Benda yang berkaitan dengan tanah dibiarkan berada pada sistemnya sendiri. Tanah dan bangunan adalah dua komponen yang berbeda. Tanah mempunyai sifat yang berkaitan dengan kebudayaan, religius, sakral, politis, ekonomis, kesatuan dan keamanan. Bangunan lebih menunjukkan sifat-sifat ekonomis dan mempunyai waktu yang relatif sementara dibandingkan dengan tanah yang bersifat abadi,

jadi keduanya mengandung muatan asas-asas (sistem) yang berbeda (Makalah Seminar, 1996).

Pendapat yang agak berbeda dikemukakan Boedi Harsono, bahwa dalam praktek tampak bahwa seringkali perbuatan hukum mengenai tanah dilakukan dengan mengikutsertakan bangunan dan atau tanaman yang ada di atasnya. Praktek tersebut kenyataannya dibenarkan oleh hukum dan yurisprudensi, Dengan syarat, bahwa bangunan dan tanaman yang bersangkutan merupakan satu kesatuan dengan tanahnya (bangunan permanen dan tanamannya tanaman keras) sedang maksud mengikutsertakan bangunan dan atau tanaman tersebut dinyatakan secara tegas oleh pihak-pihak yang bersangkutan. Praktek tersebut dikukuhkan oleh UUHT dalam pasal 4 ayat (3), tanpa mengganti asas pemisahan horisontal dengan asas pelekatan atau *accessie*. Pengikutsertaan bangunan atau tanaman tersebut tetap tidak terjadi dengan sendirinya, melainkan harus secara tegas dinyatakan oleh para pihak dalam Akta pemberian hak tanggungan yang bersangkutan (Makalah seminar, 1996).

Sebetulnya agar pemisahan tanah dengan benda-benda yang ada di atas tanah melalui asas pemisahan horisontal dapat dilakukan melalui pendaftaran. Dengan pendaftaran bangunan (publikasi) maka benda itu dapat dijadikan obyek perikatan yang dilepaskan dari tanahnya. Arti yuridis dari pendaftaran di sini ialah menciptakan hak kebendaan (*real right*) dan tidak dipergunakan dalam arti administratif. Hubungan antara pemilik benda-benda yang ada di atas tanah terpisah dari tanahnya dan bagaimana hubungan antara keduanya ditentukan di dalam perjanjian. Jika pemilik benda yang sudah terdaftar itu ingin melakukan perikatan terhadap bangunannya, dia tidak membutuhkan campur tangan dari pemilik tanah untuk ikut serta di dalam perjanjian yang diadakannya ataupun minta ijin dari pemilik tanah.

Pasal 4 ayat (5) menyatakan " apabila bangunan, tanaman dan hasil karya sebagaimana dimaksud ayat (4) tidak dimiliki oleh pemegang hak atas tanah, maka 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". Penjelasan UUHT menyatakan bahwa " sebagai konsekuensi dari ketentuan termaksud ayat (4), pembebanan hak tanggungan atas bangunan, tanaman dan hasil karya yang merupakan satu kesatuan dengan tanah yang pemiliknya lain dengan pemegang hak atas tanah wajib dilakukan bersamaan dengan pemberian hak tanggungan atas tanah yang bersangkutan dan dinyatakan dalam suatu akta pemberian hak tanggungan, yang ditandatangani bersama pemiliknya dan pemegang hak atas tanahnya, keduanya sebagai pihak pemberi tanggungan".

Berdasarkan ketentuan tersebut, pemilik bangunan atau benda lain di atas tanah milik orang lain dapat dibebani dengan hak tanggungan sepanjang dilakukan bersamaan dengan pemberian hak tanggungan atas tanah tersebut dan dinyatakan di dalam suatu Akta Pemberian Hak Tanggungan. Dengan kata lain, obyek hak tanggungan bisa meliputi benda selain tanah. Proses yang dilalui oleh pemilik bangunan atau benda lain yang hendak menjaminkan tersebut berarti juga harus melalui dua tahap sebagai syarat keberadaan hak tanggungan, yaitu : tahap pemberian hak tanggungan dengan dibuatnya Akta Pemberian Hak Tanggungan oleh PPAT yang didahului dengan perjanjian pokoknya (perjanjian hutang piutang); dan tahap pendaftaran hak tanggungan oleh Kantor Pertanahan yang menandakan saat lahirnya hak tanggungan.

Apabila dibandingkan dengan praktek penjaminan fiducia dengan obyek bangunan (sebagaimana praktek yang biasa dilakukan di BNI, BRI, dan Bank

Windu Kencana), maka proses yang dilalui oleh pemilik bangunan untuk menjaminkannya dengan fiducia sangatlah sederhana, cepat dan berbiaya ringan, tidak perlu melalui proses yang panjang sebagaimana pemilik bangunan menjamkannya dengan hak tanggungan. Pernyataan persetujuan dari pemilik tanah biasanya juga telah tercetak dalam formulir yang telah disediakan oleh bank (lihat lampiran no. V).

Dari hal-hal di atas dapat dilihat bahwa pemilik bangunan / rumah atau benda lain di atas tanah hak orang lain dapat menjaminkan dengan pilihan hak tanggungan atau dengan fiducia. Perbedaannya terletak pada proses yang harus dilakukan khususnya terhadap pemilik tanah yang sebenarnya tidak ada kepentingan apapun dengan pemilik benda-benda yang dijaminkan tersebut. Kalau dengan hak tanggungan, maka pemilik tanah harus menyetujui dan dianggap mengikatkan tanahnya sebagai jaminan bersama-sama dengan bangunan dan harus dilakukan sampai pada tahap pendaftaran hak tanggungan oleh kantor Pertanahan . Keadaan demikian tentunya sangat menyudutkan posisi pemilik tanah. Hal demikian inilah yang sekiranya menjadikan pembebanan benda-benda selain tanah dengan lembaga hak tanggungan kecil kemungkinan dilakukan. Sementara itu, apabila pembebanan demikian dilakukan dengan menggunakan lembaga fiducia (sebagaimana biasa dilakukan di BNI, BRI, dan Bank Windu Kencana), pemilik tanah hanya sekedar memberikan persetujuan dengan proses yang sederhana dan tidak dianggap secara bersama-sama sebagai pihak yang membebankan tanahnya dengan bangunan / benda lain.

Oleh karena itu dapat dikatakan bahwa pembebanan benda-benda selain tanah dengan menggunakan hak tanggungan tidak logis, dan tidak mungkin hidup di tengah-tengah masyarakat. Di sini, pemegang hak atas tanah yang belum mempunyai kepentingan yang sama dengan pemilik bangunan yang

membutuhkan kredit dan menjaminkan bangunannya, wajib serta menandatangani Akta Pemberian Hak Tanggungan. Dengan demikian pemegang hak atas tanah menjadi penjamin dalam perjanjian kredit. Jika pemilik bangunan ingkar janji / wan prestasi, dengan sendirinya pemegang hak atas tanah harus merelakan tanahnya untuk dilelang dalam rangka melunasi kredit dari pemilik bangunan.

Selain itu, kepentingan pemilik bangunan belum tentu sama dengan kepentingan pemegang hak atas tanah. setiap orang mempunyai kepentingan yang berbeda. Kepentingan penerima kredit / pemilik bangunan tidak selalu sama dengan kepentingan pemegang hak atas tanah. Jika pemegang hak atas bangunan membutuhkan kredit, pemilik tanah belum tentu membutuhkannya. Jika pemegang hak atas tanah diwajibkan menyerahkan tanahnya sebagai jaminan, berarti yang bersangkutan dikorbankan untuk kepentingan penerima kredit / pemilik bangunan. Jika penerima kredit / pemilik bangunan tidak mampu melunasi kreditnya, maka pemegang hak atas tanah wajib merelakan hak atas tanahnya dilelang untuk melunasi kredit yang tidak dinikmatinya. Dalam hal ini tidak memberikan perlindungan hukum kepada pemegang hak atas tanah yang memiliki kedudukan yang lebih penting dari pada pemilik bangunan, karena hak atas tanahnya yang dapat dijadikan obyek hak tanggungan.³⁰

Dengan demikian, apa yang selama ini sudah dikenal dalam praktek perbankan yakni pembebanan benda-benda tetap selain tanah dengan menggunakan lembaga fiducia tetap hidup sampai sekarang dan tidak mungkin terhapuskan dengan lembaga hak tanggungan. Praktek demikian bahkan sudah lama berlangsung, mengingat (ketika masih berlaku) hipotik dan credietverband

³⁰ Mariam Darus Badruzaman, Posisi Hak Tanggungan dalam Hukum Jaminan Nasional, Makalah Seminar, 1996.

hanya dapat dibebankan terhadap hak-hak atas tanah tertentu : hak milik, hak guna usaha, dan hak guna bangunan. Juga menurut undang-undang, hipotik dan credietverband hanya dapat dibebankan atas hak atas tanah saja dan tidak mengatur tentang hipotik / credietverband atas bangunan-bangunan yang terletak di atas tanah-tanah tersebut. Itulah sebabnya maka dalam praktek orang-orang lalu mencari jalan keluar dengan melalui lembaga fiducia, karena bangunan-bangunan tersebut cukup mempunyai nilai ekonomis untuk menjadi obyek jaminan bagi mereka yang memerlukan kredit. Apalagi kelembagaannya kemudian diakui dalam UU No. 4 tahun 1992, sehingga menjadi hukum positif dan semakin menguatkan kedudukan fiducia sebagai lembaga jaminan dalam sistem hukum jaminan kita.

Dalam pada itu, berdasarkan Pasal 27 UUHT dinyatakan bahwa UUHT ini berlaku juga terhadap pembebanan hak jaminan atas rumah susun dan hak atas satuan rumah susun, termasuk yang didirikan di atas tanah hak pakai atas tanah negara. Ketentuan ini menegaskan bahwa dengan adanya UUHT, maka satu-satunya lembaga jaminan atas tanah yang berlaku adalah hak tanggungan yang diakui dalam undang-undang ini. Hal ini berarti bahwa sesuai dengan ketentuan yang tercantum dalam pasal 12 dan 13 UU No. 16 tahun 1985 berkenaan dengan penjaminan rumah susun beserta tanah tempat bangunan itu berdiri dan hak milik atas satuan rumah susun, baik yang berdiri di atas HM, HGB, dan HP atas tanah negara sekarang tunduk pada pengaturan UUHT.³¹

Hal di atas penting dipahami karena menurut UURS apabila satuan rumah susun dan hak milik atas satuan rumah susun berdiri di atas tanah hak pakai atas tanah negara, maka dibebani dengan fiducia. Dengan adanya unifikasi hak

³¹ Maria SW Sumardjono, " Prinsip Dasar dan Beberapa Isyu di seputar UUHT", Makalah seminar, 1996.

tanggung, maka penjaminan dengan fiducia tersebut tidak berlaku lagi terhadapnya. selain itu UUHT juga tidak bermaksud mengubah ketentuan dalam Pasal 15 UU Perumahan dan Permukiman (UU No. 4 tahun 1992). Dengan demikian untuk pembebanan atas rumah tanpa dikaitkan dengan hak atas tanah tetap dapat dilakukan dengan cara fiducia. Sedangkan terhadap pembebanan atas rumah yang merupakan milik pemegang hak atas tanah dapat dipilih dua alternatif, yakni rumahnya dapat dibebani fiducia sedangkan terhadap rumah beserta tanahnya dapat dibebani hak tanggungan.

Disinilah nampak bahwa UUHT tidak konsekuen dalam pernyataan bahwa UUHT satu-satunya jaminan atas tanah dan benda-benda yang berkaitan dengan tanah, karena fiducia masih berlaku UU Perumahan dan Permukiman.

Sebagaimana diketahui berbagai ketentuan yang mengatur masalah jaminan yang berlaku sekarang ini tersebar dalam berbagai peraturan perundang-undangan. Pengaturan secara sektoral dari pada hukum jaminan ini, sejalan dengan sistem pembaharuan hukum (khususnya dalam bidang perdata dan dagang) yang secara nasional telah disepakati yaitu pembaharuan parsial dan kemudian produk pembaharuan itu akan dihimpun dalam kompilasi. Dengan kata lain kita telah meninggalkan sistem kodifikasi dan memasuki era kompilasi.

Cara demikian sangat efektif dan ekonomis. Hanya perlu diwaspadai satu hal ialah bahwa dalam pembaharuan hukum secara parsial itu, segala sesuatunya harus mengacu kepada sistem. Artinya, pembaharuan dengan metode demikian itu baik sepanjang berpedoman pada sistem. Jika sistemnya dilanggar maka akan terjadi kekacauan hukum dan bukannya tidak mungkin bangunan hukum itu akan runtuh (collapse).³²

³² Mariam Darus Badruzaman, op cit. 1996.

Lebih jauhnya dapat dikatakan bahwa dalam bidang hukum apapun diharapkan akan selalu dapat tercipta "harmonisasi hukum". Yaitu sebuah proses atau upaya agar semua produk peraturan perundang-undangan yang sederajat bisa selaras dan tidak saling tumpang tindih dengan peraturan lainnya. Sedang sebuah peraturan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi.

Dengan melihat apa yang telah dikemukakan terdahulu, nampak bahwa keluarnya UUHT membawa dampak pada hukum jaminan yang terletak di dalam undang-undang lain. Apalagi ternyata asas yang diterapkan dalam UUHT tidak selaras dengan asas yang ada pada UUPA dan UU Perumahan Dan Permukiman. UUPA jelas menerapkan asas pemisahan horisontal. Sedangkan UUHT terlihat tidak secara konsisten menerapkan asas ini. Pada hal UUHT itu timbul sebagai realisasi adanya Hak Tanggungan yang telah dijanjikan oleh Pasal 57 UUPA. UUPA menentukan bahwa obyek Hak Tanggungan adalah Hak Milik (pasal 25), HGU (pasal 33), dan HGB (pasal 39). Jadi hanya semata-mata hak atas tanah dan hanya untuk hak-hak itu saja. Sementara itu UUHT menentukan bahwa obyek Hak Tanggungan tidak hanya terbatas pada hak-hak atas tanah yang ditentukan oleh UUPA, tetapi juga meliputi benda-benda yang berkaitan dengan tanah. Jadi di dalam UUHT konsep hubungan tanah dan benda yang berkaitan dengan tanah diletakkan hubungan yang permanen (tetap), bukan sebagai alternatif. Dengan kata lain, dalam UUHT nampak lebih menekankan berlakunya asas pelekatan vertikal. Konsekuensi terhadap hal ini adalah dengan berlakunya UUHT maka fiducia yang diatur dalam UU Rumah Susun dinyatakan tidak berlaku lagi. Tetapi sayangnya, hal ini tidak termasuk fiducia yang ada dalam UU Perumahan Dan Permukiman sehingga fiducia masih tetap berlaku.

Berdasarkan hal tersebut ada ketidakselarasan dan ketidakkonsistenan dalam UUHT yang menentukan bahwa Hak Tanggungan merupakan satu-satunya lembaga jaminan atas tanah dan benda-benda lain yang berkaitan dengan tanah (Penjelasan UUHT pasal 4 ayat 5). Ini terbukti dengan tetap membiarkan lembaga fiducia yang diatur dalam UU Perumahan Dan Permukiman masih tetap dibiarkan berlaku.

C. KEDUDUKAN FIDUCIA SEBAGAI LEMBAGA JAMINAN

Perjanjian kredit perbankan di Indonesia mempunyai arti yang khusus dalam rangka pembangunan, tidak merupakan perjanjian pinjam meminjam uang biasa. Perjanjian kredit menyangkut kepentingan nasional. Hal ini dapat dibaca dari Penjelasan UU Perbankan No. 7 tahun 1992, yang antara lain menyatakan sebagai berikut :

"Perbankan memiliki peranan yang strategis di dalam tri logi pembangunan, karena perbankan adalah suatu wahana yang dapat menghimpun dan menyalurkan dana masyarakat secara efektif dan efisien, yang dengan berasaskan demokrasi ekonomi mendukung pelaksanaan pembangunan nasional dalam rangka meningkatkan pemerataan pembangunan dan hasil-hasilnya, pertumbuhan ekonomi dan stabilitas nasional kearah peningkatan taraf hidup rakyat banyak."

Fungsi menghimpun dan menyalurkan dana itu berkaitan erat dengan kepentingan umum, sehingga perbankan wajib menjaga dengan baik dana yang dititipkan masyarakat tersebut. Perbankan harus dapat menyalurkan dana tersebut ke bidang-bidang yang produktif bagi pencapaian sasaran pembangunan.

Dalam struktur perekonomian nasional, kebijaksanaan perkreditan merupakan bagian yang tidak dapat dipisahkan dari kebijaksanaan pembangunan secara makro, kebijaksanaan perkreditan adalah searah dengan tujuan pembangunan, karena tujuan kredit adalah untuk menopang laju pembangunan. Karena itu penyaluran kredit harus merata agar semua lapisan masyarakat dapat ikut berperan serta dalam pembangunan.³³

Bagi kehidupan para pengusaha baik pengusaha besar, menengah maupun kecil, kredit telah merupakan urat nadi bagi pengembangan usahanya. Kredit telah merupakan kebutuhan yang sangat penting dalam kehidupan para pengusaha dan sangat membantu serta sangat bermanfaat dalam pengembangan usaha mereka. Namun harus diingat bahwa dalam hubungan kredit ini pihak pemberi kredit (kreditur) memberikan pinjaman kepada penerima kredit (debitur) dengan harapan bahwa pinjaman itu dapat dipergunakan sebaik-baiknya untuk kemajuan usaha debitur dan bahwa pada saat yang ditentukan pinjaman itu harus dikembalikan kepada kreditur. Dalam hubungannya dengan pengembalian pinjaman inilah kita berbicara tentang jaminan. Dapat dikatakan jaminan adalah sarana perlindungan bagi keamanan kreditur, yaitu kepastian akan pelunasan hutang debitur atau pelaksanaan suatu prestasi oleh debitur.

Jaminan fiducia dalam kenyataannya telah mendapat tempat dalam dunia perkreditan di Indonesia dan dirasakan sebagai lembaga jaminan yang cocok untuk menunjang usaha pemerintah dalam program pemerataan karena penerima kredit (debitur) selain memperoleh kredit juga tetap menguasai barang jaminan, sehingga kesempatan untuk meningkatkan usahanya menjadi lebih besar.

³³ Thomas Suyatno, dkk. op cit. hal 13.

Dalam praktek perbankan, pemberian kredit dengan jaminan fiducia terutama yang berobyek barang-barang bergerak telah demikian populer meski landasan hukum berlakunya lembaga tersebut adalah hukum tidak tertulis berupa yurisprudensi. Dapat dikatakan fiducia dengan dasar yurisprudensi tersebut merupakan suatu reaksi atas sifat kaku dari hukum tertulis. Jaminan-jaminan yang diatur oleh hukum tertulis dianggap tidak lagi dapat memenuhi kebutuhan masyarakat yang selain menghendaki kredit juga penguasaan atas barang jaminan.

Membandingkan lembaga fiducia yang berobyek benda-benda bergerak dengan lembaga jaminan lain yang sejenis mau tidak mau adalah membandingkannya dengan lembaga gadai. Sebab lembaga gadai inilah yang merupakan satu-satunya lembaga jaminan dengan obyek benda-benda bergerak yang diatur dengan hukum tertulis. Lembaga gadai diatur dalam Buku II Bab XX Pasal 1150 s/d 1161. Di dalam praktek perbankan³⁴ nampak bahwa lembaga fiducia paling banyak digunakan sebagai jaminan dengan obyek barang-barang bergerak dibandingkan dengan lembaga gadai. Meskipun dalam lembaga gadai kedudukan kreditur lebih kuat dari pemegang fiducia, karena benda jaminan berada dalam penguasaan kreditur dan dengan demikian kreditur terhindar dari itikad jahat dari pemberi gadai, tetapi karena ada syarat *inbezitstelling* tersebut menjadikan debitur³⁵ lebih memilih menjaminkannya dengan lembaga fiducia. Para debitur berpendapat bahwa adanya keharusan menurut undang-undang agar benda gadai dikeluarkan dari kekuasaan pemberi gadai (debitur) akan menimbulkan kesulitan bagi mereka yang membutuhkan benda jaminan untuk suatu hutang, sedang satu-satunya benda yang dipunyai

³⁴ Sebagaimana praktek yang terjadi di BNI, BRI, BCA.

³⁵ Berdasarkan wawancara dengan para debitur.

yang dapat dijamin adalah harta bergerak yang kebetulan justru sangat dibutuhkan untuk menjalankan usahanya yang membutuhkan bantuan kredit tersebut. Di lain pihak, bagi kreditur (bank) akan mengalami kesulitan dalam menyediakan tempat penyimpanan manakala benda bergerak yang dijamin secara fisik harus dikuasainya.

Dalam perkembangannya, lembaga fiducia sering dimanfaatkan tidak hanya melulu sebagai perjanjian *accessoir* dari suatu perjanjian pokok yang berupa hutang piutang / perjanjian kredit, tetapi dimanfaatkan pula dalam perjanjian jual beli. Dalam suatu transaksi jual beli yang pembayarannya tidak dilakukan secara tunai dimana sisa harga jual beli yang belum dibayar diperjanjikan lagi sebagai hutang piutang, dimungkinkan untuk menjamin pelunasan hutang tersebut dengan jaminan fiducia atas barang yang diperjualbelikan. Dengan demikian, untuk mengadakan jual beli dengan jaminan fiducia ini diperlukan tiga perjanjian tertulis, yaitu perjanjian jual beli, kemudian sisa pembayaran yang belum dilunasi oleh pembeli diperjanjikan sebagai hutang piutang dan selama hutang itu belum dibayar lunas barang yang diperjualbelikan diikat dengan jaminan fiducia.

Pada dasarnya perjanjian jual beli yang diikuti dengan ikatan jaminan fiducia ini merupakan upaya untuk menutup kelemahan yang terjadi dalam perjanjian jual beli yang tidak dilakukan secara tunai baik yang dilakukan dengan sewa beli maupun perjanjian jual beli dengan angsuran. Namun demikian, bentuk perjanjian fiducia yang demikian dapat pula menimbulkan kerugian apabila sampai terjadi "fiducia ulang" (*double fiducia*). Apabila pengikatan jaminan fiducia demikian telah dilakukan dan oleh pemberi fiducia barang tersebut kemudian dijamin dengan fiducia (yang kedua) kepada kreditur lain, maka kreditur yang kedua mempunyai kedudukan yang lemah. Untuk menghindari hal

demikian, pihak kreditur dalam setiap perjanjian pengikatan jaminan fiducia harus dapat memastikan bahwa barang-barang yang dijaminakan tersebut betul-betul milik debitur. Dengan adanya kepastian pemilikan dari barang tersebut, dapat diketahui siapa pemilik/pemegang hak dari barang tersebut. Hal ini penting mengingat yang berwenang untuk melakukan pengikatan jaminan adalah pemilik/pemegang hak dari barang tersebut. Dengan diserahkannya bukti pemilikan atas suatu barang kepada kreditur merupakan petunjuk bahwa barang tersebut belum dilakukan pengikatan jaminan dalam bentuk apapun.

Dalam pada itu, pada perjanjian sewa beli penyerahan hak milik tidak terjadi seketika pada saat dilakukan perjanjian, penyerahan hak milik dijadikan prasyarat yaitu kalau pembeli telah membayar lunas harga sewa beli secara keseluruhan. Penyerahan barang secara nyata memang dilakukan seketika, artinya selama harga sewa beli itu belum dilunasi pembeli menguasai barangnya bukan sebagai pemilik tetapi sebagai penyewa. Bilamana terjadi pembeli wan prestasi, maka penjual dapat menuntut untuk mengembalikan sebagian harga sewa beli yang telah diterimanya. Di sini rupanya kedudukan pembeli adalah lemah.

Sementara itu, pada perjanjian jual beli dengan angsuran, penyerahan hak milik dan penyerahan secara nyata terjadi seketika meskipun harga belum dibayar lunas. Pembeli menguasai barang-barang selaku pemilik. Dengan demikian, kedudukan penjual sekarang adalah lemah, kalau dibandingkan dengan sewa beli.³⁵

Untuk mengatasi hal demikian pada umumnya kemudian dilakukan dengan mengadakan perjanjian jual beli yang dilanjutkan dengan jaminan fiducia. Dalam bentuk jual beli ini, pihak penjual yang juga berkedudukan sebagai

³⁵ Oey Hoey Tiong, op cit. hal. 76.

penerima fiducia dapat menjual barang yang difiduciakan apabila pihak pembeli tidak melunasi hutangnya, akan tetapi berbeda dengan sewa beli, hasil penjualan itu harus diperhitungkan dengan sisa hutang dari pembeli serta kalau ada kelebihan maka kelebihan itu harus dikembalikan kepada pembeli. Selain itu pihak pembeli yang juga berkedudukan sebagai pemberi fiducia, dapat menguasai dan menggunakan barang yang difiduciakan dan setelah hutangnya dilunasi seketika itu juga hak milik atas barang yang difiduciakan diperoleh kembali.

Pada akhirnya, fiducia sebagai lembaga jaminan dengan *obyek benda-benda/barang-barang bergerak* keberadaannya tidak diragukan lagi dan oleh karenanya dalam kedudukannya sebagai lembaga jaminan dalam sistem hukum jaminan di Indonesia menjadi bagian yang sejajar dan bukan sebagai pelengkap di antara lembaga-lembaga jaminan yang lain. Keberadaannya selalu terkait dalam rangka memenuhi kebutuhan praktek akan perolehan kredit untuk menunjang kegiatan usaha. Fiducia merupakan kebutuhan bagi perkembangan perekonomian saat ini.

Dengan melihat dasar hukum berlakunya fiducia sebagai jaminan dengan obyek barang-barang bergerak yang hanya berupa hukum tidak tertulis (yurisprudensi), dan dengan itu saja lembaga fiducia telah berkembang dan menjadi sangat populer dalam praktek perbankan, kiranya perlu mendapat perhatian untuk meningkatkan landasan hukum berlakunya menjadi hukum tertulis dalam suatu perundang-undangan (sebagaimana telah terjadi pada fiducia dengan obyek barang-barang tidak bergerak, meskipun secara sektoral, yang mempunyai landasan hukum tertulis dalam UU Perumahan Dan Permukiman). Sebab bagaimanapun pengaturan fiducia melalui hukum tidak tertulis (yurisprudensi), kurang menjamin kepastian hukum. Pengaturan sedetail-detailnya

dalam suatu perundang-undangan terhadap fiducia sangat membantu untuk memperlancar proses perdagangan dan perekonomian.

Perkembangan yang menarik khususnya terhadap pelembagaan fiducia justru terjadi pada fiducia dengan *obyek barang-barang tidak bergerak*. / tetap, yakni ditingkatkannya dasar hukum berlakunya fiducia tersebut menjadi hukum tertulis di dalam UU Rumah Susun (UU No. 16 tahun 1985) dan UU Perumahan Dan Permukiman (UU No. 4 tahun 1992). Pengaturan fiducia di dalam kedua undang-undang tersebut setidaknya mengakui bahwa kedudukan fiducia sebagai lembaga jaminan dalam sistem hukum jaminan yang berlaku. Hal ini berarti bahwa apa yang terjadi dalam praktek perbankan telah mempunyai dasar hukum secara tertulis. Walaupun dalam perkembangan berikutnya kemudian dengan keluarnya UUHT fiducia yang diatur dalam UU Rumah Susun dinyatakan tidak berlaku lagi, namun fiducia yang diatur dalam UU Perumahan Dan Permukiman masih tetap berlaku. Dengan demikian, fiducia dengan obyek barang-barang tidak bergerak seperti bangunan, rumah, kios-kios dan lain-lain yang dijaminan untuk mendapatkan kredit (sebagaimana terjadi dalam praktek di BNI, BRI, Bank Windu Kencana, BTN) baik yang dilakukan sebelum UUHT berlaku maupun setelah UUHT berlaku tidak menjadikan persoalan. Artinya, debitur yang hanya mempunyai barang-barang tidak bergerak tersebut tanpa mempunyai tanahnya tetap dapat menjaminkan barangnya dengan lembaga fiducia.

Dapat dikatakan, akibat kebutuhan yang terjadi di masyarakat lembaga fiducia telah berkembang obyeknya tidak saja meliputi barang-barang bergerak tetapi juga meliputi barang-barang tidak bergerak selain tanah dan perkembangan ini telah diakomodasi dalam UU Rumah Susun Dan UU Perumahan Dan Permukiman sehingga menjadi hukum positif. Lembaga fiducia dengan obyek barang-barang tidak bergerak juga telah menjadi bagian dari sistem

hukum jaminan yang berlaku sekarang ini dan kedudukannya tetap diakui sebagai konsekuensi penerapan asas pemisahan horisontal yang dikenal dalam hukum adat, dan diangkat menjadi asas yang berlaku dalam UUPA dan UU Perumahan Dan Permukiman.

Mengakui keberadaan lembaga fiducia dengan obyek barang-barang tidak bergerak selain tanah adalah cermin rasa tanggap dalam upaya menangkap gejala-gejala yang berkembang di masyarakat tentang kebutuhan akan kredit dengan menggunakan lembaga jaminan yang tidak memberatkan debitur. Hal ini mengingatkan bahwa tidak setiap orang mempunyai tanah dan atau rumah/ bangunan lain, dan oleh karenanya bagi mereka yang tidak memiliki tanah tetapi memiliki rumah/ bangunan saja tetap dapat menjaminkannya rumah/bangunannya dengan menggunakan lembaga fiducia.

Oleh karena lembaga fiducia dan juga lembaga jaminan lainnya seperti gadai, Hak Tanggungan, serta berbagai hukum jaminan yang diatur dalam berbagai perundang-undangan lainnya telah menjadi bagian dari sistem hukum jaminan yang berlaku di Indonesia sekarang ini, tentunya satu dengan yang lainnya tidak boleh terjadi pertentangan asas. Keseimbangan asas dalam berbagai peraturan jaminan diperlukan demi terciptanya harmonisasi hukum. Kalau kemudian dengan keluarnya UUHT sebagai pengganti dari hipotik menimbulkan dampak terhadap hukum jaminan yang diatur dalam berbagai peraturan perundang-undangan tersebut dan di antaranya terhadap fiducia yang diatur dalam UU Rumah Susun dan UU Perumahan Dan Permukiman, hal ini tidak lepas juga dari ketidakselarasan asas di antara undang-undang tersebut sehingga secara sistem terjadi tumpang tindih dan tubrukan di antara undang-undang tersebut. Dengan alasan apapun, ketentuan asas yang ada dalam UUHT telah menyimpang dari asas yang berlaku dalam UUPA dan juga dalam UU

Perumahan Dan Permukiman yang dengan tegas memberlakukan asas pemisahan horisontal. Ketidakkonsekuensi penerapan asas pemisahan horisontal atau asas pelekatan vertikal dalam UUHT mengakibatkan terjadi gesekan pengaturan jaminan terhadap benda-benda tidak bergerak yang berkaitan dengan tanah yang kepemilikannya berbeda dengan pemilik hak tanahnya. Dengan UUHT dimungkinkan pembebanan dengan Hak Tanggungan sepanjang pemilik tanah diikuti dalam perbuatan pembebanan tersebut.³⁶ Di sisi lain pembebanan demikian biasa dilakukan dengan lembaga fiducia dan praktek ini telah berlaku baik sebelum keluarnya UUHT sampai saat sekarang ini. Dan ini adalah sebagai konsekuensi penerapan asas pemisahan secara horisontal yang secara tegas memisahkan tanah dengan benda-benda lain di atasnya sebagaimana diatur dalam UUPA dan UU Perumahan Dan Permukiman. Sebaliknya hal demikian tidak tampak dilakukan oleh UUHT yang menyatakan bahwa UUHT merupakan satu-satunya lembaga jaminan atas tanah, dan harusnya menyangkut mengenai tanah saja tidak meliputi benda-benda di atas tanah tersebut.

Bagaimanapun juga, lembaga fiducia ³⁷ sebagaimana tampak dalam praktek pengikatannya akan tetap terus diperlukan mengingat sifatnya yang sederhana dengan tidak memerlukan prosedur yang berbelit, serta mudah dan berbiaya ringan dan sangat membantu pihak peminjam khususnya masyarakat kecil karena benda yang dijaminkannya tetap berada dalam kekuasaan debitur sehingga tetap dapat dimanfaatkan untuk kepentingan usahanya atau mendukung keperluan hidup sehari-hari. Dengan demikian lembaga fiducia

³⁶ Praktek demikian di BNI maupun BRI belum pernah terjadi, yang terjadi adalah pengikatan dengan lembaga fiducia.

³⁷ Pengikatan jaminan fiducia dengan obyek barang-barang bergerak paling banyak dilakukan dalam praktek perbankan, sedang untuk fiducia dengan obyek barang-barang tidak bergerak meskipun tidak banyak, namun tetap berjalan.

khususnya dengan obyek barang bergerak keberadaannya tetap diakui terutama mengingat lembaga inilah yang paling banyak digunakan dalam praktek perbankan dan dengan demikian kedudukannya dalam sistem hukum jaminan yang berlaku sekarang semakin kuat dan setara dengan lembaga jaminan lain yang sejenis seperti gadai. Demikian pula lembaga fiducia dengan obyek barang-barang tidak bergerak meskipun dalam praktek tidak sebanyak fiducia dengan obyek barang-barang bergerak, namun kedudukannya telah diakui dan semai kn kuat dengan diaturnya dalam UU Perumahan Dan Permukiman.

BAB IV

PENUTUP

A. Kesimpulan

1. Pengikatan jaminan fiducia baik yang berobyek barang-barang bergerak dan barang-barang tidak bergerak selalu didahului dengan perjanjian kredit. Dalam praktek perbankan penggunaan fiducia sebagai jaminan sudah sangat populer seiring dengan banyaknya praktek pengikatan jaminan kredit dengan fiducia ini. Dalam ikatan perjanjian jaminan fiducia terjadi penyerahan hak milik secara kepercayaan kepada kreditur (bank) namun secara fisik barang tidak diserahkan kepada kreditur tetapi tetap ada pada kekuasaan debitur dengan suatu perjanjian bahwa debitur tidak lagi menguasai barang-barang tersebut sebagai pemilik tetapi hanya sebagai "peminjam belaka".

Kelebihan dari fiducia ini terletak pada sifatnya yang sederhana berupa proses yang cepat, persyaratan ringan dan biaya murah. Tetapi yang lebih penting, penjaminan melalui fiducia ini dirasakan sangat membantu para debitur untuk dapat memperoleh kredit dengan tetap masih bisa memanfaatkan barang yang dijaminan bagi keperluan usahanya. Sementara bagi kreditur, tiadanya syarat *inbezitstelling* pada fiducia akan memudahkan kreditur dengan tidak perlu menyediakan tempat penyimpanan bagi barang jaminan.

Memang, dengan konstruksi yang ada pada fiducia tersebut juga bisa menimbulkan persoalan dan ini merupakan kelemahan dari fiducia yaitu kurangnya jaminan keamanan terhadap kepentingan kreditur, mengingat kreditur (yang berkedudukan sebagai pemilik "yang bukan sebenarnya")

tidak menguasai secara fisik barang yang dijaminan debitur (yang berkedudukan sebagai peminjam). Dalam posisi ini kreditur selalu dihadapkan pada persoalan terhadap pelaksanaan eksekusi atas barang jaminan jika sampai debitur wan prestasi dan tidak mau menyerahkan barang yang dijaminan secara sukarela kepada kreditur untuk dijual.

2. Pengaturan fiducia di dalam UU Rumah Susun dan UU Perumahan Dan Permukiman semakin mempertegas bahwa secara formal diakui bahwa fiducia tidak hanya mempunyai obyek barang-barang bergerak saja tetapi juga untuk barang-barang tidak bergerak (selain tanah). Keluarnya UUHT yang menegaskan bahwa Hak Tanggungan merupakan satu-satunya lembaga jaminan atas tanah beserta benda-benda yang berkaitan dengan tanah, secara sistem jelas membawa akibat terhadap keberadaan fiducia khususnya yang berobyek barang-barang tidak bergerak. Keluarnya UUHT ini membuat fiducia yang diatur dalam UU Rumah Susun menjadi tidak berlaku lagi. Tetapi ternyata UUHT tidak secara konsisten menerapkan asas yang dipakai apakah asas pemisahan horisontal atau asas pelekatan vertikal sehingga fiducia yang diatur dalam UU Perumahan dan Permukiman masih tetap berlaku. Dan dalam praktek kenyataan menunjukkan bahwa penjaminan barang-barang tidak bergerak (selain tanah) lembaga yang dipakai adalah fiducia, baik sebelum maupun setelah berlakunya UUHT.

Ketidakkonsistenan dalam menerapkan asas sebagaimana di atas setidaknya telah menimbulkan ketidakselarasan pelaksanaan berlakunya hukum jaminan lain yang diatur dalam berbagai perundang-undangan,

yang dalam hal ini semakin memperlihatkan tiadanya harmonisasi dalam hukum jaminan.

3. Bagi kehidupan para pengusaha, kredit telah merupakan urat nadi bagi pengembangan usahanya. Kredit telah merupakan kebutuhan yang sangat penting dalam kehidupan para pengusaha dan sangat membantu serta sangat bermanfaat dalam pengembangan usaha mereka. Fiducia sebagai salah satu sarana pengaman kredit dalam kenyataannya telah mendapat tempat dan dirasakan sebagai lembaga jaminan yang cocok untuk menunjang usaha pemerintah dalam program pemerataan karena penerima kredit selain memperoleh kredit juga tetap menguasai barang jaminan, sehingga kesempatan untuk meningkatkan usahanya menjadi lebih besar.

Selain itu fiducia juga sering dimanfaatkan tidak hanya melulu sebagai perjanjian *accessoir* dari perjanjian kredit, tetapi dalam perkembangannya juga digunakan untuk menjamin pembayaran dalam perjanjian jual beli secara angsuran dengan mengikatkan barang-barang yang dijual sebagai jaminan dengan fiducia. Hal ini sebagai cara untuk mengatasi bentuk perjanjian jual beli yang dilakukan secara tidak tunai baik dengan sewa beli atau secara kredit.

Dengan demikian mempertahankan keberadaan fiducia dan memperkuat kedudukannya dalam sistem hukum jaminan yang berlaku sekarang ini dan yang akan datang merupakan hal yang wajar mengingat akan kelebihan dan kemanfaatan lembaga tersebut dalam peranannya menunjang pembangunan ekonomi melalui sarana perjanjian pemberian kredit.

B. Rekomendasi

Fiducia dengan obyek barang-barang bergerak yang penerapannya masih atas dasar hukum tidak tertulis (yurisprudensi) ternyata dalam praktek perbankan sangat populer dan menunjukkan jaminan fiducia ini paling banyak digunakan baik untuk jaminan kredit dalam jumlah kecil maupun dalam jumlah besar. Mengingat landasan hukum berlakunya fiducia tersebut berupa hukum tak tertulis (yurisprudensi) yang kurang bisa menciptakan jaminan kepastian hukum bagi para pihak, maka pengaturan fiducia dalam suatu peraturan yang tertulis khususnya berupa undang-undang akan dapat menciptakan kepastian hukum sekaligus dapat menampung ketentuan-ketentuan yang lebih detail tentang berbagai hal yang berkaitan dengan praktek pengikatan jaminan fiducia.

Sementara itu, fiducia dengan obyek barang-barang tidak bergerak (selain tanah) yang dalam praktek penggunaannya telah mempunyai dasar hukum tertulis sebagaimana diatur dalam UU Perumahan dan Permukiman, keberadaannya tetap diperlukan sehingga layak untuk dipertahankan kedudukannya terutama untuk menunjang para debitur yang tidak memiliki tanah tetapi memiliki bangunan untuk menjaminkan bangunannya tanpa pemilik tanah terikat. Dan hal ini akan semakin banyak terjadi di masa mendatang mengingat tanah akan semakin terbatas sehingga semakin sulit pula untuk memilikinya. Untuk itu, seiring dengan upaya memperkuat penerapan asas pemisahan horisontal dalam dalam sistem hukum jaminan kita, tentunya harus pula dibarengi dengan upaya menciptakan *sistem pendaftaran* atas setiap barang baik barang bergerak maupun barang tidak bergerak selain tanah. Dengan demikian ada keterkaitan yang selaras antara penerapan asas pemisahan horisontal dan sistem

pendaftaran dengan lembaga fiducia. Keberadaan dan perkembangan fiducia (yang berobyek barang-barang tidak bergerak) pun didukung dengan penerapan asas pemisahan horisontal disertai adanya sistem pendaftaran. Gambaran konkritnya, A yang memiliki rumah / bangunan di atas tanah milik B, dapat menjaminkan rumah / bangunannya dengan lembaga fiducia tanpa melibatkan B, karena adanya sistem pendaftaran atas rumah / bangunan milik A tersebut. Kepemilikan yang berbeda atas rumah dan tanah menunjukkan adanya penerapan asas pemisahan horisontal. Rumah / bangunan dan tanah yang bisa didaftarkan kepemilikannya sendiri-sendiri menunjukkan sistem pendaftaran sangat membantu baik pemilik rumah dan pemilik tanah untuk menjaminkan barang miliknya tanpa mengganggu kepentingan masing-masing.

DAFTAR PUSTAKA

- Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perikatan*, Alumni, Bandung, 1982.
- Achmad Sanoesi, *Pengantar Ilmu Hukum Dan Pengantar Tata Hukum Indonesia*, Tarsito, Bandung, 1977.
- Asser s. C. *Penuntun Dalam Mempelajari Hukum Perdata Belanda*, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta, 1986.
- , *Pengajian Hukum Perdata Belanda*, Dian Rakyat, Jakarta, 1991.
- Bambang Sunggono, *Hukum Dan Kebijakan Publik*, Sinar Grafika, Jakarta, 1994.
- Bank Indonesia Semarang, *"Sistem Perbankan Di Indonesia"*, Bahan Penataran Calon Notaris, Semarang, 1996.
- , *"Perkembangan Perbankan Era Deregulasi"*, Bahan Penataran Calon Notaris, Semarang, 1996.
- Boedi Harsono, *Hukum Agraria Indonesia*, Djambatan, Jakarta, 1997.
- , *Undang Undang Pokok Agraria : Sejarah Penyusunan Isi dan Pelaksanaannya*, Djambatan, Jakarta, 1971.
- , *"Konsepsi Pemikiran Tentang UU Hak Tanggungan"* Seminar Hak Tanggungan, FH Unpad, 1996.
- Darji Darmodiharjo dan Shidarta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1995.
- David Eliot Brody, *Business And Its Legal Environment*, DC Health And Company, Toronto, 1986.
- David Reitzel, J. dkk, *Contemporary Business Law*, Mc Graw - Hill Publishing Company, 1990.
- Djemabut Blaang, C. (penyunting), *Perumahan Dan Permukiman*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 1986.
- Djuhaendah Hasan, *Lembaga Jaminan Kebendaan Bagi Tanah Dan Benda Lain Yang Melekat Pada Tanah Dalam Konsepsi Penerapan Asas Pemisahan Horizontal*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996.
- Eddy Putra Tje Aman, *Kredit Perbankan, Suatu Tinjauan Yuridis*, Liberty, Yogyakarta, 1989.
- Esmi Warassih, *"Pengadaan Tanah Bagi Pelaksanaan Pembangunan Untuk Kepentingan Umum di Kodia Dati II Semarang"* Majalah Masalah-Masalah Hukum, FH Undip, No. 5 tahun 1997.

- Friedmann, W. *Teori Dan Filsafat Hukum : Telaah Kritis Atas Teori-Teori Hukum (Susunan I)*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1993.
- , *Teori Dan Filsafat Hukum : Idealisme Filosofis Dan Problema Keadilan (Susunan II)*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1990.
- Gerald H Thain, "A basic Outline Of The Law of Secured Transaction" Komponen Pelatihan Hukum, Elips Project, 1993.
- Hamzah A. dan Senjun Manullang, *Lembaga Fiducia Dan Penerapannya Di Indonesia*, Indhill-Co, Jakarta, 1987.
- Hartono Soerjonopratiigno, *Hutang-Hutang Perjanjian, Pembayaran Dan Jaminan Hipotik*, Seksi Notariat FH UGM, Yogyakarta, 1984.
- Hasan Wargakusumah, *Hukum Agraria I*, PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1992.
- Iman Sudiyat, *Hukum Adat Sketsa Asas*, Liberty, Yogyakarta, 1981.
- John Salindeho, *Masalah Tanah Dalam Pembangunan*, Sinar Grafika, Jakarta, 1988.
- Koentjaraningrat, *Metode Metode Penelitian Masyarakat*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1991.
- Ko Tjay Sing, *Hukum Perdata Jilid II Hukum Benda (Diktat Lengkap)*, Itikad Baik, Semarang, Tanpa tahun.
- Lexy J Moleong, *Metodologi Penelitian Kualitatif*, Remaja Rosdakarya, Bandung, 1990.
- Lili Rasjidi, *Filsafat Hukum*, Remadja Karya, Bandung, 1988.
- Lili Rasjidi dan IB Wyasa Putra, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, Remaja Rosdakarya, Bandung, 1993.
- Mahadi, *hukum Benda Dalam Sistem Hukum Perdata Nasional*, Bina Cipta, Jakarta, 1983.
- , *Falsafa Hukum*, Alumni, Bandung, 1991.
- Maria SW. Sumardjono, "Prinsip Dasar Dan Beberapa isyu di Seputar UU Hak Tanggungan" Makalah Seminar Hak Tanggungan, FH Unpad, 1996.
- Mariam Darus Badruzaman, *Perjanjian Kredit Bank*, Alumni, Bandung, 1983.
- , *Aneka Hukum Bisnis*, Alumni, Bandung, 1994.
- , *Bab-Bab Tentang Credietverband, Gadai, dan Fiducia*, Alumni, Bandung, 1979.

- Mariam Darus Badruzaman, *"Mencari Kepastian Hukum Dalam Hukum Jaminan"* Makalah Seminar, Elips Project, Jakarta, 1994.
- , *"Posisi Hak Tanggungan Dalam Hukum Jaminan Nasional"*, Makalah Seminar Hak Tanggungan, FH Unpad, 1996.
- Marhainis Abdul Hay, *Hukum Perbankan Indonesia*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1975.
- Munir Fuady, *Hukum Tentang Pembiayaan Dalam Teori Dan Praktek*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1995.
- , *Hukum Bisnis Dalam Teori Dan Praktek*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996.
- Nasution S. *Metode Penelitian Naturalistik Kualitatif*, Tarsito, Bandung, 1992.
- Oey Hoey Tiong, *Fiducia Sebagai Jaminan, Unsur-Unsur Perikatan*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1983.
- Parlindungan, AP, *Pendaftaran Tanah Di Indonesia*, Mandar Maju, Bandung, 1994.
- Purwahid Patrik, *"Perjanjian Baku Dan Syarat Syarat Eksonerasi"* Bahan Untuk Penataran Dosen Perdata, Semarang, 1995.
- , *"Aspek Yuridis Gadai Saham Sebagai Jaminan Kredit"* Makalah Seminar Hukum Ekonomi, Program S2 Ilmu Hukum Undip, 1996.
- Purwahid Patrik dan Kashadi, *"Hukum Jaminan"* FH Undip, 1996.
- Retnowulan Sutantio, *"Prosedur Eksekusi Hak Tanggungan"* Makalah Seminar Hak Tanggungan, FH Unpad, 1996.
- Ridwan Widyadharma, *Sedikit Tentang Hukum Jaminan Di Indonesia*, PT Tanjung Mas, Semarang, 1982.
- Ronny Hanitiyo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum Dan Jurimetri*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1990.
- Sanapiah Faisal, *Penelitian Kualitatif : Dasar Dasar dan Aplikasi*, Yayasan Asih Asah Asuh, Malang, 1990.
- Satjipto Rahardjo, *Hukum Dan Perubahan Sosial*, Alumni, Bandung, 1979.
- , *Hukum Dan Masyarakat*, Alumni, Bandung, 1981.
- , *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1991.
- Satrio, J. *Hukum Perjanjian*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1992.
- , *Hukum Jaminan, Hak-Hak Jaminan Kebendaan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996.

- Sjahrir, *Analisis Ekonomi Indonesia*, PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1990.
- Smelser, J. *Sosiologi Ekonomi*, Wira Sari, 1990.
- Soepratignja, P.J. *Pokok-Pokok Hukum Perdata Hukum Benda Jilid II*, Seksi Hukum Perdata, FH Undip, 1983.
- Sonny A. Keraf, *Etika Bisnis*, Penerbit Kanisius, Yogyakarta, 1993.
- Soerjino Soekanto, *Sosiologi Suatu Pengantar*, Yayasan Penerbit UI, Jakarta, 1970.
- , *Pengantar Penelitian Hukum*, UI Press, Jakarta, 1986.
- Soeroyo Wignyodipoero, *Pengantar Dan Asas Hukum Adat*, Alumni, Bandung, 1979.
- , *Kedudukan Serta Perkembangan Hukum adat Setelah Kemerdekaan*, Gunung Agung, Jakarta, 1982.
- Sri Redjeki Hartono, *"Pembinaan Cita Hukum Dan Penerapan Asas-Asas Hukum Nasional"*, BPHN, Jakarta, 1995.
- , *"Perspektif Hukum Bisnis Pada Era Teknologi"* (Pidato Pengukuhan), FH Undip, Semarang, 1995.
- Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *Beberapa Masalah Pelaksanaan Lembaga Jaminan Khususnya Fiducia Di Dalam Praktek Dan Pelaksanaannya Di Indonesia*, FH. UGM, Yogyakarta, 1977.
- , *Hukum Jaminan Di Indonesia, Pokok-Pokok Hukum Jaminan Dan Jaminan Perorangan*, Liberty, Yogyakarta, 1980.
- , *Hukum Benda*, Liberty, Yogyakarta, 1982.
- Subekti, R. *Jaminan-Jaminan Untuk Pemberian Kredit Menurut Hukum Indonesia*, Alumni, Bandung, 1982.
- , *Aneka Perjanjian*, Alumni, Bandung, 1982.
- Sudargo Gautama, *Aneka Masalah dalam Praktek Pembaharuan Hukum Di Indonesia*, Citra aditya Bakti, Bandung, 1990.
- , *Komentar Atas UU Hak Tanggungan Baru Tahun 1996 No. 4*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996.
- Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum*, Liberty, Yogyakarta, 1988.
- , *Bunga Rampai ilmu Hukum*, Liberty, Yogyakarta, 1988.
- Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993.

- Sumantoro, *Hukum Ekonomi*, UI Press, Jakarta, 1986.
- Sunaryati Hartono, CFG. *Capita Selecta Perbandingan Hukum*, Alumni, Bandung, 1982.
- , *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*, Alumni, Bandung, 1991.
- Sunoto, *Mengenal Filsafat Pancasila : Pendekatan Melalui Metafisika, Logika dan etika*, Hanindita Graha Widya, Yogyakarta, 1995.
- Sutan Remy Sjahdeini, *Kebebasan Berkontrak Dan Perlindungan Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian Kredit Bank Indonesia*, Institut Bankir Indonesia, 1993.
- , "Beberapa Pokok Pikiran Mengenai Reformasi Hukum Perbankan" Bahan Kuliah Umum Undip, Semarang, 1997.
- Theo Huijbers, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah*, Penerbit Kanisius, Yogyakarta, 1995.
- Thomas Suyatno, *Dasar-Dasar Perkreditan*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1993.
- Tjiptoadinugroho, R. *Perbankan Masalah Perkreditan*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1978.
- Vollmar, HFA. (penerjemah IS. Adiwimarta), *Pengantar Studi Hukum Perdata Jilid I*, CV Rajawali, Jakarta, 1983.
- Wantjik Saleh, K. *Hak Anda Atas Tanah*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1982.
- Yahya Harahap, M. *Segi-Segi Hukum Perjanjian*, Alumni, Bandung, 1986.
- , *Ruang Lingkup Permasalahan Eksekusi Bidang Perdata*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1993.
- , *Beberapa tinjauan Mengenai Sistem Peradilan Dan Penyelesaian Sengketa*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1997.
- , *Beberapa Tinjauan Tentang Permasalahan Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1997.
- Zudan Arif F dan Hadi Wuryan, *Hukum Ekonomi*, Karya Abdi Tama, Surabaya, 1997.

Perundang-undangan

Kitab Undang Undang Hukum Perdata (Burgerlijk Wetboek).

UU No. 5 Tahun 1960 Tentang Peraturan Dasar Pokok Pokok Agraria.

UU No. 16 Tahun 1985 Tentang Rumah Susun.

UU No. 4 Tahun 1992 Tentang Perumahan Dan Permukiman.

UU No. 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan.

UU No. 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah.