

**REKONTRUKSI REGULASI WANPRESTASI PERJANJIAN
DENGAN JAMINAN HAK TANGGUNGAN BERBASIS
NILAI KEADILAN PANCASILA**

DISERTASI

Untuk Memperoleh Gelar Doktor Dalam Bidang Ilmu
Hukum Pada Universitas Islam Sultan Agung
(UNISSULA)



Oleh
SANTI BUNGA
10302000076

**PROGRAM DOKTOR (S.3) ILMU HUKUM (PDIH)
FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS ISLAM SULTAN AGUNG (UNISSULA)
SEMARANG
2022**

LEMBAR PENGESAHAN UJIAN TERBUKA
REKONSTRUKSI REGULASI WANPRESTASI PERJANJIAN
DENGAN JAMINAN HAK TANGGUNGAN BERBASIS
NILAI KEADILAN PANCASILA

Oleh :

SANTI BUNGA
10302000076

DISERTASI

Diajukan untuk memenuhi syarat memperoleh gelar doktor ilmu hukum
Telah disetujui untuk diajukan dalam ujian Kelayakan Disertasi,
Semarang,

PROMOTOR

CO-PROMOTOR

Prof. Dr. Hj. Anis Mashdurohatun, SH., M.Hum

Dr. Hj. Sri Kusriyah, SH., M.hum

NIDN.

NIDN.

Mengetahui

Ketua Program Doktor Ilmu Hukum
Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung

Prof. Dr. Hj. Anis Mashdurohatun, SH., M.Hum

NIDN.

PROGRAM DOKTOR (S.3) ILMU HUKUM (PDIH)
FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS ISLAM SULTAN AGUNG (UNISSULA)
SEMARANG
2022

PERNYATAAN ORIGINALITAS PENELITIAN

Dengan ini menyatakan bahwa :

1. Karya tulis saya, disertasi ini adalah asli dan belum pernah diajukan untuk mendapatkan gelar akademik Doktor baik Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung Semarang (UNISSULA) maupun perguruan tinggi lainnya.
2. Karya tulis ini adalah murni gagasan, rumusan, dan penelitian saya sendiri tanpa bantuan pihak lain selain Tim Promotor dan masukan dari Tim Penelaah.
3. Dalam karya tulis ini tidak terdapat karya atau pendapat yang telah ditulis atau dipublikasikan orang lain kecuali secara tertulis dengan jelas dicantumkan sebagai acuan dalam naskah dengan disebutkan nama pengarang dan dicantumkan dalam daftar Pustaka
4. Pernyataan ini saya buat dengan sesungguhnya dan apabila dikemudian hari terdapat penyimpangan atau ketidakbenaran dalam pernyataan ini, maka saya bersedia menerima sanksi berupa pencabutan gelar yang telah diperoleh karena karya ini, serta sanksi lainnya sesuai dengan norma yang berlaku pada perguruan tinggi ini.

Semarang, Februari 2023

Yang Membuat Pernyataan



Santi Bunga, S.H., M.Kn
NIM. 10302000076

KATA PENGANTAR

Puji dan syukur kehadiran Allah SWT, atas limpahan rahmat, taufiq, hidayah, serta inayah-Nya sehingga penulis dapat menyelesaikan disertasi ini dengan judul: REKONTRUKSI REGULASI WANPRESTASI PERJANJIAN DENGAN JAMINAN HAK TANGGUNGAN BERBASIS NILAI KEADILAN PANCASILA, penulisan disertasi ini sebagai salah satu syarat untuk menyelesaikan studi pada Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum (PDIH) Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung (Unissula) Semarang.

Penulis sadar betul, dalam penyelesaian penulisan disertasi ini bukan pekerjaan mudah, akan tetapi memerlukan keuletan, kegigihan, kesabaran serta dedikasi yang tinggi. Dalam penulisan disertasi ini masih sangat jauh dari sempurna, bahkan banyak sekali kekurangannya, itu semua tiada lain karena keterbatasan penulis sebagai manusia yang tidak luput dari kesalahan dan kealpaan, oleh karena itu penulis dengan segala kerendahan hati, dan besar hati menerima segala kritik dan saran guna perbaikan dan penyempurnaan yang konstruktif dan lebih dari itu hasil penelitian disertasi ini dapat menjadi bahan penelitian bagi para peneliti lainnya.

Penulisan disertasi ini tidak terlepas dari usaha, bantuan, bimbingan, do'a dan dukungan bari berbagai pihak. Dalam kesempatan ini penulis menyampaikan ucapan terimakasih kepada yang terhormat:

1. Bapak Prof. Dr. H. Gunarto, S.H., S.E.Akt. M.Hum., baik selaku Rektor Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA) Semarang maupun sebagai promotor dalam penulisan disertasi ini.
2. Bapak Dr. Bambang Tri Bawono, S.H., M.H., Dekan Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA) Semarang.
3. Ibu Prof. Dr. Hj. Anis Mashdurohatun, S.H., M.Hum., selaku Ketua Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung dan sekaligus sebagai Promotor yang dengan sabar membimbing penulis.
4. Ibu Dr. Hj. Sri Kusriyah, S.H., M.Hum. Selaku Co. Promotor Penelitian Hukum Disertasi Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA) Semarang.
5. Seluruh dosen pengajar pada Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA) Semarang.
6. Segenap karyawan pada Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA) Semarang.
7. Rekan-rekan dan sahabat-sahabat mahasiswa Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA) Semarang.
8. Suami dan anak-anak tercinta DRS H.Ustad Ahmad, Muhammad Rasyid ASH-Shadiq, Raihanah Aqilah Azkiyah, yang membuat penulis selalu termotivasi untuk tetap survive, mempunyai semangat dan tegar .

9. Kedua orang tua tercinta, La bunga (almarhum) dan ibuku HJ. Wambiddi (Almarhum), saudara-saudarah tersayang, H. Akliy La bunga, Makmur, Hj, Amziah, Zamriah, Hj, Salwaiah, Hj, Masriah, Nurzaidah,serta semua pihak yang tidak dapat penulis sebutkan satu per-satu, yang telah berkenan membantu masukan dan bahan penelitian disertasi ini.

Atas segala bantuan, kerja sama yang telah diberikan dengan ikhlas kepada penulis selama menyelesaikan studi hingga rampungnya disertasi ini, tak ada kata yang dapat terucapkan selain terima kasih. Begitu banyak bantuan yang telah diberikan bagi penulis.

Akhirnya semoga seluruh amal baiknya mendapatkan pahala yang setimpal dari Allah SWT, Aamiin.

Semarang,2022
Yang Membuat Pernyataan

SANTIBUNGA
NIM: 10302000076

ABSTRAK

Mobilisasi dana dari masyarakat sangat diperlukan untuk penyelesaian keterbatasan dana. Salah satu sarana yang mempunyai peran strategis untuk memobilisasi dana dari masyarakat adalah lembaga keuangan. Perumusan masalah dalam penelitian ini adalah 1) mengapa regulasi wanprestasi perjanjian dengan jaminan hak tanggungan belum berbasis nilai keadilan Pancasila ? 2) apa saja kelemahan-kelemahan regulasi wanprestasi perjanjian dengan jaminan hak tanggungan saat ini? 3) bagaimana rekonstruksi regulasi wanprestasi perjanjian dengan jaminan hak tanggungan berbasis nilai keadilan Pancasila? Metode penelitian dalam penelitian ini menggunakan paradigma konstruktivisme, dengan pendekatan penelitian *socio legal research*, spesifikasi penelitian deskriptif, sumber data primer dan sekunder, metode pengumpulan data menggunakan studi pustaka dan studi lapangan, analisis data menggunakan kualitatif induktif. Hasil penelitian menunjukkan bahwa 1) Regulasi wanprestasi perjanjian dengan hak tanggungan belum berkeadilan Pancasila, penormaan Wanprestasi terdapat dalam pasal 1243 KUHPerdara, yang adalah “penggantian biaya, rugi dan bunga karena tidak dipenuhinya suatu perikatan, barulah mulai diwajibkan, apabila si berutang, setelah dinyatakan lalai memenuhi perikatannya, tetap melalaikannya, atau jika sesuatu yang harus diberikan atau dibuatnya, hanya dapat diberikan atau dibuatnya, hanya dapat diberikan atau dibuat dalam tenggang waktu yang telah dilampaukannya.” Penormaan tersebut hanya mengatur debitor yang lalai, tidak mengatur dan membedakan debitor yang wanprestasi karena kesengajaan maupun kelalaian. Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1996 Tentang Jaminan Hak Tanggungan Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah, Pasal 14 ayat (3) dan Pasal 20 (1). 2) Kelemahan-kelemahan regulasi wanprestasi perjanjian dengan jaminan hak tanggungan saat ini, bahwa terdapat kelemahan-kelemahan yaitu dari aspek substansi hukum, struktur hukum dan budaya hukum. Dari aspek substansi hukum adanya aturan hukum mengenai pelaksanaan pembebanan Hak Tanggungan dalam suatu perjanjian kredit. Aspek struktur hukum masih belum sinerginya aparat penegak hukum dan keberpihakan pada salah satu pihak, justru sering tidak berpihak kepada konsumen. Dari budaya hukum perlunya sosialisasi kepada masyarakat untuk menekankan adanya perlindungan hukum. 3) Rekonstruksi regulasi wanprestasi perjanjian dengan jaminan hak tanggungan berbasis nilai keadilan Pancasila adalah dengan merekonstruksi Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen pada Pasal 2, Pasal 6, Pasal 14 Ayat (3) dan Pasal 20 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah dan KUHPerdara Pasal 1243.

Kata kunci : Rekonstruksi, Regulasi, Wanprestasi, Jaminan, Keadilan.

ABSTRACT

The mobilization of funds from the community is needed to resolve the limited funds. One of the facilities that have a strategic role to mobilize funds from the public is financial institutions. The formulation of the problem in this study are: 1) why is the regulation of default on agreements with guarantees of mortgages not based on the value of Pancasila justice? 2) what are the weaknesses of the current regulation on non-performing agreements with mortgage guarantees? 3) how is the reconstruction of the regulation of default of the agreement with the guarantee of mortgage rights based on the values of Pancasila justice? The research method in this study uses a constructivist paradigm, with a sociological legal research approach, descriptive research specifications, primary and secondary data sources, data collection methods using literature studies and field studies, data analysis using qualitative. The results of the study show that 1) The regulation of default of the agreement with mortgage rights is not fair Pancasila, the standardization of Default is contained in article 1243 of the Civil Code, which is "reimbursement of costs, losses and interest due to non-fulfillment of an agreement, then it begins to be required, if the debtor, after being declared negligent fulfill his commitment, he continues to neglect it, or if something is to be given or made, it can only be given or made, it can only be given or made within the lapse of time." The norm only regulates negligent debtors, does not regulate and distinguish debtors who default due to intentional or negligence. Law Number 42 of 1996 concerning Guaranteed Mortgage Rights and Objects Related to Land, Article 14 paragraph (3) and Article 20 (1). 2) Weaknesses in the regulation of default on agreements with mortgage guarantees currently, that there are weaknesses, namely from the aspect of legal substance, legal structure and legal culture. From the aspect of legal substance, there are legal rules regarding the implementation of the encumbrance of Mortgage Rights in a credit agreement. Aspects of the legal structure are still not synergized by law enforcement officers and take sides with one party, in fact often do not side with consumers. From the legal culture, it is necessary to socialize to the community to emphasize the existence of legal protection. 3) Reconstruction of contract default regulations with mortgage guarantees based on the value of Pancasila justice is by reconstructing Law Number 8 of 1999 concerning Consumer Protection in Article 2, Article 6, Article 14 Paragraph (3) and Article 20 Paragraph (1) of the Law. Number 4 of 1996 concerning Mortgage on Land and Objects Related to Land and Article 1243 of the Civil Code.

Keywords: Reconstruction, Regulation, Default, Guarantee, Justice.

RINGKASAN DISERTASI

REKONSTRUKSI REGULASI WANPRESTASI PERJANJIAN DENGAN

JAMINAN HAK TANGGUNGAN BERBASIS

NILAI KEADILAN PANCASILA

A. Latar Belakang

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sebagai konstitusi negara pada hakikatnya merupakan hukum dasar tertinggi yang memuat segala hal mengenai penyelenggaraan negara. Pasal 1 ayat (3) UUD NRI Tahun 1945 mengatur bahwa “Negara Indonesia adalah negara hukum”. Pasal ini berimplikasi bahwa segala aspek penyelenggaraan negara harus berdasarkan hukum (*rechtsstaat*) dan bukan berdasarkan kekuasaan (*machtstaat*) dengan Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum negara dan UUD NRI Tahun 1945 sebagai hukum dasar dan hierarki tertinggi dalam peraturan perundang-undangan.

Untuk mewujudkan konsep negara hukum (*rechtsstaat/the rule of law*) di bidang pembangunan perekonomian, diperlukan kerja sama yang baik antara pelaku ekonomi. Pemahaman hukum sebagai satu kesatuan sistem sangat diperlukan. Hal tersebut dikarenakan pembangunan di bidang ekonomi memerlukan dana dalam jumlah yang cukup besar. Namun pada umumnya suatu negara mengalami keterbatasan dalam penyediaan dana pembangunan.

Mobilisasi dana dari masyarakat sangat diperlukan untuk penyelesaian keterbatasan dana tersebut. Salah satu sarana yang mempunyai peran strategis untuk memobilisasi dana dari masyarakat adalah lembaga keuangan. Secara garis besar lembaga keuangan terbagi atas tiga, yaitu lembaga keuangan bank atau yang disebut juga dengan Perbankan, lembaga keuangan bukan bank, dan lembaga pembiayaan.

Perbankan Indonesia bertujuan menunjang pelaksanaan pembangunan nasional dalam rangka meningkatkan pemerataan, pertumbuhan ekonomi, dan stabilitas nasional. Sehingga sebagai salah satu pilar utama pembangunan nasional, lembaga perbankan harus mampu mewujudkan tujuan perbankan nasional yaitu menunjang pelaksanaan pembangunan nasional dalam rangka meningkatkan pemerataan, pertumbuhan ekonomi dan stabilitas nasional ke arah peningkatan rakyat banyak.¹

Lembaga perbankan memang mempunyai peranan yang strategis dalam kegiatan perekonomian karena fungsi utama dari bank adalah menghimpun dan menyalurkan dana masyarakat. Selain itu, bank juga dapat membantu memperlancar kegiatan transaksi, produksi, serta konsumsi melalui fungsinya sebagai lembaga yang melaksanakan lalu lintas pembayaran.²

Bertitik tolak pada peran dan fungsi perbankan sebagai penunjang pembangunan nasional maka di dalam Pasal 23D UUD NRI Tahun 1945 terdapat

¹ Malayu SP Hasibuan, 2005, *Dasar-Dasar Perbankan*, PT Bumi Aksara, Jakarta, hlm. 4.

² Veithzal Rivai, dkk, 2007, *Bank And Financial Institutional Management Conventional & Sharia System*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm. 108.

aturan bahwa “Negara memiliki satu bentuk bank sentral yang susunan, kedudukan, kewenangan, tanggung jawab dan independensinya diatur dengan undang-undang”. Bank sentral, dalam hal ini adalah Bank Indonesia yang disertai tugas untuk mengontrol sistem keuangan dan perbankan.³

Dari pengertian tersebut, fungsi utama dari perbankan adalah menghimpun dan menyalurkan dana dari masyarakat. Bank sentral dalam hal ini diberi fungsi dan wewenang untuk membina dan mengawasi kegiatan perbankan sebagai perantara keuangan (financial intermediary) dengan usaha utama menghimpun dan menyalurkan dana masyarakat yang bertujuan menunjang pelaksanaan pembangunan ke arah peningkatan kesejahteraan rakyat banyak.

Pemberian kredit merupakan salah satu bentuk penyaluran dana dari bank ke masyarakat sehingga para pelaku ekonomi dapat memanfaatkannya untuk mengembangkan dan memperbesar usaha mereka. Dengan adanya fasilitas kredit yang diberikan oleh perbankan secara langsung maupun tidak langsung telah membantu pemerataan pendapatan di masyarakat, karena selain untuk mengembangkan usaha dapat pula dimanfaatkan untuk memenuhi kebutuhan sekunder masyarakat.

Kredit yang diberikan oleh bank tentu saja mengandung resiko (risk), oleh karena itu berdasarkan Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia No.27/162/KEP/DIR tanggal 31 Maret 1995 tentang Pedoman Penyusunan

³ Ari Wirya Dinata, 2017, *Bank Sentral dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia*, UBELAJ, Volume 1 Number 1, April 2017, hlm. 61

Kebijaksanaan Perkreditan (PPKPB) bagi Bank Umum, dalam rangka melindungi dan mengamankan dana masyarakat dan untuk menjaga kesehatan dan kelangsungan usaha bank, dalam pelaksanaan pemberian kredit bank diharuskan berpegang pada asas-asas perkreditan yang sehat yang dituangkan melalui suatu kebijaksanaan perkreditan bank dalam bentuk tertulis.⁴

Berdasarkan hal tersebut, perbankan sebagai kreditur sebelum memberikan kredit harus melakukan analisis secara ekonomi terhadap calon debitur dengan maksud untuk menjaga kemungkinan terjadinya tunggakan atau kredit macet. “Prinsip 5C” dan “Prinsip 4P” selalu digunakan dalam prosedur pemberian kredit perbankan untuk menganalisa calon debitur dari kemungkinan terjadi gagal bayar atau kredit macet.

Kredit macet dalam dunia perbankan adalah tidak dilaksanakannya pembayaran angsuran sebagaimana yang diperjanjikan, terlepas dari segala sesuatu yang menyebabkan tidak terbayarnya angsuran kredit tersebut. Untuk mengurangi resiko tersebut, collateral atau jaminan pemberian kredit dalam arti keyakinan atas kemampuan dan kesanggupan debitur untuk melunasi kewajibannya sesuai dengan yang diperjanjikan merupakan faktor penting yang harus diperhatikan oleh bank. Bank harus melakukan penilaian yang seksama terhadap watak, kemampuan, modal agunan dan prospek usaha dari debitur sebelum memberikan kredit. Apabila unsur-unsur yang ada telah dapat

⁴ Rita Rosmilia, 2009, *Pelaksanaan Penyelesaian Kredit Bermasalah*, Tesis, Program Studi Magister Kenotariatan Universitas Diponegoro Semarang, hlm. 4

meyakinkan bank atas kemampuan debitur, maka jaminan cukup hanya berupa jaminan pokok saja dan bank tidak wajib meminta jaminan tambahan.⁵

Jaminan menurut M. Bahsan⁶ adalah segala sesuatu yang diterima kreditur dan diserahkan debitur untuk menjamin suatu hutang piutang dalam masyarakat. Jaminan merupakan kebutuhan kreditur untuk memperkecil risiko apabila debitur tidak mampu menyelesaikan segala kewajiban yang berkenaan dengan kredit yang telah dikucurkan. Dengan adanya jaminan apabila debitur tidak mampu membayar maka debitur dapat memaksakan pembayaran atas kredit yang telah diberikannya.⁷

Perjanjian kredit menurut Salim H.S⁸ adalah perjanjian yang di buat kreditur dan debitur, dimana kreditur berkewajiban untuk memberikan uang atau kredit kepada debitur, dan debitur berkewajiban untuk membayar pokok dan bunga, serta biaya-biaya lainnya sesuai dengan jangka waktu yang telah disepakati antara keduanya. Peristiwa tersebut menimbulkan hubungan perikatan antara debitur dan kreditur yang dilakukan dengan berlandaskan pada Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara yang memuat asas kebebasan berkontrak.

Pada umumnya dalam memberikan kredit, Bank selalu mewajibkan debitur untuk menjaminkan agunannya guna mengamankan kepentingan bank

⁵ Hermansyah, 2005, *Hukum Perbankan Nasional Indonesia*, Kencana, Jakarta, hlm. 68.

⁶ M. Bahsan, 2010, *Hukum Jaminan dan Jaminan Kredit Perbankan Indonesia*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, hlm. 3.

⁷ Badriyah Harun, 2010, *Penyelesaian Sengketa Kredit Bermasalah*, Pustaka Yustisia, Yogyakarta, hlm. 67.

⁸ Salim H.S, 2006, *Perkembangan Hukum Kontrak di Luar KUHPerdara*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm. 80.

apabila debitur lalai atau wanprestasi dalam pembayaran kredit. Bilamana debitur lalai, maka bank akan melakukan penjualan agunan tersebut baik secara lelang maupun bawah tangan. Hal-hal yang ada di dalam perjanjian kredit (klausula baku) tersebut sudah tertulis terlebih dahulu dan nasabah hanya mempunyai pilihan untuk menolak atau menerima perjanjian tanpa ikut merumuskan isi dari perjanjian kredit tersebut.

Pencantuman klausula baku tersebut memperlihatkan kedudukan antara pihak bank dan nasabah debitur yang tidak seimbang. Hal itu bisa dimanfaatkan oleh pihak bank untuk membuat klausula-klausula yang memberatkan nasabah debitur, sebaliknya pihak bank terlindungi oleh karenanya pihak nasabah debitur dibebani dengan sejumlah kewajiban dan merupakan hak-hak bank yang mesti dipenuhinya

Terhadap pencantuman klausula baku pada perjanjian kredit bank yang membebani kewajiban-kewajiban kepada nasabah debitur dengan tujuan untuk melindungi kepentingan kreditur sangatlah tidak adil dan melanggar Pasal 18 ayat (1) huruf h Undang-Undang Nomor 8 tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen. Pasal tersebut menyebutkan bahwa yang dimaksud dengan klausula baku adalah setiap peraturan atau ketentuan dan syarat-syarat yang telah dipersiapkan dan ditetapkan terlebih dahulu secara sepihak oleh pelaku usaha yang dituangkan dalam suatu dokumen dan/atau perjanjian yang mengikat dan wajib dipenuhi oleh konsumen. Adapun pertimbangan hakim dalam pemberian putusan terkait sengketa wanprestasi ialah, Pertama, kesimpulan pembuktian.

Dalam beracara di persidangan antara Penggugat dan Tergugat dapat mengajukan alat-alat bukti untuk memperkuat alasan masing-masing pihak. Kedua, pertimbangan hukumnya. Dalam pertimbangan hukum yang ada kasus wanprestasi, penulis setuju dengan apa yang dijadikan landasan Hakim dalam membuat keputusan tentang penyelesaian sengketa wanprestasi pada Akad. Hakim melihat terlebih dahulu fakta-fakta yang ada sebelum membuat putusan tersebut. Hal yang menguatkan keyakinan Hakim dalam memutus perkara bahwa Tergugat I dianggap melakukan wanprestasi/ingkar janji karena telah melalaikan kewajibannya/tidak pernah lagi melunasi pokok pembiayaan dan margin keuntungan kepada Penggugat, pembuktiannya dapat dinilai dari alat-alat bukti berupa surat yang diajukan oleh Penggugat seluruhnya yang diakui/dibenarkan oleh pihak Tergugat maka tidak perlu dibuktikan. Sama halnya dengan dalil gugatan Penggugat harus dibuktikan dan dalam hal ini telah terbukti bahwa Tergugat telah melakukan wanprestasi. Hal tersebut berbanding terbalik ketika nasabah menjadi kreditur dalam bentuk giro, deposito berjangka, tabungan atau bentuk lain yang dipersamakan, tidak ada agunan apapun yang diberikan oleh bank, kecuali modal kepercayaan bank. Berdasarkan uraian tersebut, Penulis tertarik untuk melakukan penelitian dan mengkasi masalah tersebut dalam sebuah karya ilmiah atau disertasi dengan judul **“Rekontruksi Regulasi Wanprestasi Perjanjian Dengan Jaminan Hak Tanggungan Berbasis Nilai Keadilan Pancasila”**.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang tersebut, maka timbul permasalahan yang akan dibahas dalam disertasi ini adalah :

1. Mengapa regulasi wanprestasi perjanjian dengan jaminan hak tanggungan belum berbasis nilai keadilan Pancasila ?
2. Apa saja kelemahan-kelemahan regulasi wanprestasi perjanjian dengan jaminan hak tanggungan saat ini?
3. Bagaimana rekonstruksi regulasi wanprestasi perjanjian dengan jaminan hak tanggungan berbasis nilai keadilan Pancasila?

C. Metode Penelitian

Paradigma yang penulis gunakan dalam penelitian ini adalah paradigma konstruktivisme, hal tersebut sebagaimana telah diuraikan dalam perumusan masalah dan tujuan penelitian tersebut di atas, adalah merekonstruksi regulasi wanprestasi perjanjian dengan jaminan hak tanggungan berbasis nilai keadilan Pancasila.

Spesifikasi penelitian ini adalah bersifat deskriptif analitis sesuai dengan masalah dan tujuan dalam penelitian ini. Deskriptif ini bukan dalam arti yang sempit, artinya dalam memberikan gambaran tentang fenomena yang ada dilakukan sesuai dengan metode penelitian. Fakta-fakta yang ada digambarkan dengan suatu interpretasi, evaluasi dan pengetahuan umum, karena fakta tidak akan mempunyai arti tanpa interpretasi, evaluasi dan pengetahuan umum.

Sumber data yang dipakai dalam penelitian ini meliputi data primer dan data sekunder. Data primer merupakan bahan penelitian yang berupa fakta-fakta empiris sebagai perilaku maupun hasil perilaku manusia, baik dalam bentuk perilaku verbal (perilaku nyata), maupun perilaku yang terdokumentasi dalam berbagai hasil perilaku atau catatan-catatan (arsip). Sedangkan data sekunder adalah data yang ada dalam bahan pustaka. Data sekunder antara lain mencakup dokumentasi, buku-buku, hasil-hasil penelitian yang berwujud laporan-laporan dan sebagainya⁹.

D. Hasil Disertasi

1. Regulasi Wanprestasi Perjanjian Dengan Jaminan Hak Tanggungan

Belum Berbasis Nilai Keadilan Pancasila

Kehadiran bank dirasakan semakin penting di tengah masyarakat. Masyarakat selalu membutuhkan dana atau uang untuk memenuhi kebutuhan hidupnya. Melihat fenomena tersebut bank yang tersebar di seluruh Indonesia meningkatkan kepercayaan di masyarakat dengan memberikan fasilitas kredit. Dalam praktik hubungan antara nasabah debitur tidak hanya sekedar perjanjian pinjam meminjam, tetapi ada perjanjian pemberian kuasa dan perjanjian memberikan jaminan.

Sebagaimana yang dimaksud dalam Undang-Undang Perlindungan Konsumen tujuan perlindungan konsumen adalah untuk melindungi kepentingan nasabah debitur dalam perjanjian kredit perbankan. Dalam

⁹ Ibid.

pembentukan kredit biasanya kedudukan nasabah debitur selalu berada di bawah kreditur, sehingga nasabah debitur tidak mempunyai posisi tawar yang cukup untuk mempertaruhkan haknya.

Didalam praktik perbankan, setiap bank telah menyediakan blanko (formulir) perjanjian kredit, yang isinya telah dipersiapkan terlebih dahulu (standard contract). Formulir ini disodorkan isinya kepada setiap pemohon kredit yang isinya tidak diperbincangkan terlebih dahulu dengan pemohon. Pemohon hanya dimintakan pendapatnya apakah dapat menerima apakah dapat menerima syarat-syarat yang di dalam formulir tersebut atau tidak. Bentuk dan formatnya diserahkan oleh Bank Indonesia kepada masing-masing bank untuk menetapkannya, namun sekurang-kurangnya harus memperhatikan hal-hal sebagai berikut :

- a. Memenuhi keabsahan dan persyaratan hukum yang dapat melindungi kepentingan bank;
- b. Memuat jumlah, jangka waktu, tata cara pembayaran kembali kredit serta persyaratan-persyaratan kredit lainnya sebagaimana ditetapkan dalam keputusan persetujuan kredit dimaksud.

Kedudukan para pihak yang tidak seimbang itu dimanfaatkan oleh pihak bank untuk membuat klausula-klausula yang memberatkan nasabah debitur, sebaliknya pihak bank terlindungi oleh karenanya pihak nasabah debitur dibebani dengan sejumlah kewajiban dan merupakan hak-hak bank yang mesti dipenuhinya. Dengan kelemahan kedudukan nasabah debitur

itulah pihak bank memanfaatkannya dengan membuat lebih banyak klausula-klausula yang tidak wajar dan tidak adil.

Dalam praktek perbankan, nasabah debitur masih memiliki banyak risiko yang harus ditanggung dalam pelaksanaan perjanjian kredit tersebut. Bank memiliki pertimbangan-pertimbangan sendiri selain dari persyaratan yang telah diajukannya dalam hal pencairan kredit. Untuk mendapat kredit, penerima kredit terikat pada syarat-syarat tertentu. Setelah perjanjian kredit ditandatangani, tetap ada kemungkinan penyerahan kredit itu tidak diteruskan, karena pertimbangan-pertimbangan tertentu. Jika hal ini terjadi, maka berarti tidak tercapai persesuaian kehendak baru untuk menyerahkan pinjaman, dan dalam hal ini, penerima kredit tidak berhak untuk menuntut ganti rugi. Sehingga jika masing-masing pihak tidak memenuhi kewajibannya, bank tidak menyerahkan uang atau pemohon kredit tidak menggunakan kredit maka keduanya saling tidak mengadakan tuntutan.¹⁰

Dari ketentuan-ketentuan tersebut di atas terlihat bahwa pada dasarnya menganut prinsip adanya tanggung jawab mutlak pelaku usaha yang menimbulkan kerugian pada konsumen sehingga kepentingan konsumen yang termasuk di dalamnya adalah nasabah debitur dapat lebih terlindungi. Akan tetapi dengan adanya ketentuan tersebut juga tidak menutup kemungkinan pelaku usaha atau bank untuk membuktikan bahwa pihaknya

¹⁰ Mariam Darus Badruzaman, 1983, *Perlindungan Terhadap Konsumen Dilihat dari Sudut Pandang Perjanjian Baku*, Bina Cipta, Bandung, hlm. 28.

tidak melakukan kesalahan yang menimbulkan kerugian pada konsumen atau nasabah debitur. Pencantuman klausula-klausula perjanjian kredit pada bank sepatutnya merupakan upaya kemitraan, karena baik bank selaku kreditur maupun nasabah debitur saling membutuhkan dalam upaya mengembangkan usahanya masing-masing. Untuk itu dalam memberikan perlindungan terhadap nasabah perlu adanya upaya edukasi dan penjelasan mengenai isi perjanjian yang dimaksud.

Perjanjian kredit bank merupakan hubungan kontraktual di bidang perkreditan yang menciptakan hak dan kewajiban bagi para pihak. Didalam hubungan antara bank dan nasabah tersebut, terdapat perlindungan hukum yang bisa didapatkan nasabah. Perlindungan hukum tersebut adalah sebagai berikut :

- a. Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan.
- b. Peraturan Bank Indonesia No. 10/10/PBI/2008 tentang Perubahan atas Peraturan Bank Indonesia No. 7/7/PBI/2005 tentang Penyelesaian Pengaduan Nasabah.
- c. Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen.

Sebagai lembaga pengawas perbankan di Indonesia, Bank Indonesia mempunyai peranan yang sangat penting dalam usaha melindungi dan menjamin agar nasabah tidak mengalami kerugian akibat tindakan bank yang salah. Dengan adanya ketentuan-ketentuan tersebut di atas maka kepentingan

konsumen yang dalam hal ini adalah nasabah debitur dapat terlindungi melalui adanya pengawasan dan pengendalian dari Bank Indonesia terhadap seluruh lembaga perbankan.

Wanprestasi (kelalaian atau kealpaan) seorang debitur dapat berupa:

- a. Debitur sama sekali tidak memenuhi prestasi,
- b. Debitur memenuhi prestasi, tetapi tidak sebagaimana yang diperjanjikan,
- c. Debitur memenuhi prestasi tetapi tidak tepat waktunya (terlambat),
- d. Debitur melakukan sesuatu yang menurut perjanjian tidak boleh dilakukan.

Pada kenyataannya, sangat sulit untuk menentukan apakah debitur dikatakan tidak memenuhi perikatan, karena pada saat mengadakan perjanjian pihak-pihak tidak menentukan waktu untuk melakukan suatu prestasi tersebut. Adapun akibat hukum bagi debitur yang lalai atau melakukan wanprestasi, dapat menimbulkan hak bagi kreditur, yaitu:

- a. Menuntut pemenuhan perikatan,
- b. Menuntut pemutusan perikatan atau apabila perikatan tersebut bersifat timbal-balik, menurut pembatalan perikatan,
- c. Menuntut ganti rugi,
- d. Menuntut pemenuhan perikatan dengan disertai ganti rugi,
- e. Menuntut pemutusan atau pembatalan perikatan dengan ganti rugi.

Akibat hukum yang timbul dari wanprestasi dapat juga disebabkan karena keadaan memaksa (force majeure). Keadaan memaksa (force majeure) yaitu salah satu alasan pembenaran untuk membebaskan seseorang dari kewajiban untuk mengganti kerugian (Pasal 1244 dan Pasal 1445 KUHPerdara). Menurut Undang-undang ada tiga hal yang harus dipenuhi untuk adanya keadaan memaksa, yaitu:

- a. Tidak memenuhi prestasi,
- b. Ada sebab yang terletak di luar kesehatan debitur,
- c. Faktor penyebab itu tidak terduga sebelumnya dan tidak dapat dipertanggungjawabkan kepada debitur.

Hak Tanggungan yang diatur dalam Undang-undang No.4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan pada dasarnya adalah Hak Tanggungan yang dibebankan pada hak atas tanah. Namun kenyataannya seringkali terdapat adanya benda-benda berupa bangunan, tanaman dan hasil karya, yang secara tetap merupakan kesatuan dengan tanah yang dijadikan jaminan tersebut, tetapi setiap perbuatan hukum mengenai hak-hak atas tanah, tidak dengan sendirinya meliputi benda-benda tersebut. Namun penerapan asas-asas hukum adat tidaklah mutlak, melainkan selalu memperhatikan dan disesuaikan dengan perkembangan kenyataan dan kebutuhan dalam masyarakat yang dihadapinya.¹¹

¹¹ Adrian Sutedi, 2010, *Hukum Hak Tanggungan*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 52.

Hak tanggungan adalah hak jaminan atas tanah untuk pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan kepada kreditor tertentu terhadap kreditor- kreditor lain. Dalam arti, bahwa debitor cidera janji (wanprestasi) maka kreditor pemegang hak tanggungan berhak menjual melalui pelelangan umum tanah yang dijadikan jaminan menurut ketentuan peraturan perUndang-undangan yang bersangkutan dengan hak yang mendahulu, daripada kreditor-kreditor yang lain. Kedudukan diutamakan tersebut, sudah barang tentu tidak mengurangi preferensi piutang-piutang Negara menurut ketentuan-ketentuan hukum yang berlaku.

Eksekusi Hak Tanggungan, pada awalnya dapat dilakukan langsung oleh pemegang Hak Tanggungan untuk menjual barang objek Hak Tanggungan tanpa melalui proses Peradilan, yang berarti bahwa eksekusi penjualan lelang barang objek Hak Tanggungan dilakukan atas kuasa sendiri oleh pemegang Hak Tanggungan tanpa intervensi pengadilan atau Hakim. Proses penjualan lelang objek Hak Tanggungan secara langsung oleh pemegang Hak Tanggungan ini, mensyaratkan akan keharusan adanya klausul yang secara mutlak memberi kuasa kepada pemegang hipotik menjual objek Hak Tanggungan, yang disebut klausul *aigenmachtige verkoop* berdasarkan asas kesepakatan dari debitor pemberi hak kepada kreditor menjual sendiri objek Hak Tanggungan tanpa melalui pengadilan, apabila debitor melakukan wanprestasi, hal ini berdasarkan Pasal 1178 KUHPerdara. Proses pelaksanaan eksekusi berdasarkan *aigenmachtige verkoop* ini diatur

dalam pasal 1178 jo. Pasal 1211 KUH Perdata, yaitu dengan melalui penjualan lelang di muka umum.¹²

Sejak adanya Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan untuk melakukan eksekusi terhadap Hak Tanggungan tidak perlu melalui gugat menggugat jika debitur melakukan ingkar janji. Hal ini disebabkan Hak Tanggungan telah mempunyai eksekutorial titel yang langsung dapat dieksekusi.

2. Kelemahan-Kelemahan Regulasi Wanprestasi Perjanjian Dengan Jaminan Hak Tanggungan Saat Ini

Kredit macet dalam dunia perbankan adalah tidak dilaksanakannya pembayaran angsuran sebagaimana yang diperjanjikan, terlepas dari segala sesuatu yang menyebabkan tidak terbayarnya angsuran kredit tersebut. Untuk mengurangi resiko tersebut, collateral atau jaminan pemberian kredit dalam arti keyakinan atas kemampuan dan kesanggupan debitur untuk melunasi kewajibannya sesuai dengan yang diperjanjikan merupakan faktor penting yang harus diperhatikan oleh bank.

Bank harus melakukan penilaian yang seksama terhadap watak, kemampuan, modal agunan dan prospek usaha dari debitur sebelum memberikan kredit. Apabila unsur-unsur yang ada telah dapat meyakinkan

¹² Sofyan Jefri, 2010, *Prosedur Eksekusi Hak Tanggungan Dalam Sengketa Bisnis Syariah*, Pengadilan Negeri Sidoarjo, Sidoarjo, hlm. 7.

bank atas kemampuan debitur, maka jaminan cukup hanya berupa jaminan pokok saja dan bank tidak wajib meminta jaminan tambahan.¹³

Jaminan pokok yang dimaksud dalam pemberian kredit tersebut adalah jaminan yang berupa sesuatu atau benda yang berkaitan langsung dengan kredit yang dimohon. Sesuatu yang dimaksud di sini adalah proyek atau prospek usaha yang dibiayai dengan kredit yang dimohon, sementara itu yang dimaksud benda di sini adalah benda yang dibiayai atau dibeli dengan kredit yang dimohon. Jenis tambahan yang dimaksud adalah jaminan yang tidak bersangkutan langsung dengan kredit yang dimohon. Jaminan ini berupa jaminan kebendaan yang objeknya adalah benda milik debitur maupun perorangan, yaitu kesanggupan pihak ketiga untuk memenuhi kewajiban debitur.¹⁴

Hak Tanggungan menurut Pasal 1 angka 1 Undang-Undang No. 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan didefinisikan sebagai “Hak Tanggungan atas tanah beserta benda-benda yang berkaitan dengan tanah, yang selanjutnya disebut Hak Tanggungan, adalah hak jaminan yang dibebankan pada hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, berikut atau tidak berikut benda-benda lain yang merupakan satu kesatuan

¹³ Hermansyah, 2005, *Hukum Perbankan Nasional Indonesia*, Kencana, Jakarta, hlm. 68.

¹⁴ Leni Oktafiani, Irdanuraprida Idris, 2015, ‘Pelaksanaan Pemberian Kredit Dengan Jaminan Hak Tanggungan Pada Debitur PT Bank DKI Jakarta Pusat’, *Lex Journalica* Volume 12 Nomor 2, Agustus 2015, hlm. 80

dengan tanah itu, untuk pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditor tertentu terhadap kreditor-kreditor lain.”

Adanya aturan hukum mengenai pelaksanaan pembebanan Hak Tanggungan dalam suatu perjanjian kredit dilihat dari penjabaran Undang – Undang Nomor 4 Tahun 1996 terdapat beberapa unsur pokok dari Hak Tanggungan yang seharusnya bertujuan untuk memberikan kepastian dan perlindungan, namun seringkali regulasi dalam undang-undang tersebut masih kurang tegas dalam keberpihakannya kepada konsumen.

Keputusan Mahkamah Konstitusi Nomor 21/PUU-XVIII/2020 menyatakan bahwa Pasal 14 ayat (3) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-benda Yang Berkaitan Dengan Tanah sepanjang frasa “kekuatan eksekutorial” dan frasa “sama dengan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap” bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai “terhadap jaminan Hak Tanggungan yang tidak ada kesepakatan tentang cidera janji (wanprestasi) karena Debitor mengalami keadaan memaksa (Overmacht/Force Majeure) maka Debitor diberi hak untuk membuktikannya di pengadilan sebelum eksekusi Jaminan Hak Tanggungan dilakukan”. Pasal 20 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-benda Yang Berkaitan Dengan

Tanah sepanjang frasa “cedera janji” bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai “Debitor tidak melaksanakan kewajiban perikatan dan adanya unsur kesalahan dari Debitor”.

Dalam perjanjian Fidusia juga disinggung mengenai wanprestasi, bahkan apabila debitur atau pemberi jaminan cedera janji, dapat dilakukan eksekusi atas objek jaminan (Pasal 29 Undang-Undang Nomor 29 Tahun 1999 Tentang Jaminan Fidusia).

Pada umumnya dalam memberikan kredit, Bank selalu mewajibkan debitur untuk menjaminkan agunannya guna mengamankan kepentingan bank apabila debitur lalai atau wanprestasi dalam pembayaran kredit. Bilamana debitur lalai, maka bank akan melakukan penjualan agunan tersebut baik secara lelang maupun bawah tangan. Hal-hal yang ada di dalam perjanjian kredit (klausula baku) tersebut sudah tertulis terlebih dahulu dan nasabah hanya mempunyai pilihan untuk menolak atau menerima perjanjian tanpa ikut merumuskan isi dari perjanjian kredit tersebut.

Pencantuman klausula baku tersebut memperlihatkan kedudukan antara pihak bank dan nasabah debitur yang tidak seimbang. Hal itu bisa dimanfaatkan oleh pihak bank untuk membuat klausula-klausula yang memberatkan nasabah debitur, sebaliknya pihak bank terlindungi oleh

karenanya pihak nasabah debitur dibebani dengan sejumlah kewajiban dan merupakan hak-hak bank yang mesti dipenuhinya.

Kelemahan dari sisi struktur hukum adalah, kurangnya sinergi antar aparat penegak hukum. Hal ini sangat diperlukan kepada semua lapisan masyarakat bahwa prinsip keadilan harus dapat dirasakan, karena terkadang suatu perjanjian dibuat melemahkan salah satu pihak. Sehingga perlu kebijakan aparat penegak hukum baik dari jajaran kepolisian, kehakiman dan kejaksaan, terutama dalam memberikan perlindungan hukum kepada semua lapisan masyarakat.

3. Rekonstruksi Regulasi Wanprestasi Perjanjian Dengan Jaminan Hak Tanggungan Berbasis Nilai Keadilan Pancasila

Wanprestasi memiliki perbedaan di beberapa negara seperti di bawah ini:

a. Malaysia

Di negara Malaysia istilah hukum kontrak disebut dengan istilah undang-undang kontrak. Dengan demikian diketahui bahwa istilah “undang-undang” di Malaysia sama dengan istilah “hukum” di Indonesia.

Hukum kontrak di Malaysia digolongkan sebagai hukum privat. Menurut Azimon Abdul Aziz: *“The concept of private law in Malaysia is a little more broad, in that it also encompasses private relationships between governments and private individuals or other entities if it based on the law of contract and not considered to be within the scope of public law”*.

Dengan kata lain, konsep hukum privat di Malaysia sedikit lebih luas, karena juga meliputi hubungan antara pemerintah dengan perorangan atau badan lainnya jika hubungan tersebut didasarkan pada hukum kontrak dan tidak dianggap dalam lingkup hukum publik. Sumber primer hukum kontrak di Malaysia ialah Akta Kontrak 1950 (Undang-Undang Malaysia, Akta 136 Semakan - 1974). Berlakunya dirujuk dari UU Inggris melalui pengesahan Sek. 5 Akta UU Sivil 1956. Akta Kontrak 1950 ini berasal dari Indian Contracts Act 1872 yang mana kebanyakan provisi hukum yang terkandung di dalam Akta Kontrak 1950 mirip dengan Indian Contracts Act 1872.

Akta Kontrak 1950 berlaku di seluruh Malaysia, termasuk di negeri-negeri Melayu pada tanggal 23 Mei 1950 dan di Melaka, Pulau Pinang, Sabah dan Sarawak pada 1 Juli 1974. Akta ini mengandung 191 pasal dan 10 bab. Secara umum kandungan hukum di dalam Akta ini adalah berhubungan dengan asas-asas kontrak seperti hal-hal yang diperlukan dalam mewujudkan kontrak, tata caranya, pelaksanaannya dan akibat jika kontrak dilanggar oleh pihak-pihak yang membuatnya.

Menurut Hukum Kontrak di Malaysia, perjanjian dan kontrak merupakan dua perkara berbeda, dalam undang-undang kontrak Sek. 10 AK dinyatakan bahwa “Semua perjanjian adalah kontrak jika dibuat atas kerelaan bebas pihak-pihak yang layak membuat kontrak, untuk sesuatu balasan yang sah dan dengan sesuatu tujuan yang sah dan tidak ditetapkan

dengan nyata di bawah Akta bahwa ianya batal”. Dengan kata lain, semua kontrak itu adalah juga suatu perjanjian tetapi tidak semua perjanjian itu adalah kontrak. Jika dipahami Sek 10 AK 1950 itu, suatu perjanjian itu hanya diterima sebagai kontrak jika ia dibuat atas kerelaan bebas kedua belah pihak, pihak-pihak adalah layak di sisi hukum, perkara yang dikontrakkan adalah sah dan tujuannya juga adalah sah.

Perlulah dipahami bahwa ciri-ciri suatu kontrak berbeda antara negara-negara yang menganut sistem hukum yang berbeda. Di dalam negara-negara yang menganut sistem “Common Law” seperti Inggris, Malaysia dan India, kontrak memiliki ciri-ciri sebagai berikut: 1) Ada tawaran; 2) Ada penerimaan; 3) Ada balasan; 4) Niat mewujudkan hubungan yang sah dan dilindungi hukum; 5) Kebolehan atau kelayakan membuat kontrak; 6) Kepastian atau ketentuan syarat dan terma kontrak; 7) Kehendak bebas (bukan disuruh atau dipaksa).

Apabila ciri-ciri tersebut tidak terpenuhi maka di negara-negara yang menganut sistem “Common Law” suatu kontrak yang sah dianggap tidak terjadi dan yang mungkin terjadi hanyalah sebuah perjanjian. Perjanjian adalah suatu persetujuan di antara dua pihak atau lebih berkenaan sesuatu perkara. Perlulah dipahami bahwa istilah kontrak adalah lebih khusus sedangkan istilah perjanjian adalah lebih umum. Hanya perjanjian yang mempunyai ciri-ciri kontrak saja yang mempunyai implikasi hukum.

Mewujudkan peraturan perundangan baru yang fokus kepada kontrak bentuk seragam ini adalah bertepatan dengan Dasar Pembangunan Malaysia yang telah digariskan dalam rancangan-rancangan pembangunan jangka panjang kerajaan semenjak tahun 1970. Setiap peraturan perundangan yang ingin diwujudkan perlu bergerak seiring dengan kesemua dasar ini. Penggunaan kontrak-kontrak standar (baku) mencerminkan keperluannya sebagai media pembangunan perdagangan di era sekarang. Justru, perundang-undangan diperlukan dalam aspek terma (klausula) tidak adil yang terkandung di dalamnya.

Tidak dinafikan bahwa hukum kontrak merupakan senjata dan dasar terpenting dalam setiap persoalan ekonomi, sosial dan politik. Latar belakang dan dasar kontrak adalah seharusnya berasaskan kepada nilai moral yang tinggi dan suci, maka penyalahgunaan kepada prinsip-prinsipnya adalah memerlukan perhatian perundang-undangan dalam memastikan persoalan keadilan dan kesamarataan hadir dalam semua urusan kontrak. Terma (klausula) tidak adil memperlihatkan tercetusnya evolusi fungsi dan peranan kontrak dalam perlindungan konsumen dan persoalan ini memerlukan campur tangan peraturan perundang-undangan.

b. Inggris

Sistem Hukum Inggris mengenal pembedaan wanprestasi ringan dan wanprestasi berat. Wanprestasi ringan adalah wanprestasi yang dilakukan terjadap syarat pelengkap perjanjian. Untuk menentukan

apakah syarat yang dilanggar debitur itu merupakan syarat pokok atau syarat pelengkap maka harus dilihat faktanya. Syarat perjanjian merupakan syarat pokok jika tanpa adanya syarat tersebut maka tidak akan menyebabkan pihak lain untuk membuat perjanjian serupa.

Apabila debitur melakukan wanprestasi berat terhadap suatu perjanjian maka kreditur yang dirugikan berhak menolak perjanjian tersebut. Kreditur mempunyai 2 (dua) alternatif tindakan, yaitu kreditur dapat menolak perjanjian atau tetap meneruskan perjanjian itu. Apabila wanprestasi yang dilakukan debitur adalah wanprestasi ringan, maka kreditur yang dirugikan dapat memilih untuk menolak perjanjian atau tetap meneruskan perjanjian.

Keadilan merupakan tujuan filosofis hukum sebagai cita-cita tertinggi hukum. Menurut Aristoteles, ada 2 keadilan yaitu keadilan distributif dan keadilan komutatif. Keadilan komutatif atau keadilan kebersamaan (*justitia commutativa*) inilah yang harus diwujudkan dalam perjanjian, karena keadilan ini tidak memandang derajat dan kedudukan dalam kehidupan masyarakat.¹⁵ Melalui keadilan komutatif masing-masing pihak akan memperoleh hasil yang diharapkan dari pertukaran pelaksanaan janji-janji yang dibuat dan berlangsung secara fair dan bebas,

¹⁵ Sudikno Mertokusumo, *Op.Cit.*, hlm. 79.

sehingga terhindar dari upaya “pengayaan diri tanpa hak” (unjust enrichment).¹⁶

Keadilan komutatif cenderung sulit terwujud dalam suatu perjanjian baku. Perjanjian kredit perbankan misalnya, sebagai perjanjian baku karena perjanjiannya telah disusun terlebih dahulu, bersifat standar dan tidak ada unsur kebebasan untuk memilih sebagai unsur tradisional dalam kebebasan berkontrak,¹⁷ atau perjanjian yang dibuat hampir seluruh klausul-klausulnya sudah dibakukan oleh pemakainya, sehingga para pihak tidak mempunyai peluang untuk bernegosiasi atau meminta perubahan. Kepentingan untuk menyeragamkan dan efisiensi perusahaan untuk merumuskan seluruh atau sebagian besar klausul perjanjian secara sepihak menjadi alasan penerapan perjanjian baku ini.¹⁸

Pada prinsipnya, yang terpenting dari perjanjian kredit bank sebagai perjanjian baku adalah tidak menimbulkan persoalan ketidakadilan atau berat sebelah dalam hal cakupan isi perjanjian (prestasi) yang dibuat, sehingga dapat merugikan bagi salah satu pihak yaitu pada debitur yang lemah. Apabila menimbulkan ketidakadilan dan

¹⁶ Tim Penyusun Kementerian Hukum dan HAM RI, 2013, *Naskah Akademik Hukum Kontrak*, BPHN Kementerian Hukum dan HAM RI, Jakarta, hlm. 121.

¹⁷ Sutan Remy Sjahdeini, 1993, *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan yang Seimbang Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia*, Institut Bankir Indonesia, Jakarta, hlm. 10.

¹⁸ R.M. Panggabean, 2010, *Keabsahan Perjanjian Baku dengan Klausul Baku*, Jurnal Hukum, No. 4 Vol. 1, hlm. 52.

berat sebelah tentunya tidak terwujud keadilan komutatif sebagai tujuan keadilan dalam bidang hukum perjanjian.

Hal di atas dapat saja terjadi karena dalam praktik sebelum penandatanganan perjanjian, pihak bank sebagai kreditur yang berkedudukan kuat secara ekonomis, secara sepihak telah mempersiapkan isi atau klausul-klausul perjanjian dalam suatu formulir tercetak. Situasi ini yang disebut dengan kedudukan yang tidak seimbang, maka perlu keseimbangan dalam perjanjian, baik keseimbangan posisi maupun ekonomi agar keadilan komutatif atau kebersamaan dapat terwujud.

Keseimbangan harus terwujud dengan tidak ada satu pun pihak yang mendominasi, atau karena tidak ada satu pun elemen yang menguasai lainnya”. Apabila dalam perjanjian kredit elemen tersebut adalah para pihak, baik pihak kreditur maupun pihak debitur, maka tidak boleh saling menguasai atau mendominasi yang lainnya, baik karena alasan derajat atau status ekonomi.

Penulis menilai perlu adanya kriteria keseimbangan untuk mewujudkan keadilan komutatif (keadilan para pihak) dalam sebuah perjanjian kredit bank. Apabila kriteria tersebut tidak terpenuhi, maka menurut hukum, perjanjian kredit menjadi tidak seimbang, sehingga melanggar asas keseimbangan. Berdasarkan asas keseimbangan, kriteria tersebut dapat dijadikan sebagai dasar atau pedoman keabsahan berlakunya perjanjian, termasuk dalam perjanjian kredit bank. Penentuan

kriteria ini menjadi penting, apabila suatu saat terjadi indikasi ketidaksetaraan antara para pihak dalam suatu perjanjian, maka kriteria ini dapat digunakan sebagai alat ukur untuk menentukan kesimpulan dari indikasi tersebut. Asas keseimbangan sebagai asas yang saat ini berkembang sudah seharusnya patut diperhatikan selain asas kesepakatan (consensus), asas kekuatan mengikatnya (pact sunt servanda) dan asas kebebasan berkontrak (freedom of contract).

Kriterium keseimbangan itu tidak boleh dicari apakah situasi atau sasaran yang hendak dicapai itu tidak seimbang, seperti pada perjanjian penghibahan. Akan tetapi lebih dalam pertanyaan, apakah pada saat terjadinya perjanjian terdapat masalah ketidakseimbangan dalam cara pembuatan kontrak dan apakah perjanjian yang bersangkutan mengandung muatan atau maksud dilakukannya perjanjian dan pelaksanaan prestasi yang dapat membawa kontrak itu pada suatu keadaan yang tidak seimbang.¹⁹

Mengingat asas keseimbangan merupakan suatu asas untuk mewujudkan keadilan komutatif bagi para pihak, maka perjanjian kredit bank harus dibentuk dengan mengacu pada kriteria keseimbangan yang dapat merujuk analisis gagasan penulis sebagai berikut :

- a. Tidak ada pihak yang mendominasi

¹⁹ Herlian Budiono, 2006, *Asas Keseimbangan Bagi Hukum Perjanjian Indonesia: Hukum Perjanjian Berdasarkan Asas-Asas Wigati Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 204.

- b. Adanya harmonisasi isi perjanjian (prestasi)
- c. Tidak melanggar asas keadilan

Pada konteks pelaksanaan eksekusi melalui parate eksekusi sebagaimana berdasarkan ketentuan Pasal 6 dengan mengacu pada ketentuan Pasal 14 ayat (2) dan ayat (3) UU Hak Tanggungan, praktis kedudukan kreditur menjadi semakin sulit untuk melakukan eksekusi melalui lembaga parate eksekusi. Kesulitan ini jelas terlihat bila kita mencermati sebab diakomodirnya ketentuan parate eksekusi ini dalam UU Hak Tanggungan yakni memberi kemudahan, manfaat serta kepastian hukum bagi kreditur utamanya dalam hal pelunasan hutang/ kredit bilamana terjadi debitur wanprestasi.

Pada tataran norma, materi muatan dalam UU Hak Tanggungan yang berkaitan dengan kedudukan lembaga parate eksekusi ini memang telah jelas dan tegas termaktub dalam Pasal 6. Namun demikian, bila ditinjau secara komprehensif sebagaimana pada uraian sebelumnya, terdapat norma maupun penjelasan atas norma yang jelas telah menimbulkan distrorsi yang berakibat pada hilangnya aspek kemanfaatan dan kepastian hukum dari UU Hak Tanggungan itu sendiri. Norma atau kaidah-kaidah hukum seharusnya dilahirkan guna melindungi kepentingan manusia terhadap bahaya yang mengancam. Lain dari itu, norma atau kaidah hukum juga ada untuk mengatur hubungan diantara manusia. Sehingga timbul keteraturan hubungan diantara manusia, dan

tercipta tercipta ketertiban atau stabilitas dan diharapkan, termasuk juga upaya pencegahan dan tindakan represif bilamana terjadinya konflik atau gangguan kepentingan-kepentingan.²⁰

Tujuan hukum dan wujud hukum menurut Jeremy Bentham adalah untuk mewujudkan the greatest happiness of the greatest number (kebahagiaan yang sebesar-besarnya untuk sebanyak-banyaknya orang). Bentham juga menyatakan bahwa tujuan perundang-undangan untuk menghasilkan kebahagiaan bagi masyarakat, atau setidaknya harus berusaha untuk mencapai 4 (empat) tujuan yaitu :²¹

- a. *To provide subsistence* (untuk memberi nafkah hidup).
- b. *To provide abundance* (untuk memberikan makanan yang berlimpah).
- c. *To provide security* (untuk memberikan perlindungan).
- d. *To attain equity* (untuk mencapai kebersamaan).

Sejalan dengan tujuan hukum yang salah satunya adalah mewujudkan nilai kepastian hukum, kedudukan lembaga parate eksekusi memang telah jelas diakui dan diatur dalam UU Hak Tanggungan. Namun demikian, kenyataan dalam praktik dan perjalanannya lembaga parate eksekusi justru tidak dapat di pergunakan sebagaimana mestinya, bahkan kedudukan lembaga ini seolah-olah dimandulkan dan dikediri. Hal ini tidak lepas dari konstruksi muatan materi UU Hak Tanggungan

²⁰ Sudikno Mertokusumo, *Op.Cit.*, hlm. 17.

²¹ Teguh Prasetyo, 2012, *Filsafat, Teori, dan Ilmu Hukum (Pemikiran Menuju Masyarakat yang Berkeadilan dan Bermartabat)*, Rajagrafindo Persada, Jakarta, hlm. 111-112.

yang seharusnya justru mendukung dan memperkuat norma pada Pasal 6, namun justru malah memberikan pemahaman dan sudut pandang yang sama sekali berbeda.

Melihat kondisi dan fakta tersebut, menjadi penting untuk merumuskan langkah-langkah solusi agar nilai kepastian hukum dalam UU Hak Tanggungan berkaitan dengan parate eksekusi. Kepastian hukum ini tentunya berkaitan dengan aspek kemanfaatan dan keadilan utamanya bagi kreditor dalam konteks mendapatkan pelunasan bilamana debitur wanprestasi/cidera janji, antara lain :

- a. Memperkuat Kedudukan Lembaga Parate Eksekusi
- b. Melakukan Perubahan UU Hak Tanggungan

Keadilan akan terasa manakala sistem yang relevan dalam struktur-struktur dasar masyarakat tertata dengan baik. Rasa keadilan masyarakat dapat pula kita temukan dalam pelaksanaan penegakan hukum melalui putusan hakim. Pada prakteknya, pemaknaan keadilan modern dalam penanganan permasalahan-permasalahan hukum ternyata masih debatable. Dengan demikian Nilai Keadilan Pancasila dalam regulasi wanprestasi perjanjian dengan jaminan hak tanggungan adalah dengan menekan pada keseimbangan hak dan kewajiban antara debitur sebagai pemberi hak tanggungan dan kreditor sebagai pemegang hak tanggungan secara proposional.

Berdasarkan uraian diatas, maka akan dilakukan rekonstruksi regulasi wanprestasi perjanjian dengan jaminan hak tanggungan berbasis nilai keadilan Pancasila sebagai berikut :

Rangkuman Rekonstruksi Regulasi Wanprestasi Perjanjian Dengan Jaminan Hak Tanggungan Berbasis Nilai Keadilan Pancasila KUHPERdata

No	Sebelum di Kontruksi	Kelemahan-Kelemahan	Setelah di Rekonstruksi
1.	Wanprestasi terdapat dalam pasal 1243 kuhperdata, yang adalah “penggantian biaya, rugi dan bunga karena tidak dipenuhinya suatu perikatan, barulah mulai diwajibkan, apabila si berutang, setelah dinyatakan lalai memenuhi perikatannya, tetap melalaikannya, atau jika sesuatu yang	Penormaan tersebut hanya mengatur debitor yang lalai, tidak mengatur dan membedakan debitor yang wanprestasi karena kesengajaan maupun kelalaian. Akibatnya penormaan Pasal 1243 kuhperdata belum memberikan keadilan bagi debitor, dalam prakteknya wanpretasi tidak membedakan debitor yang sengaja maupun lalai.	Wanprestasi terdapat dalam pasal 1243 kuhperdata, yang adalah “penggantian biaya, rugi dan bunga karena tidak dipenuhinya suatu perikatan, barulah mulai diwajibkan, apabila si berutang, setelah dinyatakan dengan kesengajaan maupun lalai memenuhi perikatannya, tetap melalaikannya, atau jika sesuatu yang harus

<p>harus diberikan atau dibuatnya, hanya dapat diberikan atau dibuatnya, hanya dapat diberikan atau dibuat dalam tenggang waktu yang telah dilampaukannya.”</p>	<p>Debitor lalai tidak membayar dikarenakan sedang tugas ke luar negeri atau ibadah haji dan atau umroh</p>	<p>diberikan atau dibuatnya, hanya dapat diberikan atau dibuat dalam tenggang waktu yang telah dilampaukannya.”</p>
---	---	---

Selain itu, berikut disajikan rangkuman rekonstruksi regulasi wanprestasi perjanjian dengan jaminan hak tanggungan berbasis nilai keadilan Pancasila terhadap Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen dan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah :

Rangkuman Rekonstruksi Regulasi Wanprestasi Perjanjian Dengan
 Jaminan Hak Tanggungan Berbasis Nilai Keadilan Pancasila

UU No. 8 Tahun 1999 dan UU No. 4 Th 1996

No.	Kontruksi	Kelemahan	Rekonstruksi
1.	Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen	Asas-asas dalam pasal 2 dalam prakteknya masih	Rekonstruksi Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen pada Pasal 2

No.	Kontruksi	Kelemahan	Rekonstruksi
	<p>Pasal 2</p> <p>Perlindungan konsumen berasaskan manfaat, keadilan, keseimbangan, keamanan dan keselamatan konsumen, serta kepastian hukum</p>	<p>mengabaikan dan tidak memperhatikan hak dan kewajiban konsumen secara proporsional, artinya debitor yang sudah bertahun-tahun melakukan prestasi, dianggap wanprestasi manakala debitor lalai tidak membayar kewajiban yang hanya beberapa kali dari masa perjanjian</p>	<p>berbunyi :</p> <p>Pasal 2</p> <p>Perlindungan konsumen berasaskan manfaat, keadilan, keseimbangan, Proposional, keamanan dan keselamatan konsumen, serta kepastian hukum.</p>
2	<p>Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan</p>	<p>1. Secara subtansi konsumen yang cedera janji (wanprestasi) akan semakin</p>	<p>Pasal 6</p> <p>Apabila debitor cedera janji atau wanprestasi dengan sengaja maupun lalai, pemegang Hak Tanggungan</p>

No.	Kontruksi	Kelemahan	Rekonstruksi
	<p>Dengan Tanah.</p> <p>Pasal 6</p> <p>Apabila debitur cedera janji, pemegang Hak Tanggungan pertama mempunyai hak untuk menjual obyek Hak Tanggungan atas kekuasaan sendiri melalui pelelangan umum serta mengambil pelunasan piutangnya dari hasil penjualan tersebut.</p>	<p>terpuruk karena belum ada kejelasan atas apa yang mungkin diperoleh dari selisih pada saat penjualan hak tanggungan.</p> <p>2. Belum adanya keadilan karena tidak adanya kesepakatan antara debitor dan kreditor, dan atau surat pernyataan debitor telah wanpretasi</p>	<p>pertama mempunyai hak untuk menjual obyek Hak Tanggungan atas kekuasaan sendiri melalui pelelangan umum serta mengambil pelunasan piutangnya dari hasil penjualan tersebut setelah adanya kesepakatan antara kreditor dan debitor wanprestasi dan/atau adanya surat pernyataan debitor telah wanspretasi.</p>
3.	<p>Pasal 14 ayat (3) UU Hak Tanggungan yang berbunyi, “Sertifikat hak tanggungan sebagaimana dimaksud pada atau (2) mempunyai kekuatan eksekutorial yang sama dengan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan</p>	<p>Akta otentik dalam pembebanan hak tanggungan yang dibuat oleh notaris PPAT merupakan mempunyai kekuatan eksekutorial</p>	<p>Pasal 14 ayat (3) UU Hak Tanggungan yang berbunyi, “Sertifikat hak tanggungan sebagaimana dimaksud pada atau (2) mempunyai kekuatan eksekutorial bilamana telah mendapat penetapan dari pengadilan sehingga memperoleh kekuatan hukum tetap.</p>

No.	Kontruksi	Kelemahan	Rekonstruksi
	<p>hukum tetap dan berlaku sebagai pengganti grosse acte hypotheek sepanjang mengenai hak atas tanah.”</p>	<p>yang sama dengan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap tidak memberikan keadilan bagi debitor, karena notaris bukan lembaga yudikatif namun pejabat publik</p>	
4.	<p>Pasal 20 ayat (1) UU Hak Tanggungan yang berbunyi, “Apabila debitor cidera janji, maka berdasarkan</p> <p>a. hak pemegang hak tanggungan pertama untuk menjual obyek hak tanggungan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6, atas</p> <p>b. titel eksekutorial yang terdapat dalam sertifikat hak tanggungan</p>	<p>Dalam praktek debitor cidera janji, penormaan pada pasal 20 ayat (1) menimbulkan multitafsir dan tidak konsisten dengan perjanjian antara debitor dan kreditor menggunakan istilah wanprestasi</p>	<p>Pasal 20 ayat (1) UU Hak Tanggungan yang berbunyi, “Apabila debitor cidera janji atau wanprestasi dengan sengaja maupun lalai, maka berdasarkan hak pemegang hak tanggungan pertama untuk menjual obyek hak tanggungan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6 objek hak tanggungan dijual melalui pelelangan umum menurut tata cara</p>

No.	Kontruksi	Kelemahan	Rekonstruksi
	<p>sebagaimana dimaksud dalam Pasal 14 ayat (2), objek hak tanggungan dijual melalui pelelangan umum menurut tata cara yang ditentukan dalam peraturan perundang-undangan untuk pelunasan piutang pemegang hak tanggungan dengan mendahulukan daripada kreditur-kreditur lainnya.</p>	<p>termasuk dalam KUHPerdata , sehingga tidak memberikan keadilan</p>	<p>yang ditentukan dalam peraturan perundang-undangan untuk pelunasan piutang pemegang hak tanggungan dengan mendahulukan daripada kreditur-kreditur lainnya.</p>

E. Penutup

1. Kesimpulan

- a. Regulasi wanprestasi perjanjian dengan hak tanggungan belum berkeadilan Pancasila, penormaan Wanprestasi terdapat dalam pasal 1243 KUHPerdata, yang adalah “penggantian biaya, rugi dan bunga karena tidak dipenuhinya suatu perikatan, barulah mulai diwajibkan, apabila si berutang, setelah dinyatakan lalai memenuhi perikatannya, tetap melalaikannya, atau jika sesuatu yang harus diberikan atau dibuatnya, hanya dapat diberikan atau dibuatnya, hanya dapat diberikan atau dibuat dalam tenggang waktu yang telah dilampaukannya.” Penormaan tersebut hanya mengatur debitor yang lalai, tidak mengatur

dan membedakan debitor yang wanprestasi karena kesengajaan maupun kelalaian. Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1996 Tentang Jaminan Hak Tanggungan Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah, Pasal 14 ayat (3) dan Pasal 20 (1). Belum mengatur adanya kesepakatan anatar debitor dan kreditor berakibat subyektfitas kreditor sebagai pemegang hak tanggung sangat tinggi, sehingga Debitor cidera janji (wanprestasi) maka kreditor pemegang hak tanggungan berhak menjual melalui pelelangan umum tanah yang dijadikan jaminan menurut ketentuan peraturan perUndang-undangan yang bersangkutan dengan hak yang mendahulu, daripada kreditor-kreditor yang lain.

- b. Kelemahan-kelemahan regulasi wanprestasi perjanjian dengan jaminan hak tanggungan saat ini, bahwa terdapat kelemahan-kelemahan yaitu dari aspek substansi hukum, struktur hukum dan budaya hukum. Dari aspek substansi hokum adanya aturan hukum mengenai pelaksanaan pembebanan Hak Tanggungan dalam suatu perjanjian kredit dilihat dari penjabaran Undang – Undang Nomor 4 Tahun 1996 terdapat beberapa unsur pokok dari Hak Tanggungan yang seharusnya bertujuan untuk memberikan kepastian dan perlindungan, namun seringkali regulasi dalam undang-undang tersebut masih kurang tegas dalam keberpihakannya kepada konsumen. Hal ini juga didukung oleh keputusan Mahkamah Konstitusi Nomor 21/PUU-XVIII/2020, Debitor diberi hak untuk membuktikannya di pengadilan sebelum eksekusi

Jaminan Hak Tanggungan dilakukan. Aspek struktur hukum masih belum sinerginya aparat penegak hukum dan keberpihakan pada salah satu pihak, justru sering tidak berpihak kepada konsumen. Dari budaya hukum perlunya sosialisasi kepada masyarakat untuk menekankan adanya perlindungan hukum.

- c. Rekonstruksi regulasi wanprestasi perjanjian dengan jaminan hak tanggungan berbasis nilai keadilan Pancasila adalah dengan merekonstruksi Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen pada Pasal 2, Pasal 6, Pasal 14 Ayat (3) dan Pasal 20 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah dan KUHPerdara Pasal 1243.

2. Saran

- a. Pemerintah dan DPR hendaknya segera merekonstruksi Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen pada Pasal 2, Pasal 6, Pasal 14 Ayat (3) dan Pasal 20 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah dan KUHPerdara Pasal 1243.
- b. Hendaknya aparat dapat bersinergi dalam menjalankan perannya atas penegakan hokum dan perlindungan hukum dengan memberikan kemanfaatan dan keadilan, serta kepastian hukum kepada masyarakat.

- c. Penegak Hukum dan Notaris hendaknya obyektif dalam penanganan kasus wanprestasi dan dapat memberikan edukasi kepada masyarakat tentang wanprestasi.

3. Implikasi Kajian Disertasi

- a. Bagi pihak perbankan sebagai kreditur maupun nasabah sebagai debitur penelitian ini diharapkan dapat menambah wawasan dan menyumbangkan pemikiran hukum terkait bidang hukum perdata terkhusus untuk menerapkan perjanjian kredit dengan jaminan hak tanggungan terutama dikaitkan dengan konsep hukum jaminan, perlindungan hukum dan perjanjian kredit.
- b. Bagi peneliti dapat menemukan penemuan baru dibidang perjanjian kredit dengan jaminan hak tanggungan yang berbasis nilai keadilan Pancasila.
- c. Bagi akademisi dapat memberikan sumbangan pemikiran mengenai regulasi wanprestasi perjanjian kredit dengan jaminan hak tanggungan yang berbasis nilai keadilan Pancasila.

DISSERTATION SUMMARY

RECONSTRUCTION OF REGULATIONS OF DEFAULTING AGREEMENTS WITH LIABILITY BASED GUARANTEES THE VALUE OF PANCASILA JUSTICE

A. Background

The 1945 Constitution of the Republic of Indonesia as the state constitution is essentially the highest basic law which contains all matters concerning the administration of the state. Article 1 paragraph (3) of the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia stipulates that "the State of Indonesia is a state of law". This article implies that all aspects of state administration must be based on law (*rechtsstaat*) and not based on power (*machtstaat*) with Pancasila as the source of all sources of state law and the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia as the basic law and the highest hierarchy in the legislation.

To realize the concept of a state of law (*rechtsstaat*/the rule of law) in the field of economic development, good cooperation between economic actors is needed. Understanding the law as a unified system is very necessary. This is because development in the economic sector requires large amounts of funds. However, in general, a country experiences limitations in the provision of development funds.

The mobilization of funds from the community is very much needed to resolve the limited funds. One of the facilities that have a strategic role to mobilize funds from the public is financial institutions. Broadly speaking, financial institutions

are divided into three, namely bank financial institutions or also known as banking, non-bank financial institutions, and financial institutions.

Indonesian banking aims to support the implementation of national development in order to increase equity, economic growth, and national stability. Thus, as one of the main pillars of national development, banking institutions must be able to realize the goals of national banking, namely to support the implementation of national development in order to increase equity, economic growth and national stability in the direction of increasing the number of people.²²

Banking institutions do have a strategic role in economic activities because the main function of the bank is to collect and distribute public funds. In addition, banks can also help facilitate transaction, production, and consumption activities through their function as institutions that carry out traffic cross payment.²³

Starting from the role and function of banking as a supporter of national development, Article 23D of the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia states that "The state has a central bank whose structure, position, authority, responsibility and independence are regulated by law ". The central bank, in this case Bank Indonesia, is entrusted with the task of controlling the financial and banking systems.²⁴

²²Malayu SP Hasibuan, 2005, *Banking Fundamentals*, PT Bumi Aksara, Jakarta, p. 4

²³Veithzal Rivai, et al, 2007, *Bank And Financial Institutional Management Conventional & Sharia System*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, p. 108.

²⁴ Ari Wiryadinata, 2017, *The Central Bank in the Indonesian State Administration System*, UBELAJ, Volume 1 Number 1, April 2017, p. 61

From this understanding, the main function of banking is to collect and distribute funds from the public. The central bank in this case is given the function and authority to foster and supervise banking activities as a financial intermediary with the main business of collecting and distributing public funds aimed at supporting the implementation of development in the direction of increasing the welfare of the people at large.

The provision of credit is a form of channeling funds from banks to the public so that economic actors can use it to develop and enlarge their businesses. With the credit facilities provided by banks directly or indirectly, it has helped the distribution of income in the community, because in addition to developing businesses, it can also be used to meet the secondary needs of the community.

Loans granted by banks of course contain risks (risk), therefore based on the Decree of the Board of Directors of Bank Indonesia No.27/162/KEP/DIR dated March 31, 1995 concerning Guidelines for the Preparation of Credit Policy (PPKPB) for Commercial Banks, in order to protect and securing public funds and in order to maintain the health and business continuity of banks, in the implementation of lending, banks are required to adhere to sound credit principles as outlined through a bank credit policy in written form .²⁵

Based on this, banks as creditors before providing creditors must conduct an economic analysis of prospective debtors with a view to preventing the possibility of

²⁵ Rita Rosmilia, 2009, *Implementation of Non-performing Loans Settlement*, Thesis, Notary Masters Study Program, Diponegoro University Semarang, p. 4

arrears or bad loans. “5C Principles” and The “4P principle” is always used in the procedure for providing bank credit to analyze prospective debtors for the possibility of default or bad credit.

Bad credit in the banking world is the non-performance of installment payments as agreed, regardless of everything that causes the credit installments to be unpaid. To reduce this risk, collateral or credit guarantees in the sense of confidence in the ability and ability of the debtor to pay off its obligations in accordance with the agreement is an important factor that must be considered by the bank. Banks must conduct a careful assessment of the character, ability, collateral capital and business prospects of the debtor before granting credit. If the existing elements have been able to convince the bank of the ability of the debtor, then the guarantee is sufficient only in the form of a principal guarantee and the bank is not required to ask for additional guarantees.²⁶

Collateral according to M. Bahsan²⁷ is everything that is received by the creditor and submitted by the debtor to guarantee a debt in the community. Collateral is a creditor's need to minimize risk if the debtor is unable to settle all obligations relating to the credit that has been disbursed. With a guarantee if the debtor is unable to pay, the debtor can force payments on the credit he has given.²⁸

²⁶Hermansyah, 2005, *Indonesian National Banking Law*, Kencana, Jakarta, p. 68.

²⁷M. Bahsan, 2010, *Indonesian Banking Credit Guarantee and Guarantee Law*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, p. 3.

²⁸Badriyah Harun, 2010, *Non-performing Credit Dispute Resolution*, Yustisia Library, Yogyakarta, p. 67.

According to Salim HS²⁹, a credit agreement is an agreement made by a creditor and a debtor, in which the creditor is obliged to provide money or credit to the debtor, and the debtor is obliged to pay principal and interest, as well as other costs in accordance with the agreed period between the two. The incident gave rise to an engagement relationship between debtors and creditors which was carried out based on Article 1338 paragraph (1) of the Civil Code which contains the principle of freedom of contract.

In general, in providing credit, the Bank always requires the debtor to pledge the collateral in order to secure the interests of the bank if the debtor is negligent or in default in credit payments. If the debtor is negligent, the bank will sell the collateral either by auction or privately. The things in the credit agreement (standard clause) have been written in advance and the customer only has the choice to refuse or accept the agreement without participating in formulating the contents of the credit agreement.

The inclusion of the standard clause shows the unequal position between the bank and the debtor customer. This can be used by the bank to make clauses that are burdensome to the debtor's customer, on the other hand the bank is protected by that, the debtor's customer is burdened with a number of obligations and is the bank's rights that must be fulfilled.

²⁹Salim HS, 2006, *Development of Contract Law Outside the Civil Code*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, p. 80.

The inclusion of standard clauses in bank credit agreements that impose obligations on debtor customers with the aim of protecting the interests of creditors is very unfair and violates Article 18 paragraph (1) letter h of Law Number 8 of 1999 concerning Consumer Protection. The article states that what is meant by standard clauses are any regulations or provisions and conditions that have been prepared and determined in advance unilaterally by business actors as outlined in a document and/or agreement that is binding and must be fulfilled by consumers.

The judges' considerations in giving decisions related to default disputes are, First, the conclusion of evidence. In the proceedings at the trial between the Plaintiff and the Defendant may submit evidence to strengthen the reasons of each party. Second, legal considerations. In the legal considerations that there are cases of default, the author agrees with what is used as the basis for the judge in making decisions regarding the settlement of default disputes in the contract. The judge first looks at the facts before making the decision. The thing that strengthens the judge's belief in deciding the case that Defendant I is considered to be in default/broken promise because he has neglected his obligations/never again paid the principal financing and profit margin to the Plaintiff, the proof can be assessed from the evidence in the form of a letter submitted by the Plaintiff entirely which acknowledged/justified by the Defendant, it does not need to be proven. Similarly, the argument of the Plaintiff's claim must be proven and in this case it has been proven that the Defendant has defaulted. This is inversely proportional to when the customer becomes a creditor in the form of demand deposits, time deposits, savings

or other equivalent forms, there is no collateral whatsoever. provided by the bank, except for the bank's trust capital.

Based on this description, the author is interested in conducting research and discussing the problem in a scientific work or dissertation with the title **"Reconstruction of Default Regulations on Agreements with Guaranteed Mortgage Rights Based on Pancasila Justice Values"**.

B. Formulation of the problem

In line with the background of the problem above, the writer formulates the problem as follows:

1. Why is the regulation of default of agreement with guarantee of mortgage not based on the value of Pancasila justice?
2. What are the weaknesses of the current regulation on non-performing agreements with mortgage guarantees ?
3. How is the reconstruction of the regulation of default of the agreement with the guarantee of mortgage rights based on the value of Pancasila justice ?

A. Research methods

The paradigm that the author uses in this study is the constructivism paradigm, as described in the formulation of the problem and the purpose of the research above, is to reconstruct the regulation of default on the agreement with guarantees of mortgage rights based on the value of Pancasila justice.

The specifications of this research are descriptive analytic in accordance with the problems and objectives of this study. This description is not in a narrow

sense, meaning that in providing an overview of the existing phenomena, it is carried out in accordance with research methods. Existing facts are described by an interpretation, evaluation and general knowledge, because facts will have no meaning without interpretation, evaluation and general knowledge.

Sources of data used in this study include primary data and secondary data. Primary data is research material in the form of empirical facts as behavior and results of human behavior. both in the form of verbal behavior (real behavior), as well as behavior documented in various behavioral results or records (archives). While secondary data is data that is in library materials. Secondary data include documentation, books, research results in the form of reports and so on³⁰.

B. Dissertation Research Results

1. The Regulations of Default of The Agreement With Guaranteed for Mortgage Rights Is Not Based on The Value of Pancasila Justice

The presence of banks is felt to be increasingly important in the community. People always need funds or money to meet their needs. Seeing this phenomenon, banks spread throughout Indonesia increase public trust by providing credit facilities. In practice, the relationship between debtor customers is not just a loan agreement, but there is an agreement to grant power of attorney and an agreement to provide guarantees.

As referred to in the Consumer Protection Act, the purpose of consumer protection is to protect the interests of debtor customers in banking credit

³⁰Ibid.

agreements. In the formation of credit, usually the position of the debtor customer is always under the creditor, so that the debtor customer does not have a sufficient bargaining position to risk his rights.

In banking practice, each bank has provided a form (form) of a credit agreement, the contents of which have been prepared in advance (standard contract). The contents of this form are presented to each credit applicant whose contents have not been discussed with the applicant first. The applicant is only asked for his opinion whether he can accept or not. The forms and formats are submitted by Bank Indonesia to each bank to determine them, but at least the following must be taken into account :

- a. Fulfill legal and legal requirements that can protect the bank's interests;
- b. Contains the amount, period, procedures for credit repayment and other credit requirements as stipulated in the said credit approval decision.

The unbalanced position of the parties is used by the bank to make clauses that are burdensome to the debtor customer, on the other hand the bank is protected by the debtor customer. burdened with a number of obligations and the bank's rights that must be fulfilled. With the weakness of the position of the debtor customer, the bank takes advantage of it by making more clauses that are not fair and unfair.

In banking practice, debtor customers still have many risks that must be borne in the implementation of the credit agreement. Banks have their own considerations apart from the requirements that have been proposed in terms of

credit disbursement. To get credit, credit recipients are bound by certain conditions. After the credit agreement is signed, there is still the possibility that the credit delivery will not be continued, due to certain considerations. If this happens, it means that there is no agreement on the new will to hand over the loan, and in this case, the credit recipient has no right to claim compensation. So that if each party does not fulfill its obligations, the bank does not hand over the money or the credit applicant does not use credit, then the two of them do not hold each other's demands.³¹

From the provisions mentioned above, it can be seen that basically adheres to the principle of absolute responsibility for business actors who cause harm to consumers so that the interests of consumers, which include debtor customers, can be better protected. However, the existence of these provisions also does not rule out the possibility of business actors or banks to prove that they have not made mistakes that cause losses to consumers or debtor customers. The inclusion of credit agreement clauses in the bank should be a partnership effort, because both the bank as the creditor and the debtor customer need each other in an effort to develop their respective businesses. For this reason, in providing protection to customers, it is necessary to educate and explain the contents of the agreement in question.

³¹Mariam Darus Badrulzaman, 1983, *Protection of Consumers Seen from the Perspective of Standard Agreements*, Bina Cipta, Bandung, p. 28.

A bank credit agreement is a contractual relationship in the field of credit that creates rights and obligations for the parties. In the relationship between the bank and the customer, there is legal protection that the customer can get. The legal protections are as follows:

- a. Law Number 10 of 1998 concerning Amendments to Law Number 7 of 1992 concerning Banking.
- b. Bank Indonesia Regulation No. 10/10/PBI/2008 concerning Amendments to Bank Indonesia Regulation No. 7/7/PBI/2005 concerning Settlement of Customer Complaints.
- c. Law Number 8 of 1999 concerning Consumer Protection .

As a banking supervisory agency in Indonesia, Bank Indonesia has a very important role in protecting and ensuring that customers do not suffer losses due to wrong bank actions. With the above provisions, the interests of consumers, in this case debtor customers, can be protected through supervision and control from Bank Indonesia over all banking institutions.

Default (negligence or negligence) of a debtor can be in the form of:

- a. The debtor does not meet the performance at all,
- c. The debtor fulfills the performance, but not as agreed,
- d. The debtor fulfills the performance but is not on time (late),
- e. The debtor does something that according to the agreement cannot be done.

In fact, it is very difficult to determine whether the debtor is said to have not fulfilled the engagement, because at the time of entering into the agreement the parties did not specify the time to perform such an achievement. The legal consequences for debtors who are negligent or in default, can give rise to rights for creditors, namely:

- a. Demand fulfillment of the engagement,
- b. Demand termination of the engagement or if the engagement is reciprocal, according to the cancellation of the engagement,
- c. claim compensation,
- d. Demand fulfillment of the engagement accompanied by compensation,
- e. Demand termination or cancellation of the engagement with compensation.

Legal consequences arising from default can also be caused by force majeure. Force majeure is one of the justifications for releasing someone from the obligation to compensate (Article 1244 and Article 1445 of the Civil Code). According to the law, there are three things that must be fulfilled in order for a state of coercion to exist, namely:

- a. Does not meet performance
- b. There are reasons that lie beyond the health of the debtor,
- c. The causative factors were unexpected and cannot be accounted for to the debtor.

Mortgage rights regulated in Law No. 4 of 1996 concerning Mortgage Rights are basically Mortgage Rights that are imposed on land rights. However, in reality there are often objects in the form of buildings, plants and works, which are permanently integrated with the land used as collateral, but every legal act regarding land rights does not automatically include these objects. However, the application of the principles of customary law is not absolute, but always pays attention to and is adapted to the development of realities and needs in the society it faces.³²

Mortgage rights are collateral rights to land for the settlement of certain debts, which give a position to certain creditors against other creditors. In the sense that the debtor is in default (default), the creditor holding the mortgage has the right to sell through a public auction the land that is used as collateral according to the provisions of the legislation concerned with the prior rights, rather than other creditors. The priority position, of course, does not reduce the preference for state receivables according to the applicable legal provisions.

The execution of the Mortgage Rights, initially can be carried out directly by the Mortgage holder to sell the Mortgage object without going through a judicial process, which means that the execution of the auction of the Mortgage object is carried out on its own power by the Mortgage holder without the intervention of the court or judge. The auction sale process of the Mortgage object directly by the Mortgage holder requires that there be a clause that

³²Adrian Sutedi, 2010, *Mortgage Law*, Sinar Graphic, Jakarta, p. 52.

absolutely authorizes the mortgage holder to sell the Mortgage object, which is called the *aigenmachtige verkoop* clause based on the principle of agreement from the debtor giving the right to the creditor selling the object himself. Dependent without going through court, if the debtor defaults, this is based on Article 1178 of the Civil Code. The execution process based on *aigenmachtige verkoop* is regulated in *palasa 1178 jo. Article 1211* of the Civil Code, namely through auction sales in public³³.

Since the existence of Law Number 4 of 1996 concerning Mortgage Rights to carry out the execution of Mortgage Rights, it is not necessary to sue if the debtor breaks a promise. This is because the Mortgage has an executorial title which can be executed immediately.

2. Weaknesses in The Regulation of Default on Agreement With Current Mortgage Guarantees

Bad credit in the banking world is the non-performance of installment payments as agreed, regardless of everything that causes the credit installments to be unpaid. To reduce this risk, collateral or credit guarantees in the sense of confidence in the ability and ability of the debtor to pay off its obligations in accordance with the agreement is an important factor that must be considered by the bank.

³³Sofyan Jefri, 2010, *Mortgage Execution Procedure in Sharia Business Disputes*, Sidoarjo District Court, Sidoarjo, p. 7.

Banks must conduct a careful assessment of the character, ability, collateral capital and business prospects of the debtor before granting credit. If the existing elements have been able to convince the bank of the ability of the debtor, then the guarantee is sufficient only in the form of a principal guarantee and the bank is not required to ask for additional guarantees.³⁴

The principal guarantee referred to in the granting of credit is a guarantee in the form of something or objects that are directly related to the requested credit. What is meant here is a project or business prospect that is financed with the requested credit, while what is meant here is an object that is financed or purchased with the requested credit. The additional type in question is a guarantee that is not directly related to the credit requested. This guarantee is in the form of material guarantees whose objects are objects belonging to the debtor or individual, namely the ability of a third party to fulfill the debtor's obligations.³⁵

Mortgage according to Article 1 point 1 of Law no. 4 of 1996 concerning Mortgage is defined as "Security Rights on land and related objects" Land rights, hereinafter referred to as Mortgage Rights, are security rights that are imposed on land rights as referred to in Law Number 5 of 1960 concerning Basic Regulations on Agrarian Principles, including or not including other objects which are an

³⁴Hermansyah, 2005, *Indonesian National Banking Law*, Kencana, Jakarta, p. 68.

³⁵Leni Oktafiani, Irdanuraprida Idris, 2015, 'Implementation of Credit Provisions with Mortgage Guaranteed for Debtors of PT Bank D KI Central Jakarta', *Lex Journalica* Volume 12 Number 2, August 2015, p. 80

integral part of the land. that, for the repayment of certain debts, which gives priority to certain creditors over other creditors."

The existence of legal rules regarding the implementation of the encumbrance of Mortgage in a credit agreement seen from the elaboration of Law No. 4 of 1996 there are several main elements of Mortgage that should be aims to provide certainty and protection, but often the regulations in the law are still not firm in their alignment with consumers.

The decision of the Constitutional Court Number 21/PUU-XVIII/2020 states that Article 14 paragraph (3) of Law Number 4 of 1996 concerning Mortgage on Land and Objects Related to Land insofar as the phrase "executory power" and the phrase "equal to a court decision that has permanent legal force" is contrary to the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia and has no binding legal force as long as it is not interpreted "against Mortgage guarantees for which there is no agreement on breach of contract (default) because the Debtor experiences coercive circumstances (Overmacht/Force Majeure) then the Debtor is given the right to prove it in court before the execution of the Mortgage Guarantee is carried out". Article 20 paragraph (1) of Law Number 4 of 1996 concerning Mortgage on Land and Objects Related to Land insofar as the phrase "breach of promise" is contrary to the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia and has no binding legal force as long as does not mean "the debtor does not carry out the obligations of the engagement and there is an element of error on the part of the debtor".

In the Fiduciary agreement, it is also mentioned about default, even if the debtor or guarantee is breach of contract, execution of the collateral object can be carried out (Article 29 of Law Number 29 of 1999 concerning Fiduciary Guarantees).

In general, in providing credit, the Bank always requires the debtor to pledge the collateral in order to secure the interests of the bank if the debtor is negligent or in default in credit payments. If the debtor is negligent, the bank will sell the collateral either by auction or privately. The things in the credit agreement (standard clause) have been written in advance and the customer only has the choice to refuse or accept the agreement without participating in formulating the contents of the credit agreement

The inclusion of the standard clause shows the unequal position between the bank and the debtor customer. This can be used by the bank to make clauses that are burdensome to the debtor's customer, on the other hand the bank is protected by that, the debtor's customer is burdened with a number of obligations and is the bank's rights that must be fulfilled.

The weakness in terms of the legal structure is the lack of synergy between law enforcement officers. It is very necessary to all levels of society that the principle of justice must be felt, because sometimes an agreement is made to weaken one of the parties. So it is necessary to have a policy of law enforcement officers from the police, judiciary and prosecutors, especially in providing legal protection to all levels of society.

The agreement that has been made based on article 1320 of the Civil Code applies as law for the parties as contained in Article 1338 paragraph (1) of the Civil Code. However, in practice, sometimes what is agreed is not carried out by one party or is called a default. Default is: "A condition where a debtor (debt) does not fulfill or carry out the achievements as stipulated in an agreement". Default can occur either intentionally or unintentionally. Default can be in the

form of: Completely not meeting the achievements; the performance is not perfect; late in fulfilling achievements; do what the agreement is forbidden to do.

The occurrence of a default causes the other party (the opponent of the party to default) to be harmed. Due to a loss by another party, the party that has defaulted must bear the consequences of the opposing party's demands which can be in the form of: Cancellation of the agreement; cancellation of the agreement accompanied by a claim for compensation; fulfillment of the agreement; fulfillment of the agreement accompanied by a claim for compensation; or claim compensation.

The weakness of the legal culture aspect is the lack of public knowledge or the socialization of a legal regulation that one of the very basic principles in contract law is the principle of protection for the parties, especially the injured party. Efforts to make it happen to the aggrieved can do: Cancellation of the agreement; cancellation of the agreement accompanied by a claim for compensation; fulfillment of the agreement; fulfillment of the agreement accompanied by a claim for compensation; or claim compensation. Meanwhile,

for parties who default, protection is given in the form of: The existence of certain mechanisms in terms of terminating the agreement with the obligation to carry out the subpoena and the obligation to decide on reciprocal agreements through the courts; Restrictions on termination of the agreement; The right to terminate the agreement has not been waived; Termination of the agreement is not too late and the Default is accompanied by an element of error. Another form of protection is to give the debtor an opportunity to defend himself, for example: Due to overmacht (a state of coercion; stating that the creditor is also negligent and stating that the creditor has relinquished his rights.

3. Reconstruction of Regulation of Defaulting Agreements With Liability Based Guaranteed The Value of Pancasila Justice

Default has differences in some countries as below:

a. Malaysia

In Malaysia the term contract law is referred to as contract law. Thus it is known that the term "law" in Malaysia is the same as the term "law" in Indonesia. Contract law in Malaysia is classified as private law. According to Azimon Abdul Aziz: "The concept of private law in Malaysia is a little more broad , in that it also encompasses private relationships between governments and private individuals or other entities if it is based on the law of contract and not considered to be within the scope of public law ”.

In other words, the concept of private law in Malaysia is slightly broader, as it also includes the relationship between the government and other

individuals or entities if the relationship is based on contract law and is not considered within the scope of public law. The primary source of contract law in Malaysia is the Deed of Contract 1950 (Law of Malaysia, Akta 136 Semak - 1974). Entry into force is referred to from the English Act through the ratification of the Sek. 5 Civil Code Act 1956. This 1950 Contract Deed is derived from the Indian Contracts Act 1872 where most of the legal provisions contained in the 1950 Contract Deed are similar to the Indian Contracts Act 1872.

The 1950 Deed of Contract entered into force throughout Malaysia, including in the Malay countries on 23 May 1950 and in Melaka, Pulau Pinang, Sabah and Sarawak on 1 July 1974. This deed contains 191 articles and 10 chapters. In general, the legal content in this Deed is related to the principles of the contract such as the things needed to realize the contract, the procedure, its implementation and the consequences if the contract is violated by the parties who made it.

According to the Contract Law in Malaysia, agreement and contract are two different matters, in the contract law of Sek. 10 AK states that "All agreements are contracts if they are made with the free will of the parties who are eligible to make the contract, for a legal reply and for a legitimate purpose and not clearly stipulated under the Deed that it is void". In other words, all contracts are also agreements but not all agreements are contracts. If it is understood that Sek 10 AK 1950, an agreement is only accepted as a contract

if it is made with the free will of both parties, the parties are legally worthy, the contracted case is valid and the purpose is also valid.

It should be understood that the nature of a contract differs between countries with different legal systems. In countries that follow the "Common Law" system such as the UK, Malaysia and India, contracts have the following characteristics: 1) There is an offer; 2) There is reception; 3) There is a reply; 4) Intention to establish a relationship that is legal and protected by law; 5) Ability or feasibility to make a contract; 6) Certainty or provision of the terms and terms of the contract; 7) Free will (not forced or forced).

If these characteristics are not met then in countries that adhere to the "Common Law" system a valid contract is considered not to have occurred and what may happen is only an agreement. An agreement is an agreement between two or more parties regarding a matter. It should be understood that the term contract is more specific whereas the term contract is more general. Only agreements that have contractual characteristics have legal implications. Implementing this new law focused on uniform contracts coincides with Malaysia's Basic Development Plan which has been outlined in the kingdom's long-term development plans since 1970. Any legislation that is to be enacted needs to move in tandem with all of these principles. The use of standard (standard) contracts reflects its need as a medium for trade development in the current era. In fact, legislation is needed in terms of unfair terms (clauses) contained in it.

There is no denying that contract law is the most important weapon and basis in every economic, social and political issue. The background and basis of the contract is that it should be based on high and sacred moral values, so abuse of its principles requires statutory attention to ensure that issues of justice and equity are present in all contractual matters. The unfair terms (clauses) show the evolution of the function and role of contracts in consumer protection and this issue requires the intervention of laws and regulations.

b. England

The British Legal System recognizes the distinction between light and serious defaults. Mild default is a default that is carried out in accordance with the complementary terms of the agreement. To determine whether the conditions violated by the debtor are basic conditions or complementary conditions, the facts must be seen. The terms of the agreement are the main conditions if without these conditions it will not cause the other party to make a similar agreement

If the debtor is in serious default of an agreement, the creditor who is harmed has the right to refuse the agreement. The creditor has 2 (two) alternative actions, namely the creditor can reject the agreement or continue the agreement. If the default by the debtor is a mild default, then the injured creditor can choose to reject the agreement or continue the agreement.

Justice is a philosophical goal of law as the highest ideal of law. According to Aristotle, there are two types of justice, namely distributive justice and commutative justice. Commutative justice or justice of togetherness (*justitia commutativa*) is what must be realized in the agreement, because this justice does not look at the degree and position in people's lives.³⁶ Through commutative justice, each party will get the expected results from the exchange of the implementation of the promises made and take place fairly and freely, so as to avoid "unjust enrichment" efforts.³⁷

Commutative justice tends to be difficult to realize in a standard agreement. A banking credit agreement, for example, is a standard agreement because the agreement has been prepared in advance, is standard in nature and does not contain an element of freedom of choice as a traditional element in freedom of contract,³⁸ or an agreement in which almost all of the clauses have been standardized by the user, so that the parties do not have opportunity to negotiate or ask for change. The need for uniformity and efficiency of the company to formulate all or most of the clauses of the agreement unilaterally is the reason for the application of this standard agreement.³⁹

³⁶Sudikno Mertokusumo, *Op. Cit.*, hlm. 79.

³⁷Drafting Team of the Indonesian Ministry of Law and Human Rights, 2013, *Academic Paper on Contract Law*, BPHN Ministry of Law and Human Rights, Jakarta, p. 121.

³⁸Sutan Remy Sjahdeini, 1993, *Freedom of Contract and Equal Protection for Parties in Bank Credit Agreements in Indonesia*, Indonesian Bankers Institute, Jakarta, p. 10.

³⁹RM Panggabean, 2010, *Validity of Standard Agreement with Standard Clauses*, Journal of Law, No. 4 Vols. 1, p. 52.

In principle, the most important thing about a bank credit agreement as a standard agreement is that it does not cause problems of injustice or bias in terms of the scope of the contents of the agreement (achievement) made, so that it can be detrimental to one party, namely the weak debtor. If it causes injustice and bias, of course, commutative justice is not realized as the goal of justice in the field of contract law.

The above can happen because in practice before signing the agreement, the bank as a creditor with an economically strong position, unilaterally has prepared the contents or clauses of the agreement in a printed form. This situation is called an unbalanced position, it is necessary to balance the agreement, both the balance of position and the economy so that commutative justice or togetherness can be realized.

A balance must be achieved where no one party dominates, or because no one element dominates the other. If in the credit agreement the elements are the parties, both the creditor and the debtor, then they may not dominate each other or dominate the other, either for reasons of degree or economic status.

The author considers the need for a balance criterion to realize commutative justice (fairness of the parties) in a bank credit agreement. If these criteria are not met, then according to law, the credit agreement becomes unbalanced, thus violating the principle of balance. Based on the principle of balance, these criteria can be used as the basis or guidelines for the validity of

the agreement, including in bank credit agreements. Determination of these criteria is important, if at any time there is an indication of inequality between the parties in an agreement, then this criterion can be used as a measuring tool to determine the conclusion of the indication. The principle of balance as a principle that is currently developing should be considered in addition to the principle of agreement (consensus), the principle of binding force (pact sunt servanda) and the principle of freedom of contract (freedom of contract).

The balance criteria should not be sought whether the situation or the goals to be achieved are unbalanced, as in the grant agreement. However, it is more in question, whether at the time of the agreement there was a problem of imbalance in the way the contract was made and whether the agreement in question contained the content or purpose of the agreement and the implementation of achievements that could bring the contract to an unbalanced state.⁴⁰

Considering the principle of balance is a principle to realize commutative justice for the parties, the bank credit agreement must be formed with reference to the balance criteria which can refer to the analysis of the author's ideas as follows:

- a. No party dominates
- b. There is harmonization of the contents of the agreement (achievement)

⁴⁰Herlian Budiono, 2006, *Principles of Balance for Indonesian Covenant Law: Covenant Law Based on Indonesian Wigati Principles*, Citra Aditya Bakti, Bandung, p. 204.

c. Does not violate the principle of justice

In the context of carrying out executions through parate executions as pursuant to the provisions of Article 6 with reference to the provisions of Article 14 paragraph (2) and paragraph (3) of the Mortgage Law, in practice the position of creditors becomes increasingly difficult to carry out executions through parate execution institutions. This difficulty is clearly seen when we look at the reason for the accommodation of this parate execution provision in the Mortgage Law, namely providing convenience, benefits and legal certainty for creditors, especially in terms of paying off debts/credits in the event of a debtor default.

At the norm level, the content material in the Mortgage Law relating to the position of the parate execution institution is clearly and firmly stated in Article 6. distortion which results in the loss of usefulness and legal certainty aspects of the Mortgage Law itself. Legal norms or rules should be born in order to protect human interests against threats that threaten. Apart from that, legal norms or rules also exist to regulate relations between humans. So that there is an order in the relationship between humans, and it is hoped that order or stability will be created, including prevention and repressive measures in the event of a conflict or disturbance of interests.⁴¹

The purpose of law and legal form according to Jeremy Bentham is to realize the greatest happiness of the greatest number (the greatest happiness

⁴¹Sudikno Mertokusumo, *Op.Cit.*, hlm. 17.

for as many people as possible). Bentham also stated that the purpose of legislation is to produce happiness for the community, or at least it must strive to achieve 4 (four) goals , namely: ⁴²

- a. To provide subsistence (to provide a living).
- b. To provide abundance (to provide abundant food).
- c. To provide security (to provide protection).
- d. To attain equity (to achieve togetherness).

In line with legal objectives, one of which is to realize the value of legal certainty, the position of the parate execution institution has indeed been clearly recognized and regulated in the Mortgage Law. However, the reality is that in practice and its journey, the parate execution institution cannot be used properly, even the position of this institution seems to be sterilized and castrated. This is inseparable from the construction of the material content of the Mortgage Law which should actually support and strengthen the norms in Article 6, but instead provide a completely different understanding and point of view.

Seeing these conditions and facts, it is important to formulate solution steps so that the value of legal certainty in the Mortgage Law is related to the execution parate. This legal certainty is of course related to the aspects of

⁴²Teguh Prasetyo, 2012, *Philosophy, Theory, and Legal Studies (Thoughts Towards a Just and Dignified Society)*, Rajagrafindo Persada, Jakarta, p. 111-112.

benefit and justice, especially for creditors in the context of getting repayment if the debtor defaults / breaches of promise, including:

- a. Strengthening the Position of the Execution Parate
- b. Making Changes to the Mortgage Law

Justice will be felt when the relevant systems in the basic structures of society are well organized. We can also find a sense of community justice in the implementation of law enforcement through judges' decisions. In practice, the meaning of modern justice in handling legal problems is still debatable. Thus, the Value of Pancasila Justice in the regulation of default on agreements with guaranteed mortgages is to emphasize the balance of rights and obligations between the debtor as the provider of the mortgage and the creditor as the holder of the mortgage in a proportional manner.

Based on the description above, the reconstruction of the regulation of default of the agreement with the guarantee of mortgage rights based on the value of Pancasila justice will be carried out as follows:

Summary of Reconstruction of Agreement Default Regulations with Guaranteed Mortgage Rights Based on the Value of Justice of the Pancasila Civil Code

No	Before Construction	Weaknesses	After Reconstruction
1.	Default is contained in Article 1243 of the Civil Code, which is	The norm only regulates negligent debtors, does not regulate and distinguish	Default is contained in Article 1243 of the Civil Code, which is

<p>"reimbursement of costs, losses and interest due to non-fulfillment of an engagement, then it becomes mandatory, if the debtor, after being declared negligent in fulfilling his engagement, continues to neglect it, or if something that must be given or made, can only be given or made within the lapse of time .</p>	<p>debtors who default due to intentional or negligence. As a result, the normalization of Article 1243 of the Civil Code has not provided justice for debtors, in practice defaults do not distinguish between intentional and negligent debtors. The debtor is negligent in not paying because he is on duty abroad or performing Hajj and or Umrah</p>	<p>"reimbursement of costs, losses and interest due to non-fulfillment of an engagement, then it becomes mandatory, if the debtor, after being declared intentionally or negligent in fulfilling his agreement, continues to neglect it, or if something that must be given or made , it can only be given or made, it can only be given or made within the lapse of time ."</p>
---	---	--

In addition, the following is a summary of the reconstruction of the regulation of default on agreements with guarantees of mortgage rights based on the value of Pancasila justice against Law Number 8 of 1999 concerning

Consumer Protection and Law Number 4 of 1996 concerning Mortgage Rights on Land and Objects Related to Soil :

**Reconstruction of Agreement Default Regulations with Guaranteed Mortgage Based on Pancasila Justice Values
UU no. 8 of 1999 and Law no. 4th 1996**

No.	Construction	Weakness	Reconstruction
1.	Law Number 8 of 1999 concerning Consumer Protection Section 2 Consumer protection is based on benefits, justice, balance, consumer safety and security, and legal certainty	The principles in Article 2 in practice still ignore and do not pay attention to the rights and obligations of consumers proportionally, meaning that a debtor who has made achievements for years is considered a default when the debtor is negligent in not paying obligations that are only a few times the term of the agreement .	Reconstruction of Law Number 8 of 1999 concerning Consumer Protection in Article 2 reads: Section 2 Consumer protection is based on benefits, justice, balance, proportionality, consumer safety and security, and legal certainty.
2	Law No. 4 of 1996 concerning Mortgage	1. Substantially, consumers who are	Article 6 If the debtor defaults or

No.	Construction	Weakness	Reconstruction
	<p>Rights on Land and its Objects Related to Land.</p> <p>Article 6</p> <p>If the debtor is in default, the holder of the first Mortgage has the right to sell the object of the Mortgage on his own power through a public auction and take repayment of his receivables from the proceeds of the sale.</p>	<p>in default (default) will be worse off because there is no clarity on what might be obtained from the difference at the time of the sale of the mortgage.</p> <p>2. There is no justice because there is no agreement between the debtor and creditor, and/or the debtor's statement is in default</p> <p>3.</p>	<p>defaults intentionally or negligently, the holder of the first Mortgage has the right to sell the object of the Mortgage on his own power through a public auction and take repayment of his receivables from the proceeds of the sale after an agreement between the creditor and the debtor is in default and/or a statement letter is issued. the debtor has defaulted.</p>
3.	<p>Article 14 paragraph (3) of the Mortgage Law which reads , " The mortgage certificate as referred to in or (2) has the same executorial</p>	<p>An authentic deed in imposing mortgages made by a PPAT notary has the same executorial power as a court decision that has obtained legal</p>	<p>Article 14 paragraph (3) of the Mortgage Law which reads , " The mortgage certificate as referred to in or (2) has executive power when it has received a</p>

No.	Construction	Weakness	Reconstruction
	power as a court decision that has obtained permanent legal force and is valid as a substitute for grosse acte hypotheek as long as it concerns land rights. ”	force but does not provide justice for the debtor, because the notary is not a judicial institution but a public official..	determination from the court so that it has permanent legal force.
4	Article 20 paragraph (1) of the Mortgage Law which reads, " If the debtor is in breach of contract, then based on a. the right of the first mortgage holder to sell the object of the mortgage as referred to in Article 6, upon b. the executorial title contained in the mortgage certificate as referred to in Article 14 paragraph (2), the object of the	In practice the debtor is in breach of contract, the norm in Article 20 paragraph (1) has multiple interpretations and is inconsistent with the agreement between the debtor and creditor using the term default, which is included in the Civil Code, so that it does not provide justice.	Article 20 paragraph (1) of the Mortgage Law which reads, " If the debtor breaks his promise or defaults intentionally or negligently, then based on the right of the first mortgage holder to sell the object of the mortgage as referred to in Article 6 the object of the mortgage is sold through a public auction according to the procedure specified in the laws and regulations

No.	Construction	Weakness	Reconstruction
	mortgage is sold through a public auction according to the procedure specified in the laws and regulations for the settlement of receivables from the mortgage holder with precedence over other creditors .		for the settlement of the debt of the mortgage holder by giving precedence to other creditors .

C. Closing

1. Conclusion

- a. The regulation of contract defaults with mortgage rights has not been fair. Pancasila, the standardization of Default is contained in article 1243 of the Civil Code, which is "reimbursement of costs, losses and interest due to non-fulfillment of an engagement, then it begins to be obligated, if the debtor, after being declared negligent in fulfilling his engagement, continues to neglect it, or if something is to be given or made, it can only be given or made, it can only be given or made within the time period which has passed ." The norm only regulates negligent debtors, does not regulate and distinguish debtors who default due to intentional or

negligence. Law Number 42 of 1996 concerning Guaranteed Mortgage Rights and Objects Related to Land, Article 14 paragraph (3) and Article 20 (1). It has not regulated the existence of an agreement between debtors and creditors resulting in the subjectivity of creditors as holders of mortgages being very high, so that the debtors are in default, the creditors holding mortgages have the right to sell through a public auction the land that is used as collateral according to the provisions of the laws and regulations concerned with the previous rights., than other creditors.

- b. Weaknesses of the current regulation of default on agreements with mortgage guarantees, that there are weaknesses, namely from the aspect of legal substance, legal structure and legal culture. From the aspect of legal substance, there are legal rules regarding the implementation of the encumbrance of Mortgage Rights in a credit agreement, judging from the elaboration of Law Number 4 of 1996 there are several main elements of Mortgage that should be aims to provide certainty and protection, but often the regulations in the law are still not firm in their alignment with consumers. This is also supported by the decision of the Constitutional Court Number 21/PUU-XVIII/2020, the debtor is given the right to prove it in court before the execution of the Mortgage Guarantee is carried out. Aspects of the legal structure are still not synergized by law enforcement officials and take sides with one party, in fact often do not side with

consumers. From the legal culture the need for socialization to the community to emphasize the existence of legal protection.

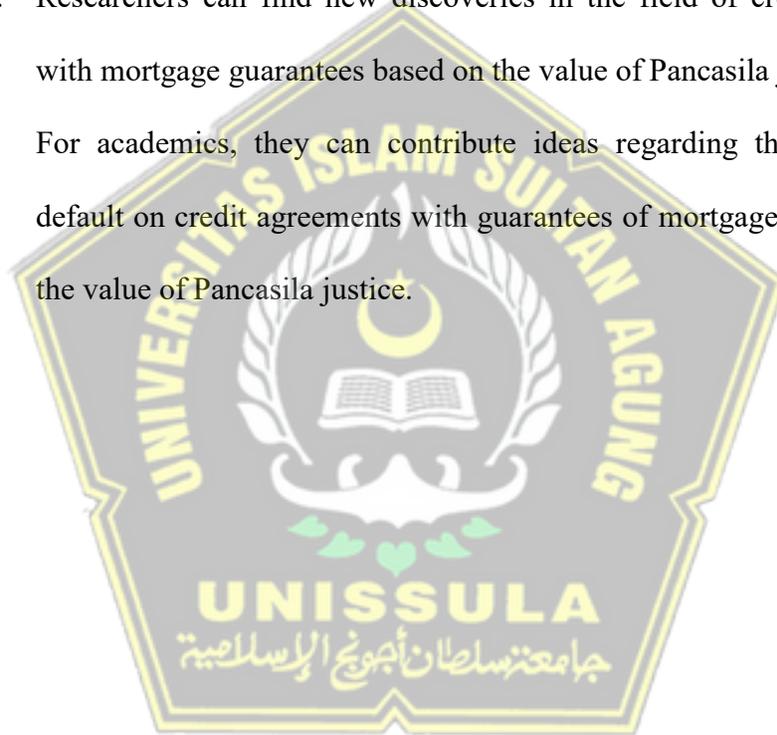
- c. Reconstruction of the regulation of default on agreements with guarantees of mortgage rights based on the value of Pancasila justice is by reconstructing Law Number 8 of 1999 concerning Consumer Protection in Article 2, Article 6, Article 14 Paragraph (3) and Article 20 Paragraph (1) of Law No. 4 of 1996 concerning Mortgage on Land and Objects Related to Land and Article 1243 of the Civil Code.

2. Suggestion

- a. The government and the DPR should immediately reconstruct Law Number 8 of 1999 concerning Consumer Protection in Article 2, Article 6, Article 14 Paragraph (3) and Article 20 Paragraph (1) of Law Number 4 Year 1996 concerning Mortgage Rights on Land and Objects - Objects related to land and the Civil Code Article 1243.
- b. The apparatus should be able to synergize in carrying out their role in law enforcement and legal protection by providing benefits and justice, as well as legal certainty to the community.
- c. Law Enforcers and Notaries should be objective in handling default cases and be able to provide education to the public about defaults.

3. Implications of the Dissertation Study

- a. For banks as creditors and customers as debtors, this research is expected to add insight and contribute legal ideas related to the field of civil law, especially for implementing credit agreements with mortgage guarantees, especially related to the concept of legal guarantees, legal protection and credit agreements.
- b. Researchers can find new discoveries in the field of credit agreements with mortgage guarantees based on the value of Pancasila justice.
- c. For academics, they can contribute ideas regarding the regulation of default on credit agreements with guarantees of mortgage rights based on the value of Pancasila justice.



DAFTAR ISI

	Halaman
HALAMAN JUDUL	i
HALAMAN PERSETUJUAN	ii
HALAMAN PENGESAHAN PENGUJI	iii
PERNYATAAN ORISINALITAS.....	iv
PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI KARYA ILMIAH	v
KATA PENGANTAR	vi
ABSTRAK	ix
ABSTRACT	x
RINGKASAN.....	xi
SUMMARY	1
DAFTAR ISI.....	lxxxvi
DAFTAR TABEL	lxii
BAB I PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang Masalah	1
B. Rumusan Masalah	18
C. Tujuan Penelitian	18
D. Kegunaan Penelitian	19
1. Manfaat Secara Teoritis.....	19
2. Manfaat Secara Praktis	19
E. Kerangka Konseptual	20
F. Kerangka Teori	43
1. <i>Grand Theory</i> ; Teori Keadilan Pancasila dan Teori Keadilan Hukum Islam.....	43
2. <i>Middle Theory</i> ; Teori Sistem Hukum Lawrence Friedman	52
3. <i>Applied Theory</i> ; Teori Hukum Progresif.....	60
G. Kerangka Pemikiran.....	63
H. Metodologi Penelitian	65
1. Paradigma Penelitian	65
2. Jenis Penelitian.....	66
3. Spesifikasi Penelitian	66
4. Jenis dan Sumber Data Penelitian	67
5. Teknik Pengumpulan Data	69
6. Analisis Data.....	70
I. Orisinalitas Penelitian	70
J. Sistematika Penulisan.....	80

BAB II	TINJAUAN PUSTAKA.....	83
A.	Pengertian Perjanjian dan Syarat Sah Perjanjian	83
1.	Perjanjian	83
2.	Syarat Sah Perjanjian.....	95
B.	Pengertian Kredit dan Unsur-Undur Kredit.....	101
1.	Kredit	101
2.	Unsur-Unsur Kredit	108
C.	Pengertian Jaminan dan Fungsi Jaminan.....	115
1.	Jaminan	115
2.	Fungsi Jaminan	125
D.	Pengertian dan Dasar Hukum Hak Tanggungan.....	130
1.	Pengertian Hak Tanggungan.....	130
2.	Dasar Hukum Hak Tanggungan.....	134
E.	Wanprestasi Menurut Hukum Islam	138
1.	Pengertian Wanprestasi	138
2.	Wanprestasi Dalam Hukum Islam	142
F.	Pengertian Kelalaian dan Pengertian Kesenjangan.....	147
1.	Pengertian Kelalaian.....	147
2.	Pengertian Kesenjangan	149
BAB III	REGULASI WANPRESTASI PERJANJIAN DENGAN JAMINAN HAK TANGGUNGAN BELUM BERBASIS NILAI KEADILAN PANCASILA.....	152
A.	Klausa Perjanjian Kredit Yang Merugikan Debitur.....	152
B.	Perlindungan Hukum Terhadap Perjanjian Kredit Oleh Perbankan	164
C.	Regulasi Wanprestasi Perjanjian Dengan Jaminan Hak Tanggungan Belum Berbasis Nilai Keadilan Pancasila.....	168
BAB IV	KELEMAHAN-KELEMAHAN REGULASI WANPRESTASI PERJANJIAN DENGAN JAMINAN HAK TANGGUNGAN SAAT INI	186
A.	Kelemahan Dari Aspek Substansi Hukum	186
B.	Kelemahan Dari Aspek Struktur Hukum	191
C.	Kelemahan Dari Aspek Budaya Hukum	192
BAB V	REKONSTRUKSI REGULASI WANPRESTASI PERJANJIAN DENGAN JAMINAN HAK TANGGUNGAN BERBASIS NILAI KEADILAN PANCASILA.....	195
A.	Regulasi Wanprestasi Dengan Jaminan Hak Tanggungan di Negara Asing	195
B.	Rekonstruksi Nilai Regulasi Wanprestasi Perjanjian Dengan Jaminan Hak Tanggungan Berbasis Nilai	

Keadilan Pancasila	206
C. Rekonstruksi Norma Regulasi Wanprestasi Perjanjian Dengan Jaminan Hak Tanggungan Berbasis Nilai Keadilan Pancasila	225
BAB VI PENUTUP	248
A. Kesimpulan	248
B. Saran.....	250
C. Implikasi Kajian Disertasi	250

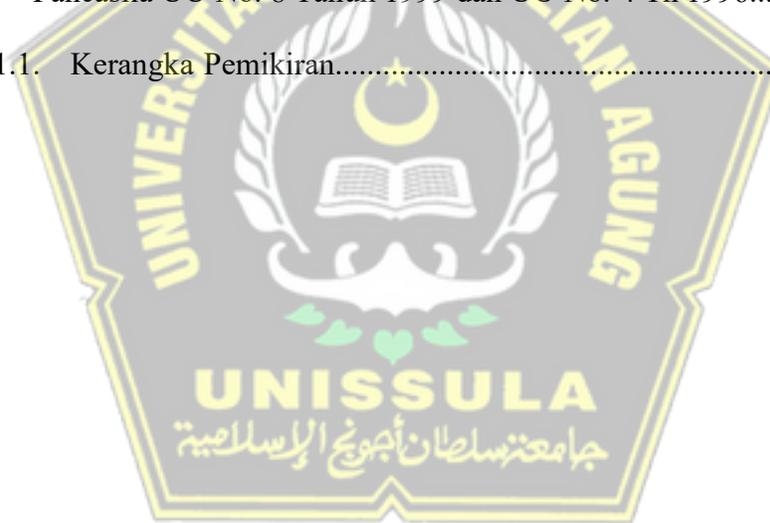
DAFTAR PUSTAKA



DAFTAR

TABEL/BAGAN/SKEMA

	Halaman
Tabel 3.1. Data Wanprestasi.....	183
Tabel 5.1. Rangkuman Perbandingan Regulasi Wanprestasi Perjanjian Dengan Jaminan Hak Tanggungan Di Negara Asing.....	205
Tabel 5.2. Rangkuman Rekonstruksi Regulasi Wanprestasi Perjanjian Dengan Jaminan Hak Tanggungan Berbasis Nilai Keadilan Pancasila KUHPerdota.....	241
Tabel 5.3. Rangkuman Rekonstruksi Regulasi Wanprestasi Perjanjian Dengan Jaminan Hak Tanggungan Berbasis Nilai Keadilan Pancasila UU No. 8 Tahun 1999 dan UU No. 4 Th 1996.....	244
Gambar 1.1. Kerangka Pemikiran.....	64





BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Negara Indonesia adalah negara yang berdasarkan atas hukum, oleh karena itu segala aspek dalam pelaksanaan dan penyelenggaraan negara diatur dalam suatu sistem peraturan perundang-undangan. Negara hukum adalah negara yang melakukan penegakan hukum dengan optimal, menjunjung tinggi hak asasi manusia serta yang menjamin warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan wajib menjunjung tinggi hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya. Maka penegakan hukum menjadi salah satu parameter dalam keberhasilan negara hukum.⁴³ Sebagai negara yang masih dalam tahap membangun dan berkembang, Indonesia tentunya mempunyai banyak tujuan yang ingin dicapai. Tujuan bangsa Indonesia sebagaimana tersurat dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 adalah melindungi segenap bangsa dan tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, serta ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial. Pembangunan nasional merupakan wujud nyata

⁴³ Sri Endah Wahyuningsih, Rismanto, 2015, *Kebijakan Penegakan Hukum Pidana Terhadap Penanggulangan Money Laundering Dalam Rangka Pembaharuan Hukum Pidana Di Indonesia*. Jurnal Pembaharuan Hukum. Vol. II No. 1., hlm 46.

terhadap kesungguhan bangsa Indonesia dalam rangka mencapai tujuan dan cita-cita luhur tersebut.

Sebagaimana kita ketahui bahwa salah satu tujuan pembangunan nasional yakni masyarakat adil dan makmur berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Untuk mencapai kesejahteraan masyarakat yang adil dan makmur tersebut dipengaruhi oleh kemampuan ekonomi yang merupakan kemampuan untuk meningkatkan pendapatan secara adil dan merata. Salah satu upaya untuk mewujudkannya adalah pembangunan di bidang ekonomi. Oleh karena itu dalam rangka mewujudkan pembangunan di bidang ekonomi tersebut hendaknya tercipta kerja sama yang baik antara pelaku ekonomi yang meliputi pemerintah maupun masyarakat sebagai orang perorangan dan badan hukum.

Istilah hukum secara etimologis berasal dari bahasa Arab *qonun*, *ahkam*, atau *hukm* yang artinya hukum. Dalam bahasa Inggris, hukum disebut *law*. Sementara dalam bahasa Belanda dan Jerman disebut *recht*. Istilah *recht* sendiri berasal dari bahasa Latin *rectum* yang artinya tuntunan atau bimbingan, perintah atau pemerintahan.

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sebagai konstitusi negara pada hakikatnya merupakan hukum dasar tertinggi yang memuat segala hal mengenai penyelenggaraan negara. Pasal 1 ayat (3) UUD NRI Tahun 1945 mengatur bahwa “Negara Indonesia adalah negara hukum”. Pasal ini berimplikasi bahwa segala aspek penyelenggaraan negara harus berdasarkan

hukum (*rechtsstaat*) dan bukan berdasarkan kekuasaan (*machtstaat*) dengan Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum negara dan UUD NRI Tahun 1945 sebagai hukum dasar dan hierarki tertinggi dalam peraturan perundang-undangan.

Untuk mewujudkan konsep negara hukum (*rechtsstaat/the rule of law*) di bidang pembangunan perekonomian, diperlukan kerja sama yang baik antara pelaku ekonomi. Pemahaman hukum sebagai satu kesatuan sistem sangat diperlukan. Hal tersebut dikarenakan pembangunan di bidang ekonomi memerlukan dana dalam jumlah yang cukup besar. Namun pada umumnya suatu negara mengalami keterbatasan dalam penyediaan dana pembangunan.

UUD 1945 merupakan hukum tertinggi di Indonesia. Sejak tahun 1999 sampai 2002 telah mengalami empat tahapan perubahan yang dilakukan secara demokratis, konstitusional, dan institusional oleh MPR.⁴⁴ Pembangunan hukum tidak hanya terbatas pada pembentukan peraturan, norma atau kaidah saja, namun pembangunan hukum yang sistematis dan *holistic*, selalu meliputi berbagai aspeknya yaitu perencanaan hukum yang tepat, pembentukan hukum baru, yang bertaat asas pada Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, penerapan dan pelayanan hukum yang baik, penegakan hukum yang efektif dan efisien tetapi tetap manusiawi. Berdasarkan hal tersebut diperlukan pembangunan hukum yang terencana dan sistematis

⁴⁴ Sri Kusriyah. 2016. *Politik Hukum Penyelenggaraan Otonomi Daerah Dalam Perspektif Negara Kesatuan Republik Indonesia*. Jurnal Pembaharuan Hukum. Volume III No. 1 . hlm 1

untuk mempercepat pembaharuan dan pembentukan sistem hukum nasional dalam segala aspeknya.⁴⁵

Konsekwensi menjadikan Pancasila sebagai dasar filsafat bangsa berarti bahwa dalam setiap kehidupan berbangsa dan bernegara harus menjadikan Pancasila sebagai dasar yang menjiwai setiap langkah pembangunan termasuk pembangunan Sistem Hukum Nasional Indonesia, baik pembangunan substansi hukum, struktur hukum dan kultur hukum. Khusus pembangunan terhadap aspek substansi/materi hukum antara lain adalah kajian terhadap perangkat hukum nasional yang ada.⁴⁶

Mobilisasi dana dari masyarakat sangat diperlukan untuk penyelesaian keterbatasan dana tersebut. Salah satu sarana yang mempunyai peran strategis untuk memobilisasi dana dari masyarakat adalah lembaga keuangan. Secara garis besar lembaga keuangan terbagi atas tiga, yaitu lembaga keuangan bank atau yang disebut juga dengan Perbankan, lembaga keuangan bukan bank, dan lembaga pembiayaan.

Perbankan Indonesia bertujuan menunjang pelaksanaan pembangunan nasional dalam rangka meningkatkan pemerataan, pertumbuhan ekonomi, dan stabilitas nasional. Sehingga sebagai salah satu pilar utama pembangunan nasional, lembaga perbankan harus mampu mewujudkan tujuan perbankan

⁴⁵ Sri Endah Wahyuningsih, 2013. *Prinsip-Prinsip Individualisasi Pidana Dalam Hukum Pidana Islam*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, hlm. 23.

⁴⁶ Sri Endah Wahyuningsih, 2014. *Urgensi Pembaharuan Hukum Pidana Materiel Indonesia Berdasarkan Nilai-Nilai Ketuhanan Yang Maha Esa*, Jurnal Pembaharuan Hukum Vol I No.1, hlm. 27

nasional yaitu menunjang pelaksanaan pembangunan nasional dalam rangka meningkatkan pemerataan, pertumbuhan ekonomi dan stabilitas nasional ke arah peningkatan rakyat banyak.⁴⁷

Lembaga perbankan memang mempunyai peranan yang strategis dalam kegiatan perekonomian karena fungsi utama dari bank adalah menghimpun dan menyalurkan dana masyarakat. Selain itu, bank juga dapat membantu memperlancar kegiatan transaksi, produksi, serta konsumsi melalui fungsinya sebagai lembaga yang melaksanakan lalu lintas pembayaran.⁴⁸

Bertitik tolak pada peran dan fungsi perbankan sebagai penunjang pembangunan nasional maka di dalam Pasal 23D UUD NRI Tahun 1945 terdapat aturan bahwa “Negara memiliki satu bentuk bank sentral yang susunan, kedudukan, kewenangan, tanggung jawab dan independensinya diatur dengan undang-undang”. Bank sentral, dalam hal ini adalah Bank Indonesia yang disertai tugas untuk mengontrol sistem keuangan dan perbankan.⁴⁹

Pasal 1 angka 2 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 sebagaimana diubah dengan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan yang untuk selanjutnya disingkat menjadi UU Perbankan merumuskan pengertian Bank sebagai berikut :

⁴⁷ Malayu SP Hasibuan, 2005, *Dasar-Dasar Perbankan*, PT Bumi Aksara, Jakarta, hlm. 4

⁴⁸ Veithzal Rivai, dkk, 2007, *Bank And Financial Institutional Management Conventional & Sharia System*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm. 108.

⁴⁹ Ari Wiryadinata, 2017, *Bank Sentral dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia*, UBELAJ, Volume 1 Number 1, April 2017, hlm. 61

“Bank adalah badan usaha yang menghimpun dana dari masyarakat dalam bentuk simpanan dan menyalurkannya kepada masyarakat dalam bentuk kredit dan/atau bentuk-bentuk lainnya dalam rangka meningkatkan taraf hidup rakyat banyak”.

Dari pengertian tersebut, fungsi utama dari perbankan adalah menghimpun dan menyalurkan dana dari masyarakat. Bank sentral dalam hal ini diberi fungsi dan wewenang untuk membina dan mengawasi kegiatan perbankan sebagai perantara keuangan (*financial intermediary*) dengan usaha utama menghimpun dan menyalurkan dana masyarakat yang bertujuan menunjang pelaksanaan pembangunan ke arah peningkatan kesejahteraan rakyat banyak.

Pemberian kredit merupakan salah satu bentuk penyaluran dana dari bank ke masyarakat sehingga para pelaku ekonomi dapat memanfaatkannya untuk mengembangkan dan memperbesar usaha mereka. Dengan adanya fasilitas kredit yang diberikan oleh perbankan secara langsung maupun tidak langsung telah membantu pemerataan pendapatan di masyarakat, karena selain untuk mengembangkan usaha dapat pula dimanfaatkan untuk memenuhi kebutuhan sekunder masyarakat.

Pengertian kredit sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1 angka 11 UU

Perbankan yang berbunyi :

“Kredit adalah penyediaan uang atau tagihan yang dapat dipersamakan dengan itu berdasarkan persetujuan atau kesepakatan pinjam-meminjam antara bank dengan pihak lain yang mewajibkan pihak peminjam melunasi utangnya setelah jangka waktu tertentu dengan pemberian bunga.”

Kredit yang diberikan oleh bank tentu saja mengandung resiko (*risk*), oleh karena itu berdasarkan Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia No.27/162/KEP/DIR tanggal 31 Maret 1995 tentang Pedoman Penyusunan Kebijakan Perkreditan (PPKPB) bagi Bank Umum, dalam rangka melindungi dan mengamankan dana masyarakat dan untuk menjaga kesehatan dan kelangsungan usaha bank, dalam pelaksanaan pemberian kredit bank diharuskan berpegang pada asas-asas perkreditan yang sehat yang dituangkan melalui suatu kebijaksanaan perkreditan bank dalam bentuk tertulis.⁵⁰

Berdasarkan hal tersebut, perbankan sebagai kreditur sebelum memberikan kredit harus melakukan analisis secara ekonomi terhadap calon debitur dengan maksud untuk menjaga kemungkinan terjadinya tunggakan atau kredit macet. “Prinsip 5C” dan “Prinsip 4P” selalu digunakan dalam prosedur pemberian kredit perbankan untuk menganalisa calon debitur dari kemungkinan terjadi gagal bayar atau kredit macet.

“Prinsip 5C” dalam dunia perbankan terdiri dari *Character*, *Capital*, *Capacity*, *Collateral* dan *Condition*. *Character* menyangkut kemauan debitur untuk membayar kembali kreditnya sesuai dengan yang diperjanjikan. *Capacity* dan *capital* berupa kemampuan debitur untuk membayar kembali kreditnya. *Collateral* adalah agunan atau jaminan berupa benda atau orang, yang dapat

⁵⁰ Rita Rosmilia, 2009, *Pelaksanaan Penyelesaian Kredit Bermasalah*, Tesis, Program Studi Magister Kenotariatan Universitas Diponegoro Semarang, hlm. 4

diberikan oleh calon debitur. *Condition* adalah keadaan ekonomi pada umumnya.⁵¹

Sementara itu prinsip “4P” mencakup hal-hal sebagai berikut; *Personality*, berkaitan dengan data personal dari si calon debitur. Di sini bank melakukan penilaian yang berkaitan dengan kepribadian si calon debitur seperti riwayat hidup, hobinya, keadaan keluarga (istri / anak), *social standing* (pergaulan dalam masyarakat serta bagaimana masyarakat tentang diri si peminjam dan sebagainya). *Purpose*, berkaitan dengan tujuan dari debitur dalam mengajukan kredit atau pinjaman. *Payment*, dilakukan untuk menilai kemampuan debitur dalam mengembalikan pinjaman. Hal ini dapat diperoleh dari perhitungan tentang prospek kelancaran penjualan dan pendapatan sehingga dapat diperkirakan kemampuan pengembalian pinjaman ditinjau dari waktu jumlahnya. *Prospect*, berkaitan dengan apa-apa yang menjadi harapan dari debitur jika pengajuannya diterima.

Sadar bahwa kredit yang diberikan oleh bank mengandung resiko, maka dalam pelaksanaannya Bank harus memperhatikan asas-asas perkreditan yang sehat yaitu sebagai berikut :⁵²

- a. Bank tidak diperkenankan memberikan kredit tanpa perjanjian tertulis
- b. Bank tidak diperkenankan memberikan kredit kepada usaha yang sejak semula telah diperhitungkan kurang sehat dan akan memberikan kerugian

⁵¹ Malayu SP Hasibuan, *Dasar-Dasar Perbankan*. *Op.Cit*, hlm. 106

⁵² Djumhana Muhammad, 2000, *Hukum Perbankan Indonesia*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm ..392.

- c. Bank tidak diperkenankan memberikan kredit untuk pembelian saham dan modal kerja dalam rangka kegiatan jual beli saham
- d. Bank tidak diperkenankan memberikan kredit melampaui batas maksimum pemberian kredit (*legal lending limit*)

Kredit macet dalam dunia perbankan adalah tidak dilaksanakannya pembayaran angsuran sebagaimana yang diperjanjikan, terlepas dari segala sesuatu yang menyebabkan tidak terbayarnya angsuran kredit tersebut. Untuk mengurangi resiko tersebut, *collateral* atau jaminan pemberian kredit dalam arti keyakinan atas kemampuan dan kesanggupan debitur untuk melunasi kewajibannya sesuai dengan yang diperjanjikan merupakan faktor penting yang harus diperhatikan oleh bank.

Berdasarkan Statistik Perbankan Indonesia Otoritas Jasa Keuangan (OJK), nilai kredit bermasalah perbankan mencapai Rp.176,93 triliun pada Januari 2022. Dengan demikian, rasio *Non Performing Loan* Januari 2022 mencapai 3,1% dari total nilai kredit yang jumlahnya Rp5,71 kuadriliun. Rasio ini meningkat dibanding bulan sebelumnya yang masih sebesar 3%. Jika dibandingkan dengan bulan Januari 2020 saat pandemi belum terjadi, nilai *Non Performing Loan* perbankan Januari 2022 sudah meningkat sebanyak Rp24,78 triliun (16,28%). Sedangkan rasio *Non Performing Loan* meningkat 33 *basis points* (bps) dari setahun sebelumnya yang hanya 2,77%.

Bank harus melakukan penilaian yang seksama terhadap watak, kemampuan, modal agunan dan prospek usaha dari debitur sebelum memberikan

kredit. Apabila unsur-unsur yang ada telah dapat meyakinkan bank atas kemampuan debitur, maka jaminan cukup hanya berupa jaminan pokok saja dan bank tidak wajib meminta jaminan tambahan.⁵³

Jaminan pokok yang dimaksud dalam pemberian kredit tersebut adalah jaminan yang berupa sesuatu atau benda yang berkaitan langsung dengan kredit yang dimohon. Sesuatu yang dimaksud di sini adalah proyek atau prospek usaha yang dibiayai dengan kredit yang dimohon, sementara itu yang dimaksud benda di sini adalah benda yang dibiayai atau dibeli dengan kredit yang dimohon. Jenis tambahan yang dimaksud adalah jaminan yang tidak bersangkutan langsung dengan kredit yang dimohon. Jaminan ini berupa jaminan kebendaan yang objeknya adalah benda milik debitur maupun perorangan, yaitu kesanggupan pihak ketiga untuk memenuhi kewajiban debitur.⁵⁴

Jaminan menurut M. Bahsan⁵⁵ adalah segala sesuatu yang diterima kreditur dan diserahkan debitur untuk menjamin suatu hutang piutang dalam masyarakat. Jaminan merupakan kebutuhan kreditur untuk memperkecil risiko apabila debitur tidak mampu menyelesaikan segala kewajiban yang berkenaan dengan kredit yang telah dikururkan. Dengan adanya jaminan apabila debitur

⁵³ Hermansyah, 2005, *Hukum Perbankan Nasional Indonesia*, Kencana, Jakarta, hlm. 68.

⁵⁴ Leni Oktafiani, Irdanuraprida Idris, 2015, 'Pelaksanaan Pemberian Kredit Dengan Jaminan Hak Tanggungan Pada Debitur PT Bank DKI Jakarta Pusat', *Lex Jurnalica* Volume 12 Nomor 2, Agustus 2015, hlm. 80

⁵⁵ M. Bahsan, 2010, *Hukum Jaminan dan Jaminan Kredit Perbankan Indonesia*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm. 3.

tidak mampu membayar maka debitur dapat memaksakan pembayaran atas kredit yang telah diberikannya.⁵⁶

Jaminan pada dasarnya dibedakan menjadi 2 (dua) macam, yaitu :

1. Jaminan Perorangan (*personal guarantee*)

Jaminan perorangan ini dasar hukumnya adalah Pasal 1820 KUHPerdara, yang berbunyi “Penanggungan adalah suatu persetujuan di mana pihak ketiga demi kepentingan kreditur mengikatkan diri untuk memenuhi perikatan debitur, bila debitur itu tidak memenuhi perikatannya”.

2. Jaminan Kebendaan

Jaminan kebendaan dasar hukumnya terdapat dalam Pasal 1131 KUHPerdara yang berbunyi : “segala barang-barang bergerak dan tidak bergerak milik debitur, baik yang sudah ada maupun yang akan ada menjadi jaminan untuk perikatan-perikatan perorangan debitur itu.”

Praktik jaminan yang sering digunakan pada perbankan Indonesia adalah jaminan kebendaan yang meliputi :

a. Hipotek

Hipotek menurut Pasal 1162 KUHPerdara adalah suatu hak kebendaan atas benda-benda tak bergerak untuk mengambil penggantian daripadanya bagi pelunasan suatu perikatan. Dalam hipotek yang menjadi perikatan adalah kapal dengan isi 20 meter kubik.

⁵⁶ Badriyah Harun, 2010, *Penyelesaian Sengketa Kredit Bermasalah*, Pustaka Yustisia, Yogyakarta, hlm. 67.

b. Hak Tanggungan

Hak Tanggungan menurut Pasal 1 angka 1 Undang-Undang No. 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan didefinisikan sebagai “Hak Tanggungan atas tanah beserta benda-benda yang berkaitan dengan tanah, yang selanjutnya disebut Hak Tanggungan, adalah hak jaminan yang dibebankan pada hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, berikut atau tidak berikut benda-benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu, untuk pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditor tertentu terhadap kreditor-kreditor lain.”

Adanya aturan hukum mengenai pelaksanaan pembebanan Hak Tanggungan dalam suatu perjanjian kredit dilihat dari penjabaran Undang – Undang Nomor 4 Tahun 1996 terdapat beberapa unsur pokok dari Hak Tanggungan yang bertujuan untuk memberikan kepastian dan perlindungan hukum bagi semua pihak dalam memanfaatkan tanah beserta benda-benda yang berkaitan dengan tanah sebagai jaminan kredit, yaitu :

- a. Hak Tanggungan adalah hak jaminan untuk pelunasan hutang.
- b. Obyek Hak Tanggungan adalah Hak Atas Tanah sesuai UUPA.
- c. Hak Tanggungan dapat dibebankan atas tanahnya saja, tetapi dapat pula dibebankan berikut benda – benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah tersebut.
- d. Utang yang dijamin harus suatu utang tertentu.

Perjanjian kredit menurut Salim H.S⁵⁷ adalah perjanjian yang di buat kreditur dan debitur, dimana kreditur berkewajiban untuk memberikan uang atau kredit kepada debitur, dan debitur berkewajiban untuk membayar pokok dan bunga, serta biaya-biaya lainnya sesuai dengan jangka waktu yang telah disepakati antara keduanya. Peristiwa tersebut menimbulkan hubungan perikatan antara debitur dan kreditur yang dilakukan dengan berlandaskan pada Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara yang memuat asas kebebasan berkontrak.

Asas kebebasan berkontrak yang dimaksudkan disini adalah bahwa semua pihak bebas menjalin hubungan perikatan. Bebas disini maksudnya adalah bebas menentukan syarat, pelaksanaan dan model kontraknya. Asas kebebasan berkontrak yang ada dalam Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara mengandung pengertian bahwa semua kontrak perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi pembuatnya.

Meskipun asas kebebasan berkontrak yang terkandung dalam Pasal 1338 Ayat (1) KUHPerdara memberikan kebebasan bagi para pihak untuk membuat jenis dan isi perjanjian apa saja, namun kebebasan itu bukanlah tanpa batasan sama sekali. Batasan itu datang baik yang diberikan oleh undang-undang, doktrin maupun melalui putusan pengadilan. Perjanjian seharusnya adanya kata sepakat secara suka rela dari pihak untuk sahnya suatu perjanjian, sesuai dengan ketentuan Pasal 1321 KUHPerdara yang mengatakan bahwa, “tiada sepakat yang

⁵⁷ Salim H.S, 2006, *Perkembangan Hukum Kontrak di Luar KUHPerdara*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm. 80.

sah apabila sepakat itu diberikan karena kekhilafan atau diperolehnya dengan paksaan atau tipuan.”

Pasal 1321 KUHPerdara dapat diartikan bahwa menyetujui perjanjian harus dengan sukarela dari masing-masing pihak tanpa adanya paksaan atau tipuan dari pihak lainnya. Perjanjian yang telah disetujui hanya batal atau tidak berlaku lagi bila terbukti melanggar pasal 1320 KUHPerdara. Artinya segala kerugian dan keuntungan yang akan didapatkan oleh pihak yang menyetujui perjanjian baku harus diterima dan diikuti oleh pihak-pihak yang telah menyetujuinya.

Perjanjian kredit harus dilaksanakan dengan berlandaskan Pasal 1320 KUHPerdara karena pelaksanaan perjanjian kredit tersebut haruslah sukarela dan tanpa paksaan dan memang dikehendaki bersama oleh kedua belah pihak, seseorang yang melakukan perjanjian tersebut adalah orang yang memang sudah dinyatakan cakap hukum, adanya hal tertentu yakni dalam perjanjian harus menyebutkan syarat pokok, jenis barang/objek yang nantinya akan digunakan sebagai jaminan serta suatu sebab yang halal dalam hal ini adalah mengapa seseorang itu sampai melakukan perjanjian.

Perjanjian kredit perbankan pada umumnya menggunakan bentuk perjanjian baku (*standart contract*), dimana dalam perjanjian tersebut pihak debitur hanya dalam posisi menerima atau menolak tanpa ada kemungkinan untuk melakukan tawar-menawar. Contoh klausa baku dalam perjanjian kredit dengan jaminan hak tanggungan misalnya berisi sebagai berikut : “bahwa untuk

menjamin kepastian pembayaran kembali dengan tertib sebagaimana mestinya, debitur dengan ini menyerahkan agunan atau jaminan pribadi kepada bank.” Atau dengan contoh lain yang menyatakan sebagai berikut : “bahwa jika pinjaman telah jatuh tempo sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), maka bank berhak untuk melaksanakan haknya selaku kreditur untuk memperoleh pengembalian pinjaman dengan jalan pelaksanaan hak-haknya terhadap debitur atau harta kekayaannya termasuk tetapi tidak terbatas pada pelaksanaan eksekusi hak-hak bank terhadap agunan.”

Wanprestasi merupakan pelaksanaan kewajiban yang tidak terpenuhi atau kelalaian atau ingkar janji oleh seorang debitur. Misalnya melakukan hal yang dilarang pada surat perjanjian atau tidak melakukan hal-hal yang menjadi kesepakatan kedua belah pihak. Wanprestasi adalah tidak memenuhi atau lalai melaksanakan kewajiban sebagaimana yang ditentukan dalam perjanjian yang dibuat antara kreditur dengan debitur.⁵⁸ Seorang debitur dikatakan lalai, apabila ia tidak memenuhi kewajibannya atau terlambat memenuhinya tetapi tidak seperti yang telah diperjanjikan.

Pada umumnya dalam memberikan kredit, Bank selalu mewajibkan debitur untuk menjaminkan agunannya guna mengamankan kepentingan bank apabila debitur lalai atau wanprestasi dalam pembayaran kredit. Bilamana debitur lalai, maka bank akan melakukan penjualan agunan tersebut baik secara lelang

⁵⁸ Salim HS, 2014, *Pengantar Hukum Perdata Tertulis (BW)*, Cetakan ke 9 Sinar Grafika Jakarta, hlm. 180.

maupun bawah tangan. Hal-hal yang ada di dalam perjanjian kredit (klausula baku) tersebut sudah tertulis terlebih dahulu dan nasabah hanya mempunyai pilihan untuk menolak atau menerima perjanjian tanpa ikut merumuskan isi dari perjanjian kredit tersebut.

Pencantuman klausula baku tersebut memperlihatkan kedudukan antara pihak bank dan nasabah debitur yang tidak seimbang. Hal itu bisa dimanfaatkan oleh pihak bank untuk membuat klausula-klausula yang memberatkan nasabah debitur, sebaliknya pihak bank terlindungi oleh karenanya pihak nasabah debitur dibebani dengan sejumlah kewajiban dan merupakan hak-hak bank yang mesti dipenuhinya.

Terhadap pencantuman klausula baku pada perjanjian kredit bank yang membebani kewajiban-kewajiban kepada nasabah debitur dengan tujuan untuk melindungi kepentingan kreditur sangatlah tidak adil dan melanggar Pasal 18 ayat (1) huruf h Undang-Undang Nomor 8 tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen. Pasal tersebut menyebutkan bahwa yang dimaksud dengan klausula baku adalah setiap peraturan atau ketentuan dan syarat-syarat yang telah dipersiapkan dan ditetapkan terlebih dahulu secara sepihak oleh pelaku usaha yang dituangkan dalam suatu dokumen dan/atau perjanjian yang mengikat dan wajib dipenuhi oleh konsumen. Adapun pertimbangan hakim dalam pemberian putusan terkait sengketa wanprestasi ialah , Pertama, kesimpulan pembuktian. Dalam beracara di persidangan antara Penggugat dan Tergugat dapat mengajukan alat-alat bukti untuk memperkuat alasan masing-masing pihak. Kedua,

pertimbangan hukumnya. Dalam pertimbangan hukum yang ada kasus wanprestasi, penulis setuju dengan apa yang dijadikan landasan Hakim dalam membuat keputusan tentang penyelesaian sengketa wanprestasi pada Akad. Hakim melihat terlebih dahulu fakta-fakta yang ada sebelum membuat putusan tersebut. Hal yang menguatkan keyakinan Hakim dalam memutus perkara bahwa Tergugat I dianggap melakukan wanprestasi/ingkar janji karena telah melalaikan kewajibannya/tidak pernah lagi melunasi pokok pembiayaan dan margin keuntungan kepada Penggugat, pembuktiannya dapat dinilai dari alat-alat bukti berupa surat yang diajukan oleh Penggugat seluruhnya yang diakui/dibenarkan oleh pihak Tergugat maka tidak perlu dibuktikan. Sama halnya dengan dalil gugatan Penggugat harus dibuktikan dan dalam hal ini telah terbukti bahwa Tergugat telah melakukan wanprestasi.

Klausula baku yang ada di dalam perjanjian kredit atas jelas tidak adil dan merugikan nasabah sebagai debitur. Posisi nasabah demikian lemah dibandingkan dengan pihak Bank. Hal tersebut berbanding terbalik ketika nasabah menjadi kreditur dalam bentuk giro, deposito berjangka, tabungan atau bentuk lain yang dipersamakan, tidak ada agunan apapun yang diberikan oleh bank, kecuali modal kepercayaan bank. Berdasarkan uraian tersebut, Penulis tertarik untuk melakukan penelitian dan mengkaji masalah tersebut dalam sebuah karya ilmiah atau Disertasi dengan judul **“Rekonstruksi Regulasi Wanprestasi Perjanjian Dengan Jaminan Hak Tanggungan Berbasis Nilai Keadilan Pancasila”**.

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang tersebut, maka timbul permasalahan yang akan dibahas dalam disertasi ini adalah :

1. Mengapa regulasi wanprestasi perjanjian dengan jaminan hak tanggungan belum berbasis nilai keadilan Pancasila ?
2. Apa saja kelemahan-kelemahan regulasi wanprestasi perjanjian dengan jaminan hak tanggungan saat ini?
3. Bagaimana rekonstruksi regulasi wanprestasi perjanjian dengan jaminan hak tanggungan berbasis nilai keadilan Pancasila?

C. Tujuan Penelitian

Adapun tujuan dari penulisan disertasi ini adalah :

1. Untuk menganalisis regulasi wanprestasi perjanjian dengan jaminan hak tanggungan belum berbasis nilai keadilan Pancasila.
2. Untuk menemukan dan menganalisis kelemahan-kelemahan regulasi wanprestasi perjanjian dengan jaminan hak tanggungan saat ini.
3. Untuk merekonstruksi regulasi wanprestasi perjanjian dengan jaminan hak tanggungan berbasis nilai keadilan Pancasila.

D. Kegunaan Penelitian

Penelitian ini dilakukan dengan harapan dapat memberikan kegunaan baik secara teoritis maupun secara praktis. Adapun kegunaan penelitian sebagai berikut:

1. Kegunaan Teoritis

1. Penelitian ini diharapkan dapat menambah wawasan dan menyumbangkan pemikiran hukum terkait bidang hukum perdata terkhusus untuk menerapkan perjanjian kredit dengan jaminan hak tanggungan terutama dikaitkan dengan konsep hukum jaminan, perlindungan hukum dan perjanjian kredit
2. Hasil penelitian ini juga diharapkan dapat bermanfaat untuk menambah wawasan materi hukum perdata khususnya terkait dengan konsep hukum jaminan, perlindungan hukum dan perjanjian kredit sebagai bahan literatur dan pembelajaran akademik.

2. Kegunaan Praktis

- a. Menemukan teori baru dibidang perjanjian kredit dengan jaminan hak tanggungan yang berbasis nilai keadilan Pancasila
- b. Memberikan sumbangan pemikiran mengenai regulasi wanprestasi perjanjian kredit dengan jaminan hak tanggungan yang berbasis nilai keadilan Pancasila.

E. Kerangka Konseptual

Kerangka konseptual dalam penelitian mengembangkan secara teoritis model konseptual dari variabel-variabel penelitian, tentang bagaimana pertautan teori-teori yang berhubungan dengan variabel-variabel penelitian yang ingin diteliti, yaitu variabel bebas dan variabel terikat.⁵⁹

Kerangka konseptual dalam suatu penelitian perlu dikemukakan apabila penelitian berkenaan dengan dua variabel atau lebih. Apabila penelitian hanya membahas sebuah variabel atau lebih secara mandiri, maka perlu dilakukan deskripsi teoritis masing-masing variabel dengan argumentasi terhadap variasi besarnya variabel yang diteliti. Menurut Sugiyono, kerangka konsep yang baik harus memenuhi unsur berikut ini:⁶⁰

- a. Variabel-variabel penelitian yang akan diteliti harus jelas.
- b. Kerangka konseptual haruslah menjelaskan hubungan antara variabel-variabel yang akan diteliti, dan ada teori yang melandasi.
- c. Kerangka konseptual tersebut lebih selanjutnya perlu dinyatakan dalam bentuk diagram, sehingga masalah penelitian yang akan dicari jawabannya mudah dipahami.

Konsepsi merupakan salah satu bagian terpenting dari teori konsepsi yang diterjemahkan sebagai usaha membawa suatu dari abstrak menjadi suatu yang konkrit yang disebut dengan *Operational Definition*. Pentingnya definisi

⁵⁹ Iskandar, 2008, *Metodologi Penelitian Pendidikan dan Sosial Kuantitatif dan Kualitatif*, Gaung Persada Press, Jakarta, hlm 54

⁶⁰ Sugiyono, 2010, *Statistika untuk Penelitian*. Bandung, Alfabeta, hlm 28

operasional tersebut adalah untuk menghindari perbedaan pengertian atau penafsiran yang bersifat multi tafsir dari suatu istilah yang dipakai.⁶¹

Kerangka konseptual layaknya fondasi pada sebuah bangunan. Penelitian disertasi ini menguraikan beberapa konsep untuk memberikan gambaran yang lebih skematis guna menghindari perbedaan pengertian atau penafsiran yang bersifat multi tafsir, yaitu :

1. Rekontruksi

Rekonstruksi dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia berasal dari kata “konstruksi” berarti pembangunan yang kemudian di tambah imbuhan “re” pada kata konstruksi menjadi “rekonstruksi” yang berarti pengembalian seperti semula.⁶² *Black Law Dictionary*, rekonstruksi dimaknai sebagai proses membangun kembali atau menciptakan kembali atau melakukan pengorganisasian kembali atas sesuatu.

Rekonstruksi yang berarti membangun atau pengembalian kembali sesuatu berdasarkan kejadian semula, dimana dalam rekonstruksi tersebut terkandung nilai-nilai primer yang harus tetap ada dalam aktifitas membangun kembali sesuatu sesuai dengan kondisi semula. Untuk kepentingan pembangunan kembali sesuatu, apakah itu peristiwa, fenomena-fenomena sejarah masa lalu, hingga pada konsepsi pemikiran yang telah dikeluarkan

⁶¹ Komaruddin dan Yooke Tjumparmah, 2000, *Kamus Istilah Karya Tulis Ilmiah*, Bumi Askara, Jakarta, hlm 271

⁶² Departemen Pendidikan Nasional, 2005, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, hlm. 942

oleh pemikira-pemikir terdahulu, para rekonstruktor mempunyai kewajiban melihat pada segala sisi, agar kemudian sesuatu yang coba dibangun kembali sesuai dengan keadaan yang sebenarnya dan terhindar pada subjektifitas yang berlebihan, dimana nantinya dapat mengaburkan substansi dari sesuatu yang ingin kita bangun tersebut.

Rekonstruksi dalam penelitian ini yaitu upaya untuk melakukan suatu perbaikan regulasi atas terjadinya wanprestasi dalam perjanjian kredit dengan jaminan hak tanggungan berbasis nilai-nilai keadilan pancasila. Agar terwujud hasil yang dinamis, dibutuhkan kerjasama antara *stakeholder*, pihak perbankan dan masyarakat selaku subjek hukum sehingga berdampak baik pada sektor pembangunan ekonomi.

2. Regulasi

Regulasi adalah kata serapan dari bahasa Inggris "*Regulation*" yang artinya aturan. Menurut *Collins Dictionary*, regulasi adalah aturan yang dibuat oleh pemerintah atau otoritas lain untuk mengontrol cara sesuatu yang dilakukan atau cara orang berperilaku.⁶³ Regulasi dalam KBBI (Kamus Besar Bahasa Indonesia) diartikan sebagai sebuah peraturan.⁶⁴ Regulasi merupakan cara untuk mengendalikan manusia atau masyarakat dengan suatu aturan atau pembatasan tertentu.

⁶³ Artikel Online, *Regulasi*, <https://id.berita.yahoo.com/regulasi-adalah-peraturan-untuk-mengendalikan-060033314.html> diakses pada tanggal 19 April 2022 pukul 22:24

⁶⁴ Departemen Pendidikan Nasional, 2005, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, hlm. 941

Regulasi pemerintah adalah perpanjangan alami dari undang-undang, yang mendefinisikan dan mengontrol beberapa cara yang dapat dilakukan oleh bisnis atau individu untuk mengikuti hukum. Fungsi regulasi adalah untuk menertibkan perilaku orang-orang yang terlibat dalam suatu komunitas dalam batasan-batasan tertentu. Regulasi ini dirancang melalui proses-proses tertentu, di mana masyarakat atau suatu lembaga menyepakati untuk terikat dan mengikuti aturan yang telah dibuat dalam rangka mencapai tujuan bersama. Biasanya jika ada yang melanggar regulasi tersebut akan dikenakan sanksi.

Regulasi yang dimaksud dalam penelitian ini adalah aturan yang dibuat oleh pemerintah, dirancang melalui proses-proses tertentu, di mana masyarakat atau suatu lembaga menyepakati untuk terikat dan mengikuti aturan yang telah dibuat dalam rangka mencapai tujuan.

3. Wanprestasi

Wanprestasi adalah istilah dari bahasa Belanda "wanprestatie" berarti tidak dipenuhi prestasi atau kewajiban dalam suatu perjanjian. Menurut KBBI, pengertian wanprestasi artinya salah satu pihak bersepakat dalam perjanjian memiliki prestasi buruk akibat dari kelalaiannya.

Jadi dapat disimpulkan, pengertian wanprestasi adalah tindakan ingkar janji oleh salah satu pihak dalam perjanjian di atas materai sebagai akibat dari kelalaiannya sehingga tidak bisa memenuhi kewajibannya.

Wanprestasi terdapat dalam pasal 1243 KUHPerdara, yang adalah “penggantian biaya, rugi dan bunga karena tidak dipenuhinya suatu perikatan, barulah mulai diwajibkan, apabila si berutang, setelah dinyatakan lalai memenuhi perikatannya, tetap melalaikannya, atau jika sesuatu yang harus diberikan atau dibuatnya, hanya dapat diberikan atau dibuatnya, hanya dapat diberikan atau dibuat dalam tenggang waktu yang telah dilampaukannya.”

Abdul Kadir Muhammad, menyatakan wanprestasi terjadi dikarenakan adanya 2 (dua) kemungkinan yaitu:⁶⁵

1. Keadaan memaksa (*overmach / force majeure*).

Overmach adalah suatu keadaan atau kejadian yang tidak dapat diduga-duga terjadinya, sehingga menghalangi seorang debitur untuk melakukan prestasinya sebelum ia lalai untuk apa dan keadaan mana tidak dapat dipersalahkan kepadanya.

2. Karena kesalahan debitur, baik karena kesengajaan maupun lalai.

Kesengajaan maupun lalai, kedua hal tersebut menimbulkan akibat yang berbeda, dimana akibat akibat adanya kesengajaan, si debitur harus lebih banyak mengganti kerugian dari pada akibat adanya kelalaian.

Selanjutnya Ridwan Khairandy mengemukakan unsur-unsur wanprestasi, sebagai berikut:⁶⁶

⁶⁵ Abdul Kadir Muhammad, 2017, *Hukum Perdata Indonesia*, Cetakan ke 5, Citra Aditya Bhakti, Bandung, hlm. 180.

1. Perbuatan

Sama seperti perbuatan melawan hukum, perbuatan dalam wanprestasi mencakup perbuatan yang bersifat positif dan negatif.

2. Melawan Hukum

Sifat melawan hukum di dalam wanprestasi adalah melakukan pelanggaran terhadap kewajiban kontraktual. Kewajiban kontraktual adalah kewajiban yang lahir dari adanya hubungan kontraktual antara debitor dan kreditor. Kewajiban kontraktual tersebut dapat berasal dari peraturan perundangundangan, kontrak (perjanjian), atau kepatutan dan kebiasaan. Makna melawan hukum dalam wanprestasi ini sama dengan melawan hukum dalam arti luas.

3. Kesalahan

Melawan hukum dalam wanprestasi berasal dari kesalahan debitor dalam melaksanakan prestasi atau kewajibannya. Kesalahan di sini juga dapat berupa kesengajaan atau kealpaan debitor dalam melaksanakan prestasinya.

4. Kerugian

Wanprestasi dilakukan oleh debitor hams mengakibatkan kreditor menderita kerugian. Kerugian tersebut dapat berupa biaya-biaya yang telah dikeluarkan.

⁶⁶ Ridwan Khairandy, 2013, *Hukum Kontrak Dalam Perspektif Perbandingan*, FH UII Press, Yogyakarta hlm. 317.

4. Perjanjian Kredit

a. Pengertian Perjanjian dan Syarat Sah Perjanjian

Pengertian perjanjian berdasarkan ketentuan Pasal 1313 KUHPerdata adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih. Perjanjian menurut Prof Subekti adalah peristiwa dimana seseorang berjanji kepada seseorang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal.⁶⁷

Salim HS mendefinisikan perjanjian merupakan hubungan hukum antara subjek hukum yang satu dengan subjek hukum yang lainnya dalam bidang harta kekayaan, dimana subjek hukum yang satu berhak atas prestasi dan begitu juga subjek hukum yang lainnya berkewajiban untuk melaksanakan prestasinya.⁶⁸

Sumber lain mengatakan bahwa perjanjian merupakan suatu hubungan hukum di bidang harta kekayaan yang didasari kata sepakat antara subjek hukum yang satu dengan yang lain, dan diantara mereka (para pihak atau subjek hukum) saling mengikatkan dirinya sehingga subjek hukum yang satu berhak atas prestasi dan begitu juga subjek hukum yang lain berkewajiban untuk melaksanakan prestasinya sesuai

⁶⁷ Ricardo Simanjuntak, 2011, *Hukum Kontrak Teknik Perancangan Kontrak Bisnis*, Kontan Publishing, Jakarta, hlm. 29

⁶⁸ *Ibid*, hlm. 27

dengan kesepakatan yang telah disepakati para pihak tersebut serta menimbulkan akibat hukum.⁶⁹

Perjanjian itu menimbulkan akibat hukum yang wajib dipenuhi oleh pihak-pihak terkait. Suatu perjanjian dapat dikatakan sah menurut Pasal 1320 KUHPerdara apabila memenuhi beberapa syarat :

1. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya
2. Kecakapan untuk membuat suatu perjanjian
3. Sesuatu objek
4. Suatu sebab yang halal

Berdasarkan Pasal 1381 KUHPerdara, perjanjian dapat hapus karena :

1. Pembayaran
2. Penawaran pembayaran tunai diikuti dengan penyimpanan atau penitipan
3. Pembaharuan hutang
4. Perjumpaan hutang atau konpensasi
5. Pencampuran hutang
6. Pembebasan Hutang
7. Musnahnya barang yang terhutang
8. Kebatalan atau pembatalan
9. Berlakunya suatu syarat batal

⁶⁹ Handri Rahardjo, 2009, *Hukum Perjanjian di Indonesia*, Pustaka Yustisia, Yogyakarta, hlm. 4

b. Pengertian Kredit dan Unsur-Unsurnya

Pengertian kredit sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1 angka 11 UU Perbankan yaitu penyediaan uang atau tagihan yang dapat dipersamakan dengan itu berdasarkan persetujuan atau kesepakatan pinjam-meminjam antara bank dengan pihak lain yang mewajibkan pihak peminjam melunasi utangnya setelah jangka waktu tertentu dengan pemberian bunga. Dari pengertian tersebut terdapat 4 (empat) unsur pokok kredit yaitu :⁷⁰

1. Kepercayaan, berarti bahwa setiap pelaksanaan kredit dilandasi dengan adanya keyakinan oleh bank bahwa kredit tersebut akan dibayar kembali oleh debitur dengan jangka waktu yang telah diperjanjikan
2. Waktu, berarti bahwa antara pelepasan kredit oleh pihak bank dan pembayaran kembali oleh debitur tidak dilakukan dalam waktu bersamaan, tetapi dipisahkan oleh tenggang waktu.
3. Resiko, berarti bahwa setiap pelepasan kredit jenis apapun akan terkandung resiko di dalamnya yaitu resiko yang terkandung dalam jangka waktu antara pelepasan kredit dan pembayaran kembali. Semakin panjang waktu kredit, semakin tinggi resiko kredit tersebut.

⁷⁰ Daeng Naja, 2005, *Hukum Kredit dan Bank Garansi*, Cutra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 123

4. Prestasi, berarti bahwa setiap kesepakatan terjadi antara bank dan debitur mengenai suatu pemberian kredit akan terjadi suatu prestasi dan kontra prestasi pada saat itu pula.

c. Pengertian Perjanjian Kredit

Perjanjian kredit merupakan perjanjian konsensual antara debitur dengan kreditur (dalam hal ini Bank) yang melahirkan hubungan hutang piutang, dimana debitur berkewajiban membayar kembali pinjaman yang diberikan oleh kreditur, dengan berdasarkan syarat dan kondisi yang telah disepakati oleh para pihak.⁷¹

Perjanjian kredit menurut Salim H.S⁷² adalah perjanjian yang di buat kreditur dan debitur, dimana kreditur berkewajiban untuk memberikan uang atau kredit kepada debitur, dan debitur berkewajiban untuk membayar pokok dan bunga, serta biaya-biaya lainnya sesuai dengan jangka waktu yang telah disepakati antara keduanya.

Perjanjian kredit merupakan ikatan atau alat bukti tertulis antara kreditur dengan debitur sehingga harus disusun dan dibuat sedemikian rupa agar setiap orang mudah untuk mengetahui bahwa perjanjian yang dibuat itu merupakan perjanjian kredit. Perjanjian kredit merupakan

⁷¹ Artikel online, *Legal Banking : Perjanjian Kredit dan Pengakuan Hutang*, <https://legalbanking.wordpress.com/materi-hukum/perjanjian-kredit-dan-pengakuan-hutang/> , diakses pada tanggal 3 Januari 2022 pukul 23:54

⁷² Salim H.S, 2006, *Perkembangan Hukum Kontrak di Luar KUHP*Perdata, Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm. 80.

sesuatu yang menentukan batal atau tidaknya perjanjian lain yang mengikutinya, misalnya perjanjian pengikatan jaminan.⁷³

Unsur-unsur yang terkandung dalam perjanjian kredit tidak jauh beda dengan unsur-unsur pokok kredit sebagaimana disebutkan diatas.

Adapun unsur-unsur dalam perjanjian kredit adalah sebagai berikut :

1. Kepercayaan, yaitu keyakinan dari si pemberi kredit bahwa prestasi yang diberikan baik dalam bentuk uang, barang atau jasa, akan benar-benar diterimanya kembali dalam jangka waktu tertentu di masa yang akan datang.
2. Waktu, yaitu suatu masa yang memisahkan antara pemberian prestasi dan kontra prestasi yang akan diterima pada masa yang akan datang.
3. Degree of risk, yaitu yaitu tingkat resiko yang akan dihadapi sebagai akibat dari adanya jangka waktu yang memisahkan antara pemberian prestasi dengan kontraprestasi yang akan diterima dikemudian hari.

Semakin lama kredit yang diberikan semakin tinggi pula tingkat risikonya, karena sejauh kemampuan manusia untuk menerobos hari depan itu, masih selalu terdapat unsur ketidaktentuan yang tidak dapat diperhitungkan. Inilah yang menyebabkan timbulnya unsur resiko. Dengan adanya unsur resiko inilah, maka timbullah jaminan dalam pemberian kredit.

⁷³ Johannes Ibrahim, 2004, *Cross Default Cross Collateral Sebagai Upaya Penyelesaian Kredit Bermasalah*, Refika Aditama, Bandung, hlm. 30

5. Jaminan

a. Pengertian Jaminan

Istilah “jaminan” merupakan terjemahan dari istilah zekherheid atau cautie, yaitu kemampuan debitur untuk memenuhi atau melunasi perutangannya kepada kreditur, yang dilakukan dengan cara menahan benda tertentu yang bernilai ekonomis sebagai tanggungan atas pinjaman atau utang yang diterima debitur terhadap krediturnya. Jaminan merupakan kebutuhan kreditur untuk memperkecil risiko apabila debitur tidak mampu menyelesaikan segala kewajiban yang berkenaan dengan kredit yang telah dikururkan. Dengan adanya jaminan apabila debitur tidak mampu membayar maka debitur dapat memaksakan pembayaran atas kredit yang telah diberikannya.

Jaminan adalah sarana perlindungan bagi keamanan kreditur, yaitu kepastian atas pelunasan hutang debitur atau pelaksanaan suatu prestasi oleh debitur atau oleh penjamin debitur. Keberadaan jaminan merupakan persyaratan untuk memperkecil risiko bank dalam menyalurkan kredit.

Dasar hukum dari hukum jaminan di Indonesia terdapat pada pasal 1131 KUHPerdota yang menyatakan bahwa: “Segala kebendaan si berhutang baik yang bergerak maupun tidak bergerak, baik yang sudah ada maupun yang baru akan ada di kemudian hari menjadi tanggungan untuk perikatan perseorangan.” Sedangkan dasar hukum jaminan dalam

pemberian kredit adalah Pasal 8 ayat (1) UU Perbankan yang menyatakan bahwa :

“Dalam memberikan kredit atau pembiayaan berdasarkan Prinsip Syariah, Bank Umum wajib mempunyai keyakinan berdasarkan analisis yang mendalam atas itikad dan kemampuan serta kesanggupan Nasabah Debitur untuk melunasi utangnya atau mengembalikan pembiayaan dimaksud sesuai dengan yang diperjanjikan.”

Pasal 1132 KUHPerdara menyatakan bahwa kebendaan tersebut menjadi jaminan bersama-sama semua orang yang mengutangkan padanya; pendapatan penjualan benda-benda itu dibagi-bagi menurut keseimbangan, yaitu menurut besar kecilnya piutang masing-masing kecuali apabila di antara para berpiutang itu ada alasan-alasan yang sah untuk didahulukan.

b. Manfaat Jaminan

Secara yuridis, fungsi jaminan adalah untuk memberikan kepastian hukum pelunasan hutang di dalam perjanjian hutang piutang atau kepastian realisasi atau prestasi dalam suatu perjanjian, dengan mengadakan perjanjian penjaminan melalui lembaga-lembaga jaminan yang dikenal dalam hukum Indonesia⁷⁴ Sedangkan menurut Thomas Suyanto, fungsi jaminan dalam pemberian kredit adalah :⁷⁵

⁷⁴ Harum Melati S, 2010, *Analisis Terhadap Hak Jaminan Resi Gudang Sebagai Salah Satu Bentuk Pengikatan Jaminan Kredit Pada Lembaga Perbankan*, Tesis Universitas Indonesia, Jakarta, hlm.32

⁷⁵ *Ibid*

- a. Memberikan hak dan kekuasaan kepada bank untuk mendapatkan pelunasan dengan barang-barang jaminan (agunan) tersebut, bilamana nasabah melakukan cidera janji yaitu tidak membayar kembali hutangnya pada waktu yang telah ditetapkan dalam perjanjian.
- b. Menjamin agar nasabah berperan serta di dalam transaksi untuk membiayai usaha atau proyeknya sehingga kemungkinan untuk meninggalkan usaha atau proyeknya dengan merugikan diri sendiri dapat dicegah atau sekurang-kurangnya kemungkinan untuk dapat berbuat demikian diperkecil terjadinya.
- c. Memberi dorongan kepada debitur (tertagih untuk) memenuhi perjanjian kredit, khususnya mengenai pembayaran kembali (pelunasan) sesuai dengan syarat-syarat yang telah disetujui agar tidak kehilangan kekayaan yang telah dijaminkan kepada bank

Pada dasarnya manfaat jaminan adalah:

1. Memberikan kepastian hukum bagi kreditur dan debitur. Bagi kreditur yaitu kepastian hukum untuk memperoleh pengembalian pokok kredit dan bunganya, dan bagi debitur kepastian hukum untuk membayar kembali pokok kredit dan bunga yang telah ditentukan.
2. Untuk memberi kemudahan dalam memperoleh kredit bagi debitur, dan debitur tidak khawatir dalam mengembangkan usahanya

3. Memberikan keamanan terhadap suatu perjanjian hutang piutang yang disepakati bersama.

c. Bentuk Jaminan

Jaminan pada dasarnya dibedakan menjadi 2 (dua) macam, yaitu:

1. Jaminan Perorangan (*personal guarantee*)

Jaminan perorangan ini dasar hukumnya adalah Pasal 1820 KUHPerdara, yang berbunyi “Penanggungan adalah suatu persetujuan di mana pihak ketiga demi kepentingan kreditur mengikatkan diri untuk memenuhi perikatan debitur, bila debitur itu tidak memenuhi perikatannya”.

2. Jaminan Kebendaan

Jaminan kebendaan dasar hukumnya terdapat dalam Pasal 1131 KUHPerdara yang berbunyi : “segala barang-barang bergerak dan tidak bergerak milik debitur, baik yang sudah ada maupun yang akan ada menjadi jaminan untuk perikatan-perikatan perorangan debitur itu.”

6. Hak Tanggungan

a. Pengertian Hak Tanggungan

Hak Tanggungan menurut ketentuan Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan yang untuk selanjutnya disingkat dengan UUHT adalah :

“Hak Tanggungan atas tanah beserta benda-benda yang berkaitan dengan tanah, yang selanjutnya disebut Hak Tanggungan, adalah hak jaminan yang dibebankan pada hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, berikut atau tidak berikut benda-benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu, untuk pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditor tertentu terhadap kreditor-kreditor lain.”

Subjek hak tanggungan terdiri atas perseorangan dan bisa juga badan hukum yang mempunyai kewenangan untuk melakukan perbuatan hukum terhadap benda yang dijadikan objek Hak Tanggungan sebagaimana disebutkan dalam Pasal 8 ayat 1 UUHT yang berbunyi :

“Pemberi Hak Tanggungan adalah orang perseorangan atau badan hukum yang mempunyai kewenangan untuk melakukan perbuatan hukum terhadap objek Hak Tanggungan yang bersangkutan.”

Pemberi Hak Tanggungan umumnya adalah debitur sendiri, tetapi dimungkinkan juga pihak lain, jika benda yang dijadikan jaminan bukan milik debitur. Bisa juga debitur dari pihak lain, jika yang dijadikan jaminan milik bersama. Juga mungkin bangunan milik atau Perseroan Terbatas, sedangkan tanah milik direktornya.⁷⁶

Objek Hak Tanggungan sebagaimana diatur dalam Pasal 4 UUHT adalah :

- (1) Hak atas tanah yang dapat dibebani hak tanggungan :
 - a. Hak Milik

⁷⁶ Boedi Harsono, 2005, *Hukum Agraria Indonesia – Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria, Isi dan Pelaksanaannya*, Djambatan, Jakarta, hlm. 414

- b. Hak Guna Usaha
- c. Hak Guna Bangun

(2) Selain hak-hak tanah sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), hak pakai atas tanah negara yang menurut ketentuan yang berlaku wajib didaftar dan menurut sifatnya dapat dipindahtangankan dapat juga di bebani hak tanggungan.

b. Kedudukan Hak Tanggungan Sebagai jaminan

Perjanjian adalah suatu hubungan hukum mengenai kekayaan harta benda antara dua orang, yang memberikan hak pada yang satu untuk menuntut barang sesuatu dari yang lainnya, sedangkan orang yang lainnya ini diwajibkan memenuhi tuntutan itu. Pengertian hak tanggungan sebagaimana disebutkan diatas adalah sebagai jaminan *security* (jaminan) hutang dengan tanah sebagai agunannya.

Penjelasan Pasal 25 UUPA menyatakan, bahwa tanah milik yang dibebani hak tanggungan ini tetap di tangan pemiliknya, sehingga berbeda dengan Hak Gadai dimana tanahnya beralih kepada pemegang gadai.⁷⁷ Berdasarkan Pasal 10 UUHT, pemberian hak tanggungan didahulukan dengan janji untuk memberikan hak tanggungan sebagai jaminan pelunasan utang tertentu, yang dituangkan di dalam dan merupakan bagian tak terpisahkan dari perjanjian utang piutang yang bersangkutan atau perjanjian lainnya yang menimbulkan utang tersebut.

Dengan mulai berlakunya UUHT tanggal 9 April 1996, hak tanggungan merupakan satu-satunya lembaga hak jaminan atas tanah

⁷⁷ A.P Parlindungan, 2008, *Komentar Atas Undang-Undang Pokok Agraria*, Mandar Maju, Bandung, hlm. 222

dalam Hukum Tanah Nasional yang tertulis.⁷⁸ UUHT dibentuk sebagai pelaksanaan dari Pasal 51 UUPA, yang menggantikan berlakunya ketentuan-ketentuan mengenai hypotheek yang diatur dalam KUHPerdata Indonesia dan Credietverband yang diatur dalam Staatsblad 1908 No.542 sebagaimana yang telah diubah dengan Staatsblad 1937 No.190.

Hal-hal mengenai tidak berlakunya lagi ketentuan-ketentuan hypotheek ini dapat ditemukan dalam rumusan Pasal 29 UUHT yang menyatakan :

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

Berdasarkan Pasal 11 ayat 1 UUHT dinyatakan bahwa hak tanggungan atas tanah beserta benda-benda yang berkaitan dengan tanah, yang selanjutnya hak tanggungan adalah hak jaminan yang dibebankan pada hak atas sebagaimana dimaksud dalam UUPA, berikut atau tidak berikut benda-benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu, untuk pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditur-kreditur lain.⁷⁹

⁷⁸ Boedi Harsono, *Hukum Agraria Indonesia* Op.Cit hlm. 380

⁷⁹ Try Widiyono, 2009, *Agunan Kredit Dalam Financial Engineering*, Ghalia Indonesia, Jakarta, hlm 158.

Hak tanggungan adalah hak jaminan yang dibebankan pada hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam UUPA, berikut atau tidak berikut benda-benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu, untuk pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditur tertentu terhadap kreditur-kreditur lain.⁸⁰ Ada beberapa unsur pokok dari hak tanggungan yang termuat didalam definisi tersebut. Unsur-unsur pokok itu ialah :⁸¹

1. Hak Tanggungan adalah hak jaminan untuk pelunasan utang.
2. Objek Hak Tanggungan adalah hak atas tanah sesuai UUPA.
3. Hak tanggungan dapat dibebankan atas tanahnya (hak atas tanah) saja, tetapi dapat pula dibebankan berikut benda-benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu.
4. Utang yang dijamin harus suatu utang tertentu
5. Memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditur tertentu terhadap kreditur-kreditur lain

Pasal 1 angka 1 UUT secara implisit menyebutkan bahwa hak tanggungan memberikan kedudukan yang diutamakan bagi kreditur pemegang hak tanggungan. Berdasarkan Pasal 2 UUHT hak tanggungan tidak dapat dibagi-bagi dan hanya dibebankan pada tanah yang telah ada. Hak tanggungan dapat membebankan bukan saja pada hak atas tanah

⁸⁰ Remy Sjahdeini, 1999, *Hak Tanggungan Asas-Asas, Ketentuan-Ketentuan Pokok Dan Masalah Yang Dihadapi Oleh Perbankan*, edisi kedua, cetakan 1, Penerbit Alumni, 1 Bandung, hlm.11

⁸¹ *Ibid*

yang menjadi objek hak tanggungan tetapi juga berikut bangunan, tanaman dan hasil karya yang merupakan satu kesatuan dengan tanah tersebut, oleh UUHT disebut sebagai “benda-benda yang berkaitan dengan tanah”.

Perjanjian hak tanggungan bukan merupakan perjanjian yang berdiri sendiri tetapi keberadaannya adalah karena adanya perjanjian lain, yang disebut perjanjian induk. Perjanjian induk bagi perjanjian hak tanggungan adalah perjanjian utang piutang yang menimbulkan utang yang dijamin itu. Dengan kata lain perjanjian hak tanggungan adalah perjanjian *accessoir* serta berdasarkan Pasal 3 ayat (2) UUHT, Hak Tanggungan dapat menjamin lebih dari satu utang.

7. Nilai Keadilan Pancasila

Kata “keadilan” berasal dari kata “adil” dalam bahasa Arab. Dalam bahasa Inggris disebut dengan istilah “*justice*” yang memiliki persamaan arti dengan kata “*justitia*” dalam bahasa Latin. Kata “*justice*” dalam bahasa Inggris berasal dari kata “*just*” atau “*justus*” dalam bahasa latin, yang berarti “jujur” (*honest*), “benar” (*right*) atau “benar menurut hukum” (*legally right*), “patut” (*proper*), “pantas” (*fair*) atau “layak” (*righteous*).⁸²

Para filosof Yunani memandang keadilan sebagai suatu kebajikan individual (*individual virtue*). Apabila terjadi tindakan yang dianggap tidak adil (*unfair prejudice*) dalam tata pergaulan masyarakat, maka hukum sangat

⁸² Munir Fuady, 2007, *Dinamika Teori Hukum*, Ghalia Indonesia, Jakarta, hlm. 90.

berperan untuk membalikan keadaan, sehingga keadilan yang telah hilang (*the lost justice*) kembali dapat ditemukan oleh pihak yang telah diperlakukan tidak adil⁸³

Keadilan menurut Aristoteles dalam karyanya “*Nichomachean ethics*”, artinya berbuat kebajikan, atau dengan kata lain, keadilan adalah kebajikan yang utama.⁸⁴ Menurut Aristoteles, untuk hal-hal yang sama diperlakukan secara sama dan yang tidak sama juga diperlakukan tidak sama, secara proporsional.⁸⁵

John Rawls dalam bukunya “*A Theory of Justice*” mengajukan sebuah teori keadilan alternatif mengenai keadilan dengan menghindari kelemahan utilitarianisme sembari mempertahankan kekuatannya yang sama.⁸⁶ John Rawls berharap dapat merumuskan sebuah teori yang dapat mengakomodasi pribadi individu secara serius tanpa mempertaruhkan kesejahteraan atau hak-haknya demi kebaikan orang lain, sekaligus menawarkan sebuah metode yang konkret untuk membuat keputusan paling fundamental mengenai keadilan distributif. Hasilnya adalah “keadilan sebagai kesetaraan” (*justice as fairness*). Ini berarti keadilan harus diperjuangkan untuk dua hal, *Pertama*, melakukan koreksi dan perbaikan terhadap kondisi ketimpangan yang dialami kaum lemah dengan

⁸³ *Ibid.* hlm. 97

⁸⁴ Agus Yudha Hernoko, 2008, *Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersil*, LaksBang Mediatama, Yogyakarta, hlm. 36

⁸⁵ *Ibid*

⁸⁶ John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass : Harvard University Press, 1971) hlm. 11 dalam Karen Lebaq, 2011, *Teori-Teori Keadilan Six Theories of Justice*, penerjemah Yudi Susanto Nusa media, Bandung, hlm. 11

menghadirkan institusi-institusi sosial, ekonomi, dan politik yang memberdayakan. *Kedua*, setiap aturan harus memosisikan diri sebagai pemandu untuk mengembangkan kebijakan-kebijakan untuk mengoreksi ketidak-adilan yang dialami kaum lemah.

Keadilan akan terasa manakala sistem yang relevan dalam struktur-struktur dasar masyarakat tertata dengan baik. Rasa keadilan masyarakat dapat pula kita temukan dalam pelaksanaan penegakan hukum melalui putusan hakim. Pada prakteknya, pemaknaan keadilan modern dalam penanganan permasalahan-permasalahan hukum ternyata masih *debatable*.⁸⁷

Menurut Sudikno Mertokusumo, kata peradilan terdiri dari kata dasar “adil” dan mendapat awalan “per” serta akhiran “an” berarti segala sesuatu yang bertalian dengan pengadilan. Pengadilan di sini bukanlah diartikan semata-mata sebagai badan untuk mengadili, melainkan sebagai pengertian yang abstrak, yaitu “hal memberikan keadilan”. “Hal memberikan keadilan” berarti: yang bertalian dengan tugas badan pengadilan atau hakim dalam memberi keadilan, yaitu memberikan kepada yang bersangkutan –konkretnya kepada yang mohon keadilan— apa yang menjadi haknya atau hukumnya. Dalam hakim atau pengadilan memberikan kepada yang bersangkutan tentang apa haknya atau hukumnya selalu dipergunakannya atau mendasarkannya

⁸⁷ Theo Huijbers, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah*, Cet VIII, Yogyakarta: Kanisius, 2005, hlm. 191.

pada hukum yang berlaku yang tidak lain melaksanakan dan mempertahankan hukum atau menjamin ditaatinya hukum materiil dengan putusan.⁸⁸

Dasar kemanusiaan, menurut Hatta, harus terlaksana di dalam segala segi kehidupan, yaitu hubungan antara orang dengan orang, antara majikan dan buruh, antara bangsa dan bangsa. Lahir dalam perjuangan menentang penjajahan, cita-cita kemanusiaan tidak saja bersifat anti kolonial anti imperialis, tetapi juga menuju kebebasan manusia dari segala macam penindasan. Pergaulan hidup harus diliputi oleh suasana kekeluargaan dan persaudaraan. Asas kerakyatan mengandung arti, bahwa kedaulatan ada pada rakyat. Hukum dan peraturan-peraturan negara harus berdasar pada penerapan keadilan dan kebenaran yang hidup dalam hati rakyat banyak. Asas kedaulatan rakyat menjadi sendi pengakuan terhadap seluruh rakyat. Rakyat harus dilibatkan dalam pergaulan, pengaturan pemerintahan negara, menyusun ekonomi, pendek kata rakyat didaulat sebagai raja atas dirinya.⁸⁹

Kesejahteraan bagi seluruh rakyat Indonesia merupakan penjabaran dari nilai-nilai keadilan sosial. Pancasila merumuskan bentuk keadilan yang disebut keadilan sosial. Keadilan sosial adalah suatu keadaan berkeadilan yang nyata di mana ada kesesuaian kenyataan sosial dengan hakikat nilai yang

⁸⁸ Sudikno Mertokusumo, *Sejarah Peradilan dan Perundang-Undangannya di Indonesia Sejak 1942 dan Apakah Kemanfaatannya Bagi Kita Bangsa Indonesia*, Cetakan Kedua, Liberty, 1983, Yogyakarta, hlm. 2-3.

⁸⁹ Hatta, Muhammad, 1953, Kumpulan Karangan, Buku I, II, III, dan IV

disebut adil.⁹⁰Terwujudnya keadilan sosial ini ditandai dengan hadirnya kemakmuran umum, yakni tersedianya barang dan jasa bagi rakyat, sehingga setiap orang mencapai kemakmuran pribadinya.⁹¹Jadi, teori keadilan pancasila adalah keadilan yang berdasarkan Pancasila yaitu keadilan sosial.

F. Kerangka Teoritis

1. Teori Keadilan Pancasila dan Keadilan Hukum Islam Sebagai Grand Theory

Keadilan sesungguhnya merupakan konsep yang relatif⁹². Pada sisi lain, keadilan merupakan hasil interaksi antara harapan dan kenyataan yang ada, yang perumusannya dapat menjadi pedoman dalam kehidupan individu maupun kelompok. Dari aspek etimologis kebahasaan, kata “adil” berasal dari bahasa arab “adala” yang mengandung makna *tengah* atau *pertengahan*. Dari makna ini, kata “adala” kemudian disinonimkan dengan *wasith* yang menurunkan kata *wasith*, yang berarti *penengah* atau orang yang berdiri di tengah yang mengisyaratkan sikap yang adil.⁹³

90 Mahfud MD, 2011. *Membangun Politik Hukum Menegakan Konstitusi*, Rajawali Press, Jakarta,

hal. 17

91 Kaelan, 2013. *Negara Kebangsaan Pancasila, Kultural, Historis, Filosofis, Yuridis, dan aktualisasinya*, Paradigma, Yogyakarta, hal. 401.

⁹²Majjid Khadduri, *The Islamic Conception of Justice*, Baltimore and London : The Johns Hopkins University Press, 1984, hlm. 1, sebagaimana dikutip Mahmutarom, *Rekonstruksi Konsep Keadilan*, Undip Semarang, 2009, hlm. 31

⁹³*Ibid.*

Dari pengertian ini pula, kata adil disinonimkan dengan *inshaf* yang berarti sadar, karena orang yang adil adalah orang yang sanggup berdiri di tengah tanpa *a priori* memihak. Orang yang demikian adalah orang yang selalu menyadari persoalan yang dihadapi itu dalam konteksnya yang menyeluruh, sehingga sikap atau keputusan yang diambil berkenaan dengan persoalan itu pun menjadi tepat dan benar.⁹⁴

Dengan demikian, sebenarnya adil atau keadilan itu sulit untuk dilukiskan dengan kata-kata, akan tetapi lebih dekat untuk dirasakan. Orang lebih mudah merasakan adanya keadilan atau ketidakadilan ketimbang mengatakan apa dan bagaimana keadilan itu. Memang terasa sangat abstrak dan relatif, apalagi tujuan adil atau keadilan itupun beraneka ragam, tergantung mau dibawa kemana.

Keadilan akan terasa manakala sistem yang relevan dalam struktur-struktur dasar masyarakat tertata dengan baik, lembaga-lembaga politis, ekonomi dan sosial memuaskan dalam kaitannya dengan konsep kestabilan dan keseimbangan. Rasa keadilan masyarakat dapat pula kita temukan dalam pelaksanaan penegakan hukum melalui putusan hakim.

Keadilan secara umum diartikan sebagai perbuatan atau perlakuan yang adil. Sementara adil adalah tidak berat sebelah, tidak memihak dan berpihak kepada yang benar. Keadilan menurut kajian filsafat adalah apabila dipenuhi dua

⁹⁴ Nurcholis Madjid, *Islam Kemanusiaan dan Kemoderenan, Doktrin dan Peradaban, Sebuah Telaah Kritis tentang Masalah Keimanan*, Jakarta : Yayasan Wakaf Paramadina, Cetakan kedua, 1992, hlm. 512-513, sebagaimana dikutip Mahmutarom, *Rekonstruksi Konsep Keadilan*, Undip Semarang, 2009, hlm. 31

prinsip, yaitu : pertama tidak merugikan seseorang dan kedua, perlakuan kepada tiap-tiap manusia apa yang menjadi haknya. Jika kedua ini dapat dipenuhi barulah itu dikatakan adil. Dalam keadilan harus ada kepastian yang sebanding, dimana apabila digabung dari hasil gabungan tersebut akan menjadi keadilan.

Pada prakteknya, pemaknaan keadilan modern dalam penanganan permasalahan-permasalahan hukum ternyata masih *debatable*. Banyak pihak merasakan dan menilai bahwa lembaga pengadilan telah bersikap kurang adil karena terlalu sarat dengan prosedur, formalistis, kaku, dan lamban dalam memberikan putusan terhadap suatu perkara. Agaknya faktor tersebut tidak lepas dari cara pandang hakim terhadap hukum yang amat kaku dan normatif-prosedural dalam melakukan konkretisasi hukum. Idealnya hakim harus mampu menjadi *living interpretator* yang mampu menangkap semangat keadilan dalam masyarakat dan tidak terbelenggu oleh kekakuan normatif – prosedural yang ada dalam suatu peraturan perundang-undangan bukan lagi sekedar sebagai *la bouche de la loi* (corong undang-undang).

Lebih lanjut dalam memaknai dan mewujudkan keadilan, Teori Hukum Alam sejak Socrates hingga Francois Geny yang tetap mempertahankan keadilan sebagai mahkota hukum. Teori Hukum Alam mengutamakan “*the search for justice*”.⁹⁵ Terdapat macam-macam teori mengenai keadilan dan masyarakat yang

⁹⁵ Theo Huijbers, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah*, Cet VIII, Yogyakarta: Kanisius, 2005, hlm. 196.

adil. Teori-teori ini menyangkut hak dan kebebasan, peluang kekuasaan, pendapatan dan kemakmuran.

a. Teori Keadilan Pancasila

Negara Pancasila adalah negara kebangsaan yang berkeadilan sosial, yang berarti bahwa negara sebagai penjelmaan manusia sebagai makhluk Tuhan yang Maha Esa, sifat kodrat individu dan makhluk sosial bertujuan untuk mewujudkan suatu keadilan dalam hidup bersama (Keadilan Sosial). Keadilan sosial tersebut didasari dan dijiwai oleh hakikat keadilan manusia sebagai makhluk yang beradab (sila kedua). Manusia pada hakikatnya adalah adil dan beradab, yang berarti manusia harus adil terhadap diri sendiri, adil terhadap Tuhannya, adil terhadap orang lain dan masyarakat serta adil terhadap lingkungan alamnya.⁹⁶

Berkaitan dengan Keadilan Sosial dimaksud, pandangan keadilan dalam hukum secara harfiahnya mempunyai makna apa yang sesuai dengan hukum dianggap adil sedang yang melanggar hukum dianggap tidak adil. Jika terjadi pelanggaran hukum, maka harus dilakukan pengadilan untuk memulihkan keadilan. Dalam hal terjadinya pelanggaran pidana atau yang dalam bahasa sehari-hari disebut “*kejahatan*” maka harus dilakukan pengadilan yang akan melakukan pemulihan keadilan

⁹⁶<http://kartikarahmah2406.wordpress.com/2012/12/02/teori-keadilan-sosial>. Di akses pada Tanggal 16 September 2020, pada Pukul 11.00 WIB.

dengan menjatuhkan hukuman kepada orang yang melakukan pelanggaran pidana atau kejahatan tersebut.

Pandangan keadilan dalam hukum nasional bersumber pada dasar negara. Pancasila sebagai dasar negara atau falsafah negara (*fiilosofische grondslog*) sampai sekarang tetap dipertahankan dan masih tetap dianggap penting bagi negara Indonesia. Secara aksiologis, bangsa Indonesia merupakan pendukung nilai-nilai Pancasila (*subscriber of values Pancasila*). Bangsa Indonesia yang berketuhanan, yang berkemanusiaan, yang berpersatuan, yang berkerakyatan, dan yang berkeadilan sosial.

Sebagai pendukung nilai, bangsa Indonesialah yang menghargai, mengakui, serta menerima Pancasila sebagai suatu bernilai. Pengakuan, penghargaan, dan penerimaan Pancasila sebagai sesuatu yang bernilai itu akan tampak merefleksikan dalam sikap, tingkah laku, dan perbuatan bangsa Indonesia. Kalau pengakuan, penerimaan, atau penghargaan itu direfleksikan dalam sikap, tingkah laku, serta perbuatan manusia dan bangsa Indonesia dalam hal ini sekaligus adalah pengembannya dalam sikap, tingkah laku, dan perbuatan manusia Indonesia. Oleh karenanya Pancasila sebagai suatu sumber hukum tertinggi secara nasional dan sebagai rasionalitasnya adalah sebagai sumber hukum nasional bangsa Indonesia.

Pandangan keadilan dalam hukum nasional bangsa Indonesia tertuju pada dasar negara, yaitu Pancasila, yang sila kelimanya berbunyi:

“Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia”. Yang menjadi persoalan sekarang adalah apakah yang dinamakan adil menurut konsepsi hukum nasional yang bersumber pada Pancasila.

Untuk lebih lanjut menguraikan tentang keadilan dalam perspektif hukum nasional, terdapat diskursus penting tentang adil dan keadilan sosial. Adil dan keadilan adalah pengakuan dan perlakuan seimbang antara hak dan kewajiban.

Konsepsi demikian apabila dihubungkan dengan sila kedua dari Pancasila sebagai sumber hukum nasional bangsa Indonesia, pada hakikatnya menginstruksikan agar senantiasa melakukan perhubungan yang serasi antar manusia secara individu dengan kelompok individu yang lainnya sehingga tercipta hubungan yang adil dan beradab.

Lebih lanjut apabila dihubungkan dengan “Keadilan Sosial”, maka keadilan itu harus dikaitkan dengan hubungan-hubungan kemasyarakatan. Keadilan sosial dapat diartikan sebagai:

- 1) mengembalikan hak-hak yang hilang kepada yang berhak.
- 2) menumpas keaniayaan, ketakutan dan perkosaan dari pengusaha-pengusaha.
- 3) merealisasikan persamaan terhadap hukum antara setiap individu, pengusaha-pengusaha dan orang-orang mewah yang didapatnya dengan tidak wajar.

Keadilan sosial menyangkut kepentingan masyarakat dengan sendirinya individu yang berkeadilan sosial itu harus menyisihkan kebebasan individunya untuk kepentingan individu yang lainnya.

Hukum nasional hanya mengatur keadilan bagi semua pihak, oleh karenanya keadilan didalam perspektif hukum nasional adalah keadilan yang mensesuaikan atau menseselaraskan keadilan-keadilan yang bersifat umum diantara sebagian dari keadilan-keadilan individu. Dalam keadilan ini lebih menitikberatkan pada keseimbangan antara hak-hak individu masyarakat dengan kewajiban-kewajiban umum yang ada didalam kelompok masyarakat hukum.⁹⁷

Menurut Tap MPR No.1 Tahun 2003 terdapat 45 butir Pancasila, untuk sila kelima terdapat 11 butir Pancasila, yakni :

- (1) Mengembangkan perbuatan yang luhur, yang mencerminkan sikap dan suasana kekeluargaan dan kegotongroyongan.
- (2) Mengembangkan sikap adil terhadap sesama.
- (3) Menjaga keseimbangan antara hak dan kewajiban.
- (4) Menghormati hak orang lain.
- (5) Suka memberi pertolongan kepada orang lain agar dapat berdiri sendiri.

⁹⁷<http://ugun-guntari.blogspot.com/2011/02/teori-keadilan-perspektif-hukum.html>, diakses pada Tanggal 1 Juli 2021, pada Pukul 19.00 WIB

- (6) Tidak menggunakan hak milik untuk usaha-usaha yang bersifat pemerasan terhadap orang lain.
- (7) Tidak menggunakan hak milik untuk hal-hal yang bersifat pemborosan dan gaya hidup mewah.
- (8) Tidak menggunakan hak milik untuk bertentangan dengan atau merugikan kepentingan umum.
- (9) Suka bekerja keras.
- (10) Suka menghargai hasil karya orang lain yang bermanfaat bagi kemajuan dan kesejahteraan bersama.
- (11) Suka melakukan kegiatan dalam rangka mewujudkan kemajuan yang merata dan berkeadilan sosial.

b. Teori Keadilan Dalam Perspektif Hukum Islam

Masalah keadilan menurut hukum Islam, tidak terlepas dari filsafat hukum Islam dan teori mengenai tujuan hukum Islam, yang pada prinsipnya adalah bagaimana mewujudkan “*kemanfaatan*” kepada seluruh umat manusia, yang mencakupi “*kemanfaatan*” dalam kehidupan di dunia maupun di akherat.

Tujuan mewujudkan “*kemanfaatan*” ini, sesuai dengan prinsip umum Al-Qur’an:

- a) *al-Asl fi al-manafi al-hall wa fi al-mudar al man’u* (segala yang bermanfaat dibolehkan, dan segala yang mudarat dilarang);

- b) *la darara wa la dirar* (jangan menimbulkan kemudaratan dan jangan menjadi korban kemudaratan);
- c) *ad-Darar yuzal* (bahaya harus dihilangkan).⁹⁸

Lebih lanjut dalam gagasan Islam tentang keadilan dimulai dari diskursus tentang keadilan ilahiyah, apakah rasio manusia dapat mengetahui baik dan buruk untuk menegakkan keadilan dimuka bumi tanpa bergantung pada wahyu atau sebaliknya manusia itu hanya dapat mengetahui baik dan buruk melalui wahyu (Allah).

Pada optik inilah perbedaan-perbedaan teologis di kalangan cendekiawan Islam muncul. Perbedaan-perbedaan tersebut berakar pada dua konsepsi yang bertentangan mengenai tanggungjawab manusia untuk menegakkan keadilan ilahiah, dan perdebatan tentang hal itu melahirkan dua mazhab utama teologi dialektika Islam yaitu: mu`tazilah dan asy`ariyah.

Tesis dasar Mu`tazilah adalah bahwa manusia, sebagai yang bebas, bertanggungjawab di hadapan Allah yang adil. Selanjutnya, baik dan buruk merupakan kategori-kategori rasional yang dapat diketahui melalui nalar, yaitu tak bergantung pada wahyu. Allah telah

⁹⁸Achmad Ali, *Menguk Teori Hukum dan Teori Peradilan*, Cet IV, Jakarta: Prenada Media Goup, 2012, hlm. 216 - 217.

menciptakan akal manusia sedemikian rupa sehingga mampu melihat yang baik dan buruk secara obyektif.⁹⁹

2. Teori Sistem Hukum Lawrence Friedman Sebagai Middle Theory

Ada banyak cara untuk membahas hukum atau system hukum salah satunya adalah dengan membahasnya sebagai *law*, yakni sekumpulan aturan-aturan norma tertulis atau tidak tertulis yang berkenaan dengan perilaku benar dan salah, hak dan kewajiban. Ini adalah penggunaan istilah hukum yang umum misalnya kita bertanya apakah hukum memperbolehkan kita membayar makan siang kita dengan cara memotong uang pengembalian pajak penghasilan, apakah akan dikatakan sebagai hal yang melanggar hukum bila kita menerobos lampu merah atau merampok bank.

Teori Sistem Hukum Menurut Lawrence M. Friedman, seorang profesor di bidang hukum, sejarawan, yang juga pakar sejarah hukum Amerika, dan penulis produktif, ada tiga elemen utama dari sistem hukum (legal system), yaitu:

1. Struktur Hukum (Legal Structure)
2. Isi Hukum (Legal Substance)
3. Budaya Hukum (Legal Culture)

Lawrence M. Friedman mengemukakan bahwa efektif dan berhasil tidaknya penegakan hukum tergantung tiga unsur sistem hukum, yakni

⁹⁹<http://diqa-butar-butar.blogspot.com/2011/09/teori-teori-keadilan.html>

struktur hukum (*legal structure*), substansi hukum (*legal substance*) dan budaya hukum (*legal culture*). Struktur hukum menyangkut aparat penegak hukum, substansi hukum meliputi perangkat perundang-undangan dan budaya hukum merupakan hukum yang hidup (*living law*) yang dianut dalam suatu masyarakat.

a. Struktur Hukum (Legal Structure)

Dalam teori Lawrence M. Friedman hal ini disebut sebagai sistem Struktural yang menentukan bisa atau tidaknya hukum itu dilaksanakan dengan baik. Struktur hukum berdasarkan UU No. 8 Tahun 1981 meliputi; mulai dari Kepolisian, Kejaksaan, Pengadilan dan Badan Pelaksana Pidana (Lapas). Kewenangan lembaga penegak hukum dijamin oleh undang-undang. Sehingga dalam melaksanakan tugas dan tanggung jawabnya terlepas dari pengaruh kekuasaan pemerintah dan pengaruh-pengaruh lain. Terdapat adagium yang menyatakan “fiat justitia et perat mundus” meskipun dunia ini runtuh hukum harus ditegakkan.

Hukum tidak dapat berjalan atau tegak bila tidak ada aparat penegak hukum yang kredibilitas, kompeten dan independen. Seberapa bagusnya suatu peraturan perundang-undangan bila tidak didukung dengan aparat penegak hukum yang baik maka keadilan hanya angan-angan. Lemahnya mentalitas aparat penegak hukum mengakibatkan penegakkan hukum tidak berjalan sebagaimana mestinya. Banyak faktor yang mempengaruhi lemahnya mentalitas aparat penegak hukum

diantaranya lemahnya pemahaman agama, ekonomi, proses rekrutmen yang tidak transparan dan lain sebagainya. Sehingga dapat dipertegas bahwa faktor penegak hukum memainkan peran penting dalam memfungsikan hukum. Kalau peraturan sudah baik, tetapi kualitas penegak hukum rendah maka akan ada masalah. Demikian juga, apabila peraturannya buruk sedangkan kualitas penegak hukum baik, kemungkinan munculnya masalah masih terbuka.

Tentang struktur hukum Friedman menjelaskan :

“To begin with, the legal system has the structure of a legal system consist of elements of this kind: the number and size of courts; their jurisdiction ...Strukture also means how the legislature is organized ...what procedures the police department follow, and so on. Strukture, in way, is a kind of cross section of the legal system...a kind of still photograph, with freezes the action.”

Struktur dari sistem hukum terdiri atas unsur berikut ini, jumlah dan ukuran pengadilan, yurisdiksinya (termasuk jenis kasus yang berwenang mereka periksa), dan tata cara naik banding dari pengadilan ke pengadilan lainnya. Struktur juga berarti bagaimana badan legislatif ditata, apa yang boleh dan tidak boleh dilakukan oleh presiden, prosedur apa yang diikuti oleh kepolisian dan sebagainya. Jadi struktur (*legal struktur*) terdiri dari lembaga hukum yang ada dimaksudkan untuk menjalankan perangkat hukum yang ada.

Struktur adalah Pola yang menunjukkan tentang bagaimana hukum dijalankan menurut ketentuan-ketentuan formalnya. Struktur ini menunjukkan bagaimana pengadilan, pembuat hukum dan badan serta proses hukum itu berjalan dan dijalankan.

Di Indonesia misalnya jika kita berbicara tentang struktur sistem hukum Indonesia, maka termasuk di dalamnya struktur institusi-institusi penegakan hukum seperti kepolisian, kejaksaan dan pengadilan.

b. Substansi Hukum

Dalam teori Lawrence M. Friedman hal ini disebut sebagai sistem substansial yang menentukan bisa atau tidaknya hukum itu dilaksanakan. Substansi juga berarti produk yang dihasilkan oleh orang yang berada dalam sistem hukum yang mencakup keputusan yang mereka keluarkan, aturan baru yang mereka susun. Substansi juga mencakup hukum yang hidup (*living law*), bukan hanya aturan yang ada dalam kitab undang-undang (*law books*). Sebagai negara yang masih menganut sistem *Civil Law* Sistem atau sistem Eropa Kontinental (meski sebagian peraturan perundang-undangan juga telah menganut *Common Law* Sistem atau *Anglo Saxon*) dikatakan hukum adalah peraturan-peraturan yang tertulis sedangkan peraturan-peraturan yang tidak tertulis bukan dinyatakan hukum. Sistem ini mempengaruhi sistem hukum di Indonesia. Salah satu pengaruhnya adalah adanya asas *Legalitas* dalam KUHP. Dalam Pasal 1 KUHP ditentukan “tidak ada suatu perbuatan pidana yang dapat di hukum

jika tidak ada aturan yang mengaturnya”. Sehingga bisa atau tidaknya suatu perbuatan dikenakan sanksi hukum apabila perbuatan tersebut telah mendapatkan pengaturannya dalam peraturan perundang-undangan.

Substansi hukum menurut Friedman adalah :

“Another aspect of the legal system is its substance. By this is meant the actual rules, norm, and behavioral patterns of people inside the system ...the stress here is on living law, not just rules in law books”.

Aspek lain dari sistem hukum adalah substansinya. Yang dimaksud dengan substansinya adalah aturan, norma, dan pola perilaku nyata manusia yang berada dalam system itu. Jadi substansi hukum menyangkut peraturan perundang-undangan yang berlaku yang memiliki kekuatan yang mengikat dan menjadi pedoman bagi aparat penegak hukum.

c. **Budaya Hukum**

Kultur hukum menurut Lawrence M. Friedman adalah sikap manusia terhadap hukum dan sistem hukum-kepercayaan, nilai, pemikiran, serta harapannya. Kultur hukum adalah suasana pemikiran sosial dan kekuatan sosial yang menentukan bagaimana hukum digunakan, dihindari, atau disalahgunakan. Budaya hukum erat kaitannya dengan kesadaran hukum masyarakat. Semakin tinggi kesadaran hukum masyarakat maka akan tercipta budaya hukum yang baik dan dapat merubah pola pikir masyarakat mengenai hukum selama ini. Secara

sederhana, tingkat kepatuhan masyarakat terhadap hukum merupakan salah satu indikator berfungsinya hukum.

Hubungan antara tiga unsur sistem hukum itu sendiri tak berdaya, seperti pekerjaan mekanik. Struktur diibaratkan seperti mesin, substansi adalah apa yang dikerjakan dan dihasilkan oleh mesin, sedangkan kultur hukum adalah apa saja atau siapa saja yang memutuskan untuk menghidupkan dan mematikan mesin itu, serta memutuskan bagaimana mesin itu digunakan. Dikaitkan dengan sistem hukum di Indonesia, Teori Friedman tersebut dapat kita jadikan patokan dalam mengukur proses penegakan hukum di Indonesia. Polisi adalah bagian dari struktur bersama dengan organ jaksa, hakim, advokat, dan lembaga permasyarakatan. Interaksi antar komponen pengabdian hukum ini menentukan kokohnya struktur hukum. Walau demikian, tegaknya hukum tidak hanya ditentukan oleh kokohnya struktur, tetapi juga terkait dengan kultur hukum di dalam masyarakat. Namun demikian, hingga kini ketiga unsur sebagaimana yang dikatakan oleh Friedman belum dapat terlaksana dengan baik, khususnya dalam struktur hukum dan budaya hukum. Sebagai contoh, dalam struktur hukum, Anggota polisi yang diharapkan menjadi penangkap narkoba, polisi sendiri ikut terlibat dalam jaringan narkoba. Demikian halnya para jaksa, sampai saat ini masih sangat sulit mencari jaksa yang benar-benar jujur dalam menyelesaikan perkara.

Mengenai budaya hukum, Friedman berpendapat :

“The third component of legal system, of legal culture. By this we mean people’s attitudes toward law and legal system their belief ...in other word, is the climate of social thought and social force wich determines how law is used, avoided, or abused”.

Kultur hukum menyangkut budaya hukum yang merupakan sikap manusia (termasuk budaya hukum aparat penegak hukumnya) terhadap hukum dan sistem hukum. Sebaik apapun penataan struktur hukum untuk menjalankan aturan hukum yang ditetapkan dan sebaik apapun kualitas substansi hukum yang dibuat tanpa didukung budaya hukum oleh orang-orang yang terlibat dalam sistem dan masyarakat maka penegakan hukum tidak akan berjalan secara efektif.

Hukum sebagai alat untuk mengubah masyarakat atau rekayasa sosial tidak lain hanya merupakan ide-ide yang ingin diwujudkan oleh hukum itu. Untuk menjamin tercapainya fungsi hukum sebagai rekayasa masyarakat kearah yang lebih baik, maka bukan hanya dibutuhkan ketersediaan hukum dalam arti kaidah atau peraturan, melainkan juga adanya jaminan atas perwujudan kaidah hukum tersebut ke dalam praktek hukum, atau dengan kata lain, jaminan akan adanya penegakan hukum (*law enforcement*) yang baik. Jadi bekerjanya hukum bukan hanya merupakan fungsi perundang-undangannya belaka, melainkan aktifitas birokrasi pelaksanaannya.

Senada atau sependapat dengan M. Friedman Sajipto Rahardjo menyebutkan bahwa berbicara soal hukum pada dasarnya tidak dapat dipisahkan dari asas-asas paradigma hukum yang terdiri atas fundamental hukum dan sistem hukum. Beberapa fundamental hukum diantaranya legislasi, penegakan dan peradilan sedangkan sistem hukum meliputi substansi, struktur dan kultur hukum. Kesemuanya itu sangat berpengaruh terhadap efektivitas kinerja sebuah hukum. Dari beberapa definisi tersebut, dapat kita artikan bahwa berfungsinya sebuah hukum merupakan pertanda bahwa hukum tersebut telah mencapai tujuan hukum, yaitu berusaha untuk mempertahankan dan melindungi masyarakat dalam pergaulan hidup. Tingkat efektivitas hukum juga ditentukan oleh seberapa tinggi tingkat kepatuhan warga masyarakat terhadap aturan hukum yang telah dibuat.

Menurut Achmad Ali jika suatu aturan hukum dapat ditaati oleh sebagian besar target yang menjadi sasaran ketaatannya, maka dapat diartikan bahwa aturan hukum tersebut efektif. Namun demikian meskipun sebuah aturan yang ditaati dapat dikatakan efektif, derajat keefektivannya masih bergantung pada kepentingan mentaatinya. Jika ketaatan masyarakat terhadap suatu aturan hukum karena kepentingan yang bersifat compliance (takut sanksi), maka derajat ketaatannya dinilai sangat rendah. Berbeda ketika ketaatannya berdasarkan kepentingan yang bersifat internalization, yakni ketaatan karena aturan hukum tersebut

benar-benar cocok dengan nilai intrinsik yang dianutnya, maka derajat ketaatan seperti inilah yang merupakan derajat ketaatan tertinggi.

3. Teori Hukum Progresif Sebagai Applied Theory

Teori hukum progresif adalah teori yang diaplikasikan dalam penelitian ini. Menurut Hans Kelsen, Teori Hukum adalah ilmu pengetahuan mengenai hukum yang berlaku bukan mengenai hukum yang seharusnya. Teori hukum yang dimaksud adalah teori hukum murni, yang disebut teori hukum positif.¹⁰⁰ Sedangkan menurut W. Friedman, teori hukum adalah ilmu pengetahuan yang mempelajari esensi hukum yang berkaitan antara filsafat hukum di satu sisi dan teori politik di sisi lain. Disiplin teori ilmu hukum tidak mendapat tempat sebagai ilmu yang mandiri, untuk itu teori hukum harus disandingkan dengan ilmu hukum yang lainnya.¹⁰¹

Teori hukum berbeda dengan hukum positif. Teori hukum memberikan pembagian secara tegas agar dapat dipahami secara utuh dan komprehensif serta tidak dapat dilepaskan dari lingkungan zaman yang senantiasa berkembang. Teori hukum biasanya hadir sebagai suatu jawaban atas permasalahan hukum, oleh karena, itu meskipun hukum memiliki pandangan yang umum (universal), tetapi dalam perkembangannya teori hukum sangat

¹⁰⁰ Hans Kelsen, 2010, *Pengantar Teori Hukum Murni*, Nusa Media, Bandung, hlm, 38.

¹⁰¹ Friedman, 1990, *Teori dan Filsafat Hukum, susunan I. Telaah Keritis Atas Teori Hukum*, PT Raja Grafindo, Jakarta, hlm, 1.

bijaksana. Terdapat dua karakteristik teori hukum yang saling bertentangan antara satu dengan yang lain, atau bertolak belakang yakni:

- a. Pandangan yang menyatakan bahwa hukum merupakan suatu sistem yang dapat diprediksi dengan pengetahuan yang akurat tentang bagaimana kondisi hukum saat ini
- b. Hukum berkaitan dengan ketidakteraturan tidak dapat diprediksi.

Penulis sendiri sependapat dengan pembagian teori hukum yang pertama, karena pada hakekatnya hukum memang dapat diprediksi dan berkembang sesuai dengan perkembangan jaman sebagaimana halnya dengan hukum progresif yang merupakan pemikiran perkembangan hukum yang digagas oleh Prof. Satjipto Rahardjo.

Beliau berpandangan bahwa hukum dibentuk untuk manusia, bukan manusia untuk hukum. Dasar pemikiran beliau bahwa kajian hukum saat ini telah mencapai ekologi dalam yang mendasar pada pemikiran *antroposentrisme*. Berikut adalah sembilan konsep Teori Hukum Progresif yang Beliau tawarkan, yaitu:¹⁰²

- 1) Hukum pada dasarnya menolak tradisi *analytical jurisprudence* atau *rechtsdogmatiek* dan bermacam-macam pemahaman aliran misalnya *legal realisme*, *freirechtslehre*, *sociological jurisprudence*, *interresenjuri-prudenz* seperti di Jerman, teori hukum alam dan *critical legal studies*;

¹⁰² Turiman, 2010, *Memahami Hukum Progresif Prof. Satjipto Rahardjo dalam Paradigma "Thawaf" (Sebuah Kontemplasi Bagaimana Mewujudkan Teori Hukum Yang Membumi/Grouded Theory Meng-Indonesia)*, Jurnal, Semarang: Program Doktor Ilmu Hukum UNDIP, hlm. 12.

- 2) Hukum pada dasarnya menolak pemahaman bahwa ketertiban (order) hanya berlaku pada institusi kenegaraan dan kekuasaan;
- 3) Hukum progresif pada dasarnya ditujukan dalam melindungi rakyat menuju kepada keadilan ideal dalam hukum;
- 4) Hukum pada dasarnya menolak teknologi sebagai landasan teori hukum karena tidak bernurani;
- 5) Hukum pada dasarnya suatu institusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan kebahagiaan;
- 6) Hukum progresif pada dasarnya hukum yang pro rakyat dan hukum yang pro keadilan;
- 7) Dasar asumsi dalam hukum progresif adalah hukum untuk manusia, untuk masyarakat yang lebih luas dan lebih besar. Jika ada masalah pelik dan besar, maka hukumlah yang ditinjau dan diperbaiki, bukan sebaliknya.
- 8) Hukum bukanlah suatu institusi yang bersifat absolut dan final melainkan selalu bergantung pada manusia melihat dan menggunakannya.
- 9) Hukum dalam prosesnya selalu berada didepan (*Law as a process, Law in the making*). Dalam hal ini cara berhukum secara progresif memerlukan empati dan keberanian berdasarkan atas keadilan dan kebutuhan masyarakat akan hukum tersebut.

G. Kerangka Pemikiran

Kerangka pemikiran sebuah pemahaman yang melandasi pemahaman-pemahaman yang lainnya, sebuah pemahaman yang paling mendasar dan menjadi pondasi bagi setiap pemikiran atau suatu bentuk proses dari keseluruhan dari penelitian yang akan dilakukan. Kerangka pemikiran dalam penellitian disertasi ini dapat ditampilkan dalam bentuk skema diagram di bawah ini sebagai berikut :



Gambar 1.1. Kerangka Pemikiran



H. Metode Penelitian

Metode penelitian adalah suatu cara atau prosedur yang dipergunakan untuk melakukan penelitian sehingga mampu menjawab rumusan masalah dan tujuan penelitian.¹⁰³

Metode penelitian yang dipergunakan dalam penelitian ini terdiri atas:

1. Paradigma Penelitian

Penulis dalam penelitian ini menggunakan paradigma konstruktivisme, suatu paradigma yang memandang bahwa ilmu hukum itu hanya berurusan dengan peraturan perundang-undangan semata. Hukum sebagai sesuatu yang harus diterapkan, dan lebih cenderung untuk tidak mempersoalkan nilai keadilan dan kegunaannya bagi masyarakat. Kajian hukum dan penegakannya hanya berkisar tentang apa yang benar dan yang tidak benar, apa yang salah dan yang tidak salah dan bentuk-bentuk lain yang lebih bersifat preskriptif.

Metodelogi hermeneutis dan dialektis. Sifat variable dan personal (intramental) dari konstruksi sosial menunjukkan bahwa konstruksi individu hanya dapat diciptakan dan disempurnakan melalui interaksi antara dan di antara peneliti dengan para responden. Beragam konstruksi ini diinterpretasikan menggunakan teknik-teknik hermenetik konvensional dan dikomparasikan serta diperbandingkan melalui pertukaran dialektis. Tujuan akhirnya adalah untuk mendapatkan sebuah konstruksi consensus yang lebih

¹⁰³ <http://andy-pio.blogspot.co.id/2013/10/pengertian-jenis-dan-langkah-langkah.html>, Diakses 20 Juni 2022 Pukul 10.00 WIB.

matang dan canggih daripada semua konstruksi sebelumnya (termasuk, tentu saja, konstruksi etika peneliti).¹⁰⁴

2. Pendekatan Penelitian

Menurut Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, Penelitian hukum normatif meliputi penelitian terhadap asas-asas hukum, taraf sinkronisasi hukum¹⁰⁵ Pendekatan dalam penelitian ini adalah penelitian hukum sosiologis atau biasa disebut penelitian *Socio legal research*. Dalam penelitian ini, hukum dikonsepsikan sebagai suatu gejala empiris yang dapat diamati di dalam kehidupan nyata.

3. Spesifikasi Penelitian

Spesifikasi penelitian yang digunakan dalam penelitian ini deskriptif analitis. Penelitian ini dilakukan untuk memperoleh gambaran yang jelas tentang permasalahan mengenai model perjanjian kredit dengan jaminan hak tanggungan di PT Bank Rakyat Indonesia, konsep perlindungan hukum terhadap debitur apabila wanprestasi serta mereformulasi model perjanjian kredit dengan jaminan hak tanggungan di PT Bank Rakyat Indonesia sehingga mencerminkan nilai-nilai keadilan yang dikaji dengan teori-teori hukum serta

¹⁰⁴ Norman K. Denzin, Yvonna S. Lincoln, *Handbook of Qualitative Research*, diterjemahkan oleh Dariyatno, Badrus Samsul Fata, Abi, John Rinaldi, Putaka Pelajar, Yogyakarta, 2009. hlm. 137

¹⁰⁵ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif suatu Tinjauan Singkat* Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2001 hal. 13-14

peraturan perundang-undangan yang berlaku sehingga akhirnya dapat diperoleh simpulan.

4. Sumber Data

Jenis data dalam penelitian pada umumnya dibedakan antara data yang diperoleh secara langsung dari masyarakat dan dari bahan-bahan pustaka. Data yang diperoleh langsung dari masyarakat dinamakan data primer (atau data dasar), sedangkan yang diperoleh dari bahan-bahan pustaka lazimnya dinamakan data sekunder.

Sumber data dalam penelitian disertasi ini adalah data primer dan data sekunder. Data Primer merupakan sumber data yang diperoleh secara langsung dari sumber asli. Data primer dapat juga berupa opini secara individu atau kelompok, hasil observasi terhadap suatu benda, kejadian atau kegiatan dan hasil pengujian.¹⁰⁶ Data primer dalam penelitian disertasi ini diperoleh melalui wawancara dengan secara langsung dengan pelaku perjanjian kredit yakni : Nasabah Bank BRI

Data sekunder adalah data yang diperoleh dari bahan-bahan pustaka yang mencakup dokumen-dokumen resmi, buku-buku perpustakaan, peraturan perundang-undangan karya ilmiah, artikel-artikel, serta literatur lain yang

¹⁰⁶ Aziz, 2008, *Metode Penelitian Kebidanan dan Teknik Analisa Data*, Salemba Medika, Jakarta, hlm. 56

berkaitan dengan materi penelitian.¹⁰⁷ Jenis data sekunder yang digunakan dalam penelitian ini terdiri dari :

- 1) Bahan Hukum Primer, yaitu bahan hukum yang mempunyai kekuatan mengikat, terdiri dari :
 - a) Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945
 - b) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen
 - c) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan
 - d) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan
 - e) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata
- 2) Bahan Hukum Sekunder, yaitu bahan hukum yang merupakan karya-karya para ahli hukum yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer. Bahan hukum sekunder terdiri atas :
 - a) hasil-hasil penelitian ilmiah di lingkungan akademik seperti tesis, jurnal, makalah, dan seterusnya yang berkaitan dengan kebutuhan penelitian ini.
 - b) buku-buku tentang tindak pidana, dan literatur lainnya yang berkaitan dengan kebutuhan penelitian ini.

¹⁰⁷ Iqbal Hasan, 2010, *Analisis Data Penelitian dengan Statistik*, PT Bumi Aksara, Jakarta, hlm.19

- 3) Bahan Hukum Tersier, yaitu bahan hukum yang memberikan petunjuk maupun penjelasan tentang bahan hukum primer dan sekunder. Bahan hukum tersier ini terdiri dari :
- a) Kamus Hukum
 - b) Kamus Besar Bahasa Indonesia
 - c) Bahan hukum tersier lainnya yang berkaitan dengan kebutuhan penelitian ini.

5. Alat Pengumpul Data

Metode pengumpulan data perlu dilakukan agar data yang diperoleh dapat dipertanggungjawabkan. Dalam penelitian ini, metode pengumpulan data dilakukan dengan cara :

1) Studi Kepustakaan

Teknik pengumpulan data dengan studi kepustakaan ini Penulis lakukan melalui data dengan membaca, mempelajari, dan mengkaji buku-buku, kamus, ensiklopedia, artikel, karya ilmiah, makalah serta peraturan perundang-undangan yang berhubungan dengan perjanjian kredit dan lembaga keuangan.

2) Studi Lapangan

Wawancara dilakukan oleh penulis untuk mendapatkan data dengan cara Tanya jawab langsung atau tatap muka guna memperoleh keterangan dan data yang diperlukan dalam penelitian baik itu secara lisan maupun tulisan. Pihak-pihak yang berkepentingan diantaranya kreditur yang

dalam hal ini adalah lembaga keuangan dan pejabat terkait dalam pelaksanaan pemberian kredit. Sedangkan debitur adalah masyarakat serta pihak-pihak lain yang berkaitan dengan masalah yang diteliti

6. Analisis Data

Analisis data yang digunakan dalam penelitian ini yaitu analisa data kualitatif induktif, dimana analisa data dilakukan dengan cara melakukan penafsiran hukum dengan cara mendeskripsikan atau menguraikan secara konsisten data primer maupun sekunder yang didapatkan untuk menjawab permasalahan dalam penelitian ini.

I. Originalitas Penelitian

Berkaitan dengan penulisan disertasi yang berjudul **“Rekontruksi Regulasi Wanprestasi Perjanjian Dengan Jaminan Hak Tanggungan Berbasis Nilai Keadilan Pancasila”** berdasarkan penelusuran kepustakaan, *internet*, dan sumber informasi lain sampai saat ini belum ada yang melakukan penelitian dengan judul yang sama, namun demikian terdapat beberapa penelitian atau setidaknya hasil studi (kajian) yang memiliki relevansi yang bersinggungan erat dengan penelitian ini.

Lebih lanjut orisinalitas penelitian disertasi ini dapat dilihat berdasarkan perbandingan beberapa penelitian terdahulu sebagaimana berikut ini :

Orisinalitas Penelitian			
REKONSTRUKSI REGULASI WANPRESTASI PERJANJIAN DENGAN JAMINAN HAK TANGGUNGAN BERBASIS NILAI KEADILAN PANCASILA			
No	Nama Peneliti/ Judul Penelitian/ Perguruan Tinggi / Tahun	Hasil Temuan	Kebaruan Penelitian
1.	Kevin Kogin / Karakteristik Klausula Cross Colateral dan Cross Default dalam perjanjian Kredit / Program Studi Doktor Hukum Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus Surabaya / Tahun 2018	1. Hakekat agunan (<i>collateral</i>) dalam penyaluran dana pinjaman Bank, adalah sebagai “benteng pelapis” bagi Jaminan Umum yang disediakan oleh Pasal 1131 KUHPerdara, demi tercapainya cita hukum berupa kepastian hukum, kemanfaatan hukum, dan terutama keadilan hukum. Eksistensi agunan begitu penting karena berkaitan dengan fungsi Bank sebagai lembaga intermediary, sebagaimana diatur dalam UU Perbankan, yang mengamanahkan perwujudan prinsip kehati-hatian Bank melalui pelaksanaan prinsip <i>Five C's of Credit</i> . Maka, demi mewujudkan asas specialiteit, Benda-Benda tertentu milik	Penelitian ini mereformulasi klausula baku dalam perjanjian kredit dengan jaminan hak tanggungan yang merugikan debitur karena dalam klausula baku tersebut posisi debitur demikian lemah dibandingkan dengan pihak Bank.

		<p>Debitur dan/atau pemilik Benda Tertentu, harus dicabut dan dijadikan agunan sebagai Jaminan Kebendaan. Selain itu, demi terpenuhinya asas publisitas, perjanjian Jaminan Kebendaan wajib dipublikasikan.</p> <p>2. Ratio legis penggunaan klausula <i>cross collateral</i> dan <i>cross default</i> dalam perjanjian Kredit Perbankan adalah sebagai pelaksanaan prinsip kehati-hatian Bank secara lebih ketat (ekstra), guna menekankan kecermatan Nasabah Debitur dalam memenuhi kewajiban terhadap Bank, dan demi efisiensi kegiatan usaha Bank, pada Kredit korporasi yang berjumlah besar dan rumit. Namun, ratio legis tersebut, wajib dilandasi juga dengan itikad baik sebagai syarat perumusan, penutupan, dan pelaksanaan perjanjian Kredit Perbankan.</p> <p>3. Terjadinya wanprestasi (event of default) oleh Nasabah Debitur,</p>	
--	--	---	--

		<p>akan menimbulkan akibat hukum terhadap klausula <i>cross collateral</i> dan <i>cross default</i>, berupa aktifnya klausula <i>default</i> yang diikuti dengan aktifnya klausula <i>cross collateral</i>. Seluruh fasilitas Kredit yang diterima oleh Nasabah Debitur dari Bank, menjadi jatuh tempo dan dapat ditagih oleh Bank, serta terjadinya eksekusi terhadap seluruh Jaminan Kebendaan, untuk melunasi seluruh utang Nasabah Debitur kepada Bank. Akibat hukum tersebut akan menyebabkan, kondisi keuangan Nasabah Debitur berada dalam keadaan yang sangat sulit (<i>extreme financial distress</i>), eksekusi terhadap Benda-Benda agunan secara tidak proporsional, dan akhirnya berujung pada “kematian” usaha dan eksistensi Nasabah Debitur.</p>	
2	Agung Cahyo Kuncoro / Karakteristik	1. SKMHT merupakan bentuk perjanjian kuasa bersyarat tangguh, dimana SKMHT	Penelitian ini mereformulasi karakteristik dalam

<p>Surat Kuasa Membebankan Hak Tanggungan Dalam Sistem Hukum Jaminan Di Indonesia / Program Studi Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Jember / Tahun 2019</p>	<p>digunakan untuk menjamin atas suatu keadaan yang belum jelas apa yang terjadi dikemudian hari sebagaimana ketentuan Pasal 1253 B.W.</p> <p>2. Ratio legis pembentukan SKMHT dijiwai dari nilai keadilan sebagaimana diejawantahkan pada sila ke-5 Pancasila, yang merupakan bentuk perlindungan proporsional bagi kepentingan golongan ekonomi lemah maupun untuk melindungi kepentingan kreditur dalam hal pemberian jaminan dan pelunasan hutang yang berdasarkan ketentuan Pasal 11 ayat (2) UUPA, sebagai bentuk perlindungan eksternal yang proporsional dalam pemanfaatan hak atas tanah sebagai jaminan pelunasan hutang.</p> <p>3. Konstruksi hukum SKMHT kedepan berdasarkan unsur-unsurnya sebagaimana teori system hukum Kess Schuit, serta untuk menciptakan</p>	<p>perjanjian kredit dengan jaminan hak tanggungan yang merugikan debitur karena dalam klausa baku tersebut posisi debitur demikian lemah dibandingkan dengan pihak Bank.</p>
--	---	---

		<p>efisiensi dan kepastian hukum dalam pelaksanaannya, setidaknya ada 6 (enam) hal yang perlu diperhatikan dalam SKMHT, dari unsur idiil dalam SKMHT, harus memperhatikan ketentuan Pasal 1320 B.W dan Pasal 1253 BW tentang perjanjian bersyarat, berlandaskan asas kebebasan berkontrak dan itikad baik, ada hak dan kewajiban dalam perjanjian kuasa, dan konsisten; Unsur Operasional, kewenangan pembuatan SKMHT harus selaras dengan syarat Outensitas berdasarkan Pasal 1868 BW dan dari unsur aktuil, harus diberikan batasan yang tegas terkait dengan “benar-benar dibutuhkan” sehingga tidak terjadi penyalahgunaan SKMHT.</p>	
3	Zaenal Arifin / Rekontruksi Parate Eksekusi Hak Tanggung	1. Pembentukan lembaga parate executie berdasarkan ketentuan Pasal 6 dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan, merupakan	Penelitian ini mereformulasi klausa baku dalam perjanjian kredit dengan jaminan hak tanggungan yang

<p>Atas Tanah Yang Berbasis Nilai Keadilan/ Program Studi Doktor (S-3) Ilmu Hukum (PDIH) Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung Semarang / Tahun 2017</p>	<p>salah satu sarana yang memang sengaja diadakan bagi kreditur pemegang Hak Tanggungan pertama untuk mendapatkan kembali pelunasan piutangnya dengan cara mudah dan murah (dengan maksud untuk menerobos formalitas hukum acara perdata biasa). Sebagai perjanjian tambahan (<i>assecoir</i>) pada prakteknya parate eksekusi ini dianggap tidak dapat memberikan keadilan utamanya bagi debitur</p> <p>2. Pelaksanaan parate eksekusi berdasarkan Pasal 6 Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan pada prakteknya banyak menemui hambatan dan kendala. Hal ini mengakibatkan hilangnya aspek kemudahan, efisiensi dan sisi kepastian hukum yang semula mendasari tujuan dari diakomodirnya lembaga parate eksekusi ini dalam Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan. Kerugian</p>	<p>merugikan debitur apabila terjadi eksekusi hak tanggungan karena dalam klausa baku tersebut posisi debitur demikian lemah dibandingkan dengan pihak Bank.</p>
--	--	--

		<p>yang paling mencolok adalah hilangnya aspek kepastian hukum, kerugian waktu, biaya, serta kerugian material lain yang diderita baik oleh kreditur maupun debitur akibat dari terhambatnya pelaksanaan parate eksekusi.</p> <p>3. Rekonstruksi parate eksekusi dilakukan dengan mengambil nilai-nilai social justice yang terkandung dalam Pancasila, dengan mengutamakan keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum dalam pelaksanaannya.</p>	
4	<p>Sahal Afhami / Rekontruksi Perjanjian Kredit Bank Berbentuk Standart Yang Berbasis Keadilan/ Program Studi Doktor (S-3) Ilmu Hukum (PDIH) Fakultas</p>	<p>1. Perjanjian kredit bank berbentuk standar belum berbasis nilai keadilan karena isinya ditentukan sepihak oleh bank, dimana nasabah debitur tidak mempunyai posisi tawar (<i>bargaining position</i>) terhadap beberapa bentuk perjanjian yang digunakan bank, antara lain perjanjian kredit aplikasi dan syarat-syarat pembukuan rekening korang, aplikasi dan</p>	<p>Penelitian ini mereformulasi klausa baku dalam perjanjian kredit dengan jaminan hak tanggungan yang merugikan debitur karena dalam klausa baku tersebut posisi debitur demikian lemah dibandingkan dengan pihak Bank.</p>

<p>Hukum Universitas Islam Sultan Agung Semarang / Tahun 2017</p>	<p>syarat-syarat pembukuan tabungan, aplikasi pembukuan deposito berjangka sertifikat deposito, dan aplikasi pengiriman (transfer) uang. Disamping itu perjanjian tersebut memuat klausula-klausula dalam bentuk formulir yang tidak memberi kesempatan kepada calon debitur untuk membicarakan terlebih dahulu isi klausula-klausula itu, dan hampir semua klausula dibakukan, hanya beberapa klausula yang belum dibakukan misalnya menyangkut jenis, harga, jumlah, tempat, waktu dan beberapa hal yang spesifik dari obyek yang diperjanjikan, maka kedudukan kreditur selalu dalam posisi yang lebih dominan dan tidak seimbang dibanding dengan kedudukan debitur.</p> <p>2. Kelemahan-kelemahan perjanjian kredit bank banyak dibatasi oleh ketentuan Undang-Undang (Undang-Undang</p>	
---	---	--

		<p>Perbankan) dan juga ketentuan Bank Indonesia (Surat Keputusan, Peraturan dan Edaran Bank Indonesia). Ketentuan Undang-Undang melahirkan prinsip kehati-hatian bagi bank dalam menyalurkan kreditnya kepada masyarakat yang terkenal dengan 5 C's (Character, Capacity, Capital, Collateral, Condition), sedang Bank Indonesia sebagai pemegang otoritas perbankan menetapkan peraturan dalam pemberian kredit, baik yang berkaitan dengan regulasi, larangan, lembaga, jaminan, maupun eksekusi barang jaminan.</p> <p>3. Rekonstruksi nilai perjanjian kredit bank yang berbasis nilai keadilan adalah perjanjian kredit yang dibuat tidak berbentuk perjanjian standar, tetapi perjanjian kredit yang dibuat atas kehendak bebas kreditur dan debitur secara seimbang. Adapun rekonstruksi hukumnya</p>	
--	--	--	--

		<p>merekonstruksi Pasal 6 huruf b Undang-undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perbankan, berbunyi: usaha bank meliputi memberikan kredit atas prinsip kehati-hatian dan melindungi kreditur dan debitur secara seimbang. Dan menghapus Surat Edaran Otoritas Jasa Keuangan Nomor 13/SEOJK.07/2014 tentang Perjanjian Baku karena tidak memberikan perlindungan kepada kreditur dan debitur secara seimbang.</p>	
--	--	---	--

J. Sistematika Penulisan

Untuk lebih memudahkan dalam penulisannya, maka dalam penelitian ini Penulis membagi menjadi empat bab dan tiap-tiap bab dibagi dalam sub bab yang disesuaikan dengan luas pembahasannya. Adapun sistematika penulisan hukum ini adalah sebagai berikut :

BAB I PENDAHULUAN, berisi latar belakang masalah, pembatasan masalah, perumusan masalah, tujuan penelitian, kegunaan penelitian, kerangka konsep, kerangka teoritik, kerangka pemikiran, metode penelitian, orisinalitas penelitian dan sistematika penulisan.

BAB II TINJAUAN PUSTAKA. Dalam bab ini akan akan memuat tentang Pengertian Perjanjian dan Syarat Sah Perjanjian, Pengertian Kredit dan Unsur-Unsur Kredit, Pengertian Jaminan dan Fungsi Jaminan, Pengertian dan Dasar Hukum Hak Tanggungan

BAB III REGULASI WANPRESTASI PERJANJIAN DENGAN JAMINAN HAK TANGGUNGAN BELUM BERBASIS NILAI KEADILAN PANCASILA, Dalam bab ini akan memuat tentang Klausula Perjanjian Kredit Yang Merugikan Debitur, Perlindungan Hukum Terhadap Perjanjian Kredit Oleh Perbankan, Regulasi Wanprestasi Perjanjian Dengan Jaminan Hak Tanggungan Belum Berbasis Nilai Keadilan

BAB IV KELEMAHAN-KELEMAHAN REGULASI WANPRESTASI PERJANJIAN DENGAN HAK TANGGUNGAN SAAT INI. Dalam bab ini akan memuat tentang kelemahan dari aspek substansi hukum, struktur hukum, dan budaya hukum.

BAB V REKONTRUKSI REGULASI WANPRESTASI PERJANJIAN DENGAN JAMINAN HAK TANGGUNGAN BERBASIS NILAI KEADILAN PANCASILA, Dalam bab ini akan membahas tentang regulasi wanprestasi perjanjian hak tanggungan di negara asing, rekonstruksi nilai regulasi wanprestasi perjanjian dengan hak tanggungan berbasis nilai keadilan Pancasila, rekonstruksi norma regulasi wanprestasi perjanjian dengan hak tanggungan berbasis nilai keadilan Pancasila.

BAB VI PENUTUP, terdiri dari kesimpulan dan saran. Dimana simpulan merupakan pernyataan singkat atas penjabaran dari hasil penelitian dan pembahasan sementara saran dibuat atas dasar temuan pada saat melakukan penelitian yang ditujukan kepada pihak yang berkaitan dengan penelitian Penulis.



BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Pengertian Perjanjian dan Syarat Sah Perjanjian

1. Perjanjian

Perjanjian adalah suatu hal yang penting karena menyangkut kepentingan para pihak yang membuatnya. Setiap perjanjian hendaknya dibuat secara tertulis agar diperoleh kekuatan hukum, sehingga tujuan kepastian hukum dapat terwujud. Sehubungan dengan perjanjian Pasal 1313 KUH Perdata memberikan definisi sebagai berikut “Suatu perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih”.

Subekti menyatakan bahwa suatu perjanjian adalah suatu peristiwa seseorang berjanji kepada orang lain atau dua orang itu berjanji melaksanakan suatu hal, dari peristiwa ini timbul suatu perikatan.¹⁰⁸ Abdul Kadir Muhammad merumuskan kembali definisi Pasal 1313 KUH Perdata sebagai berikut, bahwa yang disebut perjanjian adalah suatu persetujuan dengan dimana dua orang atau lebih saling mengikatkan diri untuk melaksanakan suatu hal dalam lapangan harta kekayaan.¹⁰⁹

¹⁰⁸ R. Subekti, 1979, *Hukum Perjanjian*, Intermasa, Jakarta, hlm. 1.

¹⁰⁹ Abdul Kadir Muhammad, 1992, *Hukum Perikatan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 78.

Menurut KRMT Tirtodiningrat dalam Agus Yudha Hernoko, perjanjian adalah suatu perbuatan hukum berdasarkan kata sepakat diantara dua orang atau lebih untuk menimbulkan akibat-akibat hukum yang dapat dipaksakan oleh undang-undang.¹¹⁰

Definisi perjanjian yang telah diuraikan di dalam Pasal 1313 KUH Perdata, terdapat beberapa kelemahan dan kekurangan menurut para sarjana. Menurut Setiawan rumusan Pasal 1313 KUH Perdata selain tidak lengkap juga sangat luas. Tidak lengkap karena hanya menyebutkan persetujuan sepihak saja. Sangat luas karena dengan digunakannya perkataan “perbuatan” tercakup juga perwakilan sukarela dan perbuatan melawan hukum. Sehubungan dengan itu menurut Setiawan perlu kiranya diadakan perbaikan mengenai definisi tersebut ialah:¹¹¹

- a. Perbuatan harus diartikan sebagai perbuatan hukum, yaitu perbuatan yang bertujuan untuk menimbulkan akibat hukum
- b. Menambahkan perkataan “atau saling mengikatkan dirinya” dalam Pasal 1313 KUH Perdata
- c. Sehingga perumusanya menjadi “perjanjian adalah perbuatan hukum, dimana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya atau saling mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih”.

¹¹⁰ Agus Yudha Hernoko, 2008, *Hukum Perjanjian, Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersil*, LaksBang Mediatama, Yogyakarta, hlm. 43.

¹¹¹ Johannes dan Lindawaty Sewu, 2004, *Hukum Bisnis Dalam Persepsi Manusia Modern*, Aditama, Jakarta, hlm. 41.

Kesepakatan para pihak merupakan unsur mutlak untuk terjadinya suatu kontrak. Kesepakatan ini dapat terjadi dengan berbagai cara, namun yang paling penting adalah adanya penawaran dan penerimaan atas penawaran tersebut, namun secara garis besar terjadinya kesepakatan dapat terjadi secara tertulis dan tidak tertulis, yang mana kesepakatan yang terjadi secara tidak tertulis tersebut dapat berupa kesepakatan lisan, simbol-simbol tertentu, atau diam-diam.¹¹²

Dalam perjanjian dikenal beberapa asas penting yang merupakan dasar kehendak pihak-pihak dalam mencapai tujuan. Beberapa asas tersebut diantaranya adalah sebagai berikut:¹¹³

a. Asas kebebasan berkontrak

Asas kebebasan berkontrak dapat dianalisis dari ketentuan Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara yang berbunyi: “Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya”. Asas kebebasan berkontrak adalah salah satu asas yang memberikan kebebasan kepada para pihak untuk:

1. Membuat atau tidak membuat perjanjian,
2. Mengadakan perjanjian dengan siapapun,
3. Menentukan isi perjanjian, pelaksanaan, dan persyaratannya, dan

¹¹² Amirah, Ahmadi Miru, dan Nurfaidah Said, 2013, *Perlindungan Hukum Rahasia Dagang Dalam Perjanjian Kerjasama Waralaba*, Jurnal Tesis Magister Kenotariatan Universitas Hasanuddin, hlm. 4.

¹¹³ Muhammad Syaifuddin, 2012, *Hukum Kontrak Memahami Kontrak Dalam Perspektif Filsafat, Teori, Dogmatik, dan Praktik Hukum*, Mandar Maju, Bandung, hlm. 91.

4. Menentukan bentuknya perjanjian, yaitu tertulis atau lisan.

b. Asas Konsensualisme

Asas konsensualisme dapat disimpulkan dalam Pasal 1320 ayat 1 BW. Dalam pasal tersebut ditentukan bahwa salah satu syarat sahnya perjanjian yaitu adanya kesepakatan kedua belah pihak. Asas konsensualisme merupakan asas yang menyatakan bahwa perjanjian pada umumnya tidak diadakan secara formal, tapi cukup dengan adanya kesepakatan kedua belah pihak. Kesepakatan merupakan persesuaian antara kehendak dan pernyataan yang dibuat oleh kedua belah pihak.

c. Asas Pacta Sunt Servanda

Asas pacta sunt servanda atau disebut juga dengan asas kepastian hukum. Asas ini berhubungan dengan akibat perjanjian. Asas pacta sunt servanda merupakan asas bahwa hakim atau pihak ketiga harus menghormati substansi kontrak yang dibuat oleh para pihak, sebagaimana layaknya sebuah undang-undang. Mereka tidak boleh melakukan intervensi terhadap substansi kontrak yang dibuat oleh para pihak. Asas pacta sunt servanda dapat disimpulkan dalam Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara yang berbunyi : “Perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang.”

d. Asas Itikad Baik (Goede Trouw)

Asas itikad baik dapat disimpulkan dari Pasal 1338 ayat (3) KUHPerdara. Pasal 1338 ayat (3) berbunyi : “Perjanjian harus

dilaksanakan dengan itikad baik”. Asas itikad merupakan asas bahwa para pihak, yaitu kreditur dan debitur harus melaksanakan substansi kontrak berdasarkan kepercayaan atau keyakinan yang teguh atau kemauan baik dari para pihak.

Asas itikad baik dibagi menjadi dua macam yaitu itikad baik nisbi dan itikad baik mutlak. Pada itikad baik nisbi, orang memperhatikan sikap dan tingkah laku yang nyata dari subjek. Pada itikad baik mutlak, penilaiannya terletak pada akal sehat dan keadilan, dibuat ukuran yang objektif untuk menilai keadaan (penilaian tidak memihak) menurut norma-norma yang objektif.¹¹⁴

e. Asas Kepribadian (Personalitas)

Asas kepribadian merupakan asas yang menentukan bahwa seseorang yang akan melakukan dan atau membuat kontrak hanya untuk kepentingan perseorangan saja. Hal ini dapat dilihat dalam Pasal 1315 KUHPerdara. Pasal 1315 KUHPerdara berbunyi: “Pada umumnya seseorang tidak dapat mengadakan perikatan atau perjanjian selain untuk dirinya sendiri.” Inti ketentuan ini bahwa seseorang yang mengadakan perjanjian hanya untuk kepentingan dirinya sendiri. Pasal 1340 KUHPerdara berbunyi: “Perjanjian hanya berlaku antara pihak yang membuatnya”. Ini berarti bahwa perjanjian yang dibuat oleh para pihak hanya berlaku bagi mereka yang membuatnya. Namun ketentuan itu ada

¹¹⁴ R. Subekti, 2002, *Hukum Perjanjian*, Intermasa, Jakarta, hlm. 10.

pengecualiannya, sebagaimana yang diintrodusir dalam Pasal 1317 KUHPerdara, yang berbunyi: “Dapat pula perjanjian diadakan untuk kepentingan pihak ketiga, bila suatu perjanjian yang dibuat untuk diri sendiri, atau suatu pemberian kepada orang lain, mengandung suatu syarat semacam itu”.

Perjanjian dapat dibedakan menurut berbagai cara. Perbedaan tersebut adalah sebagai berikut :¹¹⁵

a. Perjanjian timbal balik

Perjanjian timbal balik adalah perjanjian yang menimbulkan kewajiban pokok bagi kedua belah pihak. Misalnya, perjanjian jual-beli.

b. Perjanjian cuma-cuma dan perjanjian atas beban

Perjanjian dengan cuma-cuma adalah perjanjian yang memberikan keuntungan bagi salah satu pihak saja. Misalnya, hibah. Perjanjian atas beban adalah perjanjian terhadap prestasi dari pihak yang satu selalu terdapat kontra prestasi dari pihak lain, dan antara kedua prestasi itu ada hubungannya menurut hukum.

c. Perjanjian bernama dan perjanjian tidak bernama

Perjanjian bernama adalah perjanjian yang mempunyai nama sendiri. Maksudnya ialah perjanjian-perjanjian tersebut diatur dan diberi nama oleh pembentuk undang-undang, berdasarkan tipe yang paling

¹¹⁵ Mariam Darus Badruzaman, 1994, *Kompilasi Hukum Perikatan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 19.

banyak terjadi sehari-hari. Perjanjian bernama terdapat dalam Bab V s.d. XVIII KUHPerduta. Perjanjian tidak bernama, yaitu perjanjian-perjanjian yang tidak diatur dalam KUHPerduta, tetapi terdapat di masyarakat. Lahirnya perjanjian ini adalah berdasarkan asas kebebasan mengadakan perjanjian yang berlaku di dalam Hukum Perjanjian. Salah satu contoh dari perjanjian adalah perjanjian sewa beli.

d. Perjanjian obligator dan kebendaan

Perjanjian obligator adalah perjanjian antara pihak-pihak yang mengikatkan diri untuk melakukan penyerahan kepada pihak lain (perjanjian yang menimbulkan perikatan). Menurut KUHPerduta, perjanjian jual beli saja belum mengakibatkan beralihnya hak milik dari penjual kepada pembeli. Beralihnya hak milik atas bendanya masih diperlukan satu lembaga lain, yaitu penyerahan. Perjanjian jual belinya itu dinamakan perjanjian obligator karena membebaskan kewajiban kepada para pihak untuk melakukan penyerahan. Penyerahannya sendiri merupakan perjanjian kebendaan.

e. Perjanjian konsensual dan riil

Perjanjian konsensual adalah perjanjian di antara kedua belah pihak yang telah tercapai persesuaian kehendak untuk mengadakan perikatan. Menurut KUHPerduta, perjanjian ini sudah mempunyai kekuatan mengikat (Pasal 1338 KUPerduta). Namun demikian di dalam KUHPerduta ada juga perjanjian-perjanjian yang hanya berlaku sesudah

terjadi penyerahan barang. Misalnya, perjanjian penitipan barang (Pasal 1694 KUHPerdara), pinjam-pakai (Pasal 1740 KUHPerdara). Perjanjian yang terakhir ini dinamakan perjanjian riil.

Isi suatu perjanjian dapat dibagi menjadi 4 (empat) unsur. Unsur-unsur ini membentuk kerangka dari suatu perjanjian. Unsur-unsur tersebut yaitu :¹¹⁶

a. Judul Perjanjian

Walaupun judul tidak merupakan syarat sahnya suatu perjanjian atau dengan kata lain tidak mempengaruhi keabsahan suatu perjanjian, namun demikian sebagai identitas suatu perjanjian, judul adalah mutlak adanya, dengan demikian setiap orang akan dengan mudah mengetahui jenis perjanjian apa yang sedang mereka baca/lihat, walaupun pemberian judul atas suatu perjanjian merupakan kebebasan bagi para pihak, namun bagi perancang atau pembuat perjanjian seyogyanya memiliki kemampuan untuk membuat suatu judul perjanjian yang dapat mengakomodir seluruh isi perjanjian yang dibuatnya, artinya antara judul dengan isi perjanjian harus ada korelasi dan relevansinya.

b. Bagian Pembukaan

c. Tempat dan Waktu Perjanjian diadakan

Tempat dan waktu perjanjian diadakan merupakan bagian perjanjian yang dapat ditemukan pada bagian pembukaan atau pada

¹¹⁶ Hasanuddin Rahman, 1995, *Aspek-Aspek Hukum Pemberian Kredit Perbankan di Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 96.

bagian penutup, namun biasanya tempat dan waktu ditandatanganinya perjanjian diuraikan pada bagian pembukaan perjanjian, sebelum komparisi.

d. Komparisi

Komparisi adalah bagian pendahuluan perjanjian yang memuat keterangan tentang orang/pihak yang bertindak mengadakan perbuatan hukum. Penuangannya adalah berupa:

1. Uraian terperinci tentang identitas, yang meliputi nama, pekerjaan dan domisili para pihak;
2. Dasar hukum yang memberi kewenangan yuridis untuk bertindak dari para pihak (khususnya untuk badan usaha);
3. Recitals

Bagian ini biasa juga disebut sebagai bagian pertimbangan daripada perjanjian, bagian pembukaan perjanjian yang memuat latar belakang daripada kesepakatan dan diadakannya suatu kontra perjanjian. Recitals adalah penjelasan resmi atau merupakan latar belakang atas sesuatu keadaan dalam suatu perjanjian untuk menjelaskan mengapa terjadi perikatan, dalam recitals biasanya juga dicantumkan tentang sebab masing-masing pihak, hal ini berguna karena merupakan salah satu syarat sahnya suatu perjanjian.

Selain itu, isi perjanjian memuat :¹¹⁷

a. Ketentuan umum

Ketentuan umum memuat pembatasan istilah dan pengertian yang digunakan di dalam seluruh perjanjian. Artinya, di dalam ketentuan ini dirumuskan definisi- definisi atau pembatasan pengertian dari istilah - istilah yang dianggap penting dan sering digunakan dalam perjanjian, yang disepakati oleh para pihak. Dengan adanya kesepakatan semacam ini, maka perselisihan yang timbul karena perbedaan pengertian atau penafsiran di antara para pihak dapat diminimalisir

b. Ketentuan pokok

Isi perjanjian dalam ketentuan pokok ini adalah menyangkut 3 (tiga) macam atau jenis klausula, yaitu :

1) Klausula transaksional.

Berisi tentang hal-hal yang disepakati oleh para pihak, tentang objek dan tata cara pemenuhan prestasi dan kontraprestasi oleh masing-masing pihak yang menjadi kewajibannya.

2) Klausula spesifik.

Berisi tentang hal-hal khusus sesuai dengan karakteristik jenis perikatan atau bisnisnya masing-masing, dan hal inilah yang membedakan antara isi perjanjian bisnis yang satu dengan isi perjanjian bisnis yang lainnya.

¹¹⁷ *Ibid*, hlm. 103.

3) Klausula antisipatif

Berisi tentang hal-hal yang menyangkut kemungkinan kemungkinan yang akan terjadi selama berlangsungnya atau selama masih berlakunya perjanjian dimaksud, seperti perpanjangan kontrak, pengalihan hak/kewajiban salah satu pihak, penyelesaian sengketa, dan lain sebagainya, termasuk menyangkut alamat surat menyurat kedua belah pihak.

4) Ketentuan penunjang

Ketentuan ini diperlukan untuk menunjang efektivitas pelaksanaan perjanjian oleh para pihak yang terlibat di dalamnya, lazimnya antara lain berisi :

a) Klausula tentang condition presedent

Klausula yang memuat tentang syarat-syarat tangguh yang harus dipenuhi terlebih dahulu oleh salah satu pihak sebelum pihak lainnya memenuhi kewajibannya.

b) Klausula tentang affirmatif covenants

Klausula yang memuat tentang janji-janji para pihak untuk melakukan hal-hal tertentu selama perjanjian masih berlangsung/masih berlaku.

c) Klausula tentang negatif covenants

Klausula yang memuat tentang janji -janji para pihak untuk tidak melakukan hal-hal tertentu selama perjanjian masih berlangsung/masih berlaku.

d) Penutup

Ada 4 (empat) hal yang perlu diingat pada bagian ini, yaitu :

- (1) Sebagai suatu penekanan bahwa kontrak ini adalah alat bukti;
- (2) Sebagai bagian yang menyebutkan tempat pembuatan dan penandatanganan;
- (3) Sebagai ruang untuk menyebutkan saksi-saksi dalam perjanjian;
- (4) Sebagai ruang untuk menempatkan tanda tangan para pihak yang melakukan perjanjian.

5) Lampiran-lampiran (bila ada).

Perlu diketahui mengenai lampiran ini, antara lain adalah:

- a) Tidak semua atau tidak selalu perjanjian memiliki lampiran;
- b) Diperlukannya lampiran dalam perjanjian, adalah karena terdapat bagian-bagian yang memerlukan penjelasan yang apabila dimasukkan dalam perjanjian akan sangat panjang, atau memuat gambar, peta dan penjelasan lainnya;

- c) Lampiran merupakan satu kesatuan dan tidak dapat dipisahkan dengan perjanjian yang melampirkannya. Selain hal-hal tersebut, juga harus diingat bahwa lampiran bukanlah perubahan salah satu atau beberapa pasal/isi perjanjian yang telah ditandatangani.

2. Syarat Sah Perjanjian

Syarat-syarat sahnya perjanjian terdapat di dalam Pasal 1320 KUHPerdata yang berbunyi, untuk sahnya perjanjian diperlukan empat syarat yaitu :¹¹⁸

- a. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya.
- b. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan,
- c. Suatu hal tertentu,
- d. Suatu sebab yang halal.

Dari persyaratan tersebut para ahli hukum mencoba menguraikannya secara lebih jelas, sebagai berikut:

- a. Kesepakatan kedua belah pihak

Syarat pertama dalam perjanjian adalah adanya kesepakatan. Kesepakatan adalah persesuaian pernyataan kehendak antara satu orang atau lebih dengan pihak lainnya. Menurut Sudikno Mertokusumo terdapat lima cara terjadinya persesuaian kehendak, yaitu dengan:

- 1) Bahasa yang sempurna dan tertulis;

¹¹⁸ Subekti dan Tjitrosudibio, 1994, *Hukum Pokok-Pokok Hukum Perikatan*, Bina Cipta, Bandung, hlm. 283.

- 2) Bahasa yang sempurna secara lisan;
- 3) Bahasa yang tidak sempurna asal dapat diterima oleh pihak lawan;
- 4) Bahasa isyarat asalkan dapat diterima oleh pihak lawan;
- 5) Diam atau membisu tetapi asal dipahami atau diterima pihak lawan.

b. Kecakapan Bertindak

Kecakapan bertindak atau cakap Hukum sudah diatur dalam undang-undang No.1 Tahun 1974 adalah kecakapan atau kemampuan untuk melakukan perbuatan hukum. Perbuatan hukum adalah perbuatan yang akan menimbulkan akibat hukum. Orang-orang yang akan mengadakan perjanjian haruslah orang-orang yang cakap dan yang mempunyai wewenang untuk melakukan perbuatan hukum, sebagaimana ditentukan oleh undang-undang. Orang yang cakap mempunyai wewenang untuk melakukan perbuatan hukum adalah orang yang sudah dewasa. Orang yang tidak berwenang untuk melakukan perbuatan hukum adalah anak dibawah umur, orang yang ditaruh dibawah pengampuan, dan istri. Akan tetapi dalam perkembangannya, istri dapat melakukan perbuatan hukum, sebagaimana diatur dalam Pasal 31 Undang- undang Nomor 1 Tahun 1974 jo SEMA No. 3 Tahun 1963.¹¹⁹

¹¹⁹ Salim H.S., 2005, *Hukum Kontrak, Teori dan Teknik Penyusunan Kontrak*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 24.

1) Adanya Objek Perjanjian

Objek perjanjian yang dimaksud disini adalah yang diatur di dalam Pasal 1332 sampai dengan 1334 KUHPerdota. Objek perjanjian yang dapat dikategorikan dalam pasal tersebut :

- a) Objek yang akan ada (kecuali warisan), asalkan dapat ditentukan jenis dan dapat dihitung.
- b) Objek yang dapat diperdagangkan (barang-barang yang dipergunakan untuk kepentingan umum tidak dapat menjadi objek perjanjian.

2) Adanya sebab yang halal

Pada Pasal 1320 KUHPerdota tidak dijelaskan pengertian dari kausa yang halal. Di dalam Pasal 1337 KUHPerdota hanya disebutkan kausa yang terlarang. Suatu sebab adalah terlarang apabila bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan, dan ketertiban umum. Suatu perjanjian, apabila tidak memenuhi syarat subjektif yaitu adanya kesepakatan kedua belah pihak dan kecakapan bertindak pihak-pihkanya, maka perjanjian tersebut dapat dibatalkan. Perjanjian yang tidak memenuhi syarat objektif perjanjian, yaitu adanya objek perjanjian dan adanya sebab yang halal, maka perjanjian itu batal dengan sendirinya demi hukum.

Perjanjian tidak hanya dilihat semata-mata tetapi harus dilihat pembuatan sebelumnya atau yang mendahuluinya. Ada tiga tahapan dalam membuat perjanjian, menurut teori baru yaitu :¹²⁰

- a. Tahap pra-contractual, yaitu adanya penawaran dan penerimaan;
- b. Tahap contractual, yaitu adanya persesuaian pernyataan kehendak antara para pihak;
- c. Tahap post-contractual, yaitu pelaksanaan perjanjian.

Terdapat dua prinsip hukum yang harus diperhatikan dalam mempersiapkan perjanjian, yang pertama adalah beginselen der contractsvrijheid atau party autonomy, yaitu para pihak bebas untuk memperjanjikan apa yang mereka inginkan, dengan syarat tidak bertentangan dengan undang-undang, ketertiban umum dan kesusilaan. Yang kedua adalah pacta sunt servanda, merupakan asas bahwa hakim atau pihak ketiga harus menghormati substansi kontrak yang dibuat oleh para pihak, sebagaimana layaknya sebuah undang-undang.

Tahap yang penting dalam pembuatan perjanjian adalah tahap penyusunan perjanjian. Tahap penyusunan perjanjian membutuhkan ketelitian dan kejelian para pihak sebab apabila terdapat kekeliruan dalam pembuatan perjanjian akan menimbulkan persoalan dalam

¹²⁰ Djaja S. Meliala, 2008, *Perkembangan Hukum Perdata Tentang Orang dan Hukum Keluarga*, Nuansa Aulia, Bandung, hlm. 95.

pelaksanaannya. Terdapat lima tahap penyusunan perjanjian di Indonesia, yaitu :

- a. Pembuatan draf pertama, yang meliputi:
 - 1) Judul perjanjian;
 - 2) Pembukaan;
 - 3) Pihak-pihak dalam perjanjian;
 - 4) Racital;
 - 5) Isi perjanjian;
 - 6) Penutup
- b. Saling menukar draf perjanjian;
- c. Perlu diadakan revisi;
- d. Dilakukan penyelesaian akhir;
- e. Penandatanganan perjanjian oleh masing-masing pihak.

Akibat hukum suatu perjanjian lahir dari adanya hubungan hukum perikatan yaitu adanya hak dan kewajiban. Pemenuhan akan hak dan kewajiban inilah yang merupakan salah satu bentuk akibat hukum perjanjian.¹²¹ Akibat hukum perjanjian berdasarkan Pasal 1338 KUH Perdata, antara lain:

- a. Perjanjian mengikat para pihak, yang dimaksud para pihak disini adalah para pihak yang membuat perjanjian, ahli waris berdasarkan

¹²¹ H.R. Daeng Naja, 2009, *Pengantar Hukum Bisnis Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 100.

alasan hak umum karena mereka memperoleh segala hak dari seseorang secara tidak terperinci, dan pihak ketiga yang diuntungkan dari perjanjian yang dibuat berdasarkan alas hak khusus karena mereka itu memperoleh segala hak dari seseorang secara terperinci/khusus;

- b. Perjanjian tidak dapat ditarik kembali secara sepihak karena merupakan kesepakatan di antara kedua belah pihak dan alasan-alasan yang oleh undang-undang dinyatakan cukup untuk itu;
- c. Perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik. Melaksanakan apa yang menjadi hak disatu pihak dan kewajiban dipihak yang lain dari pihak yang membuat perjanjian. Hakim berkuasa menyimpangi isi perjanjian bila bertentangan dengan rasa keadilan. Sehingga agar suatu perjanjian dapat dilaksanakan harus dilandasi dengan prinsip itikad baik, prinsip kepatutan, kebiasaan, dan sesuai undang-undang. Dimasukkannya itikad baik ke dalam perjanjian berarti perjanjian harus ditafsirkan berdasarkan keadilan dan kepatutan.

Demikian pula menurut Pasal 1339 KUHPerdara suatu perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan dalam perjanjian, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat perjanjian diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan, atau undang-undang. Akibat hukum perjanjian yang tidak memenuhi syarat sahnya suatu perjanjian. Apabila suatu perjanjian tidak memenuhi persyaratan dalam Pasal 1320

KUHPerdata maka perjanjian menjadi tidak sah. Akibat hukum perjanjian yang tidak sah dapat dibedakan menjadi :¹²²

a. Perjanjian yang dapat dibatalkan.

Secara prinsip suatu perjanjian yang telah dibuat dapat dibatalkan jika perjanjian tersebut dalam pelaksanaannya akan merugikan pihak-pihak tertentu serta apabila tidak memenuhi syarat subjektif yaitu syarat kesepakatan dan syarat kecakapan seperti yang termuat dalam Pasal 1320 KUHPerdata.

b. Perjanjian yang batal demi hukum.

Suatu perjanjian dikatakan batal demi hukum, apabila terjadi pelanggaran terhadap syarat objektif yaitu suatu hal tertentu dan sebab yang halal.

B. Pengertian Kredit dan Unsur-Unsur Kredit

1. Kredit

Istilah kredit berasal dari bahasa latin “credere” yang berarti kepercayaan (dalam bahasa Inggris faith dan trust).¹²³ Dapat dikatakan bahwa kreditor dalam hubungan perkreditan dengan debitor mempunyai suatu kepercayaan, bahwa debitor dalam waktu dan dengan syarat-syarat yang telah

¹²² Kartini Mujadi dan Gunawan Widjaja, 2010, *Seri Hukum Perikatan, Perikatan yang Lahir dari Perjanjian*, Rajagrafindo Persada, Jakarta, hlm. 166.

¹²³ Rachmadi Usman, 2001, *Aspek-Aspek Hukum Perbankan di Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, hlm. 236.

disetujui bersama, dapat mengembalikan atau membayar kembali kredit yang bersangkutan. Dengan demikian, dasar dari pada kredit adalah kepercayaan. Dilihat dari Sudut Ekonomi, kredit diartikan sebagai penundaan pembayaran karena pengembalian atas penerimaan uang dana atau suatu barang tidak dilakukan bersamaan pada saatnya menerima, melainkan pengembaliannya dilakukan pada masa tertentu yang akan datang.¹²⁴

Beberapa pakar juga mengemukakan mengenai pendapat mengenai definisi kredit, yakni H.M.A Savelberg menyatakan bahwa kredit mempunyai dasar bagi setiap perikatan (verbintenis) dimana seorang berhak menuntut sesuatu dari orang sebagai jaminan, dimana seorang menyerahkan sesuatu dari orang lain dengan tujuan untuk memperoleh kembali apa yang diserahkan itu.¹²⁵ Menurut Mr. J.A Levy merumuskan arti hukum dari kredit yaitu menyerahkan secara sukarela sejumlah uang untuk dipergunakan secara bebas oleh penerima kredit. Penerima kredit berhak mempergunakan pinjaman itu untuk keuntungannya dengan kewajiban mengembalikan jumlah uang pinjaman itu di belakang hari.¹²⁶

Sedangkan menurut O.P. Simorangkir, kredit adalah pemberian prestasi (misalnya uang, barang) dengan balas prestasi (kontra prestasi) akan terjadi pada waktu prestasi uang, maka transaksi kredit menyangkut uang

¹²⁴ Johannes Ibrahim, 2004, *Cross Default & Cross Collateral Dalam Upaya Penyelesaian Kredit Bermasalah*, Refika Aditama, Bandung, hlm. 17.

¹²⁵ *Ibid*, hlm. 17.

¹²⁶ *Ibid*.

sebagai alat kredit yang menjadi pembahasan. Kredit berfungsi kooperatif antara pemberi kredit dan penerima kredit atau antara kreditor dengan debitor. Mereka menarik keuntungan dan saling menanggung risiko. Singkatnya kredit dalam arti luas berdasarkan atas komponen-komponen kepercayaan, risiko dan pertukaran ekonomi dimasa mendatang.¹²⁷

Pemberian suatu fasilitas kredit memiliki tujuan tertentu. Tujuan pemberian kredit tersebut tidak akan terlepas dari misi bank tersebut didirikan. Adapun tujuan utama pemberian suatu kredit antara lain :¹²⁸

a. Mencari keuntungan

Yaitu bertujuan untuk memperoleh hasil dari pemberian kredit. Hasil tersebut terutama dalam bentuk bunga yang diterima oleh bank sebagai balas jasa dan biaya administrasi kredit yang dibebankan kepada nasabah. Keuntungan ini penting untuk kelangsungan hidup bank. Jika bank yang terus-menerus mengalami kerugian maka besar kemungkinan bank tersebut akan dilikuidasi atau dibubarkan.

b. Membantu usaha nasabah

Tujuan lainnya adalah untuk membantu usaha nasabah yang memerlukan dana, baik dana investasi ataupun dana untuk modal kerja. Dengan dana tersebut, maka pihak debitur akan dapat mengembangkan dan memperluas usahanya.

¹²⁷ Johannes Ibrahim, 2004, *Mengupas Tuntas Kredit Komersial dan Konsumtif Dalam Perjanjian Kredit Bank (Perspektif Hukum dan Ekonomi)*, Mandar Maju, Bandung, hlm. 10.

¹²⁸ Kasmir, 2014, *Analisis Laporan Keuangan*, Rajagrafindo Persada, hlm. 88.

c. Membantu pemerintah

Bagi pemerintah semakin banyak kredit yang disalurkan oleh pihak perbankan, maka semakin baik, mengingat semakin banyaknya kredit berarti akan adanya peningkatan pembangunan di berbagai sektor.

Keuntungan bagi pemerintah dengan menyebarkan pemberian kredit adalah sebagai berikut:

- a. Penerimaan pajak dari keuntungan yang diperoleh nasabah dan bank.
- b. Membuka kesempatan kerja, dalam hal ini untuk kredit pembangunan usaha baru atau perluasan usaha akan membutuhkan tenaga kerja baru sehingga dapat mengurangi tingkat pengangguran.
- c. Meningkatkan jumlah barang dan jasa, dimana sebagian besar kredit yang disalurkan akan dapat meningkatkan jumlah barang dan jasa yang beredar di masyarakat.
- d. Menghemat devisa negara, terutama untuk produk-produk yang sebelumnya diimpor dan apabila sudah dapat diproduksi di dalam negeri dengan fasilitas kredit yang ada, jelas akan dapat menghemat devisa negara.
- e. meningkatkan devisa negara, apabila produk dari kredit yang dibiayai untuk keperluan ekspor.

Kemudian di samping tujuan di atas, suatu fasilitas kredit juga memiliki fungsi antara lain :¹²⁹

a. Untuk meningkatkan daya guna uang

Dengan adanya kredit dapat meningkatkan daya guna uang, maksudnya jika uang hanya disimpan, maka tidak akan menghasilkan sesuatu yang berguna. Dengan diberikannya kredit, uang tersebut menjadi berguna untuk menghasilkan barang atau jasa oleh penerima kredit.

b. Untuk meningkatkan peredaran dan lalu lintas uang

Dalam hal ini uang yang diberikan atau yang telah disalurkan akan beredar dari satu wilayah ke wilayah lainnya. Sehingga suatu daerah yang kekurangan uang dengan memperoleh kredit, maka daerah tersebut akan memperoleh tambahan uang dari daerah lainnya.

c. Untuk meningkatkan daya guna barang

Kredit yang diberikan oleh bank akan dapat digunakan oleh debitur untuk mengolah barang yang sebelumnya tidak berguna menjadi barang yang berguna atau bermanfaat.

d. Meningkatkan peredaran barang

Kredit dapat pula menambah dan memperlancar arus barang dari satu wilayah ke wilayah lainnya. Sehingga jumlah barang yang beredar di satu wilayah ke wilayah lainnya bertambah atau kredit dapat pula meningkatkan jumlah barang yang beredar.

¹²⁹ *Ibid*, hlm. 89.

e. Sebagai alat stabilitas ekonomi

Dengan memberikan kredit dapat dikatakan sebagai stabilitas ekonomi karena dengan adanya kredit yang diberikan akan menambah jumlah barang yang diperlukan oleh masyarakat. Kemudian dapat pula kredit membantu dalam mengekspor barang dari dalam negeri ke luar negeri sehingga meningkatkan devisa negara.

f. Untuk meningkatkan ke gairah anda berusaha.

Bagi penerima kredit tentu akan dapat meningkatkan ke gairahan berusaha, apalagi bagi nasabah yang memang modalnya pas-pasan.

g. Untuk meningkatkan pemerataan pendapatan

Semakin banyak kredit yang disalurkan, maka akan semakin baik, terutama dalam hal meningkatkan pendapatan. Jika sebuah kredit diberikan untuk membangun pabrik, maka pabrik tersebut tentu membutuhkan tenaga kerja, sehingga dapat pula mengurangi tingkat pengangguran. Di samping itu, bagi masyarakat sekitar pabrik juga akan dapat meningkatkan pendapatannya seperti membuka warung, menyewa rumah kontrakan atau jasa lainnya.

h. Untuk meningkatkan hubungan internasional

Dalam hal pinjaman internasional akan dapat meningkatkan saling membutuhkan antara penerima kredit dengan pemberi kredit. Pemberian kredit dari negara lain akan meningkatkan kerjasama di bidang lainnya.

Prinsip perkreditan disebut juga sebagai konsep 6C. ada dasarnya konsep 6C ini akan dapat memberikan informasi mengenai tekad baik dan kemampuan membayar nasabah untuk melunasi kembali pinjaman beserta bunganya. Prinsip 6C tersebut antara lain adalah :¹³⁰

a. Character

Penilaian character ini dapat mengetahui sejauh mana tingkat kejujuran dan tekad baik calon debitur yaitu kemauan untuk memenuhi kewajiban-kewajiban dari calon debitur.

b. Capacity

Penilaian capacity untuk melihat kemampuan dalam melunasi kewajibannya dari kegiatan usaha yang dilakukan atau kegiatan usaha yang akan dilakukan yang dibiayai dengan kredit dari bank.

c. Capital

Penilaian terhadap prinsip capital tidak hanya melihat besar kecilnya modal yang dimiliki oleh calon debitur tetapi juga bagaimana distribusi modal itu ditempatkan.

d. Collateral

Collateral diartikan sebagai jaminan fisik harta benda yang bernilai uang dan mempunyai harga stabil dan mudah dijual. Jika pada dari peminjam terkena kecelakaan atau hal-hal lain yang mengakibatkan peminjam tidak mampu membayar hutangnya, maka tindakan akhir yang

¹³⁰ Martono, 2002, *Manajemen Keuangan*, Ekonosia, Yogyakarta, hlm. 57.

dilakukan oleh bank adalah melaksanakan haknya atas collateral yang diikat secara yuridis untuk menjamin hutangnya pada bank.

e. Condition of Economy

Pada prinsip condition (kondisi), dinilai situasi dan kondisi politik, sosial, ekonomi, dan kondisi pada sektor usaha calon debitur. Maksudnya agar bank dapat memperkecil risiko yang mungkin timbul oleh kondisi ekonomi, keadaan perdagangan dan persaingan di lingkungan sektor usaha calon debitur dapat diketahui.

f. Constraint

Constraint untuk menilai budaya atau kebiasaan yang tidak memungkinkan seseorang melakukan bisnis di suatu tempat. Masalah constraint ini agak sukar dirumuskan karena tidak ada peraturan tertulis mengenai hal tersebut, dan juga tidak dapat selalu didefinisikan secara fisik permasalahannya.

2. Unsur-Unsur Kredit

Pengertian kredit secara tegas tertuang dalam ketentuan Pasal 1 angka 11 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 (selanjutnya disebut UU Perbankan) yang menyebutkan kredit adalah penyediaan uang atau tagihan yang dapat dipersamakan dengan itu, berdasarkan persetujuan atau kesepakatan pinjam-meminjam antara bank dengan pihak lain yang mewajibkan pihak peminjam melunasi utangnya setelah jangka waktu dengan pemberian bunga.

Standar dari sebuah kredit merupakan salah satu kriteria yang dipakai perusahaan untuk menyeleksi para konsumen yang akan diberikan kredit dan berapa jumlah yang harus diberikan. Hal tersebut menyangkut kebiasaan konsumen dalam membayar kembali, kemungkinan konsumen tidak membayar kredit yang diberikan, dan rata-rata jangka waktu pembayaran para konsumen.¹³¹

Berdasarkan uraian di atas, dapatlah ditarik kesimpulan bahwa di dalam kredit terdapat unsur-unsur sebagai berikut:

a. Kepercayaan

Kepercayaan merupakan suatu keyakinan bagi si pemberi kredit bahwa kredit yang diberikan (baik yang berupa uang, barang atau jasa) benar-benar diterima kembali dimasa yang akan datang sesuai jangka waktu kredit kepercayaan diberikan oleh bank sebagai dasar utama yang melandasi mengapa suatu kredit berani dikururkan. oleh karena itu, sebelum kredit dikururkan harus dilakukan penelitian dan penyelidikan lebih dulu secara mendalam tentang kondisi nasabah, baik secara interen maupun eksteren. Penelitian dan penyelidikan kondisi pemohon kredit sekarang dan masa lalu, untuk menilai kesungguhan dan iktikad baik nasabah terhadap bank.

¹³¹ Agus Sartono, 2009, *Manajemen Keuangan Teori dan Aplikasi*, BPFE, Yogyakarta, hlm. 432.

b. Kesepakatan

Di samping unsur percaya didalam kredit juga mengandung unsur kesepakatan antara si pemberi kredit dengan si penerima kredit. Kesepakatan ini dituangkan dalam suatu perjanjian dimana masing-masing pihak menandatangani hak dan kewajibannya masing-masing. Kesepakatan ini kemudian dituangkan dalam akad kredit dan ditandatangani kedua belah pihak sebelum kredit dikucurkan.

c. Jangka waktu

Setiap kredit yang diberikan memiliki jangka waktu tertentu, jangka waktu ini mencakup masa pengembalian kredit yang telah disepakati. Jangka waktu tersebut bisa berbentuk jangka pendek (dibawah 1 tahun), jangka menengah (1 sampai 3 tahun) atau jangka panjang (diatas 3 tahun). Jangka waktu merupakan batas waktu pengembalian angsuran kredit yang sudah disepakati kedua belah pihak. Untuk kondisi tertentu jangka waktu ini dapat diperpanjang sesuai kebutuhan.

d. Risiko

Akibat adanya tenggang waktu, maka pengembalian kredit akan memungkinkan suatu risiko tidak tertagihnya atau macetnya pemberian suatu kredit. Semakin panjang suatu jangka waktu kredit, maka semakin besar risikonya, demikian pula sebaliknya. Risiko ini menjadi tanggungan bank. Baik risiko yang disengaja oleh nasabah maupun risiko yang tidak sengaja misalnya karena bencana alam atau bangkrutnya usaha nasabah

tanpa adanya unsur kesengajaan lainnya, sehingga nasabah tidak mampu lagi melunasi kredit yang diperolehnya.

e. Balas Jasa

Bagi bank balas jasa merupakan keuntungan atau pendapatan atas pemberian suatu kredit. Dalam bank jenis konvensional balas jasa kita kenal dengan nama bunga. Di samping balas jasa dalam bentuk bunga bank juga membebankan kepada nasabah biaya administrasi kredit yang juga merupakan keuntungan bank. Bagi bank yang berdasarkan prinsip syariah balas jasanya ditentukan dengan bagi hasil.

Dalam menetapkan kebijaksanaan perkreditan tersebut harus diperhatikan 3 (tiga) asas pokok yaitu :¹³²

a. Asas likuiditas

Asas likuiditas adalah suatu asas yang mengharuskan bank untuk tetap dapat menjaga tingkat likuiditasnya, karena suatu bank yang tidak likuid akibatnya akan sangat parah yaitu hilangnya kepercayaan dari para nasabahnya atau dari masyarakat luas. Suatu bank dikatakan likuid apabila memenuhi kriteria antara lain :

- 1) Bank tersebut memiliki cash assets sebesar kebutuhan yang akan digunakan untuk memenuhi likuiditasnya.

¹³² Teguh Pudjo Muljono, 2007, *Manajemen Perkreditan bagi Perbankan Komersil*, BPFE, Yogyakarta, hlm. 20.

- 2) Bank tersebut memiliki asset lainnya yang dapat dicairkan sewaktu-waktu tanpa mengalami penurunan nilai pasarnya.
- 3) Bank tersebut mempunyai kemampuan untuk menciptakan cash assets baru melalui berbagai bentuk utang.

b. Asas solvabilitas

Asas solvabilitas, usaha pokok perbankan yaitu menerima simpanan dana dari masyarakat dan disalurkan dalam bentuk kredit.

c. Asas rentabilitas

Asas rentabilitas, sebagaimana halnya pada setiap kegiatan usaha akan selalu mengharapkan untuk memperoleh laba, baik untuk mempertahankan eksistensinya maupun untuk keperluan mengembangkan dirinya.

Prosedur pemberian kredit dalam dunia perbankan secara umum antar bank yang satu dengan bank yang lainnya tidak jauh berbeda. Yang menjadi perbedaan hanya terletak pada prosedur dan persyaratan yang ditetapkan dengan pertimbangan masing-masing. prosedur pemberian kredit secara umum dapat dibedakan antara pinjaman perseorangan dengan pinjaman suatu badan hukum. Kemudian dapat pula ditinjau dari segi tujuannya apakah untuk produktif atau konsumtif.¹³³

Dalam kenyataan tidak semua kredit yang telah diberikan dapat berjalan lancar, sebagian ada yang kurang lancar dan sebagian menuju

¹³³ Kasmir, *Op.Cit.*, hlm. 100.

kemacetan. Demi amannya suatu kredit, maka perlu diambil langkah-langkah untuk mengklasifikasikan kredit berdasarkan kelancarannya. Hal ini sangat diperlukan untuk melakukan tugas-tugas pengendalian kredit agar dapat berjalan dengan lancar. Keadaan pembayaran pokok atau angsuran pokok dan bunga pinjaman oleh nasabah, terlihat pada tata usaha bank dan hal ini merupakan kolektibilitas dari kredit. Informasi dari tingkat kolektibilitas akan sangat bergantung bagi bank untuk kegiatan pengawasan terhadap masing-masing nasabah secara individu maupun secara keseluruhan. Kolektibilitas adalah suatu pembayaran pokok atau bunga pinjaman oleh nasabah sebagaimana terlihat tata usaha bank berdasarkan Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia (BI) No. 32/268/KEP/DIR tanggal 27 Pebruari 1998, maka kredit dapat dibedakan menjadi :

a. Kredit lancar

Kredit lancar yaitu kredit yang pengembalian pokok pinjaman dan pembayaran bunganya tepat waktu, perkembangan rekening baik dan tidak ada tunggakan serta sesuai dengan persyaratan kredit. Kredit lancar mempunyai kriteria sebagai berikut :

- 1) Pembayaran angsuran pokok dan bunga tepat waktu.
- 2) Memiliki mutasi rekening yang aktif.
- 3) Bagian dari kredit yang dijamin dengan uang tunai.

b. Kredit kurang lancar

Yaitu kredit yang pengembalian pokok pinjaman atau pembayaran bunganya terdapat tunggakan telah melampaui 90 hari sampai 180 hari dari waktu yang telah disepakati. Kredit kurang lancar mempunyai kriteria sebagai berikut :

- 1) Terdapat tunggakan angsuran pokok dan bunga yang telah melampaui 90 hari.
- 2) Frekuensi mutasi rendah.
- 3) Terjadi pelanggaran terhadap kontrak yang telah dijanjikan lebih dari 90 hari.
- 4) Terjadi mutasi masalah keuangan yang dihadapi debitur.
- 5) Dokumentasi pinjaman lemah.

c. Kredit diragukan

Yaitu kredit yang pengembalian pokok pinjaman dan pembayaran bunganya terdapat tunggakan yang telah melampaui 180 hari sampai 270 hari dari waktu yang disepakati. Kredit diragukan memiliki kriteria sebagai berikut :

- 1) Terdapat tunggakan angsuran pokok atau bunga yang telah melampaui 180 hari.
- 2) Terjadinya wanprestasi lebih dari 180 hari.
- 3) Terjadi cerukan yang bersifat permanen.
- 4) Terjadi kapitalisasi bunga.

- 5) Dokumentasi hukum yang lemah baik untuk perjanjian maupun pengikat pinjaman.

d. Kredit macet

Yaitu kredit yang pengembalian pokok pinjaman dan pembayaran bunganya terdapat tunggakan telah melampaui 270 hari. Kredit macet mempunyai kriteria sebagai berikut :

- 1) Terdapat tunggakan angsuran pokok yang telah melampaui 270 hari.
- 2) Kerugian operasional dituntut dengan pinjaman baru.
- 3) Jaminan tidak dapat dicairkan pada nilai wajar, baik dari segi hukum maupun dari segi kondisi pasar.

C. Pengertian Jaminan dan Fungsi Jaminan

1. Jaminan

Pengertian Jaminan Menurut Mariam Darus Badruzaman adalah suatu tanggungan yang diberikan oleh seorang debitur dan atau pihak ketiga kepada kreditor untuk menjamin kewajibannya dalam suatu perikatan.¹³⁴ Sedangkan Suyanto, ahli hukum perbankan mendefinisikan jaminan adalah penyerahan kekayaan atau pernyataan kesanggupan untuk menanggung pembayaran kembali suatu utang.¹³⁵ Hartono Hadi Saputro juga berpendapat bahwa jaminan adalah sesuatu yang diberikan debitur untuk menimbulkan keyakinan

¹³⁴ Johannes Ibrahim, *Op.Cit*, hlm. 18.

¹³⁵ *Ibid.*

bahwa debitor akan memenuhi kewajiban yang dapat dinilai dengan uang yang timbul dari suatu perikatan.¹³⁶

Istilah jaminan merupakan terjemahan dari istilah zekherheid atau cautie yaitu kemampuan debitor untuk memenuhi atau melunasi perutangannya kepada kreditor, yang dilakukan dengan cara menahan benda tertentu yang bersifat ekonomis sebagai tanggungan atas pinjaman atau utang yang diterima debitor terhadap kreditornya. Maka dapat dimaknai bahwa jaminan itu suatu tanggungan yang dapat dinilai dengan uang, yaitu berupa kebendaan tertentu yang diserahkan debitor kepada kreditor sebagai akibat dari suatu hubungan perjanjian utang piutang atau perjanjian lain. Kebendaan tertentu diserahkan debitor kepada kreditor dimaksudkan sebagai tanggungan atas pinjaman atau fasilitas kredit yang diberikan kreditor kepada debitor sampai debitor melunasi pinjamannya tersebut, apabila debitor wanprestasi, kebendaan tertentu tersebut akan dinilai dengan uang. Selanjutnya akan dipergunakan untuk pelunasan seluruh atau sebagian dari pinjaman atau utang debitor kepada kreditornya. Dengan kata lain jaminan berfungsi sebagai sarana untuk menjamin pemenuhan pinjaman atau utang debitor seandainya wanprestasi sebelum sampai jatuh tempo pinjaman atau utangnya berakhir.¹³⁷

Sebagaimana diketahui bahwa kredit, sesuai dengan namanya, diberikan kepada debitor berdasarkan kepercayaan dari kreditor akan

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ Rachmadi Usman, *Op.Cit*, hlm. 1.

kesanggupan pihak debitor untuk membayar kembali utangnya kelak. Dalam hukum diberlakukan suatu prinsip bahwa kepercayaan tersebut dipandang sebagai jaminan pokok dari pembayaran kembali utang- utang kelak, prinsip hukum seperti ini terlihat dengan jelas dalam undang-undang perbankan. Sementara itu, jaminan-jaminan lainnya bersifat kontraktual contohnya hak tanggungan atas tanah, gadai, hipotek, fidusia dan sebagainya hanya dianggap sebagai jaminan tambahan semata yakni sebagai tambahan atas jaminan pokok, berupa jaminan atas barang yang dibiayai dengan kredit tersebut.¹³⁸

Jaminan dapat digolongkan dalam beberapa klasifikasi berdasarkan sudut pandang tertentu, misal terjadinya, sifatnya, kebendaan yang dijadikan objek jaminan:

a. Jaminan yang Lahir karena Undang-Undang dan Perjanjian,

Jaminan yang lahir karena Undang-Undang, Jaminan yang ditentukan oleh Undang-Undang tanpa adanya perjanjian dari para pihak. Seperti dalam pasal 1331 yang menentukan bahwa semua harta benda debitor baik benda bergerak maupun benda tetap, baik benda yang sudah ada maupun yang masih akan ada menjadi jaminan bagi seluruh perutangnya. Dari ketentuan tersebut dapat tarik kesimpulan bahwa seorang kreditor dapat melaksanakan haknya terhadap semua benda debitor kecuali benda-benda yang dikecualikan oleh undang-undang. Selain itu berdasarkan pasal 1132 KUHPerdara, ditentukan bahwa hasil

¹³⁸ Munir Fuady, 2013, *Hukum Jaminan Utang*, Erlangga, Jakarta, hlm. 9.

penjualan benda-benda tersebut harus dibagi antara para kreditor seimbang dengan besarnya piutang masing-masing.

Kreditor mempunyai kedudukan yang sama, tak ada yang harus didahulukan dalam pemenuhan piutangnya disebut dengan kreditor konkuren. Undang-Undang juga menyediakan jenis-jenis lembaga jaminan yang pemenuhannya harus didahulukan disebut kreditor preferen, yaitu mereka yang memegang hak privilege (pemegang hak tanggungan, pemegang gadai). Sedangkan jaminan karena perjanjian adalah jaminan yang diadakan para pihak sebelumnya seperti gadai, hipotik, hak tanggungan dan fidusia.

b. Jaminan Umum dan Jaminan Khusus

Jaminan yang bersifat umum, yaitu jaminan yang diberikan oleh debitor kepada kreditor, hak-hak tagihan mana tidak mempunyai hak saling mendahului (konkuren) antara kreditor yang satu dengan kreditor lainnya. Dalam hal jaminan yang bersifat umum yang diatur dalam Pasal 1131 BW, dapat disimpulkan bahwa hak-hak tagihan seorang kreditor dijamin dengan :

- 1) Semua barang debitor yang sudah ada, artinya yang sudah ada pada saat hutang dibuat,
- 2) Semua barang yang akan ada; disini berarti barang-barang yang pada saat pembuatan hutang belum menjadi kepunyaan debitor, tetapi kemudian menjadi miliknya. Dengan perkataan lain hak kreditor

meliputi barang-barang yang akan menjadi milik debitor, asal kemudian benar-benar menjadi miliknya.

3) Baik barang bergerak maupun tak bergerak.

Jaminan seperti itu diberikan kepada setiap kreditor dan karenanya disebut jaminan umum. Setiap kreditor menikmati hak jaminan umum seperti itu. Namun hal itu berarti bahwa kreditor harus menjual seluruh kekayaan debitor, lalu mengambil suatu bagian yang sebanding dari hasil penjualan dari tiap-tiap benda yang membentuk kekayaan tersebut. Hal seperti penjualan seluruh harta kekayaan debitor hanya terjadi dalam hal ada kepailitan dan dalam penerimaan boedel dengan hak utama untuk mengadakan pencatatan. Namun peristiwa itu tidak didasarkan atas perintah undang-undang tetapi karena penyelesaian sedemikian adalah logis dan kiranya tak ada jalan lain yang praktis.¹³⁹

Namun pada faktanya, pihak kreditor umumnya tidak puas dengan jaminan umum yang didasari atas pasal 1131 KUHPerdara tersebut dengan alasan:

- a. Benda tidak khusus dalam konteks ini, pasal tersebut tidak merujuk pada suatu barang khusus tertentu, tetapi menunjuk pada semua barang milik debitor.
- b. Benda tidak diblokir jika dibuat jaminan utang khusus (yang bersifat kebendaan), dapat ditentukan bahwa benda tersebut tidak dapat

¹³⁹ J. Satrio, 1993, *Hukum Jaminan Kebendaan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 4-5.

dialihkan kecuali dengan seizin pihak kreditor, tindakan ini tidak dapat dilakukan atas jaminan umum yang berdasarkan pasal tersebut.

- c. Jaminan tidak mengikuti benda setelah dibuat jaminan utang yang khusus (yang bersifat kebendaan), apabila benda objek jaminan utang dialihkan kepada pihak lain oleh debitor, maka hak kreditor tetap melekat pada benda tersebut, tanpa melihat ditangan siapa benda tersebut berada. Sifat pelekatan kepada benda ini tidak dimiliki oleh jaminan umum yang berdasarkan pada pasal tersebut.
- d. Tidak ada kedudukan preferens kreditor berbeda dengan jaminan umum yang didasarkan pada pasal tersebut, pemegang jaminan utang khusus (yang bersifat kebendaan) diberi hak preferen oleh hukum. Artinya kreditor diberi kedudukan yang lebih tinggi (didahulukan) dalam pembayaran utang yang diambil dari hasil penjualan benda jaminan utang. Jika ada sisa dari penjualan benda jaminan utang tersebut, baru dibagikan kepada kreditor lainnya. Dalam jaminan umum berdasarkan pasal tersebut, tidak ada kedudukan preferen kreditor seperti ini.

Sedangkan jaminan yang bersifat khusus, yaitu jaminan yang diberikan oleh debitor kepada kreditor, hak-hak tagihan mana mempunyai hak mendahului sehingga ia berkedudukan sebagai kreditor privileg. Hak jaminan yang bersifat khusus, yang mempunyai kedudukan yang baik, bisa ada karena:

- a. Diberikan oleh undang-undang (Pasal 1134), atau
- b. Diperjanjikan (Pasal 1151, 1162, 1820)

Munculnya jaminan khusus, dikarenakan jaminan umum dirasa kurang memuaskan para kreditor, maka kemudian muncul jaminan khusus yang timbul karena ada perjanjian yang khusus diadakan antara kreditor dan debitor, yang dapat berupa jaminan kebendaan atau pun jaminan perorangan. Yang dimaksud dengan jaminan itu sendiri adalah tanggungan yang diberikan oleh debitor kepada kreditor karena pihak kreditor mempunyai suatu kepentingan, yaitu bahwa debitor harus memenuhi kewajibannya dalam suatu perikatan.

Dari pengertian tersebut maka dapat dikemukakan lebih lanjut bahwa:

- a. Hak jaminan yang diberikan kepada kreditor tersebut adalah baik hak kebendaan maupun hak perorangan. Hak kebendaan berupa benda berwujud dan benda tak berwujud, benda bergerak maupun benda tak bergerak, sedangkan hak perorangan tidak lain adalah penanggungan hutang yang diatur dalam Pasal 1820-1850 KUHPerdara.
- b. Hak jaminan yang diberikan kepada kreditor tersebut dapat diberikan oleh debitor sendiri maupun pihak ketiga yang disebut penjamin atau penanggung. Jaminan perorangan atau penanggungan hutang selalu diberikan baik dengan sepengetahuan atau tanpa sepengetahuan debitor yang bersangkutan.

c. Hak Jaminan yang diberikan kepada kreditor tersebut untuk keamanan dan kepentingan kreditor haruslah diadakan dengan suatu perikatan; perikatan mana bersifat aksesoir dari perjanjian kredit atau pengakuan hutang yang diadakan antara debitor dengan kreditor.

c. Jaminan Perorangan dan Jaminan Kebendaan

Hak jaminan perorangan timbul dari perjanjian jaminan antara kreditor (bank) dan pihak ketiga. Perjanjian perorangan merupakan hak relatif dimana hak yang hanya dapat dipertahankan terhadap orang tertentu yang terikat dalam suatu perjanjian. Dalam perjanjian jaminan perorangan, pihak ketiga bertindak sebagai penjamin dalam pemenuhan kewajiban debitor, berarti perjanjian jaminan perorangan merupakan janji atau kesanggupan pihak ketiga untuk memenuhi kewajiban debitor apabila debitor ingkar janji (wanprestasi). Dengan demikian, para kreditor pemegang hak jaminan perorangan hanya berkedudukan sebagai kreditor konkuren saja. Apabila terjadi kepailitan pada debitor maupun penjamin (pihak ketiga), berlaku ketentuan jaminan secara umum yang tertera dalam Pasal 1131 dan 1132 KUHPdata.

Menurut Subekti, karena tuntutan kreditor terhadap penanggung tidak diberikan suatu privilege atau kedudukan istimewa di atas tuntutan kreditor lainnya dari si penanggung, maka jaminan perorangan ini tidak banyak berguna bagi dunia perbankan. Meskipun demikian, dengan adanya jaminan perorangan, kreditor akan merasa aman daripada tidak

ada jaminan sama sekali, karena dengan adanya jaminan perorangan kreditor dapat menagih tidak hanya debitor, tetapi juga pada pihak ketiga yang menjamin, yang kadang-kadang terdiri dari beberapa orang.

Jaminan perorangan, yaitu jaminan yang hanya mempunyai hubungan langsung dengan pihak pemberi jaminan, bukan terhadap benda tertentu. Jaminan perorangan ini hanya dapat dipertahankan terhadap orang-orang tertentu saja. Nantinya seorang kreditor lewat jaminan ini dapat saja mengambil harta debitor yang wanprestasi dengan atau tanpa pranata hukum yang disebut "sita jaminan". Jadi dalam hal ini yang terikat sebagai jaminan disini bukanlah barangnya melainkan orang.

Jaminan perorangan dalam artian yang luas dapat diklasifikasi lagi kedalam tiga golongan:

- a. Garansi pribadi
- b. Jaminan perusahaan
- c. Garansi bank.

Perbedaan diantara ketiga jenis jaminan perorangan tersebut adalah tentang siapa yang menjadi subjek pemberi garansi: terhadap garansi pribadi, yang menjadi subjek pemberi jaminannya adalah orang secara pribadi; terhadap garansi perusahaan, yang menjadi subjek tersebut adalah pihak perusahaan (yang berbentuk badan hukum); sementara jaminan dalam bank garansi diberikan oleh suatu bank, yang biasanya tidak dimaksudkan sebagai jaminan kredit tetapi hanya jaminan atas

pembayaran sejumlah uang tertentu atau atas pelaksanaan suatu pekerjaan tertentu dalam praktiknya, garansi bank kadang-kadang dikenal juga dalam bentuk standby letter of credit.

Sedangkan Jaminan Kebendaan, Jaminan kebendaan adalah jaminan yang mempunyai hubungan langsung dengan suatu benda tertentu. Jaminan ini selalu mengikuti bendanya, kemanapun benda tersebut beralih atau dialihkan, serta dapat dialihkan kepada dan dapat dipertahankan terhadap siapapun. Jaminan kebendaan dapat juga diberi arti yaitu jaminan yang obyeknya berupa barang baik barang bergerak maupun tidak bergerak yang khusus diperuntukan untuk menjamin utang debitor kepada kreditor apabila dikemudian hari utang tersebut tidak dapat dibayar oleh debitor.

Jaminan kebendaan memberikan kepastian hukum kepada kreditor tentang barang apa yang digunakan sebagai jaminan utang. Obyek jaminan dapat dilihat dahulu berapa nilainya seandainya barang itu dijual. Kreditor sebagai pemegang jaminan mempunyai perkiraan apakah mencukupi atau tidak barang-barang yang dijaminakan untuk mengamankan pengembalian utang debitor. Jika diperkiraan belum cukup mampu untuk membayar utangnya, kreditor dapat meminta kepada debitor untuk menambah barang jaminan.

Dalam prakteknya, pada jaminan kebendaan diadakan suatu pemisahan bagian dari kekayaan seseorang (si pemberi jaminan) yaitu

melepaskan sebagian kekuasaan atas bagian kekayaan tersebut, dan semuanya itu diperuntukan guna memenuhi kewajiban si debitor bila suatu saat diperlukan. Kekayaan tersebut dapat berasal dari kekayaan debitor itu sendiri ataupun kekayaan pihak ketiga. Dalam hal mengenai para pihak dalam kredit apabila jaminan yang berupa kekayaan yang berasal pihak ketiga. Disini perlu ada perhatian khusus bagi pihak kreditor dengan melakukan pengecekan sebelum akta perjanjian kredit ditandatangani.

Di sinilah letak peran seorang notaris untuk bertindak pada posisi yang benar, yaitu melindungi pihak ketiga yang dengan ikhtikad baik meminjamkan jaminan atau sebagian kekayaan untuk kepentingan si debitor. Seharusnya notaris menjelaskan secara gamblang dan terang mengenai akibat hukum apabila debitor dikemudian hari melakukan wanprestasi.

2. Fungsi Jaminan

Didalam pemberian kredit, pada Pasal 8 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perbankan menyebutkan bahwa bank wajib memperhatikan asas-asas perkreditan yang sehat. Untuk mengurangi risiko tersebut, jaminan pemberian kredit debitor untuk melunasi hutangnya sesuai dengan yang diperjanjikan merupakan faktor penting yang harus diperhatikan oleh bank. Untuk melindungi uang yang dikucurkan lewat kredit dari risiko kerugian, maka pihak perbankan membuat pagar pengamanan. Dalam kondisi

sebaik apapun atau dengan analisis sebaik mungkin risiko kredit macet tidak dapat dihindari, pagar pengamanan yang dibuat biasanya berupa jaminan yang harus disediakan debitur. Tujuan jaminan adalah untuk melindungi kredit dari risiko kerugian, baik yang disengaja maupun yang tidak disengaja. Lebih dari itu jaminan yang diserahkan oleh nasabah merupakan beban, sehingga si nasabah akan sungguh-sungguh untuk mengembalikan yang diambilnya.

Selain itu, kegunaan jaminan adalah untuk:¹⁴⁰

- a. Memberikan hak dan kekuasaan kepada bank untuk mendapat pelunasan dari agunan apabila debitur melakukan janji, yaitu untuk membayar kembali utangnya pada waktu yang telah ditetapkan dalam perjanjian.
- b. Menjamin agar debitur berperilaku baik dalam transaksi untuk membiayai usahanya, sehingga kemungkinan untuk meninggalkan usaha atau proyeknya dengan merugikan diri sendiri atau perusahaannya dapat dicegah atau sekurang-kurangnya untuk berbuat demikian dapat diperkecil.
- c. Memberikan dorongan kepada debitur untuk memenuhi janjinya khususnya mengenai pembayaran kembali sesuai dengan syarat-syarat yang telah disetujui agar debitur dan atau pihak ketiga yang ikut menjamin tidak kehilangan kekayaan yang telah dijaminkan kepada bank.

Dalam Praktik Perbankan masalah jaminan ini sangat penting artinya, terutama yang berhubungan dengan kredit yang diberikan kepada nasabahnya.

¹⁴⁰ Rachmani Usman, *Op.Cit.*, hlm. 286.

Didalam ketentuan Pasal 8 UU Perbankan disebutkan bahwa dalam memberikan kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah, Bank Umum Wajib mempunyai keyakinan berdasarkan analisis yang mendalam atas atas ikhtikad dan kemampuan serta kesanggupan debitor untuk melunasi hutangnya sesuai dengan yang diperjanjikan.

Untuk memperoleh keyakinan tersebut, sebelum memberikan kredit bank harus melakukan penilaian yang seksama terhadap watak, kemampuan, modal, agunan, dan prospek usaha debitor. Mengingat bahwa agunan menjadi salah satu unsur jaminan pemberian kredit, maka apabila berdasarkan unsur-unsur lain telah dapat diperoleh keyakinan atas kemampuan debitor untuk mengembalikan hutangnya, agunan hanya dapat berupa proyek yang dibiayai oleh kredit tersebut.

Mengenai pentingnya suatu jaminan bagi kreditor atas pemberian suatu kredit, tidak lain adalah karena jaminan merupakan salah satu upaya untuk mengantisipasi risiko yang mungkin timbul dalam tenggang waktu antara pelepasan dan pelunasan kredit. Karena dalam kenyataannya, kredit yang diberikan oleh pihak perbankan tersebut, sebagian besar tidak dapat dikembalikan secara utuh oleh nasabah debitornya, yang membawa risiko usaha bagi pihak perbankan yang bersangkutan, akhirnya menimbulkan kredit-kredit macet. Keberadaan adanya jaminan kredit (collateral) merupakan persyaratan guna meminimalisir risiko bank dalam menyalurkan kredit.

Pada prinsipnya suatu penyaluran kredit tidak selalu harus dengan agunan kredit, sebab jenis usaha dan peluang bisnis yang dimiliki debitor pada dasarnya sudah merupakan jaminan atas prospek usaha itu sendiri. Hanya saja, jika suatu kredit dilepas tanpa agunan maka kredit itu akan memiliki risiko yang sangat besar karena jika investasi yang dibiayai mengalami kegagalan atau tidak sesuai dengan perhitungan semula. Jika hal ini terjadi maka bank akan dirugikan sebab dana yang disalurkan berpeluang untuk tidak dapat dikembalikan, itu berarti kredit tersebut macet tanpa ada aset nasabah yang dapat digunakan untuk menutup kredit yang tidak terbayar. Lainnya halnya jika ada agunan. Bank akan dapat menarik kembali dana yang disalurkan dengan memanfaatkan jaminan tersebut. masalah collateral atau agunan dapat menjadi pelik jika tidak sikapi dengan seksama.

Pada umumnya dalam rangka mengamankan pemberian kreditnya, bank menuntut nasabah debitor untuk memberikan jaminan kebendaan. Jaminan kebendaan pemberian kredit bank tersebut pada hakikatnya berfungsi untuk menjamin kepastian akan pelunasan utang debitor bila debitor cidera janji atau dinyatakan pailit. Dengan adanya jaminan pemberian kredit dalam perjanjian tersebut tentunya akan memberikan jaminan perlindungan, baik bagi keamanan dan kepastian hukum kreditor, bahwa kreditnya akan tetap kembali walaupun mungkin nasabah debitornya cidera janji, yakni dengan cara mengeksekusi benda yang menjadi objek jaminan kredit bank yang berangkat.

Sebagaimana obyek jaminan hutang yang lazim digunakan dalam suatu hutang piutang dalam jaminan kredit adalah benda bergerak, benda tidak bergerak dan jaminan perorangan. Berdasarkan ketentuan Undang-undang Fidusia Nomor 42 Tahun 1999, benda bergerak terdiri atas benda yang berwujud dan benda yang tidak berwujud, serta benda tidak bergerak, khususnya bangunan yang tidak dibebani hak tanggungan. Benda atau barang yang dijadikan sebagai objek jaminan hutang akan dapat diketahui apakah benda tersebut milik si debitur atau pihak lain.

Menurut M. Bahsan, apabila benda atau barang yang dijadikan sebagai obyek jaminan hutang milik si pemohon (debitur) sebagai obyek jaminan kredit merupakan milik pihak (orang) lain maka bank perlu meneliti keabsahan penggunaannya sebagai jaminan kredit kepada bank oleh pemohon kredit. Berbagai obyek jaminan hutang, benda yang dipakai jaminan sebelum penilaian hukum tentang kelayakan benda obyek jaminan itu dilakukan, dalam hal ini ada beberapa aspek yang perlu diperhatikan tentang obyek jaminan tersebut mempunyai nilai atau harga secara ekonomis. Bila dijadikan jaminan hutang yaitu: jenis dan bentuk jaminan, apakah merupakan barang yang bergerak dan apa jenisnya, barang tidak bergerak dan apa jenisnya, penanggungan hutang dan apa jenisnya.¹⁴¹

¹⁴¹ M. Bahsan, 2007, *Hukum Jaminan dan Jaminan Kredit Perbankan di Indonesia*, Rajagrafindo Persada, hlm. 114.

Syarat-syarat yang harus dipenuhi agar jaminan memenuhi nilai yuridis adalah :¹⁴²

- a. Jaminan merupakan milik debitur yang bersangkutan.
- b. Ada dalam kekuasaan debitur.
- c. Tidak dalam persengketaan dengan pihak lain.
- d. Memiliki bukti-bukti kepemilikan/sertifikat atas nama debitur bersangkutan dan masih berlaku.
- e. Bukti-bukti kepemilikan bisa diikat sesuai dengan perundang-undangan yang berlaku.
- f. Tidak sedang dijaminkan ke pihak lain.

D. Pengertian dan Dasar Hukum Hak Tanggungan

1. Pengertian Hak Tanggungan

Pengertian hak tanggungan sesuai dengan Pasal 1 Angka 1 UUHT, yaitu: Hak Tanggungan adalah hak jaminan yang dibebankan pada hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam Undang-undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, berikut atau tidak berikut benda-benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu, untuk pelunasan utang tertentu terhadap kreditor-kreditor lain.

¹⁴² Noel Chabannel Tohir, 2012, *Panduan Lengkap Menjadi Account Officer*, Gramedia, Jakarta, hlm. 58.

Adrian Sutedi membedakan jaminan menjadi dua yaitu jaminan yang lahir dari undang-undang yaitu jaminan umum dan jaminan yang lahir karena perjanjian. Jaminan umum adalah jaminan yang adanya telah ditentukan Undang-Undang, Contohnya adalah pada Pasal 1311 KUHPerdara, Pasal 1232 KUHPerdara, dan Pasal 1311 KUHPerdara yang menyatakan bahwa kekayaan Debitur, baik berupa benda bergerak dan tidak bergerak, yang telah ada dan yang akan datang dikemudian hari walaupun tidak diserahkan sebagai jaminan, maka akan secara hukum menjadi jaminan seluruh utang Debitur. Sedangkan jaminan khusus adalah jaminan yang timbul karena adanya perjanjian terlebih dahulu, yaitu perjanjian yang ada antara Debitur dengan pihak perbankan atau pihak ketiga yang menanggung utang Debitur.¹⁴³

Jaminan khusus terdiri dari jaminan yang bersifat perseorangan dan jaminan yang bersifat kebendaan. Jaminan kebendaan memberikan hak mendahului atas benda-benda tertentu dan mempunyai sifat yang melekat dan mengikuti benda yang bersangkutan, sedangkan jaminan perseorangan bersifat tidak memberikan hak mendahului atas benda-benda tertentu tetapi hanya terbatas pada harta kekayaan seseorang lewat orang yang menjamin pemenuhan yang bersangkutan.

Menurut sifatnya perjanjian dibagi dua yaitu pokok dan perjanjian aksesoir. Perjanjian pokok adalah perjanjian utama yang dilakukan oleh Debitur dengan lembaga perbankan maupun lembaga keuangan non bank

¹⁴³ Adrian Sutedi, 2010, *Hukum Hak Tanggungan*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 21.

yang diperuntukkan untuk mendapatkan fasilitas kredit dari lembaga keuangan. Perjanjian kredit merupakan perjanjian pokok. Sedangkan perjanjian aksesoir adalah perjanjian tambahan yang dibuat disamping perjanjian pokok yang bertujuan untuk memberikan kekuatan tambahan bagi perjanjian pokoknya. Perjanjian aksesoir bersifat melekat dengan perjanjian pokoknya sehingga apabila perjanjian pokoknya telah usai maka secara otomatis perjanjian aksesoir juga telah berakhir, begitu juga apabila perjanjian pokoknya berpindah maka perjanjian aksesoir-nya ikut pula berpindah. Contoh dari perjanjian aksesoir adalah perjanjian pembebanan jaminan seperti perjanjian gadai, hak tanggungan, fidusia.¹⁴⁴

Sri Soedewi dalam bukunya yang berjudul *Hukum Jaminan di Indonesia* menyatakan bahwa dalam praktek perbankan perjanjian pokoknya itu berupa perjanjian pemberian kredit atau perjanjian membuka kredit oleh bank, dengan kesanggupan memberikan jaminan berupa pembebanan hak tanggungan pada suatu objek benda tertentu yang mempunyai tujuan sebagai penjaminan kekuatan dari perjanjian pokoknya. 12 Selain hak tanggungan, adapula fidusia, gadai, Borgtocht, dan lain-lain. Perjanjian penjaminan sendiri mempunyai kedudukan sebagai perjanjian tambahan atau perjanjian aksesoir yang dikaitkan dengan perjanjian pokok tersebut. kedudukan perjanjian penjaminan yang dikonstruksikan sebagai perjanjian aksesoir itu memberikan

¹⁴⁴ Salim H.S., 2007, *Perkembangan Hukum Jaminan di Indonesia*, Rajagrafindo Persada, Jakarta, hlm. 7.

kuatnya lembaga jaminan tersebut bagi keamanan pemberian kredit oleh kreditur.

Subjek hak tanggungan dapat dilihat pada ketentuan Pasal 8 dan Pasal 9 UUHT, yaitu menurut Pasal 8 ayat (1) UUHT “Pemberi Hak Tanggungan adalah orang perorangan atau badan hukum yang mempunyai kewenangan untuk melakukan perbuatan hukum terhadap obyek Hak Tanggungan yang bersangkutan.” Pada Pasal 9 UUHT menyebutkan bahwa: “Pemegang Hak Tanggungan adalah orang perorangan atau badan hukum yang berkedudukan sebagai pihak yang berpiutang.” Sehingga dapat disimpulkan bahwa subjek hak tanggungan merupakan pemberi dan pemegang hak tanggungan yaitu para pihak yang mempunyai kepentingan berkaitan dengan perjanjian utang piutang yang dijamin pelunasanya.

Objek hak tanggungan terdapat pada Pasal 4 ayat (1) UUHT yaitu hak atas tanah yang dapat dibebani hak tanggungan adalah Hak Milik, Hak Guna Usaha, dan Hak Pakai Atas Tanah Negara. Hak-hak tersebut menurut ketentuan yang berlaku wajib didaftarkan dan menurut sifatnya dapat dipindah tangankan. Selain hak-hak atas tanah tersebut dalam Pasal 4 ayat (2) yang dapat juga dibebani hak tanggungan juga berikut hak pakai atas tanah negara yang menurut ketentuan yang berlaku wajib di daftar dan menurut sifatnya dapat dipindah tangankan.

Pasal 4 ayat 4 UUHT menyatakan bahwa hak tanggungan dapat juga dibebankan pada hak atas tanah berikut bangunan, tanaman, dan hasil karya

yang telah ada atau akan ada yang merupakan satu kesatuan dengan tanah tersebut, dan yang merupakan milik pemegang hak atas tanah yang pembebanannya dinyatakan secara tegas dalam Akta Pembebanan Hak Tanggungan yang bersangkutan. Suatu objek hak tanggungan dapat dibebani lebih dari satu hak tanggungan guna menjamin pelunasan lebih dari satu hutang dan peringkatnya masing-masing hak tanggungan tersebut ditentukan sesuai dengan tanggal pendaftarannya pada kantor pertanahan. Dalam hal apabila didaftarkan dengan tanggal yang sama maka melihat pada Akta Pembebanan Hak Tanggungan, dan apabila suatu objek hak tanggungan dapat dibebani lebih dari satu hak tanggungan sehingga terdapat pemegang hak tanggungan peringkat pertama, peringkat kedua, dan peringkat seterusnya.¹⁴⁵

2. Dasar Hukum Hak Tanggungan

Adanya unifikasi hukum barat yang tadinya tertulis dan hukum tanah adat yang tadinya tidak tertulis pada akhirnya kedua-duanya lalu diganti dengan hukum tertulis sesuai dengan ketetapan MPRS Nomor II/MPR/1960 yang intinya memperkuat adanya unifikasi hukum tersebut yaitu Undang-Undang Pokok Agraria Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Pokok-Pokok Agraria. Namun pada masa jauh sebelum berlakunya Undang-Undang tersebut, masyarakat Indonesia sebenarnya telah melakukan pengaturan terhadap hubungan manusia dengan tanahnya melalui sebuah kesepakatan-kesepakatan dengan masyarakat lainnya sehingga menghasilkan tata kehidupan yang

¹⁴⁵ M. Bahsan, *Op.Cit.*, hlm. 28.

tentram dan saling menghargai. Perubahan terjadi setelah datangnya Belanda ke Indonesia yang pada akhirnya juga mengubah ketentuan masyarakat di bidang agraria sebelumnya.

Sebelum berlakunya UUPA (Undang-Undang Pokok Agraria), dalam hukum dikenal lembaga-lembaga hak jaminan yaitu: jika yang dijadikan jaminan hak barat, seperti Hak Eigendom, Hak Erfpacht atau Hak Opstal, lembaga jaminannya adalah Hipotik, sedangkan Hak Milik dapat sebagai obyek Credietverband. Dengan demikian mengenai segi materilnya mengenai Hipotik dan Credietverband atas tanah masih tetap berdasarkan ketentuan-ketentuan KUH Perdata dan Stb 1908 Nomor 542 jo Stb 1937 Nomor 190 yaitu misalnya mengenai hak-hak dan kewajiban yang timbul dari adanya hubungan hukum itu mengenai asas-asas Hipotik, mengenai tingkatan-tingkatan Hipotik janji-janji dalam Hipotik dan Credietverband.¹⁴⁶

Dengan berlakunya UUPA, (UU Nomor 5 Tahun 1960) maka dalam rangka mengadakan unifikasi hukum tanah, dibentuklah hak jaminan atas tanah baru yang diberi nama Hak Tanggungan, sebagai pengganti lembaga Hipotik dan Credietverband dengan Hak milik, Hak Guna Usaha dan Hak Guna Bangunan sebagai obyek yang dapat dibebaninya Hak-hak barat sebagai obyek Hipotik dan Hak Milik dapat sebagai obyek Credietverband tidak ada lagi, karena hak-hak tersebut telah dikonversi menjadi salah satu hak baru yang diatur dalam UUPA. Munculnya istilah Hak Tanggungan itu lebih jelas

¹⁴⁶ Sri Soedewi Masjehoen, 1975, *Hak Jaminan Atas Tanah*, Liberty, Yogyakarta, hlm. 6.

setelah Undang-Undang RI Nomor 4 Tahun 1996 telah diundangkan pada Tanggal 9 April 1996 yang berlaku sejak diundangkannya Undang-Undang tersebut.

Menurut Kamus Bahasa Indonesia, tanggungan diartikan sebagai barang yang dijadikan jaminan. Sedangkan jaminan itu sendiri artinya tanggungan atas pinjaman yang diterima. Dalam penjelasan umum UU Nomor 4 Tahun 1996 butir 6 dinyatakan bahwa Hak Tanggungan yang diatur dalam Undang-Undang ini pada dasarnya adalah Hak Tanggungan yang dibebankan pada Hak atas tanah. Namun pada kenyataannya seringkali terdapat benda-benda berupa bangunan, tanaman dan hasil karya yang secara tetap merupakan satu kesatuan dengan tanah yang dijadikan jaminan tersebut. Dari uraian di atas Hak Tanggungan sebagaimana tertuang dalam Undang-Undang Hak Tanggungan ini tidak dimaksudkan untuk memberikan pengaturan tentang Hak Tanggungan atas benda-benda tetap lain selain dari pada tanah.

Pengertian hak tanggungan sesuai dengan Pasal 1 Angka 1 UUHT, yaitu: Hak Tanggungan adalah hak jaminan yang dibebankan pada hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam Undang-undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, berikut atau tidak berikut benda-benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu, untuk pelunasan utang tertentu terhadap kreditor-kreditor lain. Perjanjian jaminan hak tanggungan adalah barang yang dijadikan jaminan pemberi dan pemegang hak tanggungan yaitu para pihak yang mempunyai kepentingan berkaitan

dengan perjanjian utang piutang yang dijamin pelunasanya. Prakteknya Ada benda tertentu milik debitur yang dipegang oleh kreditur atau terikat kepada hak kreditur, yang berharga bagi debitur dan dapat memberikan suatu tekanan psikologis terhadap debitur untuk memenuhi kewajibannya dengan baik terhadap kreditur. Pasal 7 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 bahwa walaupun objek hak tanggungan sudah dipindahtangankan haknya kepada pihak lain, kreditur pemegang hak tanggungan tetap masih berhak untuk menjualnya melalui pelelangan umum apabila debitur cidera janji.

Pancasila merumuskan bentuk keadilan yang disebut keadilan sosial. Keadilan sosial adalah suatu keadaan berkeadilan yang nyata di mana ada kesesuaian kenyataan sosial dengan hakikat nilai yang disebut adil.¹⁴⁷ Terwujudnya keadilan sosial ini ditandai dengan hadirnya kemakmuran umum, yakni tersedianya barang dan jasa bagi rakyat, sehingga setiap orang mencapai kemakmuran pribadinya.¹⁴⁸ Jadi, teori keadilan pancasila adalah keadilan yang berdasarkan Pancasila yaitu keadilan sosial.

147 Mahfud MD, 2011. Membangun Politik Hukum Menegakan Konstitusi, Rajawali Press, Jakarta,

hal. 17

148 Kaelan, 2013. Negara Kebangsaan Pancasila, Kultural, Historis, Filosofis, Yuridis, dan aktualisasinya, Paradigma, Yogyakarta, hal. 401.

E. Wanprestasi Menurut Hukum Islam

1. Pengertian Wanprestasi

Wanprestasi yang diartikan dengan ingkar janji berarti tidak melaksanakan isi kontrak.¹⁴⁹ Berasal dari bahasa Belanda yakni “wan” yang artinya tidak ada dan prestasi yang diartikan sebagai prestasi atau kewajiban. Sehingga wanprestasi berarti suatu sikap ketika seseorang tidak memenuhi atau lalai melaksanakan kewajiban sebagaimana telah diatur dan ditentukan dalam perjanjian yang dibuat oleh kreditur dan debitur.

Restatement of the law of contracts tepatnya Amerika Serikat pemahaman mengenai wanprestasi atau *breach of contracts* dibedakan menjadi dua bagian yaitu *total breaches* dan *partial breaches*. *Total Brechts* artinya pelaksanaan kontrak yang tidak mungkin dilaksanakan, sedangkan *partial breaches* artinya pelaksanaan perjanjian masih mungkin untuk dilaksanakan.¹⁵⁰

Undang-Undang Negara Republik Indonesia juga telah mengatur mengenai dasar hukum wanprestasi yang dijelaskan dalam Pasal 1234 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang dimaksud dengan prestasi adalah seseorang yang menyerahkan sesuatu, melakukan sesuatu, dan tidak melakukan sesuatu, sebaiknya dianggap wanprestasi bila seseorang.¹⁵¹

¹⁴⁹ Rina Antasari dan Fauziah, 2018. *Hukum Bisnis*. Setara Press, Jawa Timur, hlm. 34.

¹⁵⁰ Salim, 2003. *Teori dan Teknik Penyusunan Kontrak*. Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 99.

¹⁵¹ Abdul Rasyid Saliman, 2005. *Hukum Bisnis Untuk Perusahaan: Teori dan Contoh Kasus, Edisi Keempat*. Kencana Prenanmedia Group, Jakarta, hlm. 41.

1. Tidak melakukan apa yang disanggupi akan dilakukannya.
2. Melaksanakan apa yang dijanjikannya, tetapi tidak sebagaimana dijanjikan.
3. Melakukan apa yang dijanjikan tetapi terlambat.
4. Melakukan sesuatu yang menurut kontrak tidak boleh dilakukannya.

Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Pasal 1238 tentang wanprestasi⁴ disebut “Debitur adalah lalai, apabila ia dengan surat perintah atau dengan sebuah akta sejenis itu telah dinyatakan lalai, atau demi perikatannya sendiri ialah jika ini menetapkan bahwa si berutang harus dianggap lalai dengan lewatnya waktu yang ditentukan”. Wanprestasi yang hakikatnya melibatkan dua pihak atau lebih sehingga wanprestasi memiliki akibat hukum atau sanksi hukum. Sanksi atau hukuman ini terbagi menjadi tiga macam, yaitu:

1. Kewajiban membayar ganti rugi
2. Pembatalan perjanjian
3. Peralihan resiko

Ketentuan tentang kewajiban mengganti rugi ini telah diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata buku ketiga tentang perikatan. Komponen-komponennya sebagai berikut:

1. Ganti Rugi
2. Rugi
3. Bunga

Pengaplikasian dan praktek ganti rugi merupakan akibat wanprestasi suatu kontrak yang dilaksanakan dalam berbagai kemungkinan. Hal itu dimana yang dimintakan oleh pihak yang dirugikan adalah hal-hal sebagai berikut:¹⁵²

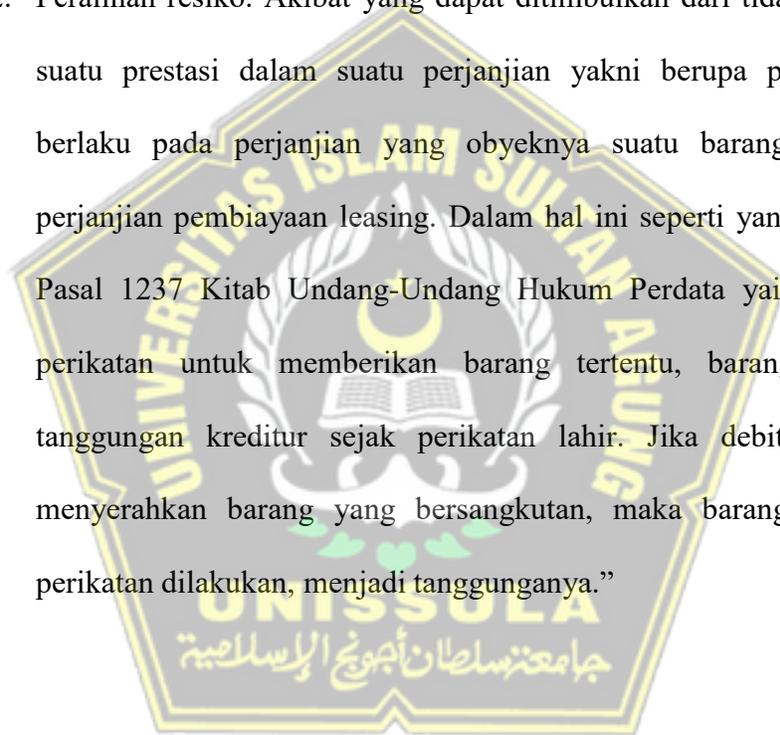
1. Ganti rugi saja
2. Pelaksanaan kontrak tanpa ganti rugi
3. Pelaksanaan kontrak dengan ganti rugi
4. Pembatalan kontrak tanpa ganti rugi
5. Pembatalan kontrak dengan ganti rugi

Ganti rugi akibat wanprestasi telah diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Pasal 1246 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata “Biaya ganti rugi yang boleh dituntut kreditur terdiri atas kerugian yang telah dideritanya dan keuntungan yang sedianya dapat diperolehnya, tanpa mengurangi pengecualian dan perubahan yang disebut di bawah ini”. Berdasarkan Pasal 1246 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata diperinci kembali menjadi tiga macam yaitu biaya, rugi dan bunga. Untuk menuntut ganti rugi ini harus ada penagihan atau (somasi) terlebih dahulu, kecuali dalam peristiwa-peristiwa tertentu yang tidak memerlukan adanya teguran.¹⁵³

¹⁵² Munir Fuady, 2018. *Pengantar Hukum Bisnis: Menata Bisnis Modern di Era Global*. Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 31.

¹⁵³ Salim, 2003. *Hukum Kontrak: Teori dan Teknik Penyusunan Kontrak*. Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 99.

1. Pembatalan perjanjian. Sebagai sanksi yang kedua akibat kelalaian yaitu berupa pembatalan perjanjian. Sanksi atau hukuman ini apabila seseorang tidak dapat melihat sifat pembatalannya sebagai suatu hukuman, maka dianggap debitur merasa puas atas segala pembatalan tersebut karena ia merasa dibebaskan dari segala kewajiban untuk melakukan prestasi.
2. Peralihan resiko. Akibat yang dapat ditimbulkan dari tidak terpenuhinya suatu prestasi dalam suatu perjanjian yakni berupa peralihan resiko berlaku pada perjanjian yang obyeknya suatu barang, seperti pada perjanjian pembiayaan leasing. Dalam hal ini seperti yang terdapat pada Pasal 1237 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yaitu “Pada suatu perikatan untuk memberikan barang tertentu, barang itu menjadi tanggungan kreditur sejak perikatan lahir. Jika debitur lalai untuk menyerahkan barang yang bersangkutan, maka barang itu semenjak perikatan dilakukan, menjadi tanggungannya.”



2. Wanprestasi dalam Hukum Islam

Hukum Islam memiliki ketentuan yang mendasar dalam masalah perikatan dan perjanjian yaitu dengan memberi kebebasan kepada pihak-pihak yang terlibat untuk mengambil bentuk dari macam-macam akad yang dipilihnya. Untuk ini segala macam cara yang menunjukkan adanya ijab dan qabul sudah dapat dianggap akad, dan akad ini memiliki pengaruh selama diselenggarakan oleh mereka dan memenuhi persyaratan penyelenggaraannya. Hal ini maka dapat dikatakan bahwa sebuah perjanjian dinyatakan sah secara hukum jika memiliki kesepakatan dengan pernyataan ijab qobul dari kedua belah pihak atau lebih yang secara syariat dibenarkan. Maka dengan kata lain, peraturan-peraturan tentang perjanjian tidak hanya dari Kitab Undang-Undang Hukum Perdata saja, namun juga peraturan perundangan lain, termasuk hukum Islam.¹⁵⁴

Ketentuan inilah yang merupakan pokok-pokok syariat Islam yaitu suatu kaidah bahwa akad-akad dapat dengan cara apa saja baik berupa perkataan maupun perbuatan yang menunjukkan maksud akad-akad tersebut.¹⁵⁵

Hukum Islam sangat memperhatikan agar penyelenggaraan akad diantara manusia itu merupakan hasil keinginan dan kemauannya sendiri yang

¹⁵⁴ Sony Marsoo bin Hardono, 2011. *Akuntansi Transaksi Syariah Akad Jual Beli di Lembaga Bukan Bank*. Asgard Chapter, Yogyakarta, hlm. 42.

¹⁵⁵ Ahmad Muhammad Al-Assal, 1980. *An Nizamul Iqtisadi fil Islam Mabadi Uhu Wahdafuhu*, Alih bahasa: Abu Ahmadi, Bina Ilmu, Surabaya, hlm. 184.

timbul dari kerelaan dan mufakat kedua belah pihak yang mengadakan akad/perjanjian. Sebagaimana firman Allah dalam surat An Nisa ayat 29.

يٰۤاَيُّهَا الَّذِيْنَ ءَامَنُوْا لَا تَأْكُلُوْا اَمْوَالِكُمْ بِيْتَعَمَّ بِالْسَبْلِ اِلَّا اَنْ تَكُوْنَتْ بَحْرَةً عَنْ
رَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوْا اَنْفُسَكُمْ اِنَّ اللّٰهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيْمًا

Hai orang-orang yang beriman, janganlah kamu saling memakan harta sesamamu dengan jalan yang batil, kecuali dengan jalan perniagaan yang Berlaku dengan suka sama-suka di antara kamu. dan janganlah kamu membunuh dirimu; Sesungguhnya Allah adalah Maha Penyayang kepadamu.

Untuk mengadakan pengarah dan bimbingan yang berguna bagi mereka yang mengadakan akad/perjanjian yang berbentuk ijab dan qabul. Maka selanjutnya Hukum Islam menganjurkan agar perjanjian itu dikuatkan dengan tulisan dan saksi dengan tujuan agar hak masing-masing dapat terjamin. Firman Allah al-Baqarah ayat 282.

يٰۤاَيُّهَا الَّذِيْنَ ءَامَنُوْا اِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِيْنٍ اِلَىٰ اٰجَلٍ مُّسَمًّى فَاَكْتُبُوْهُ ...

Hai orang-orang yang beriman, apabila kamu bermu'amalah tidak secara tunai untuk waktu yang ditentukan, hendaklah kamu menuliskannya...

Dengan adanya ketentuan syari'at ini, maka tujuan muamalah itu akan dengan mudah mewujudkan maslahat bagi manusia dalam kehidupannya, sekaligus mengagungkan dan menegakkan prinsip-prinsip ajaran Islam yang mulia ditengah-tengah berlangsungnya pelaksanaan Hukum Nasional bagi seluruh warga Negara Republik Indonesia, dimana materi dari Hukum Positif itu juga banyak yang bersumber dari Hukum Islam.

Untuk merealisasikan tujuan-tujuan syari'at, maka setiap perjanjian wajib dilakukan dengan baik dan jujur serta bersih dari unsur penipuan, pemalsuan, dan pelanggaran. Sehingga praktek muamalah dalam Islam menjadi jalan terang yang jauh dari hal yang cacat setelah dibuatnya suatu perjanjian. Maksud yang terkandung dalam hadis tersebut di atas antara lain melarang praktek jual beli yang bercacat karena tidak jujur, cidera janji dan hal-hal lain yang dilarang karena yang demikian tidak memberikan suatu keuntungan melainkan kemadlaratan. Jika seorang melakukan yang demikian itu setelah dibuatnya suatu perjanjian, bisa dikatakan mereka telah melakukan wanprestasi yaitu mereka tidak melakukan prestasi yang seharusnya dilakukan atau ada unsur lalai dalam prestasinya setelah dilakukannya suatu perjanjian atau akad.

Dalam perjanjian/akad dapat saja terjadi kelalaian, baik ketika akad itu berlangsung maupun pada saat pemenuhan prestasi. Hukum Islam dalam cabang fiqh muamalah juga mengakui atau mengakomodir wanprestasi, sanksi, ganti kerugian serta adanya keadaan memaksa, berikut ini disajikan pemikiran salah satu ahli fiqh muamalah Indonesia.¹⁵⁶

Dalam setiap perjanjian prestasi merupakan merupakan sesuatu yang wajib untuk dipenuhi oleh debitur dalam setiap adanya perjanjian, prestasi merupakan isi dari perjanjian, apabila tidak memenuhi prestasi sebagaimana yang telah ditentukan dalam perjanjian maka dikatakan wanprestasi.

¹⁵⁶ Nasrun Hroen, 2000. *Fiqh Muamalah*. Gaya Media Pratama, Jakarta, hlm. 120.

Kelalaian dalam hukum Islam untuk memenuhi kewajiban memberikan hak orang lain tergolong perbuatan yang dilarang, dimana sebelumnya telah diketahui adanya suatu perjanjian diantara mereka, maka selanjutnya bagi mereka yang melakukan pelanggaran/cidera janji karena tidak melakukan prestasinya, maka dikenakan sanksi kepadanya berupa pembayaran ganti rugi kepada pihak kreditur, dan atau penahanan yang menjadi hak miliknya sebagai suatu jaminan dari sejumlah yang dijanjikan.

Dalam hukum Islam, konsep mengenai ganti rugi sudah ada sejak syariat Islam diturunkan. Banyak nas dalam al-Qur'an yang menjelaskan mengenai ganti rugi. Para pakar fiqh kemudian memformulasikan kaidah-kaidah pertanggung jawaban yang bersumber dari beberapa nas, baik dari al-Qur'an maupun hadits, mereka melakukan identifikasi perbuatan yang berimplikasi pada hukum pidana (uqubah) dan mana yang berimplikasi pada hukuman perdata (daman).¹⁵⁷

Di dalam hukum Islam memang segala bentuk kerugian yang telah ditimbulkan wajib untuk dihilangkan, menghilangkan kerugian yang dimaksud dengan cara menggantinya dengan ganti rugi. Tetapi dalam penggantian kerugian karena wanprestasi yang wajib diganti hanya kerugian riil yang diderita oleh kreditur. Menurut Sadiq al-Dirir sebagaimana yang dikutip oleh Syamsu Anwar ketika membahas kreditur. Para ahli hukum Islam

¹⁵⁷ Aris Anwaril Muttaqin, 2015. *Sistem Transaksi Syariah: Konsep Ganti Rugi dalam Hukum Bisnis Syariah*. Pustaka Ilmu Group, Yogyakarta, hlm. 3.

tidak menolak adanya kemungkinan penggantian atas kerugian riil yang dialami oleh seorang kreditur akibat kelalaian dari debitur, yang ditolak adalah penggantian atas kerugian berupa keuntungan yang diharapkan, sebab keuntungan yang diharapkan itu tidak pasti. Kerugian riil seperti ongkos-ongkos yang dikeluarkan untuk melakukan penagihan akibat kelalaian debitur, maka dapat dimintakan ganti kerugiannya.¹⁵⁸

Dengan adanya ketentuan syariat ini, maka tujuan muamalah itu akan dengan mudah mewujudkan maslahat bagi manusia dalam kehidupannya, sekaligus mengagungkan dan menegakkan prinsip ajaran Islam yang mulia di tengah-tengah berlangsungnya pelaksanaan hukum. Memang realistis ketika hukum Islam hanya memperbolehkan meminta penggantian atas kerugian riil yang diderita dan melarang penggantian kerugian atas keuntungan yang sedianya dinikmati oleh kreditur, terutama apa yang telah disebabkan kelalaian oleh debitur (wanprestasi).

Permasalahan ini dikhawatirkan akan menyebabkan terjadinya ribawi atau memang menganggapnya sebagai salah satu bentuk riba karena keuntungan yang pada akhirnya nanti dapat dinikmati oleh kreditur. Keuntungan yang diharapkan masih bersifat relatif, keuntungan yang diharapkan antara satu orang dengan orang lainnya memiliki pandangan yang berbeda mengenai keuntungan tersebut. Hukum Islam mewajibkan seseorang untuk menghormati dan mematuhi setiap perjanjian atau amanah yang telah

¹⁵⁸ Syamsul Anwar, 2007. *Studi Hukum Islam Kontemporer*. RM Books, Jakarta, hlm. 195.

dipercayakan kepadanya. Maka dari itu para pihak tidak di perkenankan untuk melakukan wanprestasi atau ingkar janji dan juga tidak melaksanakan perikatan yang telah dibuat dan sepakat diawal perjanjian.

F. Pengertian Kelalaian dan Pengertian Kesenagajaan

1. Pengertian Kelalaian

Wanprestasi disebabkan karena adanya kesalahan, kelalaian, dan kesengajaan. Menurut M. Yahya Harahap secara umum wanprestasi yaitu. “pelaksanaan kewajiban yang tidak tepat waktunya atau dilakukan tidak menurut selayaknya”.¹⁵⁹ Pengertian dan konsep kelalaian dalam perbuatan melawan hukum adalah kelalaian perdata, yang dalam hal ini sangat berbeda dengan pengertian dan konsep kelalaian dalam bidang hukum pidana. Jadi, bisa saja misalnya apa yang dalam perbuatan melawan hukum (perdata) dikategorikan sebagai suatu “kelalaian”.¹⁶⁰

Tentang kelalaian itu sendiri dikenal beberapa tingkatan dengan konsekuensi hukum yang saling berbeda-beda. Pada umumnya tingkatan kelalaian tersebut adalah sebagai berikut:

1. Kelalaian ringan (slight negligence)
2. Kelalaian biasa (ordinary negligence), dan
3. Kelalaian besar (gross negligence).

¹⁵⁹ Yahman, 2014. *Karakteristik Wanprestasi dan Tindak Pidana Penipuan yang Lahir Dari Hubungan Kontraktual*, Prenandamedia Group, Jakarta, hlm. 81.

¹⁶⁰ Munir Fuady, *Op.Cit.*, hlm. 71.

Dalam ilmu hukum diajarkan bahwa agar suatu perbuatan dapat dianggap sebagai kelalaian, haruslah memenuhi unsur pokok sebagai berikut:

1. Adanya suatu perbuatan atau mengabaikan sesuatu yang mestinya dilakukan.
2. Adanya suatu kewajiban kehati-hatian.
3. Tidak dijalankan kewajiban kehati-hatian tersebut.
4. Adanya kerugian bagi orang lain.
5. Adanya hubungan sebab akibat antara perbuatan atau tidak melakukan perbuatan dengan kerugian yang timbul.

Dalam hubungan dengan akibat yang ditimbulkan oleh adanya tindakan kesengajaan tersebut, “rasa keadilan” memintakan agar hukum lebih memihak kepada korban dari tindakan tersebut, sehingga dalam hal ini hukum lebih menerima pendekatan yang “objektif”. Artinya, hukum lebih melihat kepada akibat dari tindakan tersebut kepada para korban, dari pada melihat apa maksud yang sesungguhnya dari si pelaku, meskipun masih dengan tetap mensyaratkan adanya unsur kesengajaan tersebut. Semakin berkembangnya peradaban manusia dan dengan semakin baik dan pastinya penegakan hukum terhadap perbuatan melawan hukum, maka fakta sekarang menunjukkan bahwa kuantitas dari kasus-kasus perbuatan melawan hukum dalam bentuk kesengajaan semakin berkurang dan sebaliknya kuantitas perbuatan melawan hukum dalam bentuk kelalaian semakin bertambah banyak, seiring dengan

semakin bertambah banyaknya kasus tentang tanggung jawab tanpa kesalahan (strict liability).¹⁶¹

2. Pengertian Kesengajaan

Dalam ilmu hukum dikenal 3 (tiga) kategori dari perbuatan melawan hukum, yaitu sebagai berikut:¹⁶²

- a. Perbuatan melawan hukum karena kesengajaan;
- b. Perbuatan melawan hukum tanpa kesalahan (tanpa unsur kesengajaan maupun kelalaian);
- c. Perbuatan melawan hukum karena kelalaian”.

Menurut konsep hukum perdata, seseorang dikatakan bersalah jika kepadanya dapat disesalkan bahwa dia telah melakukan atau tidak melakukan suatu perbuatan yang seharusnya dihindarkan. Perbuatan yang seharusnya dilakukan atau tidak dilakukan itu tidak terlepas dari dapat tidaknya dikira-kirakan. Dapat dikira-kirakan itu harus diukur secara obyektif. Artinya, manusia normal dapat mengira-ngirakan dalam keadaan tertentu itu perbuatan seharusnya dilakukan atau tidak dilakukan.

Dapat dikira-kirakan itu harus juga dapat diukur secara subyektif.

Artinya

¹⁶¹ Moegni Djojodirjo, 1982. *Perbuatan Melawan Hukum*. Pradnya Paramita, Jakarta, hlm. 68.

¹⁶² Munir Fuady, *Op.Cit.*, hlm. 2.

apa yang justru orang itu dalam kedudukannya dapat mengira-ngirakan bahwa perbuatan itu seharusnya dilakukan atau tidak dilakukan. Selain dari ukuran obyektif dan subyektif, orang yang berbuat itu harus dapat dipertanggungjawabkan (responsible). Artinya, orang yang berbuat itu sudah dewasa, sehat akalnya, dan tidak di bawah pengampuan.¹⁶³

Kesengajaan (dolus/opzet) merupakan bagian dari kesalahan. Kesengajaan pelaku mempunyai hubungan kejiwaan yang lebih erat terhadap suatu tindakan dibanding dengan kelalaian (culpa). Karenanya ancaman pidana pada suatu kesengajaan jauh lebih berat, apabila dibandingkan dengan kelalaian. Sengaja berarti menghendaki dan mengetahui apa yang ia perbuat atau dilakukan. KUHP tidak menerangkan mengenai arti atau definisi tentang kesengajaan atau dolus intent opzet.¹⁶⁴

Seseorang yang berbuat dengan sengaja itu, harus dikehendaki apa yang diperbuat harus diketahui pula atas apa yang diperbuat. Tidak termasuk perbuatan dengan sengaja adalah suatu gerakan yang ditimbulkan oleh reflek, gerakan tangkisan yang tidak dikendalikan oleh kesadaran. Dalam pengertian ini disebutkan bahwa kesengajaan diartikan sebagai: “menghendaki dan mengetahui” (willens en wetens). Artinya, seseorang yang melakukan suatu tindakan dengan sengaja, harus menghendaki serta menginsafi tindakan tersebut dan/ atau akibatnya. Jadi dapatlah dikatakan,

¹⁶³ Abdulkadir Muhammad, 2000, *Hukum Perdata Indonesia*, Citra Aditya, Bandung, hlm. 263.

¹⁶⁴ R. Abdoel Djamali, 2010. *Pengantar Hukum Indonesia*. Rajawali Pers, Jakarta, hlm. 219.

bahwa sengaja berarti menghendaki dan mengetahui apa yang dilakukan.

Orang yang melakukan perbuatan dengan sengaja menghendaki perbuatan itu dan disamping itu mengetahui atau menyadari tentang apa yang dilakukan itu dan akibat yang akan timbul daripadanya.



BAB III

REGULASI WANPRESTASI PERJANJIAN DENGAN JAMINAN HAK TANGGUNGAN BELUM BERBASIS NILAI KEADILAN PANCASILA

A. Klausula Perjanjian Kredit Yang Merugikan Debitur

Kehadiran bank dirasakan semakin penting di tengah masyarakat. Masyarakat selalu membutuhkan dana atau uang untuk memenuhi kebutuhan hidupnya. Melihat fenomena tersebut bank yang tersebar di seluruh Indonesia meningkatkan kepercayaan di masyarakat dengan memberikan fasilitas kredit. Dalam praktik hubungan antara nasabah debitur tidak hanya sekedar perjanjian pinjam meminjam, tetapi ada perjanjian pemberian kuasa dan perjanjian memberikan jaminan.

Sebagaimana yang dimaksud dalam Undang-Undang Perlindungan Konsumen tujuan perlindungan konsumen adalah untuk melindungi kepentingan nasabah debitur dalam perjanjian kredit perbankan. Dalam pembentukan kredit biasanya kedudukan nasabah debitur selalu berada di bawah kreditur, sehingga nasabah debitur tidak mempunyai posisi tawar yang cukup untuk mempertaruhkan haknya.

Dengan adanya Undang-Undang Perlindungan Konsumen yang bertujuan untuk melindungi kepentingan konsumen termasuk juga nasabah debitur maka kepentingan nasabah debitur akan lebih terlindungi melalui adanya keterbukaan informasi serta akses untuk mendapatkan informasi. Kesadaran, kemampuan, dan

kemandirian nasabah debitur untuk melindungi diri dapat dilakukan dengan lebih memperhatikan dan memahami klausula-klausula baku yang tercantum dalam perjanjian kredit sehingga nasabah debitur mengetahui dengan jelas apa saja yang menjadi hak dan kewajibannya.

Didalam praktik perbankan, setiap bank telah menyediakan blanko (formulir) perjanjian kredit, yang isinya telah dipersiapkan terlebih dahulu (standard contract). Formulir ini disodorkan isinya kepada setiap pemohon kredit yang isinya tidak diperbincangkan terlebih dahulu dengan pemohon. Pemohon hanya dimintakan pendapatnya apakah dapat menerima apakah dapat menerima syarat-syarat yang di dalam formulir tersebut atau tidak. Bentuk dan formatnya diserahkan oleh Bank Indonesia kepada masing-masing bank untuk menetapkannya, namun sekurang-kurangnya harus memperhatikan hal-hal sebagai berikut :

1. Memenuhi keabsahan dan persyaratan hukum yang dapat melindungi kepentingan bank;
2. Memuat jumlah, jangka waktu, tata cara pembayaran kembali kredit serta persyaratan-persyaratan kredit lainnya sebagaimana ditetapkan dalam keputusan persetujuan kredit dimaksud.

Kedudukan para pihak yang tidak seimbang itu dimanfaatkan oleh pihak bank untuk membuat klausula-klausula yang memberatkan nasabah debitur, sebaliknya pihak bank terlindungi oleh karenanya pihak nasabah debitur dibebani dengan sejumlah kewajiban dan merupakan hak-hak bank yang mesti

dipenuhinya. Dengan kelemahan kedudukan nasabah debitur itulah pihak bank memanfaatkannya dengan membuat lebih banyak klausula-klausula yang tidak wajar dan tidak adil.

Berkaitan dengan klausula baku yang memberatkan nasabah adalah:

1. Kenaikan suku bunga dan biaya-biaya lainnya yang dapat berubah sewaktu-waktu tanpa pemberitahuan terlebih dahulu kepada debitur.

Dengan adanya perubahan suku bunga tanpa sepengetahuan nasabah, dapat membuat nasabah berada dalam ketidakpastian mengenai jumlah suku bunga yang harus dibayarnya. Bila perubahan mengenai suku bunga dan biaya-biaya lainnya ditentukan sepihak oleh pihak bank maka nasabah tidak memiliki kekuatan untuk ikut serta dalam menentukan isi dari perjanjian kredit tersebut. Klausula tersebut berbunyi:

“Besarnya suku bunga dan biaya-biaya lainnya yang ditentukan dalam Perjanjian Kredit ini dapat berubah sewaktu-waktu sesuai dengan ketentuan yang ditetapkan oleh BANK. Perubahan tersebut berlaku mengikat DEBITUR dan Penanggung/Penjamin (jika ada) cukup dengan pemberitahuan tertulis dari BANK kepada DEBITUR (atau melalui pengumuman tertulis pada kantor-kantor BANK) dan perubahan tersebut akan mulai berlaku terhitung sejak tanggal yang disebutkan dalam pemberitahuan tersebut”.

Kenaikan suku bunga dari kebijakan pemerintah sebenarnya termasuk *overmacht* (keadaan memaksa) keadaan memaksa ini hanya berlaku untuk pihak bank saja dalam bentuk kenaikan suku bunga yang rasional, padahal keadaan memaksa ini menghentikan bekerjanya perikatan dan menimbulkan akibat hukum antara lain :

- a. Kreditur tidak lagi dapat meminta pemenuhan prestasi;
- b. Debitur tidak lagi dapat dinyatakan lalai;
- c. Resiko tidak beralih kepada debitur.

Pasal 1767 KUHPerdata mengatur tentang bunga pinjaman yang mengatakan :

“Ada bunga menurut undang-undang dan ada yang ditetapkan dalam persetujuan. Bunga menurut undang-undang ditetapkan dalam undang- undang. Bunga yang diperjanjikan dalam persetujuan boleh melampaui bunga dalam undang-undang, dalam segala hal tidak dilarang oleh undang-undang”.

Selanjutnya dalam Pasal 1768 KUHPerdata juga menyebutkan sebagai berikut:

“Jika orang yang meminjamkan telah diperjanjikan bunga dengan tidak menentukan berapa besarnya, maka si penerima pinjaman diwajibkan membayar bunga menurut undang-undang”.

Jika Pasal-pasal di KUHPerdata tersebut dihubungkan dengan klausula perjanjian kredit bank yang menyatakan bahwa suku bunga dapat berubah sewaktu-waktu berarti hal ini tidak sesuai dengan Pasal 1767 KUHPerdata tersebut dan selanjutnya Pasal 1768 KUHPerdata menyebutkan bila tidak tertulis maka yang berlaku adalah bunga berdasarkan undang-undang yaitu sebesar 6% setahun.

Kuasa bank untuk memblokir/mendebetkan rekening debitur dengan tidak terbatas.

Melalui adanya klausula pemblokiran/pendebetn rekening nasabah debitur maka pihak bank mempunyai kuasa dan berhak untuk melakukan

pemblokiran/pendebetan terhadap rekening nasabah debitur untuk memblokir dan mendebet seluruh biaya yang menjadi kewajiban debitur terhadap fasilitas kredit yang diterimanya. Di dalam perjanjian kredit, klausula tersebut berbunyi :

“Debitur dengan ini memberi kuasa kepada Bank untuk memblokir/ mendebet atau membebankan semua bunga, provisi, denda dan biaya-biaya yang timbul dan menjadi kewajiban Debitur, ke rekening Debitur pada kantor dan/atau setiap cabang-cabang kantor Bank di manapun juga”.

Dengan adanya klausula pemblokiran/pendebetan rekening nasabah debitur tersebut, bank berhak sepenuhnya untuk mendebet rekening nasabah debitur. Bank juga mempunyai hak untuk mengakhiri perjanjian kredit dan menuntut pembayaran dengan seketika dan sekaligus lunas seluruh hutang debitur yang timbul berdasarkan perjanjian kredit tersebut, baik sisa hutang pokok, bunga, atau biaya-biaya lainnya. Padahal bukan tidak mungkin jika bank melakukan kesalahan dalam perhitungan jumlah yang ditagih pada nasabah.

Tiap-tiap perbuatan yang melanggar hukum yang membawa kerugian kepada orang lain mewajibkan orang karena membuat kesalahan itu mengganti kerugian tersebut, seperti yang dirumuskan dalam KUHPerdara Pasal 1365, memberikan tentang unsur-unsur yang harus dibuktikan oleh konsumen yang mengalami kerugian, yaitu:

1. Adanya perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh pelaku usaha;
2. Adanya kesalahan atau kelalaian pelaku usaha;
3. Adanya kerugian yang dialami oleh konsumen;

4. Adanya hubungan kausal antara perbuatan hukum yang dilakukan pelaku usaha dengan kerugian yang dialami konsumen.

Jika bank terbukti melakukan perbuatan yang menimbulkan kerugian terhadap nasabah debitur, maka bank melanggar Pasal 1365 KUHPerdara tersebut.

Hal-hal yang ada di dalam perjanjian kredit tersebut sudah tertulis terlebih dahulu dan nasabah hanya mempunyai pilihan untuk menolak atau menerima perjanjian tanpa ikut merumuskan isi dari perjanjian kredit tersebut. Terlihat bahwa kedudukan antara bank dan nasabah debitur tidak setara. Seharusnya pihak bank harus mampu menghormati hak-hak konsumennya, selain itu bank juga tidak menutup diri terhadap nasabah agar dapat merumuskan isi perjanjian kredit tersebut dengan catatan bahwa nasabah keikutsertaan nasabah tidak terlalu luas. Perubahan suku bunga dari pihak bank disampaikan kepada nasabah sebatas pemberitahuan tanpa adanya persetujuan dari nasabah. Klausula ini dapat merugikan nasabah selaku konsumen perbankan, dimana pihak bank dapat merubah ketentuan mengenai kenaikan jumlah suku bunga tanpa adanya pertimbangan yang jelas dan konkrit kepada nasabah debitur. Selain hal tersebut, pihak bank juga harus mempunyai batas maksimal untuk mendebet rekening nasabah debitur agar nasabah debitur tidak merasa dirugikan. Kedua hal ini jelas memberatkan bagi nasabah debitur dalam membayar utangnya kepada bank karena dengan naiknya suku bunga dan biaya-biaya lainnya serta pemblokiran/pendebetn rekening nasabah dengan jumlah yang tidak terbatas

akan menambahkan jumlah cicilan setiap bulan yang harus dibayarkan oleh nasabah debitur dan bertentangan dengan tujuan perbankan yaitu meningkatkan kesejahteraan rakyat.

Terhadap klausula baku dalam perjanjian kredit bank yang bertentangan dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen khususnya Pasal 18 yang mengatur tentang klausula baku, disebutkan bahwa yang dimaksud dengan klausula baku adalah setiap peraturan atau ketentuan dan syarat-syarat yang telah dipersiapkan dan ditetapkan terlebih dahulu secara sepihak oleh pelaku usaha yang dituangkan dalam suatu dokumen dan/atau perjanjian yang mengikat dan wajib dipenuhi oleh konsumen.

Berdasarkan hal tersebut di atas dapat ditarik kesimpulan bahwa klausula tersebut membebaskan kewajiban-kewajiban kepada nasabah debitur yang bertujuan untuk melindungi kepentingan kreditur. Sejak nasabah berhubungan dengan bank pertama kali, hubungan tersebut dirasa tidakimbang. Sebab ketika nasabah menjadi kreditur dalam bentuk giro, deposito berjangka, tabungan atau bentuk lain yang dipersamakan, tidak ada agunan apapun yang diberikan oleh bank, kecuali modal kepercayaan bank. Karena kepercayaan adalah inti dari perbankan.

Sedangkan ketentuan mengenai pecantuman klausula baku berdasarkan Undang-Undang Perlindungan Konsumen yang tercantum dalam Pasal 18, diuraikan bahwa :

1. Pelaku usaha dalam menawarkan barang/jasa yang ditujukan untuk diperdagangkan dilarang membuat atau mencantumkan klausula baku pada setiap dokumen dan/atau perjanjian apabila:
 - a. Menyatakan pengalihan tanggung jawab pelaku usaha;
 - b. Menyatakan bahwa pelaku usaha berhak menolak penyerahan kembali barang yang dibeli oleh konsumen;
 - c. Menyatakan bahwa pelaku usaha berhak menolak penyerahan kembali uang yang dibayarkan atas barang dan/atau jasa yang dibeli oleh konsumen;
 - d. Menyatakan pemberian kuasa dari konsumen kepada pelaku usaha baik secara langsung maupun tidak langsung untuk melakukan segala tindakan sepihak yang berkaitan dengan barang yang dibeli oleh konsumen secara angsuran;
 - e. Mengatur perihal pembuktian atas hilangnya kegunaan barang atau pemanfaatan jasa yang dibeli oleh konsumen;
 - f. Memberi hak kepada pelaku usaha untuk mengurangi manfaat jasa atau mengurangi harta kekayaan konsumen yang menjadi objek jual beli jasa;
 - g. Menyatakan tunduknya konsumen kepada peraturan yang berupa aturan baru, tambahan, lanjutan dan/atau pengubahan lanjutan yang dibuat sepihak oleh pelaku usaha dalam masa konsumen memanfaatkan jasa yang belinya;

tersebut, setidaknya dapat memberikan perlindungan yang lebih kepada nasabah debitur.

Dalam praktek perbankan, nasabah debitur masih memiliki banyak risiko yang harus ditanggung dalam pelaksanaan perjanjian kredit tersebut. Bank memiliki pertimbangan-pertimbangan sendiri selain dari persyaratan yang telah diajukannya dalam hal pencairan kredit. Untuk mendapat kredit, penerima kredit terikat pada syarat-syarat tertentu. Setelah perjanjian kredit ditandatangani, tetap ada kemungkinan penyerahan kredit itu tidak diteruskan, karena pertimbangan-pertimbangan tertentu. Jika hal ini terjadi, maka berarti tidak tercapai persesuaian kehendak baru untuk menyerahkan pinjaman, dan dalam hal ini, penerima kredit tidak berhak untuk menuntut ganti rugi. Sehingga jika masing-masing pihak tidak memenuhi kewajibannya, bank tidak menyerahkan uang atau pemohon kredit tidak menggunakan kredit maka keduanya saling tidak mengadakan tuntutan.¹⁶⁵

Dari ketentuan-ketentuan tersebut di atas terlihat bahwa pada dasarnya menganut prinsip adanya tanggung jawab mutlak pelaku usaha yang menimbulkan kerugian pada konsumen sehingga kepentingan konsumen yang termasuk di dalamnya adalah nasabah debitur dapat lebih terlindungi. Akan tetapi dengan adanya ketentuan tersebut juga tidak menutup kemungkinan pelaku usaha atau bank untuk membuktikan bahwa pihaknya tidak melakukan kesalahan yang menimbulkan kerugian pada konsumen atau nasabah debitur.

¹⁶⁵ Mariam Darus Badruzaman, 1983, *Perlindungan Terhadap Konsumen Dilihat dari Sudut Pandang Perjanjian Baku*, Bina Cipta, Bandung, hlm. 28.

Dalam mempertimbangkan klausula-klausula yang mengikat nasabah debitur dalam perjanjian kredit, beberapa hal yang harus diperhatikan dari sisi nasabah debitur adalah :¹⁶⁶

1. Nasabah debitur harus evaluasi atas klausula-klausula yang dibebankan terhadapnya dan memproyeksikan dengan kondisi keuangan, praktik bisnis dan kebutuhan pertumbuhan bisnis, dengan melakukan negosiasi untuk penghapusan klausula-klausula tertentu;
2. Dalam mengevaluasi akibat dari klausula-klausula yang bersifat membatasi, nasabah debitur perlu meminta penegasan dari kreditur. Klausula-klausula yang bersifat membatasi ini akan menutup ruang gerak nasabah debitur;
3. Tersedianya kreditur yang memberikan dana bagi nasabah debitur. Dalam hal kreditur yang mendukung pendanaan lebih dari seorang, nasabah debitur tentunya perlu untuk mengkaji lebih lanjut hubungan yang ada di antara para krediturnya. Hal ini tentunya lebih sulit dibandingkan dengan apabila pendanaannya hanya berasal dari seorang kreditur saja;
4. Peluang untuk mengakhiri perjanjian. Klausula ini umumnya dihindari oleh kredit, karena jika peluang untuk mengakhiri ini secara terbuka diberikan tentunya akan merugikan pihak kreditur. Kreditur dapat kehilangan nasabah debiturnya yang potensial. Akan tetapi kreditur harus memberikan klausula untuk mencapai solusi secara bijaksana;

¹⁶⁶ Johannes Ibrahim, *Op.Cit.*, hlm. 62-64.

5. Standar hubungan di antara kreditur dan nasabah debitur. Klausula hubungan antara kreditur dan debitur yang bersifat membatasi ruang gerak nasabah debitur tentunya harus dihindari;
6. Referensi silang. Nasabah debitur harus bersikap hati-hati terhadap klausula-klausula yang tidak saja mendasarkan terhadap hal-hal yang ada dalam perjanjian tetapi terhadap dokumen-dokumen lainnya;
7. Penggunaan kata-kata sifat yang tidak tergambar. Nasabah debitur sepatutnya untuk mengosiasikan penggunaan kata-kata sifat yang memiliki fleksibilitas dan tidak tergambar agar tidak mengakibatkan kesalahpahaman di kemudian hari bagi pihak nasabah debitur;
8. Grace periods atau masa tenggang. Nasabah debitur menginginkan untuk merundingkan dalam sebuah “periode pemulihan” di mana kreditur mengizinkan untuk memperbaiki pelanggaran-pelanggaran yang dibuat oleh nasabah debitur dan tidak dengan segera menyatakan sebagai sebuah peristiwa kelalaian (default). Permintaan nasabah debitur dapat dinilai layak dan kreditur tidak memiliki hak secara seketika untuk mengumumkan hal tersebut sebagai kelalaian;
9. Fleksibilitas. Secara umum nasabah debitur harus memiliki fleksibilitas dalam merundingkan dana kredit yang diterimanya. Dana kredit harus memberikan manfaat bagi peningkatan kondisi keuangan dan aplikasi dalam kegiatan bisnisnya;

10. Pengalihan manajemen. Selama memperoleh fasilitas kredit dari kreditur, nasabah debitur terikat untuk tidak melakukan perubahan-perubahan manajemen, misalnya melakukan penggabungan atau konsolidasi tanpa memperoleh persetujuan dari pihak kreditur.

Pencantuman klausula-klausula perjanjian kredit pada bank sepatutnya merupakan upaya kemitraan, karena baik bank selaku kreditur maupun nasabah debitur saling membutuhkan dalam upaya mengembangkan usahanya masing-masing. Untuk itu dalam memberikan perlindungan terhadap nasabah perlu adanya upaya edukasi dan penjelasan mengenai isi perjanjian yang dimaksud.

B. Perlindungan Hukum Terhadap Perjanjian Kredit Oleh Perbankan

Kegiatan perbankan bergerak atas dasar kepercayaan dari masyarakat yang menyimpan dana dalam bank, oleh karena itu maka setiap bank diharapkan untuk tetap menjaga kepercayaan masyarakat terhadap bank. Guna mengekalkan kepercayaan masyarakat, pemerintah juga berusaha untuk melindungi masyarakat dari tindakan lembaga ataupun oknum yang tidak bertanggung jawab yang dapat merusak kepercayaan masyarakat.

Para pihak dalam perjanjian kredit ada dua yaitu kreditur dan debitur. Debitur dalam perjanjian kredit merupakan nasabah perbankan. Dalam UUPK kedudukan nasabah merupakan konsumen perbankan, ini dapat dilihat dari Pasal 1 ayat (2) yang menyatakan bahwa konsumen adalah setiap orang pemakai barang dan/atau jasa yang tersedia dalam masyarakat, baik kepentingan diri

sendiri, keluarga, orang lain, dan tidak untuk diperdagangkan. Apabila dilihat dari pasal tersebut maka unsur dari konsumen adalah setiap orang pemakai barang dan/atau jasa, dan tidak untuk diperdagangkan. Nasabah adalah orang pemakai barang dan/atau jasa yang diberikan bank tidak untuk diperdagangkan. Maka dalam hal ini nasabah termasuk juga konsumen.

Debitur dalam memenuhi kebutuhannya tidak jarang banyak yang menggunakan fasilitas kredit untuk mendapatkan modal dalam menunjang usahanya. Untuk mendapatkan kredit dari bank, debitur harus menandatangani perjanjian kredit yang dibuat dalam bentuk perjanjian baku, yang isi klausulanya dibuat oleh bank dan debitur tidak punya kesempatan untuk merubah isi klausula tersebut. Debitur hanya tinggal menandatangani saja. Isi perjanjian tersebut tentunya banyak memberatkan nasabah. Tak jarang banyak debitur yang dirugikan akibat perjanjian tersebut. Untuk melindungi debitur, maka ketidakseimbangan antara bank dan debitur dalam pembuatan klausula-klausula baku pada perjanjian kredit tetap bank tetap harus dihindari, tetapi bukan berarti melarang adanya perjanjian baku, karena dalam bidang perbankan perjanjian baku sangat dibutuhkan oleh bank untuk demi efisiensi. Demi kesetaraan dalam pelaksanaannya, batasan atau pedoman isi dari suatu perjanjian baku dalam perjanjian kredit yang akan diterapkan harus merujuk pada Pasal 18 Undang-undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen.

Perjanjian kredit bank merupakan hubungan kontraktual di bidang perkreditan yang menciptakan hak dan kewajiban bagi para pihak. Didalam

hubungan antara bank dan nasabah tersebut, terdapat perlindungan hukum yang bisa didapatkan nasabah. Perlindungan hukum tersebut adalah sebagai berikut :

- a. Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan Adapun ketentuan pasal-pasal nya adalah:

1. Pasal 29 ayat 3

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

2. Pasal 29 ayat 4

“Untuk kepentingan nasabah, bank wajib menyediakan informasi mengenai kemungkinan timbulnya risiko kerugian sehubungan dengan transaksi nasabah yang dilakukan melalui bank”.

- b. Peraturan Bank Indonesia No. 10/10/PBI/2008 tentang Perubahan atas Peraturan Bank Indonesia No. 7/7/PBI/2005 tentang Penyelesaian Pengaduan Nasabah

Peraturan Bank Indonesia ini memberikan perlindungan hukum terhadap nasabah terkait penyelesaian pengaduan nasabah oleh bank, adapun ketentuan pasal-pasal nya adalah:

1. Pasal 2 ayat 1

“Bank wajib menyelesaikan setiap pengaduan yang diajukan Nasabah dan atau Perwakilan Nasabah”.

2. Pasal 6 ayat 1

“Bank wajib menerima setiap Pengaduan yang diajukan oleh Nasabah dan atau Perwakilan Nasabah yang terkait dengan Transaksi Keuangan yang dilakukan oleh Nasabah”.

3. Pasal 10 ayat 1

“Bank wajib menyelesaikan Pengaduan paling lambat 20 (dua puluh) hari kerja setelah tanggal penerimaan Pengaduan tertulis”.

4. Pasal 12

“Bank wajib menginformasikan status penyelesaian Pengaduan setiap saat Nasabah dan atau Perwakilan Nasabah meminta penjelasan kepada Bank mengenai Pengaduan yang diajukannya”.

c. Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen dalam Pasal 19 juga mengatur tentang tanggung jawab pelaku usaha, yang berbunyi sebagai berikut:

1. Pelaku usaha bertanggung jawab memberikan ganti rugi atas kerusakan, pencemaran, dan/atau kerugian konsumen akibat mengkonsumsi barang dan/atau jasa yang dihasilkan atau diperdagangkan;
2. Ganti rugi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat berupa pengembalian uang atau penggantian barang dan/atau jasa yang sejenis atau setara nilainya, atau perawatan kesehatan dan/atau pemberian santunan yang sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku;
3. Pemberian ganti rugi dilaksanakan dalam tenggang waktu 7 (tujuh) hari setelah tanggal transaksi;

4. Pemberian ganti rugi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan (2) tidak menghapuskan kemungkinan adanya tuntutan pidana berdasarkan pembuktian lebih lanjut mengenai adanya unsur kesalahan;
5. Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan (2) tidak berlaku apabila pelaku usaha dapat membuktikan bahwa kesalahan tersebut merupakan kesalahan konsumen.

Sebagai lembaga pengawas perbankan di Indonesia, Bank Indonesia mempunyai peranan yang sangat penting dalam usaha melindungi dan menjamin agar nasabah tidak mengalami kerugian akibat tindakan bank yang salah. Dengan adanya ketentuan-ketentuan tersebut di atas maka kepentingan konsumen yang dalam hal ini adalah nasabah debitur dapat terlindungi melalui adanya pengawasan dan pengendalian dari Bank Indonesia terhadap seluruh lembaga perbankan.

C. Regulasi Wanprestasi Perjanjian Dengan Jaminan Hak Tanggungan Belum Berbasis Nilai Keadilan Pancasila

Dalam pelaksanaan perjanjian, dapat terjadi wanprestasi yang berarti tidak memenuhi kewajiban yang telah ditetapkan bersama dalam perjanjian. Wanprestasi adalah suatu keadaan yang menunjukkan debitur tidak berprestasi

(tidak melaksanakan kewajibannya) dan dia dapat dipersalahkan. Tidak dipenuhinya kesalahan debitur itu dapat terjadi karena dua hal, yaitu:¹⁶⁷

1. Karena kesalahan debitur, baik karena kesengajaan ataupun karena kelalaian,
2. Karena keadaan memaksa (*force majeure*), di luar kemampuan debitur.

Wanprestasi (kelalaian atau kealpaan) seorang debitur dapat berupa:

1. Debitur sama sekali tidak memenuhi prestasi,
2. Debitur memenuhi prestasi, tetapi tidak sebagaimana yang diperjanjikan,
3. Debitur memenuhi prestasi tetapi tidak tepat waktunya (terlambat),
4. Debitur melakukan sesuatu yang menurut perjanjian tidak boleh dilakukan.

Pada kenyataannya, sangat sulit untuk menentukan apakah debitur dikatakan tidak memenuhi perikatan, karena pada saat mengadakan perjanjian pihak-pihak tidak menentukan waktu untuk melakukan suatu prestasi tersebut. Adapun akibat hukum bagi debitur yang lalai atau melakukan wanprestasi, dapat menimbulkan hak bagi kreditur, yaitu:

1. Menuntut pemenuhan perikatan,
2. Menuntut pemutusan perikatan atau apabila perikatan tersebut bersifat timbal-balik, menurut pembatalan perikatan,
3. Menuntut ganti rugi,
4. Menuntut pemenuhan perikatan dengan disertai ganti rugi,
5. Menuntut pemutusan atau pembatalan perikatan dengan ganti rugi.

¹⁶⁷ Handri Raharjo, 2009, *Hukum Perjanjian di Indonesia*, Pustaka Yustisia, Yogyakarta, hlm. 79.

Akibat hukum yang timbul dari wanprestasi dapat juga disebabkan karena keadaan memaksa (*force majeure*). Keadaan memaksa (*force majeure*) yaitu salah satu alasan pembenar untuk membebaskan seseorang dari kewajiban untuk mengganti kerugian (Pasal 1244 dan Pasal 1445 KUHPerdara). Menurut Undang-undang ada tiga hal yang harus dipenuhi untuk adanya keadaan memaksa, yaitu:

1. Tidak memenuhi prestasi,
2. Ada sebab yang terletak di luar kesehatan debitur,
3. Faktor penyebab itu tidak terduga sebelumnya dan tidak dapat dipertanggungjawabkan kepada debitur.

Pasal 1244 KUHPerdara berbunyi:

“Jika ada alasan untuk itu, si berhutang harus dihukum mengganti biaya, rugi dan bunga, apabila ia tidak dapat membuktikan bahwa hal tidak dilaksanakan atau tidak pada waktu yang tepat dilaksanakannya perjanjian itu, pun tidak dapat dipertanggungjawabkan padanya, kesemuanya itupun jika itikad buruk tidaklah ada pada pihaknya.”

Hak Tanggungan yang diatur dalam Undang-undang No.4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan pada dasarnya adalah Hak Tanggungan yang dibebankan pada hak atas tanah. Namun kenyataannya seringkali terdapat adanya benda-benda berupa bangunan, tanaman dan hasil karya, yang secara tetap merupakan kesatuan dengan tanah yang dijadikan jaminan tersebut, tetapi setiap perbuatan hukum mengenai hak-hak atas tanah, tidak dengan sendirinya meliputi benda-benda tersebut. Namun penerapan asas-asas hukum adat tidaklah mutlak,

melainkan selalu memperhatikan dan disesuaikan dengan perkembangan kenyataan dan kebutuhan dalam masyarakat yang dihadapinya.¹⁶⁸

Sedangkan bangunan yang menggunakan ruang bawah tanah yang secara fisik tidak ada hubungannya dengan bangunan yang ada di atas permukaan bumi di atasnya, tidak termasuk dalam peraturan ketentuan mengenai Hak tanggungan menurut Undang-undang ini. Oleh sebab itu Undang-undang ini diberi nama Undang-undang tentang Hak Tanggungan atas Tanah Beserta Benda-Benda yang Berkaitan dengan Tanah, dan dapat disebut Undang-undang No. 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan (UUHT).

Hak tanggungan adalah hak jaminan atas tanah untuk pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan kepada kreditor tertentu terhadap kreditor-kreditor lain. Dalam arti, bahwa debitur cidera janji (wanprestasi) maka kreditor pemegang hak tanggungan berhak menjual melalui pelelangan umum tanah yang dijadikan jaminan menurut ketentuan peraturan perUndang-undangan yang bersangkutan dengan hak yang mendahului, daripada kreditor-kreditor yang lain. Kedudukan diutamakan tersebut, sudah barang tentu tidak mengurangi preferensi piutang-piutang Negara menurut ketentuan-ketentuan hukum yang berlaku.

Berdasarkan ketentuan Pasal 20 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan bahwa jika debitur wanprestasi atau cidera janji maka berdasarkan:

¹⁶⁸ Adrian Sutedi, 2010, *Hukum Hak Tanggungan*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 52.

1. Hak pemegang Hak Tanggung pertama menjual objek Hak Tanggungan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6, atau
2. Titel eksekutorial yang terdapat dalam sertifikat Hak Tanggungan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 14 ayat (2), Hak Tanggungan dijual melalui pelelangan umum menurut tata cara yang ditentukan dalam peraturan perundang-undangan untuk pelunasan utang pemegang Hak Tanggungan dengan hak mendahului daripada kreditur-kreditur lainnya.

Pada Pasal 20 ayat (2) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan disebutkan bahwa atas kesepakatan pemberi dan penerima Hak Tanggungan, penjualan objek Hak Tanggungan dapat dilaksanakan di bawah tangan jika dengan demikian itu dapat diperoleh harga tertinggi yang menguntungkan semua pihak. Terdapat tiga cara melakukan eksekusi Hak Tanggungan, yaitu sebagai berikut:

1. Eksekusi Hak Tanggungan melalui Penjualan objek Hak Tanggungan di bawah Tangan.

Hal ini didasarkan pada ketentuan Pasal 20 ayat (2) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan.

2. Parate eksekusi

Hal tersebut berdasarkan ketentuan Pasal 6 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan yang menyatakan bahwa apabila dibeitir cidera janji pemegang Hak Tanggungan pertama mempunyai hak

untuk menjual objek Hak Tanggungan atas kekuasaannya sendiri melalui pelelangan umum serta mengambil pelunasan piutangnya dari hasil penjualan tersebut.

3. Eksekusi Hak Tanggungan melalui Pengadilan Negeri

Eksekusi Hak Tanggungan melalui Pengadilan Negeri didasarkan pada ketentuan Pasal 224 HIR / 258 RBg / Pasal 14 ayat (2) dan (3) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan dan pelaksanaannya.

Eksekusi Hak Tanggungan, pada awalnya dapat dilakukan langsung oleh pemegang Hak Tanggungan untuk menjual barang objek Hak Tanggungan tanpa melalui proses Peradilan, yang berarti bahwa eksekusi penjualan lelang barang objek Hak Tanggungan dilakukan atas kuasa sendiri oleh pemegang Hak Tanggungan tanpa intervensi pengadilan atau Hakim. Proses penjualan lelang objek Hak Tanggungan secara langsung oleh pemegang Hak Tanggungan ini, mensyaratkan akan keharusan adanya klausul yang secara mutlak memberi kuasa kepada pemegang hipotik menjual objek Hak Tanggungan, yang disebut klausul *aigenmachtige verkoop* berdasarkan asas kesepakatan dari debitur pemberi hak kepada kreditur menjual sendiri objek Hak Tanggungan tanpa melalui pengadilan, apabila debitur melakukan wanprestasi, hal ini berdasarkan Pasal 1178 KUHPerdara. Proses pelaksanaan eksekusi berdasarkan *aigenmachtige*

verkoop ini diatur dalam pasal 1178 jo. Pasal 1211 KUH Perdata, yaitu dengan melalui penjualan lelang di muka umum.¹⁶⁹

Pasal 6 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan menjelaskan bahwa “Apabila debitur cedera janji, pemegang Hak Tanggungan mempunyai hak untuk menjual objek Hak Tanggungan atas kekuasaan sendiri melalui pelelangan umum serta mengambil pelunasan piutang dari hasil penjualan tersebut”. Berdasarkan ketentuan ini, sekaligus mengandung karakter parate eksekusi dan penjualan atas kekuasaan sendiri atau *aigenmachtige verkoop* (the right to sale), namun penerapannya mengacu pada penjelasan pasal bahwa pelaksanaan parate eksekusi tunduk kepada Pasal 224 HIR, Pasal 256 RBg apabila tidak diperjanjikan kuasa penjualan sendiri, maka penjualan lelang (*executorialeverkoop*) harus diminta kepada ketua Pengadilan Negeri berdasarkan alasan cedera janji atau wanprestasi.

Sejak adanya Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan untuk melakukan eksekusi terhadap Hak Tanggungan tidak perlu melalui gugat menggugat jika debitur melakukan ingkar janji. Hal ini disebabkan Hak Tanggungan telah mempunyai eksekutorial titel yang langsung dapat dieksekusi. Mengenai hal ini sesuai dengan ketentuan Pasal 14 ayat (1) (2) dan ayat (3) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan. Adapun ketentuan pasal tersebut sebagai berikut:

¹⁶⁹ Sofyan Jefri, 2010, *Prosedur Eksekusi Hak Tanggungan Dalam Sengketa Bisnis Syariah*, Pengadilan Negeri Sidoarjo, Sidoarjo, hlm. 7.

1. Sebagai tanda bukti adanya Hak Tanggungan, Kantor Pertanahan menerbitkan sertifikat Hak Tanggungan sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.
2. Sertifikat Hak Tanggungan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) memuat irah- irah dengan kata-kata "DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA".
3. Sertifikat Hak Tanggungan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) mempunyai kekuatan eksekutorial yang sama dengan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap dan berlaku sebagai pengganti grosse acte Hypotheek sepanjang mengenai hak atas tanah.

Eksekusi Hak Tanggungan dengan titel eksekutorial dapat dilakukan karena berdasarkan Pasal 14 ayat (2) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan, sertifikat Hak Tanggungan sebagai tanda atau alat bukti adanya Hak Tanggungan yang memuat irah-irah yang berbunyi "DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA". Dengan irah-irah tersebut, sertifikat Hak Tanggungan mempunyai kekuatan eksekutorial yang sama dengan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum yang tetap.

Kekuatan yang mengikat, pembuktian serta eksekutorial inilah yang diharapkan untuk sebuah putusan dapat memiliki nilai-nilai keadilan dan penegakan hukum bagi para pihak yang bersengketa. Keharusan bank mengajukan permohonan eksekusi sita jaminan ini maka bank tidak dapat

melakukan lelang sendiri namun harus dengan permohonan eksekusi ke pengadilan. Hakim berpendapat bank tidak mau rugi dikarenakan kesalahan nasabah maka bank melakukan upaya hukum mengajukan gugatan sita jaminan terhadap harta hak milik atas nama Tergugat ke pengadilan agama. Hukum yang hanya berpegangan kepada nilai keadilan saja maka sebagian nilai akan menggeser kepastian dan kemanfaatan, hal ini dikarenakan nilai keadilan tidak terikat dengan kepastian maupun kemanfaatan atau kegunaan. Oleh karena itu sesuatu yang dirasakan adil belum tentu sesuai dengan nilai kepastian dan kemanfaatan.¹⁷⁰

Wanprestasi berasal dari adanya kesepakatan/perjanjian suatu perikatan hukum menyangkut suatu transaksi yang tidak dipenuhi oleh salah satu pihak. Jadi jika ada salah satu pihak yang gagal memenuhi janjinya untuk menunaikan prestasi baik sengaja ataupun kelalaian, maka hal itu dapat dikatakan telah terjadi cedera janji (wanprestasi). Akibat hukum wanprestasi, maka pihak yang dirugikan dapat melakukan pemanggilan secara tertulis (somasi) dan menggugat ke pengadilan. Perjanjian sebagai akibat perikatan diatur pada Pasal 1233 KUHPerdara, yang berbunyi: “Perikatan, lahir karena suatu persetujuan atau karena undang-undang”. Pasal 1234 KUHPerdara: “Perikatan ditujukan untuk memberikan sesuatu, untuk berbuat sesuatu, atau untuk tidak berbuat sesuatu”. Pengertian perjanjian, Pasal 1313 KUHPerdara: “Suatu persetujuan adalah suatu

¹⁷⁰ Shirdarta, 2006, *Karakteristik Penalaran Hukum dalam Konteks ke-Indonesia-an*, Utomo, Bandung, hlm. 196.

perbuatan dimana satu orang atau lebih mengikatkan diri terhadap satu orang lain atau lebih”. Untuk sahnya suatu persetujuan/perjanjian menurut hukum diatur Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (“KUHPerdata”). Agar terjadi suatu persetujuan yang sah, perlu dipenuhi empat syarat: 1. Adanya kesepakatan para pihak; 2. Adanya kecakapan pihak yang membuat perikatan; 3. Adanya suatu pokok (obyek) tertentu; 4. Suatu sebab yang tidak terlarang. . Salah satu asas penting pada sebuah persetujuan/perjanjian (*overeenkomst*) adalah bahwa perjanjian yang dibuat secara sah oleh para pihak berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya, serta harus dilakukan dengan jujur, itikad baik (*good faith*). Sebagaimana Pasal 1338 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (“KUHPerdata”) berbunyi: “Semua persetujuan yang dibuat sesuai dengan undang-undang berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Persetujuan itu tidak dapat ditarik kembali selain dengan kesepakatan kedua belah pihak, atau karena alasan-alasan yang ditentukan oleh Undang-Undang. Persetujuan harus dilaksanakan dengan itikad baik”. Pasal 1339 KUHPerdata: “Persetujuan tidak hanya mengikat apa yang dengan tegas ditentukan di dalamnya, melainkan juga segala sesuatu yang menurut sifatnya persetujuan dituntut berdasarkan keadilan, kebiasaan, atau undang-undang”. Jadi menurut hukum perjanjian jika salah satu pihak lalai atau dengan sengaja tidak menunaikan prestasi maka dapat dikatakan telah terjadi ingkar janji (*wanprestasi*). Yang berarti ada pelanggaran pada perjanjian, menyebabkan pihak yang dirugikan dapat melakukan pemanggilan/menegur dengan surat tertulis atau

akta sejenis itu (somasi) sebanyak tiga kali. Jika tidak diindahkan atas peneguran tersebut, maka dapat diajukan gugatan ke pengadilan. Apa itu Wanprestasi: Apa itu “wanprestasi” atau ingkar janji. Wanprestasi dapat diartikan sebagai tidak terlaksananya prestasi karena kesalahan debitur baik karena kesengajaan atau kelalaian. Wanprestasi diatur pada Pasal 1238 KUHPerdara, debitur dinyatakan lalai dengan surat perintah, atau dengan akta sejenis itu, atau berdasarkan kekuatan dari perikatan sendiri, yaitu bila perikatan ini mengakibatkan debitur harus dianggap lalai dengan lewatnya waktu yang ditentukan. Bentuk-bentuk wanprestasi : a. Tidak melaksanakan prestasi sama sekali; b. Melaksanakan tetapi tidak tepat waktu (terlambat); c. Melaksanakan tetapi tidak seperti yang diperjanjikan; dan d. Melakukan sesuatu yang menurut perjanjian tidak boleh dilakukannya Adapun akibat hukum karena adanya wanprestasi dalam suatu perjanjian adalah sebagai berikut ini : Debitur diwajibkan membayar ganti kerugian yang telah diderita oleh kreditur (pasal 1234 KUHPerdara). Apabila perikatan itu timbal balik. Kreditur dapat menuntut pembatalan/dapat dibatalkan perikatannya melalui hakim (pasal 1266 KUHPerdara). Dalam perikatan untuk memberikan sesuatu, resiko beralih kepada debitur sejak terjadi wanprestasi (pasal 1237 ayat 2 KUHPerdara). Debitur diwajibkan memenuhi perikatan jika masih dapat dilakukan, atau pembatalan disertai pembayaran ganti kerugian (pasal 1267 KUHPerdara). Debitur wajib membayar biaya perkara jika diperkarakan di muka Pengadilan Negeri, dan debitur dinyatakan bersalah.

Menjawab Pertanyaan Saudara: Dasar hukum (Pasal) yang dapat kita pakai

didalam KUHPperdata, perihal Prestasi dan Wanprestasi? Yang menjadi dasar hukum Prestasi dan Wanprestasi adalah Pasal 1234 KUHPperdata: ‘Perikatan ditujukan untuk memberikan sesuatu, untuk berbuat sesuatu, atau untuk tidak berbuat sesuatu’. Untuk wamprestasi diatur Pasal 1238 KUHPperdata: “Debitur dinyatakan Ialai dengan surat perintah, atau dengan akta sejenis itu, atau berdasarkan kekuatan dari perikatan sendiri, yaitu bila perikatan ini mengakibatkan debitur harus dianggap Ialai dengan lewatnya waktu yang ditentukan”. Wanprestasi diatur Pasal 1238 – 1244 KUHPperdata. Salah satu bentuk sanksi adalah tuntutan gandi rugi yang diatur Pasal 1243 KUHPperdata, berbunyi: “Penggantian biaya, kerugian dan bunga karena tak dipenuhinya suatu perikatan mulai diwajibkan, bila debitur, walaupun telah dinyatakan Ialai, tetap Ialai untuk memenuhi perikatan itu, atau jika sesuatu yang harus diberikan atau dilakukannya hanya dapat diberikan atau dilakukannya dalam waktu yang melampaui waktu yang telah ditentukan. Sedangkan dari keputusan dari Mahkamah Agung mengenai wanprestasi ditolak, hal ini dikarenakan wanprestasi tergugat harus mengganti biaya, dan juga kerugian akibat tidak dilaksanakannya dalam suatu perikatan.

Dalam prakteknya di lapangan, terdapat beberapa permasalahan yang sering dialami oleh perbankan sebagai kreditur dalam pelaksanaan prosedur penyelesaian wanprestasi dalam perjanjian kredit dengan jaminan hak tanggungan, yaitu antara lain: : (1) Debitur sulit untuk dihubungi, maksud debitur melakukan ini adalah supaya debitur tidak memenuhi kewajibannya untuk

melunasi hutang, bunga dan biaya-biaya lainnya, (2) Debitur melarikan diri atau pindah domisili, maksud debitur melakukan hal ini adalah supaya kreditur mengalami kesulitan untuk mencari keberadaan debitur, (3) Debitur mengajukan gugatan hukum atas eksekusi lelang hak tanggungan yang telah diberikan kepada kreditur, namun walaupun debitur melakukan hal itu Kantor Lelang tetap akan melaksanakan eksekusi lelang karena debitur telah memberikan jaminan hak tanggungan kepada kreditur, dan (4) Debitur tidak mau mengosongkan objek lelang, maka dari itu KPKNL akan memberikan jangka waktu lagi kepada debitur untuk mengosongkan objek lelang.

Selain itu, terdapat beberapa permasalahan lain yang timbul dalam perjanjian kredit menggunakan hak tanggungan yang menimbulkan wanprestasi, antara lain: 1) Pihak pemegang Hak Tanggungan kesulitan mengawasi penggunaan barang jaminan yang dititipkan pemberi Hak Tanggungan, karena meskipun pemberi Hak tanggungan berkewajiban memelihara, namun kadang ada pemberi Hak Tanggungan yang beritikad kurang baik, sehingga mempergunakan barang jaminannya seenaknya sehingga akan menurunkan nilai barang. 2) Pihak pemegang Hak Tanggungan cukup kesulitan untuk melakukan pengawasan secara langsung akan penggunaan kredit yang dicairkan. Hal tersebut disebabkan banyaknya pemberi Hak Tanggungan yang harus diawasi, karena penyalahgunaan kredit akan dapat menimbulkan masalah tersendiri bagi pemberi Hak Tanggungan, sehingga pada akhirnya pemberi Hak Tanggungan akan kesulitan melunasinya, dan 3) Pihak pemberi Hak Tanggungan biasanya

mempersulit untuk menyerahkan barang jaminannya, apabila adanya penarikan terhadap barang jaminan atau penyitaan. Misalnya saja, barang jaminan tersebut ternyata digadaikan ke saudara si pemberi Hak Tanggungan atau si pemberi Hak Tanggungan tersebut pergi menghindar agar tidak bertemu oleh pihak penyitaan, dan masih banyak yang lain.

Jika terjadinya kredit macet di Bank Syariah, atau nasabah wanprestasi. Berdasarkan Fatwa DSN Nomor 48/DSN-MUI/II/2005 Pihak Bank Syariah melakukan penjadwal kembali (*Rescheduling*). Dan Peraturan Bank Indonesia No. 10/18/PBI/2008 tentang Restrukturisasi pembiayaan bagi Bank Syariah dan unit Usaha Syariah, restrukturisasi pembiayaan adalah upaya yang dilakukan Bank dalam rangka membantu Nasabah agar dapat menyelesaikan kewajibannya, antara lain melalui: Penjadwalan Kembali (*rescheduling*), Persyaratan kembali (*reconditioning*) dan Penataan kembali (*restrukturing*).¹⁷¹ Misalnya pada awalnya lama pembiayaan 36 dengan angsuran Rp. 1.212.700 menjadi 48 bulan dengan angsuran Rp. 909.600.

Ada beberapa prosedur dalam menyelesaikan sengketa Ekonomi Syariah di Pengadilan Agama yaitu: Pertama sidang aan maning. Aanmaning adalah teguran yang dilakukan oleh Ketua Pengadilan kepada termohon eksekusi, agar termohon eksekusi melaksanakan pemenuhan hak tanggungan secara sukarela dalam waktu maksimum delapan hari. Aan maning merupakan syarat pokok

¹⁷¹ Cik Basir, 2009, *Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah di Pengadilan Agama dan Mahkamah Syariah*, Kencana, Jakarta, hlm. 160.

eksekusi, tanpa aan maning (teguran) terlebih dahulu, eksekusi tidak boleh dijalankan.¹⁷²

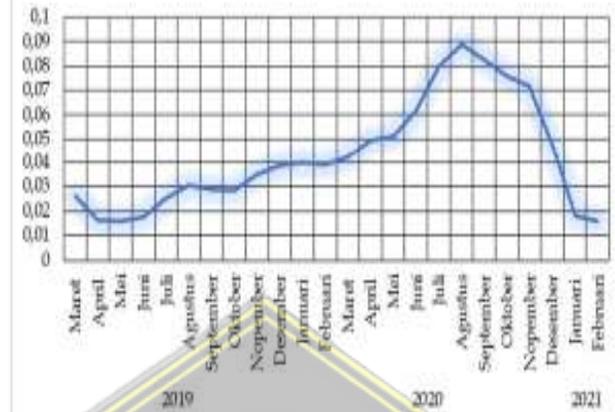
Dalam perbankan konvensional sebagai contoh kasus kredit macet dialami oleh Bank Banten. Bank Banten menyerahkan 43 surat kuasa khusus (SKK) terkait penyelesaian kredit macet sebesar Rp 261 miliar kepada Kejari wilayah Banten. Adapun 43 SKK itu terdiri dari 19 SKK untuk penyelesaian kredit macet di Bank Banten pusat sebesar Rp 195,5 miliar dan 24 SKK untuk penyelesaian di kantor cabang Bank Banten sebesar Rp 7,7 miliar. Direktur Utama Bank Banten Agus Syabaruddin mengatakan, kolaborasi dan bantuan yang diberikan Kejati Banten telah berhasil menagih kredit macet sebesar Rp9,4 miliar dari para debitur.¹⁷³

Berdasarkan keterangan tersebut diatas dapat kita ketahui bahwa regulasi wanprestasi perjanjian dengan jaminan hak tanggungan belum berbasis nilai keadilan Pancasila, karena masih cenderung memperkuat pihak penggugat dibanding pihak tergugat yang melakukan wanprestasi.

¹⁷² Faturohman Djamil, 2012, *Penyelesaian Pembiayaan Bermasalah di Bank Syariah*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 83.

¹⁷³ <https://regional.kompas.com/read/2022/10/18/061007478/selesaikan-kredit-macet-rp-261-miliar>, diakses pada Tanggal 21 Oktober 2022, pada Pukul 10.00 WIB.

Tabel 3.1.
Data Wanprestasi



Gambar 1.
Tingkat Wanprestasi 90 Hari Peer to Peer Lending
Sumber: *Statistic Fintech* (2021)

Putusan pengadilan, terdapat 828 Data gugatan penangguhan tanggungan, Gugatan pengagguhan pelaksanaan lelang eksekusi hak tanggungan Lelang eksekusi hak tanggungan Perlawanan Eksekusi hak tanggungan Kesalahan pelaksanaan eksekusi Perlawanan eksekusi dalam hak tanggungan Murabahah Wanprestasi Eksekusi Hak tanggungan Perlawanan terhadap eksekusi hak tanggungan Sertifikat hak tanggungan.

Regulasi wansprestasi perjanjian dengan hak tanggungan belum berkeadilan Pancasila, penormaan Wanprestasi terdapat dalam pasal 1243 KUHPerdara, yang adalah “penggantian biaya, rugi dan bunga karena tidak dipenuhinya suatu perikatan, barulah mulai diwajibkan, apabila si berutang, setelah dinyatakan lalai memenuhi perikatannya, tetap melalaikannya, atau

jika sesuatu yang harus diberikan atau dibuatnya, hanya dapat diberikan atau dibuatnya, hanya dapat diberikan atau dibuat dalam tenggang waktu yang telah dilampaukannya.” Penormaan tersebut hanya mengatur debitor yang lalai, tidak mengatur dan membedakan debitor yang wanprestasi karena kesengajaan maupun kelalaian. Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1996 Tentang jaminan hak tangan beserta benda-benda yang berkaitan dengan tanah, Pasal 14 ayat (3) dan Pasal 20 (1). Belum mengatur adanya kesepakatan anatar debitor dan kreditor berakibat subyektfitas kreditor sebagai pemegang hak tanggungan sangat tinggi.

Pasal 14 ayat (3) UU Hak Tanggungan yang berbunyi, “Sertifikat hak tanggungan sebagaimana dimaksud pada atau (2) mempunyai kekuatan eksekutorial yang sama dengan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap dan berlaku sebagai pengganti grosse acte hypotheek sepanjang mengenai hak atas tanah.” *Pasal 20 ayat (1) UU Hak Tanggungan yang berbunyi,* “Apabila debitor cidera janji, maka berdasarkan a. hak pemegang hak tanggungan pertama untuk menjual obyek hak tanggungan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6, atas b. titel eksekutorial yang terdapat dalam sertifikat hak tanggungan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 14 ayat (2), objek hak tanggungan dijual melalui pelelangan umum menurut tata cara yang ditentukan dalam peraturan perundang-undangan untuk pelunasan piutang pemegang hak tanggungan dengan mendahulukan daripada kreditur-kreditur lainnya.

Keadilan akan terasa manakala sistem yang relevan dalam struktur-struktur dasar masyarakat tertata dengan baik. Rasa keadilan masyarakat dapat pula kita temukan dalam pelaksanaan penegakan hukum melalui putusan hakim. Pada prakteknya, pemaknaan keadilan modern dalam penanganan permasalahan-permasalahan hukum ternyata masih *debatable*.¹⁷⁴

Kesejahteraan bagi seluruh rakyat Indonesia merupakan penjabaran dari nilai-nilai keadilan sosial. Pancasila merumuskan bentuk keadilan yang disebut keadilan sosial. Keadilan sosial adalah suatu keadaan berkeadilan yang nyata di mana ada kesesuaian kenyataan sosial dengan hakikat nilai yang disebut adil.¹⁷⁵ Terwujudnya keadilan sosial ini ditandai dengan hadirnya kemakmuran umum, yakni tersedianya barang dan jasa bagi rakyat, sehingga setiap orang mencapai kemakmuran pribadinya.¹⁷⁶ Jadi, teori keadilan pancasila adalah keadilan yang berdasarkan Pancasila yaitu keadilan sosial.

¹⁷⁴ Theo Huijbers, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah*, Cet VIII, Yogyakarta: Kanisius, 2005, hlm. 191.

¹⁷⁵ Mahfud MD, 2011. *Membangun Politik Hukum Menegakan Konstitusi*, Rajawali Press, Jakarta, hal. 17

¹⁷⁶ Kaelan, 2013. *Negara Kebangsaan Pancasila, Kultural, Historis, Filosofis, Yuridis, dan aktualisasinya*, Paradigma, Yogyakarta, hal. 401.

BAB IV

**KELEMAHAN-KELEMAHAN REGULASI WANPRESTASI PERJANJIAN
DENGAN JAMINAN HAK TANGGUNGAN SAAT INI**

A. Kelemahan Dari Aspek Substansi Hukum

Sebelum berlakunya UUHT, maka yang dipergunakan adalah Surat Kuasa Membebankan Hipotik (SKMH), disamping itu banyak pula istilah yang dipakai oleh notaris yang memuat pemberian kuasa untuk membebankan hipotik antara lain: “Surat Kuasa Memasang Hipotik”. “Kuasa Memasang Hipotik”. dan lain-lain. SKMH dibuat oleh Notaris berdasarkan pasal 1178 ayat (2) KUH Perdata. Dalam praktik yang selama ini terjadi (saat berlakunya SKMH) sangat jarang pihak-pihak yang bersangkutan menempuh membebankan hipotik, hampir selalu yang terjadi adalah pembuatan surat kuasa membebankan / memasang hipotik dan tidak langsung dipasang hipotik hal tersebut terjadi dengan berbagai alasan, baik alasan dari pihak kreditor maupun alasan dari pihak debitor.

Alasan yang paling banyak dikemukakan adalah bahwa proses penandatanganan Akta Hipotik sampai keluarnya Sertipikat Hipotik memakan waktu lama dan biayanya masih terlalu besar dan Bank sendiri merasa sudah mengenal secara baik, merasa tidak perlu menempuh pembebanan secara langsung karena dengan SKMH saja sudah merasa cukup aman. Pembebanan hipotik baru dilakukan setelah terdapat gejala debitor cidera janji.

Berbeda dengan SKMHT, Pembuatan SKMHT hanya diperkenankan dalam keadaan khusus, yakni apabila Pemberi HT tidak dapat hadir sendiri dihadapan PPAT untuk membuat APHT. Dalam hal ini Pemberi HT wajib menunjuk pihak lain sebagai kuasanya dengan SKMHT yang berbentuk akta otentik dan pembuatannya diserahkan kepada notaris atau PPAT.

Hal yang perlu mendapat perhatian mengenai SKMHT ini sebagaimana yang dapat kita lihat pada ketentuan pasal 15 UUHT tersebut yaitu selain membatasi isi atau substansinya yakni hanya memuat perbuatan hukum membebaskan HT, tidak memuat hak untuk menggantikan penerima kuasa melalui pengalihan (kuasa substitusi), serta memuat nama dan identitas kreditor, jumlah uang serta obyek HT. Disamping pembatasan mengenai substansinya tersebut diatas, SKMHT dibatasi jangka berlakunya. Untuk mencegah berlarut-larutnya pemberian kuasa (seperti yang terjadi pada SKMH yang tidak membatasi jangka waktu berlakunya) dan demi tercapainya kepastian hukum.

Hal lain yang perlu disoroti ketentuan pasal 15 ayat (4) UUHT yang berbunyi :

“Surat Kuasa Membebaskan Hak Tanggungan Mengenai Hak atas Tanah yang belum terdaftar wajib diikuti dengan Akta Pemberian Hak Tanggungan selambat-lambatnya (3) tiga bulan sesudah diberikan”.

Ketentuan mengenai batas waktu untuk melaksanakan kewajiban yang bersifat imperatif haruslah dipenuhi. Apabila persyaratan mengenai jangka waktu tersebut tidak dipenuhi, maka SKMHT batal demi hukum. Kata wajib yang berarti imperatif, berarti pula hal tersebut tidak dapat ditolerir atau disimpangi.

Permasalahan yang timbul adalah apakah mungkin dalam waktu 3 (tiga) bulan pendaftaran atas tanah yang belum terdaftar dapat diselesaikan pada waktunya kenyataannya dalam praktik ternyata, pengurusan Sertipikat itu memakan waktu bertahun-tahun, Kantor Pertanahan yang berwenang dalam pendaftaran tanah lamban dalam menangani pendafrtan tanah tersebut dan alasan yang sering dikemukakan yaitu berkas masih diproses dan diteliti, dan kita hanya bisa menunggu dan SKMHT yang terlanjur dibuat terancam batal demi hukum.

Kredit macet dalam dunia perbankan adalah tidak dilaksanakannya pembayaran angsuran sebagaimana yang diperjanjikan, terlepas dari segala sesuatu yang menyebabkan tidak terbayarnya angsuran kredit tersebut. Untuk mengurangi resiko tersebut, *collateral* atau jaminan pemberian kredit dalam arti keyakinan atas kemampuan dan kesanggupan debitur untuk melunasi kewajibannya sesuai dengan yang diperjanjikan merupakan faktor penting yang harus diperhatikan oleh bank.

Bank harus melakukan penilaian yang seksama terhadap watak, kemampuan, modal agunan dan prospek usaha dari debitur sebelum memberikan kredit. Apabila unsur-unsur yang ada telah dapat meyakinkan bank atas kemampuan debitur, maka jaminan cukup hanya berupa jaminan pokok saja dan bank tidak wajib meminta jaminan tambahan.¹⁷⁷

Jaminan pokok yang dimaksud dalam pemberian kredit tersebut adalah jaminan yang berupa sesuatu atau benda yang berkaitan langsung dengan kredit yang dimohon. Sesuatu yang dimaksud di sini adalah proyek atau prospek usaha

¹⁷⁷ Hermansyah, 2005, *Hukum Perbankan Nasional Indonesia*, Kencana, Jakarta, hlm. 68.

yang dibiayai dengan kredit yang dimohon, sementara itu yang dimaksud benda di sini adalah benda yang dibiayai atau dibeli dengan kredit yang dimohon. Jenis tambahan yang dimaksud adalah jaminan yang tidak bersangkutan langsung dengan kredit yang dimohon. Jaminan ini berupa jaminan kebendaan yang objeknya adalah benda milik debitur maupun perorangan, yaitu kesanggupan pihak ketiga untuk memenuhi kewajiban debitur.¹⁷⁸

Hak Tanggungan menurut Pasal 1 angka 1 Undang-Undang No. 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan didefinisikan sebagai “Hak Tanggungan atas tanah beserta benda-benda yang berkaitan dengan tanah, yang selanjutnya disebut Hak Tanggungan, adalah hak jaminan yang dibebankan pada hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, berikut atau tidak berikut benda-benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu, untuk pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditor tertentu terhadap kreditor-kreditor lain.”

Adanya aturan hukum mengenai pelaksanaan pembebanan Hak Tanggungan dalam suatu perjanjian kredit dilihat dari penjabaran Undang – Undang Nomor 4 Tahun 1996 terdapat beberapa unsur pokok dari Hak Tanggungan yang seharusnya bertujuan untuk memberikan kepastian dan perlindungan, namun seringkali regulasi

¹⁷⁸ Leni Oktafiani, Irdanuraprida Idris, 2015, ‘Pelaksanaan Pemberian Kredit Dengan Jaminan Hak Tanggungan Pada Debitur PT Bank DKI Jakarta Pusat’, *Lex Journalica* Volume 12 Nomor 2, Agustus 2015, hlm. 80

dalam undang-undang tersebut masih kurang tegas dalam keberpihakannya kepada konsumen.

Keputusan Mahkamah Konstitusi Nomor 21/PUU-XVIII/2020 menyatakan bahwa Pasal 14 ayat (3) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-benda Yang Berkaitan Dengan Tanah sepanjang frasa “kekuatan eksekutorial” dan frasa “sama dengan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap” bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai “terhadap jaminan Hak Tanggungan yang tidak ada kesepakatan tentang cedera janji (wanprestasi) karena Debitor mengalami keadaan memaksa (Overmacht/Force Majeure) maka Debitor diberi hak untuk membuktikannya di pengadilan sebelum eksekusi Jaminan Hak Tanggungan dilakukan”. Pasal 20 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-benda Yang Berkaitan Dengan Tanah sepanjang frasa “cedera janji” bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak dimaknai “Debitor tidak melaksanakan kewajiban perikatan dan adanya unsur kesalahan dari Debitor”.

Dalam perjanjian Fidusia juga disinggung mengenai wanprestasi, bahkan apabila debitur atau pemberi jaminan cedera janji, dapat dilakukan eksekusi atas oyek jaminan (Pasal 29 Undang-Undang Nomor 29 Tahun 1999 Tentang Jaminan Fidusia).

B. Kelemahan Dari Aspek Struktur Hukum

Kredit yang diberikan oleh bank tentu saja mengandung resiko (*risk*), oleh karena itu berdasarkan Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia No.27/162/KEP/DIR tanggal 31 Maret 1995 tentang Pedoman Penyusunan Kebijakan Perkreditan (PPKPB) bagi Bank Umum, dalam rangka melindungi dan mengamankan dana masyarakat dan untuk menjaga kesehatan dan kelangsungan usaha bank, dalam pelaksanaan pemberian kredit bank diharuskan berpegang pada asas-asas perkreditan yang sehat yang dituangkan melalui suatu kebijaksanaan perkreditan bank dalam bentuk tertulis.¹⁷⁹

Berdasarkan hal tersebut, perbankan sebagai kreditur sebelum memberikan kredit harus melakukan analisis secara ekonomi terhadap calon debitur dengan maksud untuk menjaga kemungkinan terjadinya tunggakan atau kredit macet.

Pada umumnya dalam memberikan kredit, Bank selalu mewajibkan debitur untuk menjaminkan agunannya guna mengamankan kepentingan bank apabila debitur lalai atau wanprestasi dalam pembayaran kredit. Bilamana debitur lalai, maka bank akan melakukan penjualan agunan tersebut baik secara lelang maupun bawah tangan. Hal-hal yang ada di dalam perjanjian kredit (klausula baku) tersebut sudah tertulis terlebih dahulu dan nasabah hanya mempunyai pilihan untuk menolak atau menerima perjanjian tanpa ikut merumuskan isi dari perjanjian kredit tersebut.

¹⁷⁹ Rita Rosmilia, 2009, *Pelaksanaan Penyelesaian Kredit Bermasalah*, Tesis, Program Studi Magister Kenotariatan Universitas Diponegoro Semarang, hlm. 4

Pencantuman klausa baku tersebut memperlihatkan kedudukan antara pihak bank dan nasabah debitur yang tidak seimbang. Hal itu bisa dimanfaatkan oleh pihak bank untuk membuat klausula-klausula yang memberatkan nasabah debitur, sebaliknya pihak bank terlindungi oleh karenanya pihak nasabah debitur dibebani dengan sejumlah kewajiban dan merupakan hak-hak bank yang mesti dipenuhinya.

Kelemahan dari sisi struktur hukum adalah, kurangnya sinergi antar aparat penegak hukum. Hal ini sangat diperlukan kepada semua lapisan masyarakat bahwa prinsip keadilan harus dapat dirasakan, karena terkadang suatu perjanjian dibuat melemahkan salah satu pihak. Sehingga perlu kebijakan aparat penegak hukum baik dari jajaran kepolisian, kehakiman dan kejaksaan, terutama dalam memberikan perlindungan hukum kepada semua lapisan masyarakat.

C. Kelemahan Dari Aspek Budaya Hukum

Perjanjian yang telah dibuat berdasarkan pasal 1320 KUHPdata berlaku sebagai undang-undang bagi para pihak sebagai mana terdapat dalam Pasal 1338 ayat (1) KUHPdata. Namun dalam prakteknya, kadang apa yang diperjanjikan tidak dilaksanakan oleh salah satu pihak atau disebut wanprestasi. Wanprestasi adalah: "Suatu keadaan dimana seorang debitur (berutang) tidak memenuhi atau melaksanakan prestasi sebagaimana telah ditetapkan dalam suatu perjanjian". Wanprestasi dapat terjadi baik karena disengaja maupuntidak disengaja. Wanprestasi dapat berupa: Sama sekali tidak memenuhi prestasi; prestasi yang

dilakukan tidak sempurna; terlambat memenuhi prestasi; melakukan apa yang dalam perjanjian dilarang untuk dilakukan.

Terjadinya wanprestasi mengakibatkan pihak lain (lawan dari pihak yang wanprestasi) dirugikan. Karena adanya kerugian oleh pihak lain, maka pihak yang telah melakukan wanprestasi harus menanggung akibat dari tuntutan pihak lawan yang dapat berupa: Pembatalan perjanjian; pembatalan perjanjian disertai tuntutan ganti rugi; pemenuhan perjanjian; pemenuhan perjanjian disertai tuntutan ganti rugi; atau menuntut penggantian kerugian saja.

Kelamahan dari aspek budaya hukum adalah kurangnya pengetahuan masyarakat ataupun sosialisasi suatu regulasi hukum bahwa salah satu prinsip yang sangat mendasar dalam hukum perjanjian adalah prinsip perlindungan bagi para pihak, terutama pihak yang dirugikan. Upaya untuk mewujudkannya kepada yang dirugikan dapat dilakukan: Pembatalan perjanjian; pembatalan perjanjian disertai tuntutan ganti rugi; pemenuhan perjanjian; pemenuhan perjanjian disertai tuntutan ganti rugi; atau menuntut penggantian kerugian saja. Sedangkan kepada pihak yang melakukan wanprestasi perlindungan diberikan berupa: Adanya mekanisme tertentu dalam hal pemutusan perjanjian dengan kewajiban melaksanakan somasi dan kewajiban memutuskan perjanjian timbal balik lewat pengadilan; Pembatasan untuk pemutusan perjanjian; Hak untuk memutuskan perjanjian belum dikesampingkan; Pemutusan perjanjian tidak terlambat dilakukan dan Wanprestasi disertai unsur kesalahan. Bentuk perlindungan lain adalah dengan memberi kesempatan pada debitur untuk melakukan pembelaan, misalnya: Karena

overmacht (keadaan memaksa; menyatakan bahwa kreditur juga lalai dan menyatakan bahwa kreditur telah melepaskan haknya.



BAB V

REKONTRUKSI REGULASI WANPRESTASI PERJANJIAN DENGAN

JAMINAN HAK TANGGUNGAN BERBASIS

NILAI KEADILAN PANCASILA

A. Perbandingan Regulasi Wanprestasi Perjanjian Dengan Jaminan Hak Tanggungan di Negara Asing

Wanprestasi memiliki perbedaan di beberapa negara seperti dibawah ini :

1. Malaysia

Upaya pembaharuan atau pembangunan hukum kontrak tidak dapat dilepaskan dari perkembangan yang terjadi secara internasional, khusus-nya yang berkaitan dengan hukum yang berlaku bagi transaksi-transaksi bisnis internasional yang bersifat keperdataan. Persoalan dalam transaksi bisnis internasional adalah negara – negara memiliki sistim hukum yang berbeda, perbedaan yang paling sederhana nampak pada saat mengkualifikasikan sistim hukum yang dianut oleh negara yang bersangkutan, seperti misalnya terdapat negara yang menganut common law dan civil law. Untuk memenuhi perkembangan yang terjadi telah dilakukan upaya untuk melakukan unifikasi (dalam arti harmonisasi) untuk menemukan standar yang sama guna mengatasi keaneka ragaman sistim hukum yang ada. Untuk itu apa yang disampaikan oleh Ida Bagus Wyasa Putra dengan mengutip pandangan Sudargo Gautama mengenai unifikasi berikut ini menjadi relevan untuk dipikirkan yaitu “dalam perspektif

hukum perdata internasional, jalan menuju unifikasi ini dapat diklasifikasikan atas dua jenis, yaitu penyatuan hukum dan penyatuan kaidah-kaidah hukum.”

Di negara Malaysia istilah hukum kontrak disebut dengan istilah undang-undang kontrak. Dengan demikian diketahui bahwa istilah “undang-undang” di Malaysia sama dengan istilah “hukum” di Indonesia. Hukum kontrak di Malaysia digolongkan sebagai hukum privat. Menurut Azimon Abdul Aziz: *“The concept of private law in Malaysia is a little more broad, in that it also encompasses private relationships between governments and private individuals or other entities if it based on the law of contract and not considered to be within the scope of public law”*.

Dengan kata lain, konsep hukum privat di Malaysia sedikit lebih luas, karena juga meliputi hubungan antara pemerintah dengan perorangan atau badan lainnya jika hubungan tersebut didasarkan pada hukum kontrak dan tidak dianggap dalam lingkup hukum publik. Sumber primer hukum kontrak di Malaysia ialah Akta Kontrak 1950 (Undang-Undang Malaysia, Akta 136 Semakan - 1974). Berlakunya dirujuk dari UU Inggris melalui pengesahan Sek. 5 Akta UU Sipil 1956. Akta Kontrak 1950 ini berasal dari Indian Contracts Act 1872 yang mana kebanyakan provisi hukum yang terkandung di dalam Akta Kontrak 1950 mirip dengan Indian Contracts Act 1872.

Akta Kontrak 1950 berlaku di seluruh Malaysia, termasuk di negeri-negeri Melayu pada tanggal 23 Mei 1950 dan di Melaka, Pulau Pinang, Sabah dan Sarawak pada 1 Juli 1974. Akta ini mengandung 191 pasal dan 10 bab.

Secara umum kandungan hukum di dalam Akta ini adalah berhubungan dengan asas-asas kontrak seperti hal-hal yang diperlukan dalam mewujudkan kontrak, tata caranya, pelaksanaannya dan akibat jika kontrak dilanggar oleh pihak-pihak yang membuatnya.

Menurut Hukum Kontrak di Malaysia, perjanjian dan kontrak merupakan dua perkara berbeda, dalam undang-undang kontrak Sek. 10 AK dinyatakan bahwa “Semua perjanjian adalah kontrak jika dibuat atas kerelaan bebas pihak-pihak yang layak membuat kontrak, untuk sesuatu balasan yang sah dan dengan sesuatu tujuan yang sah dan tidak ditetapkan dengan nyata di bawah Akta bahwa ianya batal”. Dengan kata lain, semua kontrak itu adalah juga suatu perjanjian tetapi tidak semua perjanjian itu adalah kontrak. Jika dipahami Sek 10 AK 1950 itu, suatu perjanjian itu hanya diterima sebagai kontrak jika ia dibuat atas kerelaan bebas kedua belah pihak, pihak-pihak adalah layak di sisi hukum, perkara yang dikontrakkan adalah sah dan tujuannya juga adalah sah.

Perlulah dipahami bahwa ciri-ciri suatu kontrak berbeda antara negara-negara yang menganut sistem hukum yang berbeda. Di dalam negara-negara yang menganut sistem “Common Law” seperti Inggris, Malaysia dan India, kontrak memiliki ciri-ciri sebagai berikut: 1) Ada tawaran; 2) Ada penerimaan; 3) Ada balasan; 4) Niat mewujudkan hubungan yang sah dan dilindungi hukum; 5) Kebolehan atau kelayakan membuat kontrak; 6) Kepastian atau ketentuan syarat dan terma kontrak; 7) Kehendak bebas (bukan disuruh atau dipaksa).

Apabila ciri-ciri tersebut tidak terpenuhi maka di negara-negara yang menganut sistem “Common Law” suatu kontrak yang sah dianggap tidak terjadi dan yang mungkin terjadi hanyalah sebuah perjanjian. Perjanjian adalah suatu persetujuan di antara dua pihak atau lebih berkenaan sesuatu perkara. Perlulah dipahami bahwa istilah kontrak adalah lebih khusus sedangkan istilah perjanjian adalah lebih umum. Hanya perjanjian yang mempunyai ciri-ciri kontrak saja yang mempunyai implikasi hukum.

Sebagai contoh perbedaan perjanjian dengan kontrak adalah sebagai berikut: Seorang telah berjanji kepada temannya untuk mengajak menonton sebuah pertunjukan drama besok pukul dua sore. Pada waktu yang sudah dijanjikan ternyata yang datang hanya temannya sedangkan yang mengajak menonton tidak datang. Secara umum si teman yang diajak menonton tersebut tidak dapat mengatak-an orang yang mengajaknya menonton telah wanprestasi.

Dalam masyarakat awam di Malaysia, terdapat kesalahpahaman umum sebagai berikut: 1) Semua perjanjian adalah kontrak dan boleh digugat secara hukum. Ada sebagian orang awam berpendapat bahwa apapun perjanjian yang mereka buat boleh digugat ke pengadilan. Pendapat ini adalah keliru karena tidak setiap perjanjian memenuhi ciri-ciri kontrak. Jika sesuatu perjanjian itu tidak memenuhi ciri-ciri kontrak, maka ia tidak boleh digugat secara hukum.

Contohnya jika dalam suatu perjanjian itu tidak ada “balasan”, tidak wujud penerimaan kepada tawaran, pihak yang berkontrak tidak berkelayakan atau berkebolehan untuk memasuki kontrak atau terkandung untuk paksaan

dalam kontrak, maka perjanjian itu bukanlah suatu kontrak yang sah dan oleh karena itu tidak boleh digugat secara hukum. 2) Perjanjian tertulis yang dibuat oleh dua pihak, juga mengikat pihak-pihak lain yang tidak menandatangani perjanjian tersebut. Ada sebagian ahli masyarakat berpendapat bahwa perjanjian yang dibuat oleh seseorang dengan seseorang lain akan mengikat pihak-pihak lain yang tidak terlibat dengan perjanjian itu. Contohnya si A membuat perjanjian tertulis menjual keretanya (yang masih dalam pembiayaan bank) kepada si B. Biasanya si A telah membuat perjanjian pinjaman (atau sewa beli) lebih awal dengan suatu bank ketika awal dia membeli keretanya.

Oleh karena itu jika hutang dengan bank gagal dibayar, maka bank berhak menyita kereta tersebut berdasarkan perjanjian kredit antara bank dengan si A. Si B tidak boleh menghalang-halangi bank untuk tidak menyita kereta tersebut dengan alasan kereta tersebut telah dijual kepadanya melalui suatu perjanjian tertulis. Si B tidak boleh menghalangi dari sudut hukum karena bank tersebut tidak terlibat sebagai pihak dalam perjanjian penjualan kereta tersebut, oleh karena itu bank tidak terikat oleh perjanjian penjualan kereta tersebut.

Ide 'kontrak' di Malaysia bermula sejak abad ke-12. Sampai dengan abad ke-17, kontrak banyak dipengaruhi oleh mazhab undang-undang yang menjadi pelopor ide terkait kesamarataan, hak asasi manusia dan kebebasan.

Secara historis pembentukan ciri-ciri kontrak adalah terbina dari teori klasikal kontrak pada zaman peralihan yaitu sejak abad ke-18. Selama abad ke-

19 menunjukkan penggunaan berbagai terma (klausula) tidak adil di dalam berbagai kontrak termasuk dalam kontrak komersial atau pengguna (konsumen).

Menjelang abad ke-20, terjadi perubahan ideologi yang berdasarkan market individualism kepada consumer welfarism yang menunjukkan penerapan sikap paternalistik kerajaan dalam pembuatan perundang-undangan khususnya di negara-negara Barat.

Menjelang abad ke-21, kecepatan dan perkembangan pemasaran khususnya dalam pemasaran terhadap konsumen telah merubah persepsi umum terkait fungsi dan peranan kontrak dalam bidang teknologi, perdagangan dan perindustrian. Kontrak standar (baku) semakin banyak digunakan dalam dunia teknologi, perdagangan dan perindustrian.

Kontrak standar (baku) di dalamnya terdapat klausula baku yang dibuat secara sepihak sehingga terjadi ketidakseimbangan hak dan tanggungjawab antara pedagang dengan konsumen. Di Malaysia dikenal dengan istilah “terma tidak adil”.

Dalam hubungan ini, yang dimaksud “terma tidak adil” adalah terma dalam kontrak pengguna, dengan mengambil kira semua hal keadaan, menyebabkan ketidakseimbangan yang signifikan dalam hak dan tanggungjawab pihak-pihak di bawah kontrak itu sehingga merugikan pengguna.

Sebagai contoh, yaitu: kontrak bentuk seragam (standar/baku) dan pasal pengecualian (*ex-clusion clauses*) yang lazimnya terkandung dalam kontrak

bentuk seragam. Ciri-ciri kontrak standar ini menyimpang dari teori dan falsafah fungsi dan peranan hukum kontrak yang dianut sekian lama.

Dalam Akta Kontrak 1950 tidak mengenal terma tidak adil, sementara Akta Jualan Barangan 1957 membenarkan penggunaan terma tidak adil berbentuk pasal pengecualian *liability*. Terdapat ketidak konsistenan dalam pemakaian hukum kontrak dalam kedua peraturan perundangan ini.

Berikut adalah contoh penggunaan terma tidak adil dalam pasaran konsumen di Malaysia: 1) Kontrak pinjaman perumahan: *“All costs, charges and expenses including the stamp duties, penalty fees, legal fess, etc, relating to the facilities shall be borne by you”* (semua biaya termasuk biaya materai, biaya penalti, dll yang berkaitan dengan fasilitas ditanggung oleh anda); 2) Kontrak pengangkutan: *“Waktu yang tertera pada jadwal dapat berubah sewaktu-waktu dan kami tidak akan bertanggungjawab terhadap semua kerugian yang dialami penumpang akibat perubahan tersebut”*; 3) Tiket meletak kendaraan (parkir): *“Company assumes no responsibility for loss through fire, theft, collision or otherwise to the car or contents”* (perusahaan tidak bertanggung jawab atas kerugian karena kebakaran, pencurian, tabrakan, kerusakan mobil atau isinya).

Dengan pesatnya penindasan terhadap konsumen akibat dari luasnya penggunaan terma tidak adil, maka undang-undang sangat diperlukan untuk membantu melindungi konsumen.

Dalam aspek terma (klausula) tidak adil, perundang-undangan diperlukan untuk: 1) Menebus kerugian akibat ketidakseimbangan hubungan antara pihak

yang menyediakan kontrak dan pihak yang menerima kontrak; 2) Melenyapkan persoalan ketidakadilan dan ketidakmoralan dalam perdagangan; 3) Menghapuskan penganiayaan (penindasan) terhadap pihak 'vulnerable' (rentan) dalam berkontrak.

Mewujudkan peraturan perundangan baru yang fokus kepada kontrak bentuk seragam ini adalah bertepatan dengan Dasar Pembangunan Malaysia yang telah digariskan dalam rancangan-rancangan pembangunan jangka panjang kerajaan semenjak tahun 1970. Setiap peraturan perundangan yang ingin diwujudkan perlu bergerak seiring dengan kesemua dasar ini. Penggunaan kontrak-kontrak standar (baku) mencerminkan keperluannya sebagai media pembangunan perdagangan di era sekarang. Justru, perundang-undangan diperlukan dalam aspek terma (klausula) tidak adil yang terkandung di dalamnya.

Tidak dinafikan bahwa hukum kontrak merupakan senjata dan dasar terpenting dalam setiap persoalan ekonomi, sosial dan politik. Latar belakang dan dasar kontrak adalah seharusnya berasaskan kepada nilai moral yang tinggi dan suci, maka penyalahgunaan kepada prinsip-prinsipnya adalah memerlukan perhatian perundang-undangan dalam memastikan persoalan keadilan dan kesamarataan hadir dalam semua urusan kontrak. Terma (klausula) tidak adil memperlihatkan tercetusnya evolusi fungsi dan peranan kontrak dalam perlindungan konsumen dan persoalan ini memerlukan campur tangan peraturan perundang-undangan.

2. Inggris

Mengenai wanprestasi ini tidak ada pengaturan yang terkodifikasi seperti sistem hukum di Indonesia. Jika di Indonesia ada pengaturan tentang wanprestasi dalam bab-bab tentang perikatan, sistem hukum di Inggris tidak ada pengaturan yang umum mengenai perikatan. Istilah yang mempunyai pengertian yang sama dengan wanprestasi di Inggris adalah "*breach of contract*".

Bentuk wanprestasi di Inggris kurang lebih sama dengan bentuk wanprestasi di Indonesia dengan beberapa perbedaan penekanan yaitu berupa:

1. Debitur menolak melakukan tanggungjawab / kewajibannya dengan tegas. Penolakan ini dapat terjadi pada waktu pelaksanaan maupun sebelum waktu pelaksanaan. Jika seorang pihak menolak melakukan suatu kewajibannya sebelum waktu pelaksanaan, dalam sistem hukum Inggris dikenal sebagai "*anticipatory breach*" dan dalam hal ini dapat dilakukan baik secara eksplisit maupun secara implisit.¹⁸⁰
2. Debitur lalai melaksanakan perjanjian atau semata-mata lalai melaksanakan satu atau beberapa dari kewajibannya
3. Debitur dapat dengan diam-diam menolak melakukan kewajibannya yaitu dengan membuat dirinya tidak mampu melaksanakan kewajibannya.

¹⁸⁰ Belinda Sultan, 1991, *Kewajiban Ganti Rugi Akibat Wanprestasi dan Perbuatan Melanggar Hukum di Indonesia dan Inggris : Suatu Perbandingan*, Skripsi, Fakultas Hukum Universitas Airlangga Surabaya, hlm. 40

Sistem Hukum Inggris mengenal pembedaan wanprestasi ringan dan wanprestasi berat. Wanprestasi ringan adalah wanprestasi yang dilakukan terhadap syarat pelengkap perjanjian. Untuk menentukan apakah syarat yang dilanggar debitur itu merupakan syarat pokok atau syarat pelengkap maka harus dilihat faktanya. Syarat perjanjian merupakan syarat pokok jika tanpa adanya syarat tersebut maka tidak akan menyebabkan pihak lain untuk membuat perjanjian serupa.

Apabila debitur melakukan wanprestasi berat terhadap suatu perjanjian maka kreditur yang dirugikan berhak menolak perjanjian tersebut. Kreditur mempunyai 2 (dua) alternatif tindakan, yaitu kreditur dapat menolak perjanjian atau tetap meneruskan perjanjian itu.

Apabila wanprestasi yang dilakukan debitur adalah wanprestasi ringan, maka kreditur yang dirugikan dapat memilih untuk menolak perjanjian atau tetap meneruskan perjanjian.

Berdasarkan sistem hukum di Indonesia dan umumnya di negara *civil law*, bila salah satu tidak memenuhi prestasi, maka haruslah pihak lain dalam kontrak tersebut terlebih dahulu mengajukan peringatan yang dikenal dengan “somasi” (pasal 1238 KUH Perdata). Dalam somasi ini ditentukan jangka waktu pemenuhan prestasi. Jika waktu ini terlewat dan ternyata prestasi tidak juga dipenuhi atau tidak sempurna dipenuhi maka barulah dapat dikatakan pihak tersebut telah melakukan wanprestasi dan karenanya dapat dituntut ke pengadilan. Jika somasi ini tidak diberikan

terlebih dahulu, dan langsung saja diajukan gugatan ke pengadilan, maka gugatan seperti ini disebut dengan gugatan premature (belum waktunya untuk diajukan). Keharusan adanya somasi ini tidak dikenal dalam negara-negara yang menganut sistem hukum *Anglo saxon*. Apabila terjadi wanprestasi, maka lainnya dapat menuntut penggantian biaya, ganti rugi, dan bunga kepada pihak yang melakukan wanprestasi.¹⁸¹

Tabel 5.1.
Rangkuman Perbandingan Regulasi Wanprestasi Perjanjian Dengan Jaminan Hak Tanggungan di Negara Asing

No.	Negara	Regulasi Wanprestasi dengan Jaminan Hak Tanggungan
1.	Malaysia	Hukum kontrak di Malaysia digolongkan sebagai hukum privat. Sumber primer hukum kontrak di Malaysia ialah Akta Kontrak 1950 (Undang-Undang Malaysia, Akta 136 Semakan - 1974). Berlakunya dirujuk dari UU Inggris melalui pengesahan Sek. 5 Akta UU Sipil 1956. Akta Kontrak 1950 ini berasal dari Indian Contracts Act 1872 yang mana kebanyakan provisi hukum yang terkandung di dalam Akta Kontrak 1950 mirip dengan Indian Contracts Act 1872. Dalam aspek terma (klausula) tidak adil, perundang-undangan diperlukan untuk: 1) Menebus kerugian akibat ketidakseimbangan hubungan antara pihak yang menyediakan kontrak dan pihak yang menerima kontrak; 2) Melenyapkan persoalan ketidakadilan dan ketidakmoralan dalam perdagangan; 3) Menghapuskan penganiayaan (penindasan) terhadap pihak 'vulnerable' (rentan) dalam berkontrak.
2.	Inggris	Sistem hukum di Inggris tidak ada pengaturan yang umum mengenai perikatan. Istilah yang mempunyai pengertian yang sama dengan wanprestasi di Inggris adalah "breach of contract". Sistem Hukum Inggris mengenal pembedaan wanprestasi ringan dan wanprestasi berat. Wanprestasi ringan adalah wanprestasi yang dilakukan terjadap syarat pelengkap perjanjian. Untuk menentukan apakah syarat yang dilanggar debitur itu merupakan syarat pokok atau syarat pelengkap maka harus dilihat faktanya. Syarat perjanjian merupakan syarat pokok jika tanpa adanya syarat tersebut maka tidak akan menyebabkan pihak lain untuk membuat perjanjian serupa.

181 Sophar Maru Hutagalung, Op. Cit, hlm. 66-67

	<p>Apabila debitur melakukan wanprestasi berat terhadap suatu perjanjian maka kreditur yang dirugikan berhak menolak perjanjian tersebut. Kreditur mempunyai 2 (dua) alternatif tindakan, yaitu kreditur dapat menolak perjanjian atau tetap meneruskan perjanjian itu. Apabila wanprestasi yang dilakukan debitur adalah wanprestasi ringan, maka kreditur yang dirugikan dapat memilih untuk menolak perjanjian atau tetap meneruskan perjanjian.</p>
--	---

B. Rekonstruksi Nilai Regulasi Wanprestasi Perjanjian Dengan Jaminan Hak Tanggungan Berbasis Nilai Keadilan Pancasila

Keadilan merupakan tujuan filosofis hukum sebagai cita-cita tertinggi hukum. Menurut Aristoteles, ada 2 keadilan yaitu keadilan distributif dan keadilan komutatif. Keadilan komutatif atau keadilan kebersamaan (*justitia commutativa*) inilah yang harus diwujudkan dalam perjanjian, karena keadilan ini tidak memandang derajat dan kedudukan dalam kehidupan masyarakat.¹⁸² Melalui keadilan komutatif masing-masing pihak akan memperoleh hasil yang diharapkan dari pertukaran pelaksanaan janji-janji yang dibuat dan berlangsung secara fair dan bebas, sehingga terhindar dari upaya “pengayaan diri tanpa hak” (*unjust enrichment*).¹⁸³

Keadilan komutatif cenderung sulit terwujud dalam suatu perjanjian baku. Perjanjian kredit perbankan misalnya, sebagai perjanjian baku karena perjanjiannya telah disusun terlebih dahulu, bersifat standar dan tidak ada unsur kebebasan untuk memilih sebagai unsur tradisional dalam kebebasan

¹⁸² Sudikno Mertokusumo, *Op.Cit.*, hlm. 79.

¹⁸³ Tim Penyusun Kementerian Hukum dan HAM RI, 2013, *Naskah Akademik Hukum Kontrak*, BPHN Kementerian Hukum dan HAM RI, Jakarta, hlm. 121.

berkontrak,¹⁸⁴ atau perjanjian yang dibuat hampir seluruh klausul-klausulnya sudah dibakukan oleh pemakainya, sehingga para pihak tidak mempunyai peluang untuk bernegosiasi atau meminta perubahan. Kepentingan untuk menyeragamkan dan efisiensi perusahaan untuk merumuskan seluruh atau sebagian besar klausul perjanjian secara sepihak menjadi alasan penerapan perjanjian baku ini.¹⁸⁵

Pada prinsipnya, yang terpenting dari perjanjian kredit bank sebagai perjanjian baku adalah tidak menimbulkan persoalan ketidakadilan atau berat sebelah dalam hal cakupan isi perjanjian (prestasi) yang dibuat, sehingga dapat merugikan bagi salah satu pihak yaitu pada debitur yang lemah. Apabila menimbulkan ketidakadilan dan berat sebelah tentunya tidak terwujud keadilan komutatif sebagai tujuan keadilan dalam bidang hukum perjanjian.

Hal di atas dapat saja terjadi karena dalam praktik sebelum penandatanganan perjanjian, pihak bank sebagai kreditur yang berkedudukan kuat secara ekonomis, secara sepihak telah mempersiapkan isi atau klausul-klausul perjanjian dalam suatu formulir tercetak. Situasi ini yang disebut dengan kedudukan yang tidak seimbang, maka perlu keseimbangan dalam perjanjian, baik keseimbangan posisi maupun ekonomi agar keadilan komutatif atau kebersamaan dapat terwujud.

¹⁸⁴ Sutan Remy Sjahdeini, 1993, *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan yang Seimbang Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia*, Institut Bankir Indonesia, Jakarta, hlm. 10.

¹⁸⁵ R.M. Panggabean, 2010, *Keabsahan Perjanjian Baku dengan Klausul Baku*, Jurnal Hukum, No. 4 Vol. 1, hlm. 52.

Keseimbangan harus terwujud dengan tidak ada satu pun pihak yang mendominasi, atau karena tidak ada satu pun elemen yang menguasai lainnya”. Apabila dalam perjanjian kredit elemen tersebut adalah para pihak, baik pihak kreditur maupun pihak debitur, maka tidak boleh saling menguasai atau mendominasi yang lainnya, baik karena alasan derajat atau status ekonomi.

Menurut Kamus Ilmiah Populer, “kriteria” diartikan sebagai syarat utama, ukuran (patokan) baku untuk menentukan sesuatu,¹⁸⁶ sedangkan “keseimbangan” sebagaimana diuraikan sebelumnya menunjuk pada pengertian keadaan pembagian beban kedua sisi berada dalam keadaan seimbang. “Keseimbangan” dalam penelitian ini dipahami sebagai “keadaan tenang atau keselarasan karena dari pelbagai gaya yang bekerja tidak satu pun mendominasi yang lainnya, atau karena tidak ada elemen menguasai lainnya”. Keadaan pembagian beban dalam konteks perjanjian tentunya tidak boleh ada yang mendominasi, terutama jika dominasi tersebut menimbulkan ketidakadilan dan kerugian pada salah satu pihak, sehingga membuat salah satu pihak tidak sanggup melaksanakan isi perjanjian (prestasi).

Penulis menilai perlu adanya kriteria keseimbangan untuk mewujudkan keadilan komutatif (keadilan para pihak) dalam sebuah perjanjian kredit bank. Apabila kriteria tersebut tidak terpenuhi, maka menurut hukum, perjanjian kredit menjadi tidak seimbang, sehingga melanggar asas keseimbangan. Berdasarkan asas keseimbangan, kriteria tersebut dapat dijadikan sebagai dasar atau pedoman

¹⁸⁶ M. Ridwan dkk, 2006, *Kamus Ilmiah Populer*, Pustaka Indonesia, Jakarta, hlm. 309.

keabsahan berlakunya perjanjian, termasuk dalam perjanjian kredit bank. Penentuan kriteria ini menjadi penting, apabila suatu saat terjadi indikasi ketidaksetaraan antara para pihak dalam suatu perjanjian, maka kriteria ini dapat digunakan sebagai alat ukur untuk menentukan kesimpulan dari indikasi tersebut. Asas keseimbangan sebagai asas yang saat ini berkembang sudah seharusnya patut diperhatikan selain asas kesepakatan (consensus), asas kekuatan mengikatnya (pact sunt servanda) dan asas kebebasan berkontrak (freedom of contract).

Kriterium keseimbangan itu tidak boleh dicari apakah situasi atau sasaran yang hendak dicapai itu tidak seimbang, seperti pada perjanjian penghibahan. Akan tetapi lebih dalam pertanyaan, apakah pada saat terjadinya perjanjian terdapat masalah ketidakseimbangan dalam cara pembuatan kontrak dan apakah perjanjian yang bersangkutan mengandung muatan atau maksud dilakukannya perjanjian dan pelaksanaan prestasi yang dapat membawa kontrak itu pada suatu keadaan yang tidak seimbang.¹⁸⁷

Merujuk pendapat Herlien Budiono di atas, kriteria keseimbangan perjanjian ditekankan untuk mencermati proses pembuatan dan muatan perjanjian. Terlepas dari situasi atau sasaran yang hendak dicapai dalam suatu perjanjian dapat menimbulkan keseimbangan atau tidak, namun pencermatan terhadap pewujudan asas keseimbangan dalam suatu perjanjian memerlukan alat

¹⁸⁷ Herlian Budiono, 2006, *Asas Keseimbangan Bagi Hukum Perjanjian Indonesia: Hukum Perjanjian Berdasarkan Asas-Asas Wigati Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 204.

ukur berupa kriteria keseimbangan sebagaimana yang akan dibahas dalam penelitian ini.

Ketidak seimbangan hanya berpotensi terjadi pada perjanjian timbal balik atau dua pihak, bukan pada perjanjian sepihak sebagaimana dalam perjanjian hibah. Perjanjian timbal balik atau dua pihak adalah perjanjian yang memunculkan hak dan kewajiban kepada masing-masing pihak. Sedangkan perjanjian hibah sebagai perjanjian sepihak adalah perjanjian atas adanya kesepakatan pemberian sukarela dan yang menerima juga harus sukarela tanpa paksaan, serta tekanan dari pihak manapun.

Asas keseimbangan perlu diimplementasikan dalam penyusunan perjanjian agar dapat mewujudkan keadilan bagi para pihak (keadilan komutatif) dengan mengacu pada kriteria-kriteria tertentu. Tujuan asas keseimbangan adalah mewujudkan keadilan bagi kedua belah pihak karena keseimbangan mengandung makna keselarasan dan tidak ada unsur atau elemen yang saling menguasai, terutama penguasaan pihak yang kuat terhadap yang lemah. Asas keseimbangan harus dijadikan dasar untuk menentukan keabsahan suatu perjanjian, sehingga apabila suatu saat ada perjanjian yang melanggar asas keseimbangan dan hal tersebut dapat dibuktikan, maka pengadilan dapat membatalkan perjanjian tersebut.

Uraian di atas menunjukkan betapa pentingnya asas keseimbangan dalam suatu perjanjian. Mengingat asas keseimbangan merupakan suatu asas untuk mewujudkan keadilan komutatif bagi para pihak, maka perjanjian kredit bank

harus dibentuk dengan mengacu pada kriteria keseimbangan yang dapat merujuk analisis gagasan penulis sebagai berikut :

1. Tidak Ada Pihak yang Mendominasi

Dominasi adalah penguasaan, penempatan posisi bagus dan kuat, serta pengaruh besar. Pada konteks perjanjian, khususnya dalam perjanjian timbal balik, posisi dominasi ini berkaitan dengan kesetaraan pihak-pihak atau kesederajatan.¹⁸⁸ Ketidaksetaraan terjadi karena adanya salah satu pihak yang kedudukannya secara ekonomi lebih kuat, misalnya dalam perjanjian kredit bank antara Bank selaku kreditur dengan pedagang Usaha Kredit Mikro selaku debitur, maka kedudukan Bank cenderung lebih kuat daripada pedagang Usaha Kredit Mikro.

Perjanjian kredit bank merupakan perjanjian baku yang isinya telah ditentukan secara sepihak oleh pihak bank, dengan tujuan efisiensi. Pada satu sisi, pelaku usaha kecil tentu sangat memerlukan dana untuk mengembangkan usahanya. Situasi tersebut “memaksa” pelaku usaha untuk menyetujui ketentuan-ketentuan perjanjian kredit, meski sebenarnya prestasi yang harus ditunaikan oleh debitur (pelaku usaha) relatif memberatkan.¹⁸⁹ Apabila kondisi ini terjadi, tentunya menimbulkan ketidakadilan. Padahal, Pancasila sebagai falsafah Negara Indonesia menganut asas keselarasan dan

¹⁸⁸ Ricardo Simanjuntak, 2011, *Teknik Perancangan Kontrak Bisnis*, Kontan Publishing, Jakarta, hlm. 183.

¹⁸⁹ Etty Mulyati, 2016, *Asas Keseimbangan Pada Perjanjian Kredit Perbankan Dengan Nasabah Pelaku Usaha Kecil*, Jurnal Bina Mulia Hukum, Vol. 1, No. 1, hlm. 36.

kesetaraan, baik dalam hidup manusia sebagai pribadi dan dalam hubungan manusia dengan masyarakat.¹⁹⁰ Pancasila sebagai nilai-nilai luhur seharusnya dijadikan sebagai pedoman dalam setiap aktivitas kehidupan.

Ketidakseimbangan kedudukan antara para pihak dalam suatu perjanjian, sering menyebabkan pihak yang kedudukannya lebih rendah atau lemah akan mengalami keadaan yang kurang menguntungkan. Ketidakseimbangan dalam perjanjian dapat dimanfaatkan oleh pihak yang dominan, sehingga memicu penyalahgunaan keadaan. Misalnya, dalam perjanjian kredit memuat klausula eksonerasi/eksemsi berupa penambahan hak dan/atau pengurangan kewajiban bank, atau mengurangi hak dan/atau menambah kewajiban nasabah debitur.

Kedudukan kuat secara ekonomi memang tidak menjadi persoalan, namun yang perlu menjadi perhatian adalah pengaruh kedudukan kuat secara ekonomi tersebut terhadap cakupan perjanjian. Sejauh mana kedudukan kuat tersebut berdampak pada dominasi pihak bank untuk mengatur isi perjanjian, sehingga pihak yang lemah (debitur) tidak memiliki pilihan lain selain menyetujui perjanjian, karena dalam keadaan membutuhkan kredit. Bahkan dalam situasi ini debitur tidak memiliki posisi tawar (*bergaining position*). Jika hal ini terjadi, maka akan melahirkan perjanjian yang berat sebelah dan tidak adil.

¹⁹⁰ Arvie Johan, 2011, *Kesetaraan dan Keseimbangan Sebagai Perwujudan Itikad Baik Berlandaskan Pancasila*, Jurnal Ilmu Hukum Vol. 14, No. 1, hlm. 130.

Kesetaraan kedudukan dan hak para pihak merupakan suatu hal yang tidak dapat dipisahkan, sehingga para pihak tidak boleh ada yang mendominasi dalam menentukan isi perjanjian (*bargaining position*). John Rawls menyebut dengan istilah kesetaraan kedudukan dan hak, bukan dalam arti kesamaan hasil yang dapat diperoleh setiap orang, melainkan suatu keadaan bahwa setiap orang setara/seimbang dalam hukum (perjanjian).¹⁹¹ Ketidak setaraan kedudukan dan prestasi dalam perjanjian baku (*standart contract*) kredit bank antara pihak bank (kreditur) dengan pihak nasabah (debitur) ini seharusnya dapat diajukan tuntutan pembatalan perjanjian dengan alasan ketidakabsahan perjanjian sebagai akibat dari ketidaksetaraan. Sebagaimana pendapat Herlien Budiono yang mengatakan akibat hukum atas ketidaksetaraan prestasi dalam perjanjian timbal balik.

“Jika kedudukan lebih kuat tersebut berpengaruh terhadap perhubungan prestasi satu dengan yang lainnya, dan hal mana mengacaukan keseimbangan dalam perjanjian, hal ini bagi pihak yang dirugikan akan merupakan alasan untuk mengajukan tuntutan ketidakabsahan perjanjian. Sepanjang prestasi yang dijanjikan bertimbal balik mengandaikan kesetaraan, maka bila terjadi ketidakseimbangan, perhatian akan diberikan terhadap kesetaraan yang terkait pada bagaimana perjanjian terbentuk, dan

¹⁹¹ Agus Yudha Hemoko, *Op.Cit*, hlm. 58.

tidak pada hasil akhir dari prestasi yang ditawarkan secara bertimbal balik.”¹⁹²

Pernyataan di atas semakin menerangkan bahwa ketidakseimbangan terjadi karena timbulnya kedudukan yang tidak setara karena ada pihak yang mendominasi suatu perjanjian. Posisi dominan tersebut tentu akan memengaruhi prestasi-prestasi timbal balik yang dibuat atau hak dan kewajiban yang dibebankan pada masing-masing pihak.

Doktrin pengaruh tidak pantas atau tidak seimbang (*undue influence*) mengajarkan bahwa suatu kontrak batal atau dapat dibatalkan dengan alasan tidak tercapainya kesesuaian kehendak yang disebabkan adanya usaha salah satu pihak yang berkedudukan lebih dominan. Usaha tersebut biasanya dilakukan dengan cara-cara persuasif dalam rangka mengambil keuntungan yang tidak fair dari pihak lain. Kontrak baku dapat saja berisi hal-hal yang merupakan pengaruh tidak pantas, hubungan yang tidak wajar antara kedua belah pihak, dan klausul-klausul yang dapat merugikan pihak lain dalam suatu perjanjian. *Undue Influence* adalah bujukan, tekanan, atau pengaruh tanpa kekuatan fisik atau nyata yang lebih dari asihat biasa. *Undue Influence* dapat memengaruhi pendapat atau kemauan dari pihak yang dikuasai sehingga tidak dapat bertindak secara bebas dan cermat, tetapi bertindak sesuai dengan kemauan atau maksud dari pihak yang memengaruhinya.¹⁹³

¹⁹² Herlien Budiono, *Op.Cit.*, hlm. 318-319.

¹⁹³ Rosa Agustina, 2012, *Hukum Perikatan (Law Of Obligations)*, Pustaka Larasan, Bali, hlm. 92.

Dominasi salah satu pihak dalam sebuah perjanjian dapat bersifat psikologi maupun ekonomi.

2. Adanya Harmonisasi Isi Perjanjian (Prestasi)

Harmonisasi adalah upaya pengharmonisan, penyelarasan, penyerasian. Harmonisasi isi perjanjian mengandung maksud bahwa hak dan kewajiban para pihak sesuai (selaras) dengan beban pelaksanaannya. Perjanjian harus mencerminkan kepentingan bersama sebagai wujud bahwa asas kesepakatan telah diterapkan dalam perjanjian tersebut. Tidak ada hak salah satu pihak bertentangan dengan hak pihak lainnya dan tidak ada kewajiban salah satu pihak bertentangan dengan kewajiban pihak lainnya. Semua harus didasarkan atas kehendak bersama sebagaimana makna yang terkandung dalam asas kesepakatan (persesuaian kehendak). Hal inilah yang penulis maksud dengan harmonisasi isi perjanjian.

Ketidakharmoneisan isi perjanjian mengindikasikan ketidakseimbangan beban yang harus ditanggung salah satu pihak. Hal ini dapat dilihat dari kewajiban yang banyak dibebankan kepada salah satu pihak saja, sementara hak-haknya dikurangi atau dibatasi. Ketidakharmoneisan dalam isi perjanjian kredit bank berpotensi selalu terjadi. Hal ini disebabkan oleh pengaruh dari pihak yang kedudukannya mendominasi salah satu pihak, sementara pihak yang “lemah” hanya mengikuti atau menyetujui isi perjanjian karena terdorong kebutuhan.

Harmonisasi isi perjanjian (prestasi) menjadi penting, agar hak dan kewajiban yang termuat dalam perjanjian tersebut benar-benar mencerminkan kepentingan para pihak. Apabila kriteria ini terpenuhi, maka dipastikan dapat mewujudkan keadilan bagi kedua belah pihak. Bukan justru sebaliknya hanya menguntungkan salah satu pihak yang mendominasi tanpa hak (unjust enrichment).

3. Tidak Melanggar Asas Keadilan

Asas hukum mengandung nilai yang mencerminkan kaidah hukum tertinggi dari suatu sistem hukum positif. Keadilan merupakan diskursus fundamental dalam hukum. Kaum Naturalis mengatakan bahwa tujuan utama hukum adalah keadilan.¹⁹⁴ Hal ini sejalan dengan teori tujuan hukum yaitu teori etis yang mengajarkan hukum itu semata-mata menghendaki keadilan. Agar peraturan-peraturan hukum dapat berlaku dan diterima oleh seluruh anggota masyarakat, maka peraturan-peraturan hukum harus sesuai dan tidak boleh bertentangan dengan asas keadilan.¹⁹⁵

Menurut Aristoteles, keadilan adalah *unicuique suum tribuere* (memberikan kepada setiap orang sesuatu yang menjadi haknya) dan *neminem laedere* (janganlah merugikan orang lain), atau lengkapnya menurut Kant adalah *honeste vivere, neminem laedere, suum quique*

¹⁹⁴ B. Arief Sidharta, 1999, *Rechts Reflecties (Refleksi Tentang Hukum)*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 132.

¹⁹⁵ Dominikus Rato, 2010, *Filsafat Hukum: Mencari, Menemukan, dan Memahami Hukum*, LaksBang Justitia, Surabaya, hlm. 54.

tribuere/tibuendi.¹⁹⁶ Jika seseorang tidak memberikan sesuatu yang menjadi hak orang lain dan melakukan perbuatan yang merugikan orang lain, maka dapat dipastikan seseorang tersebut telah berlaku tidak adil. Negara harus menjamin keadilan dapat terwujud dalam kehidupan sehari-hari karena keadilan merupakan hak asasi setiap manusia. Keadilan akan dirasakan masyarakat apabila hak-haknya telah terpenuhi sebagaimana mestinya.

Mewujudkan keadilan merupakan bentuk perlindungan terhadap hak asasi manusia, baik individu maupun kelompok untuk menuju masyarakat yang aman, tenteram dan sejahtera. Hal ini dapat dilakukan dengan cara menyeimbangkan hak dan kewajiban para pihak dalam suatu perjanjian, misalnya dalam perjanjian timbal balik kredit bank. Pewujudan asas keadilan dalam kontrak yang dibuat oleh para pihak harus disertai dengan asas keseimbangan. Perjanjian antara para pihak pada hakikatnya tidak dapat dipisahkan dari masalah keadilan, karena dalam perjanjian harus ada pertukaran hak dan kewajiban secara adil.

Hukum perjanjian lahir dari pemikiran untuk memberi keadilan bagi para pihak. Asas keseimbangan dalam perjanjian merupakan unsur penting dalam mewujudkan keadilan, sekaligus sebagai upaya untuk menegakkan hukum dalam bidang perjanjian. Tercapainya keadilan adalah filosofi dari tujuan hukum karena keadilan merupakan tujuan substantif dari hukum. Hukum terasa “hambar” jika keadilan tidak terwujud dalam setiap peristiwa

¹⁹⁶ Sudarsono, 2007, *Pengantar Ilmu Hukum*, Rineka Cipta, Jakarta, hlm. 52.

hukum, termasuk dalam peristiwa hukum perjanjian. Walaupun keadilan bukanlah satu-satunya tujuan hukum, diantara kepastian dan kemanfaatan hukum, namun tujuan hukum yang paling substantif adalah keadilan. Sebuah adagium hukum *Summum ius, summa injuria, summa lex, summa crux* (hukum yang keras dapat melukai, kecuali keadilan yang dapat menolongnya).

Jika pokok persoalan dalam hukum adalah manusia, maka pokok persoalan bagi manusia yang hendak dicapainya melalui hukum adalah keadilan.¹⁹⁷ Berdasarkan pertimbangan ini, berkembang gagasan bahwa asas keseimbangan dapat dipahami sebagai asas yang layak dan adil dan selanjutnya diterima sebagai landasan yuridikal di dalam hukum kontrak Indonesia. Apabila asas keseimbangan menjadi prinsip hukum perjanjian yang fundamental, maka pelanggaran terhadap asas keseimbangan yang menimbulkan kerugian materi bagi salah satu pihak, semestinya dapat menjadi alasan pembatalan perjanjian ke pengadilan.

Hukum perjanjian pada dasarnya bertujuan untuk mewujudkan keadilan komutatif, sehingga masing-masing pihak akan memperoleh hasil melalui pertukaran pelaksanaan prestasi secara fair dan bebas. Selain itu, harus diakui pula bahwa beberapa situasi khusus di dalam hukum perjanjian juga bertujuan mewujudkan keadilan restoratif (*restorative justice*). Keadilan

¹⁹⁷ Budiono Kusumohamidjojo, 2001, *Panduan Untuk Merancang Kontrak*, Grasindo, Jakarta, hlm. 142.

restoratif ditujukan untuk memulihkan kedudukan para pihak pada kondisi sebelum perjanjian terbentuk (restitusi), serta upaya untuk mencegah timbulnya situasi yang dapat “memperkaya” salah satu pihak tanpa hak” (unjust enrichment).

Kontrak yang berat sebelah (baik dalam bentuk baku ataupun tidak) akan sangat merugikan salah satu pihak, dan oleh karenanya akan sangat menyentuh rasa keadilan masyarakat. Kontrak maupun klausula yang demikian ini tentunya harus dinyatakan batal. Perjanjian baku yang dibuat oleh bank selain tidak boleh bertentangan dengan undang-undang, juga harus menjunjung tinggi rasa keadilan dan keseimbangan antara para pihak.¹⁹⁸

Menurut John Rawl, suatu konsep keadilan yang baik harus bersifat kontraktual, konsekuensinya setiap konsep keadilan yang tidak berbasis kontraktual harus dikesampingkan demi kepentingan keadilan itu sendiri. Pendapat John Rawl ini mengindikasikan bahwa melalui kontrak yang merupakan hasil kesepakatan bersama dapat mewujudkan keadilan. Hal ini disebut dengan teori keadilan berbasis kontrak yang mengutamakan kepentingan bersama.

Keadilan terwujud dalam suatu perjanjian apabila para pihak mengampu hak dan kewajibannya secara fair dan bebas atau tanpa tekanan. Apabila terjadi ketidakseimbangan posisi diantara para pihak, maka negara harus mengintervensi sebagai upaya pemulihan perjanjian. Hal ini dapat

¹⁹⁸ Agus Yudha Hemoko, *Op.Cit.*, hlm. 55-56.

dilakukan melalui putusan pengadilan atau menentukan regulasi yang menentukan batas-batas implementasi asas kebebasan berkontrak dengan memerhatikan asas keseimbangan dan keadilan. Asas keadilan berkaitan erat dengan pewujudan keadilan komutatif sebagaimana sila ke-5 Pancasila, maka asas ini harus menjadi asas hukum perjanjian yang fundamental.¹⁹⁹

Klausul jaminan kredit pada PT. Bank Rakyat Indonesia menentukan bahwa Bank melarang debitur sebagai penjamin (borg), serta melarang debitur menjaminkan harta kekayaannya. Klausul ini mencerminkan sikap Bank yang tidak adil dalam mengatur isi perjanjian kredit tersebut, karena penggunaan hak-hak debitur terhadap harta kekayaannya terbatas. Padahal dalam perjanjian kredit tersebut telah diserahkan harta kekayaan debitur sebagai agunan kredit pelunasan pada Bank yang diikat dalam lembaga jaminan.

Larangan ini tentu menimbulkan ketidakadilan bagi debitur, bahkan merugikan apabila ditinjau dari sisi kepentingan hukum debitur untuk menggunakan hak-hak privatnya. Padahal apabila hak privat debitur tersebut digunakan tentunya tidak akan merugikan kreditur, kecuali dalam perjanjian kredit tersebut tidak ada agunan yang diserahkan kepada kreditur. Ketiadaan agunan debitur dalam perjanjian kredit tentu menjadikan larangan tersebut relevan dalam rangka menjamin pelunasan kredit debitur. Hal ini sebagaimana ketentuan dalam Pasal 1131 KUH Perdata “Segala kebendaan

¹⁹⁹ Dominikus Rato, *Op.Cit.*, hlm. 64.

si berutang, baik yang bergerak maupun tidak bergerak, baik yang sudah ada maupun yang akan ada dikemudian hari menjadi tanggungan jaminan untuk segala perikatan perseorangan”.

Pada awalnya yang menjadi kendala hukum bagi penyelesaian sengketa perbankan syariah adalah hendak dibawa ke mana penyelesaiannya, karena Pengadilan Negeri tidak menggunakan syariah sebagai landasan hukum bagi penyelesaian perkara, sedangkan wewenang Pengadilan saat itu menurut UU No. 7 Tahun 1989 hanya terbatas mengadili perkara perkawinan, kewarisan, wasiat, hibah, wakaf dan shadaqah. Sehingga kemudian untuk mengantisipasi kondisi darurat maka didirikan Badan Arbitrase Muamalah Indonesia (BAMUI) yang didirikan secara bersama oleh Kejaksaan Agung RI dan MUI, namun badan tersebut tidak bekerja efektif dan sengketa perdata di antara bank-bank syariah dengan para nasabah diselesaikan di Pengadilan Negeri. Sampai saat ini penyelesaian sengketa perbankan syariah dapat dilakukan melalui dua model, yakni penyelesaian secara litigasi dan non litigasi. Pilihan penyelesaian sengketa non litigasi dapat dibagi dua, yaitu arbitrase dan alternatif penyelesaian sengketa. Dari beberapa model penyelesaian sengketa tersebut masing-masing memiliki kekurangan dan kelebihan dan akan diuraikan lebih lanjut dalam tulisan ini.

Pada prinsipnya penegakan hukum hanya dilakukan oleh kekuasaan kehakiman (*judicial Power*) yang secara konstitusional lazim disebut badan

yudikatif (Pasal 24 UUD 1945). Dengan demikian, maka yang berwenang memeriksa dan mengadili sengketa hanya badan peradilan yang bernaung di bawah kekuasaan kehakiman yang berpuncak di Mahkamah Agung. Pasal 2 UU No. 14 Tahun 1970 secara tegas menyatakan bahwa yang berwenang dan berfungsi melaksanakan peradilan hanya badan-badan peradilan yang dibentuk berdasarkan undang-undang. Diluar itu tidak dibenarkan karena tidak memenuhi syarat formal dan *official* serta bertentangan dengan prinsip *under the authority of law*. Namun berdasarkan Pasal 1851,1855,1858 KUHPdt, Penjelasan Pasal 3 UU No. 14 Tahun 1970 serta UU No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, maka terbuka kemungkinan para pihak menyelesaikan sengketa dengan menggunakan lembaga selain pengadilan (*non litigasi*), seperti arbitrase atau perdamaian (*islah*).

Pasal 1 huruf c angka 11 jo. Pasal 12 Perjanjian Kredit Modal Kerja menentukan kewajiban debitur untuk mengajukan permohonan persetujuan kepada kreditur apabila hendak menjaminkan harta kekayaannya kepada kreditur lain. Kewajiban ini tentu tidak adil, dikarenakan, apabila debitur hendak menjaminkan harta kekayaannya selain yang telah diikatkan pada lembaga jaminan kepada kreditur lainnya, sementara kreditur tidak memberi persetujuan, maka dapat menjadi alasan bagi pihak bank untuk menyatakan debitur tersebut melanggar isi perjanjian kredit.

Pasal 1320 KUH Perdata, telah menentukan bahwa apabila dalam suatu perjanjian (*in concreto*) telah terpenuhi keseimbangan dan keserasian, maka dapat tercapai pula kesepakatan yang sah antara para pihak. Apabila syarat ini tidak terpenuhi, maka Pasal 1338 KUH Perdata yang mengatur pengambilan keputusan dalam suatu perjanjian harus melibatkan kedua belah pihak seharusnya tidak dapat berlaku mutlak.⁴⁴ Bargaining power yang seimbang antar para pihak merupakan suatu hal yang mutlak dalam suatu perjanjian, agar tidak ada pemaksaan kehendak oleh salah satu pihak yang merasa posisinya lebih kuat. Ketidakharmonisan isi perjanjian sebagaimana tercermin dalam klausul jaminan kredit bank pada PT. Bank Rakyat Indonesia di atas tentu dapat dinilai melanggar asas keadilan.

Adanya perjanjian baku dalam praktik kehidupan masyarakat tidak boleh dibiarkan tumbuh secara liar. Sekali lagi penulis menegaskan bahwa praktik ini perlu ditertibkan melalui putusan pengadilan atas keberatan pihak debitur terhadap isi perjanjian kredit yang merugikan tersebut. Intervensi negara melalui pengadilan ini di tempuh dalam rangka memulihkan kembali rasa keadilan bagi para pihak. Selain itu negara juga sudah saatnya menetapkan peraturan perundang-undangan guna mengatur kriteria pelaksanaan asas kebebasan berkontrak, sehingga tidak berdampak pada ketidaksetaraan para pihak.

Peraturan perundang-undangan perbankan yang ada belum menjamin perlindungan hukum bagi debitur yang posisinya lemah, maka kehadiran

ketentuan peraturan perundang-undangan yang dapat menjamin kesetaraan para pihak dalam suatu perjanjian menjadi penting. Sebagai alternatif usulan, yaitu peraturan perundang-undangan tentang perjanjian kredit yang materi muatannya untuk mencegah ketidakadilan bagi para pihak, serta menyediakan mekanisme hukum apabila ada pihak yang dirugikan.

Asas keseimbangan perlu dituangkan dalam materi muatan peraturan tersebut sebagai dasar kekuatan berlakunya perjanjian kredit. Asas keseimbangan harus menjadi asas fundamental (pokok) hukum perjanjian, selain asas kesepakatan, asas kebebasan berkontrak dan asas pact sunt servanda. Selain itu juga penting mengakomodasi kriteria keseimbangan, yang mencakup tidak boleh ada dominasi salah satu pihak dalam menentukan isi perjanjian, adanya harmonisasi isi perjanjian dan tidak melanggar asas keadilan.

Rekonstruksi nilai dalam penelitian ini bahwa nilai keadilan Pancasila dalam regulasi wanprestasi perjanjian dengan jaminan hak tanggungan adalah dengan menekan pada keseimbangan hak dan kewajiban antara debitor sebagai pemberi hak tanggungan dan kreditor sebagai pemegang hak tanggungan secara proporsional.

C. Rekontruksi Norma Regulasi Wanprestasi Perjanjian Dengan Jaminan Hak Tanggungan Berbasis Nilai Keadilan Pancasila

Pada konteks pelaksanaan eksekusi melalui parate eksekusi sebagaimana berdasarkan ketentuan Pasal 6 dengan mengacu pada ketentuan Pasal 14 ayat (2) dan ayat (3) UU Hak Tanggungan, praktis kedudukan kreditur menjadi semakin sulit untuk melakukan eksekusi melalui lembaga parate eksekusi. Kesulitan ini jelas terlihat bila kita mencermati sebab diakomodirnya ketentuan parate eksekusi ini dalam UU Hak Tanggungan yakni memberi kemudahan, manfaat serta kepastian hukum bagi kreditur utamanya dalam hal pelunasan hutang/kredit bilamana terjadi debitur wanprestasi.

Tentu bukan hal yang mudah menjawab persoalan bagaimana mengembalikan ruh dan semangat dari diakomodirnya ketentuan parate eksekusi ini kedalam rel yang semestinya, sebab selain telah dipraktikkan selama hampir 2 (dua) dekade, kreditur juga dihadapkan pada ketakutan (phobia) yang sudah mendarah daging. Sebab, sejak diundangkannya UU Hak Tanggungan pada tahun 1996 hingga kini, praktis sangat sedikit sekali lembaga-lembaga keuangan (kreditur) yang menjalankan eksekusi melalui lembaga parate eksekusi. Penyebabnya jelas, mereka khawatir pada akibat hukum yang akan ditimbulkan bilamana mereka melakukan eksekusi sebagaimana sesuai dengan ketentuan Pasal 6 UU Hak Tanggungan.

Pada tataran norma, materi muatan dalam UU Hak Tanggungan yang berkaitan dengan kedudukan lembaga parate eksekusi ini memang telah jelas dan

tegas termaktub dalam Pasal 6. Namun demikian, bila ditinjau secara komprehensif sebagaimana pada uraian sebelumnya, terdapat norma maupun penjelasan atas norma yang jelas telah menimbulkan distrorsi yang berakibat pada hilangnya aspek kemanfaatan dan kepastian hukum dari UU Hak Tanggungan itu sendiri. Norma atau kaidah-kaidah hukum seharusnya dilahirkan guna melindungi kepentingan manusia terhadap bahaya yang mengancam. Lain dari itu, norma atau kaidah hukum juga ada untuk mengatur hubungan diantara manusia. Sehingga timbul keteraturan hubungan diantara manusia, dan tercipta tercipta ketertiban atau stabilitas dan diharapkan, termasuk juga upaya pencegahan dan tindakan represif bilamana terjadinya konflik atau gangguan kepentingan-kepentingan.²⁰⁰

Teori Hukum Progresif dicetuskan oleh Satjipto Rahardjo dimana dinyatakan bahwa pemikiran hukum perlu kembali pada filosofis dasarnya yaitu hukum untuk manusia, bukan sebaliknya sehingga manusia menjadi penentu dan titik orientasi hukum. Hal ini mengingatkan di samping kepastian dan keadilan hukum juga berfungsi untuk kesejahteraan hidup manusia atau memberikan kemanfaatan kepada masyarakat. Sehingga boleh dikatakan bahwa berhukum adalah sebagai medan dan perjuangan manusia dalam konteks mencari kebahagiaan hidup.²⁰¹

²⁰⁰ Sudikno Mertokusumo, *Op.Cit.*, hlm. 17.

²⁰¹ Sabian Usman, *Dasar-Dasar Sosiologi Hukum*, Yogyakarta: Pustaka Belajar, 2009, hlm.1

Tujuan hukum dan wujud hukum menurut Jeremy Bentham adalah untuk mewujudkan the greatest happiness of the greatest number (kebahagiaan yang sebesar-besarnya untuk sebanyak-banyaknya orang). Bentham juga menyatakan bahwa tujuan perundang-undangan untuk menghasilkan kebahagiaan bagi masyarakat, atau setidaknya harus berusaha untuk mencapai 4 (empat) tujuan yaitu :²⁰²

1. To provide subsistence (untuk memberi nafkah hidup).
2. To provide abundance (untuk memberikan makanan yang berlimpah).
3. To provide security (untuk memberikan perlindungan).
4. To attain equity (untuk mencapai kebersamaan).

Ajaran Idee des Recht atau cita hukum menyebutkan adanya 3 (tiga) unsur cita hukum yang harus ada secara proporsional, yaitu kepastian hukum (rechtssicherheit), keadilan (gerechtigkei) dan kemanfaatan (zweckmasigkeit). Dalam aspek keadilan dan kemanfaatan, sesungguhnya nilai-nilai itu sudah ada dan bahkan melekat secara tradisional pada hukum sejak masa lalu, hanya aspek kepastian hukum yang lahir di belakang hari. Nilai kepastian hukum ini tentu bukan serta merta lahir begitu saja, namun lahir berdasarkan kondisi di mana masyarakat sangat membutuhkan dalam konteks bermasyarakat yang semakin kompleks.

²⁰² Teguh Prasetyo, 2012, *Filsafat, Teori, dan Ilmu Hukum (Pemikiran Menuju Masyarakat yang Berkeadilan dan Bermartabat)*, Rajagrafindo Persada, Jakarta, hlm. 111-112.

Menurut pendapat Gustav Radbruch, kepastian hukum adalah *Scherkeit des Rechts selbst* (kepastian hukum tentang hukum itu sendiri). Terdapat 4 (empat) hal yang menurut Radbruch berhubungan dengan makna kepastian hukum, diantaranya:

1. Bahwa hukum itu positif, artinya bahwa ia adalah perundang-undangan (*gesetzliches recht*).
2. Bahwa hukum ini didasarkan pada fakta (*tatsachen*), bukan suatu rumusan tentang penilaian yang nanti akan dilakukan oleh hakim, seperti “kemauan baik”, “kesopanan”.
3. Bahwa fakta itu harus dirumuskan dengan cara yang jelas sehingga menghindari kekeliruan dalam pemaknaan, di samping juga mudah dijalankan.
4. Hukum positif itu tidak boleh sering diubah-ubah.

Mengenai kepastian hukum, pendapat Roscoe Pound diungkapkan sebagaimana seperti yang dikutip Peter Mahmud Marzuki di mana kepastian hukum mengandung dua pengertian, diantaranya:

1. Pertama, adanya aturan yang bersifat umum membuat individu mengetahui perbuatan apa yang boleh atau tidak boleh dilakukan.
2. Kedua, berupa keamanan hukum bagi individu dari kesewenangan pemerintah karena dengan adanya aturan yang bersifat umum itu individu dapat mengetahui apa saja yang boleh dibebankan atau dilakukan oleh Negara terhadap individu. Kepastian hukum bukan hanya berupa pasal-pasal dalam

undang-undang, melainkan juga adanya konsistensi dalam putusan hakim antara putusan yang satu dengan putusan hakim yang lain untuk kasus serupa yang telah diputus.

Sejalan dengan tujuan hukum yang salah satunya adalah mewujudkan nilai kepastian hukum, kedudukan lembaga parate eksekusi memang telah jelas diakui dan diatur dalam UU Hak Tanggungan. Namun demikian, kenyataan dalam praktik dan perjalanannya lembaga parate eksekusi justru tidak dapat di pergunakan sebagaimana mestinya, bahkan kedudukan lembaga ini seolah-olah dimandulkan dan dikebiri. Hal ini tidak lepas dari konstruksi muatan materi UU Hak Tanggungan yang seharusnya justru mendukung dan memperkuat norma pada Pasal 6, namun justru malah memberikan pemahaman dan sudut pandang yang sama sekali berbeda. Setidaknya baik pada Pasal 11 ayat (2) huruf e, Pasal 14 ayat (2) dan ayat (3), Pasal 26, serta Penjelasan Umum Angka 9, Penjelasan Pasal 14 ayat (2) dan ayat (3) UU Hak Tanggungan justru seolah-olah menjadi negasi dari norma pada Pasal 6.

Bahwa di samping adanya inkonsistensi materi muatan dalam UU Hak Tanggungan yang berkaitan dengan kedudukan dan eksistensi lembaga parate eksekusi, pada prakteknya banyak sekali aturan-aturan pelaksana yang justru tidak sinkron dengan pelaksanaan eksekusi melalui lembaga parate eksekusi. Sebagai contoh adalah adanya Putusan Mahkamah Agung Nomor 3021 K/Pdt/1984 tertanggal 30 Januari 1986, dan dikeluarkannya SEMA Nomor 7

Tahun 2012 yang justru mengkerdilkan kedudukan lembaga parate eksekusi hak tanggungan.

Hal ini diperparah dengan kenyataan bahwa ketentuan lain dalam UUHT ini yang memiliki kecenderungan untuk mengkerdilkan bahkan mungkin menggeser makna esensial yang terdapat pada norma Pasal 6. Bahkan dalam pelaksanaannya, ketentuan parate eksekusi yang terdapat pada Pasal 6 UU Hak Tanggungan diamputasi oleh ketentuan lain seperti Putusan Mahkamah Agung Nomor 3021 K/Pdt/1984 tertanggal 30 Januari 1986. Meskipun terhadap Putusan Mahkamah Agung Nomor 3021 K/Pdt/1984 tertanggal 30 Januari 1986 dapat dijadikan sebagai yurisprudensi, namun bila dilihat dari waktu lahirnya UU Hak Tanggungan dengan saat putusan tersebut berkekuatan hukum tetap, jelas tidak dapat dijadikan lagi sebagai dasar yang mengikat.

Kemudian melalui SEMA Nomor 7 Tahun 2012 yang pada pokoknya adalah menyatakan bahwa walaupun kreditor telah memegang Hak Tanggungan, yang berarti bernilai parate eksekusi, namun kreditor bila akan melakukan eksekusi, harus melalui fiat Ketua Pengadilan Negeri, tidak boleh langsung ke Kantor Lelang. Apabila dilakukan langsung ke Kantor Lelang, maka apabila debitor tidak bersedia mengosongkan obyek lelang, maka Ketua Pengadilan Negeri dilarang melakukan eksekusi pengosongan, kecuali dilakukan melalui gugatan biasa.

Sebenarnya, sebelum dan sesudah adanya Putusan Mahkamah Agung Nomor 3021 K/Pdt/1984 tanggal 30 Januari 1986, pelaksanaan parate eksekusi

sebagaimana dalam Pasal 6 UUHT relatif masih dapat dilakukan, dan sah secara hukum. Baik sesudah maupun sebelum adanya putusan dimaksud, dalam hal eksekusi hak untuk menjual atas kekuasaan sendiri dapat dimintakan langsung oleh kreditur kepada Kantor Lelang. Jika debitur tidak bersedia meninggalkan obyek lelang, maka pemenang lelang dapat langsung minta eksekusi ke Pengadilan Negeri tidak perlu mengajukan gugatan.

Kondisi yang demikian tentu aneh sebab kedudukan SEMA tentu tidak dapat dipersamakan sebagai sumber hukum. Menurut UU Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan pada Pasal 7 ayat (1) dan ayat (2) dinyatakan bahwa:

1. Jenis dan hierarki Peraturan Perundang-undangan terdiri atas:
 - a. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
 - b. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;
 - c. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang
 - d. Peraturan Pemerintah;
 - e. Peraturan Presiden;
 - f. Peraturan Daerah Provinsi; dan
 - g. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.
2. Kekuatan hukum Peraturan Perundang-undangan sesuai dengan hierarki sebagaimana dimaksud pada ayat (1).

Lain dari itu, argumentasi bahwa SEMA bukanlah suatu produk hukum yang mengikat keluar juga dapat kita lihat pada Pasal 8 ayat (1) UU No 12 Tahun

2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang- Undangan di mana dinyatakan bahwa:

“Jenis Peraturan Perundang-undangan selain sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (1) mencakup peraturan yang ditetapkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, Badan Pemeriksa Keuangan, Komisi Yudisial, Bank Indonesia, Menteri, badan, lembaga, atau komisi yang setingkat yang dibentuk dengan Undang-Undang atau Pemerintah atas perintah Undang-Undang, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, Gubernur, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota, Bupati/Walikota, Kepala Desa atau yang setingkat”.

Lebih lanjut, pada Pasal 8 ayat (2) UU No 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan dinyatakan bahwa :

“Peraturan Perundang-undangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi atau dibentuk berdasarkan kewenangan”.

Dengan demikian, sesungguhnya secara hukum kekuatan mengikat dari SEMA Nomor 7 Tahun 2012 tidak dapat dijadikan sebagai sandaran, selain karena bukan sebagai produk hukum yang memiliki kekuatan mengikat umum, juga memiliki penafsiran yang justru menegaskan peraturan yang derajatnya berada di atasnya. Hal ini juga bertentangan dengan hierarki perundang-undangan maupun asas *lex superior derogat legi inferior*.

Melihat kondisi dan fakta tersebut, menjadi penting untuk merumuskan langkah-langkah solusi agar nilai kepastian hukum dalam UU Hak Tanggungan berkaitan dengan parate eksekusi. Kepastian hukum ini tentunya berkaitan

dengan aspek kemanfaatan dan keadilan utamanya bagi kreditur dalam konteks mendapatkan pelunasan bilamana debitur wanprestasi/cidera janji, antara lain :

1. Memperkuat Kedudukan Lembaga Parate Eksekusi

Membuat Aturan-Aturan Pelaksana Salah satu kelemahan dari ketentuan Pasal 6 yang mengatur tentang ketentuan lembaga parate eksekusi dalam UU Hak Tanggungan ini adalah ketiadaan aturan pelaksana yang dapat memperjelas baik secara substansi maupun dalam praktek pelaksanaannya. Sebenarnya, secara jelas norma pada pada Pasal 6 ini sudah cukup jelas dalam konteks substansi, namun demikian Pasal 6 ini seolah-olah berdiri sendiri dan tidak memiliki legitimasi. Hal ini mengakibatkan lahirnya penafsiran yang berbeda-beda dalam konteks pelaksanaannya, apakah dapat dilaksanakan sebagaimana ketentuan pada Pasal 6 itu sendiri, atukah harus ditafsirkan sesuai dengan pemahaman eksekusi grosse akta (titel eksekutorial).

Sebenarnya terdapat beberapa aturan pelaksana yang telah ada guna menindaklanjuti dari ketentuan parate eksekusi sesuai dengan Pasal 6 UU Hak Tanggungan. Secara khusus, BUPLN telah mengeluarkan Surat Edaran Nomor: SE-21/PN/1998 tentang Petunjuk Pelaksanaan Pasal 6 UU Hak Tanggungan.

Dalam Surat Edaran Nomor: SE-21/PN/1998 angka 1 menentukan bahwa:

“ ... Penjualan tersebut bukan secara paksa, tetapi merupakan tindakan pelaksanaan perjanjian oleh pihak-pihak. Oleh karena itu tidak perlu ragu-ragu lagi melayani permintaan lelang dari pihak perbankan atas obyek hak tanggungan berdasarkan Pasal 6 UUHT”.

Lebih lanjut pada angka 3 Surat Edaran tersebut menyebutkan:

“... Lelang obyek hak tanggungan berdasarkan Pasal 6 UUHT adalah tergolong pada lelang sukarela”.

Selain itu, BUPLN juga kembali mengeluarkan Surat Edaran Nomor: SE-23/PN/2000 di mana dinyatakan dalam butir 1 huruf a dan huruf e bahwa:

“.....Pelaksanaan lelang hak tanggungan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6 UUHT tidak diperlukan persetujuan debitor untuk pelaksanaan lelangnya”

Sejalan dengan frase “hak untuk menjual obyek Hak Tanggungan atas kekuasaan sendiri melalui pelelangan umum”, peraturan balai lelang tersebut semakin menegaskan bahwasanya pelaksana eksekusi ini adalah Kantor Balai Lelang, bukan Ketua Pengadilan Negeri sebagaimana eksekusi melalui titel eksekutorial. Sebab, sekali lagi sebagaimana dijelaskan sebelumnya bahwa tujuan filosofis dari lahirnya lembaga parate eksekusi adalah segi kemudahan, murah dan tanpa campur tangan pengadilan dalam hal eksekusi obyek jaminannya.

Selanjutnya, guna memperkuat kedudukan surat edaran tersebut, Menteri Keuangan Republik Indonesia juga mengeluarkan Surat Menteri Keuangan Nomor: 304/KMK.01/2002 tanggal 13 Juni 2002 tentang Petunjuk Pelaksanaan Lelang, di mana pada Pasal 2 ayat (3) menyebutkan bahwa Kantor lelang tidak boleh menolak permohonan lelang yang diajukan kepadanya sepanjang persyaratan lelang sudah dipenuhi. Artinya bahwa kantor lelang bersifat pasif, dengan tidak boleh menolak permohonan lelang sepanjang syarat lelang

terpenuhi. Syarat-syarat pengajuan permohonan lelang eksekusi berdasarkan Pasal 6 UU Hak Tanggungan, adalah sebagai berikut :

1. Salinan/foto kopi perjanjian kredit.
2. Salinan/foto kopi Hak Tanggungan dan Akta Pemberian Hak Tanggungan.
3. Salinan/foto kopi bukti debitor telah wanprestasi yang dapat berupa peringatan atau pernyataan-pernyataan pihak kreditor.
4. Surat pernyataan dari kreditor yang akan bertanggung jawab apabila terjadi gugatan perdat maupun tuntutan pidana.
5. Asli/foto kopi pemilikan hak.

Dalam Ketentuan dalam Surat Edaran maupun Keputusan Dirjen Piutang dan Lelang Negara tersebut juga secara nyata dan jelas tidak mensyaratkan adanya fiat Ketua Pengadilan Negeri untuk pelaksanaan parate eksekusi. Hal ini juga yang kemudian banyak diikuti oleh Ketua Pengadilan Negeri (sebelum dikeluarkannya SEMA No. 7 Tahun 2012) yang tetap mengabulkan permohonan eksekusi pengosongan obyek yang dimohonkan pemenang lelang, atas obyek lelang yang tidak bersedia ditinggalkan atau dikosongkan oleh debitor (termohon lelang).

Sebelum lahirnya SEMA No 7 Tahun 2012, sebenarnya sikap Mahkamah Agung dalam hal pelaksanaan parate eksekusi ini bisa dikatakan netral dengan tetap berpendapat bahwa eksekusi melalui lembaga parate eksekusi menurut Pasal 6 UU Hak Tanggungan adalah sah demi hukum. Patut dipertanyakan kemudian, mengapa sikap Mahkamah Agung kemudian berubah dengan berani

mengeluarkan SEMA No 7 Tahun 2012 yang secara substansi bertentangan dengan ketentuan Pasal 6 UU Hak Tanggungan.

Selanjutnya, kelemahan pada konteks parate eksekusi pada Pasal 6 UU Hak Tanggungan seringkali dianggap belum memiliki aturan-aturan pelaksanaan baik yang dapat berupa undang-undang lain yang memiliki koneksitas, maupun peraturan-peraturan lain dibawahnya. Pandangan ini setidaknya didasarkan pada pendapat yang mengacu pada Bab VIII Ketentuan Peralihan yakni Pasal 26 UU Hak Tanggungan. Pada Pasal 26 UU Hak Tanggungan disebutkan:

“Selama belum ada peraturan perundangundangan yang mengaturnya, dengan memperhatikan ketentuan dalam Pasal 14, peraturan mengenai eksekusi hypotheek yang ada pada mulai berlakunya Undangundang ini, berlaku terhadap eksekusi Hak Tanggungan”.

Selanjutnya pada bagian Penjelasan atas Pasal 26 ini juga dinyatakan bahwa yang dimaksud dengan peraturan mengenai eksekusi hypotheek yang ada dalam pasal ini, adalah ketentuan ketentuan yang diatur dalam Pasal 224 Reglemen Indonesia yang Diperbarui (Het Herzienen Indonesisch Reglement, Staatsblad 1941: 44) dan Pasal 258 Reglemen Acara Hukum Untuk Daerah Luar Jawa dan Madura (Reglement tot Regeling van het Rechtswezen in de Gewesten Buiten Java en Madura, Staatsblad 1927: 227). Ketentuan dalam Pasal 14 yang harus diperhatikan adalah bahwa grosse acte Hypotheek yang berfungsi sebagai surat tanda bukti adanya Hypotheek, dalam hal Hak Tanggungan adalah sertipikat Hak Tanggungan. Adapun yang dimaksud dengan peraturan perundang- undangan yang belum ada, adalah peraturan perundang undangan

yang mengatur secara khusus mengenai eksekusi Hak Tanggungan, sebagai pengganti ketentuan khusus mengenai eksekusi hypotheek atas tanah yang disebut di atas. Sebagaimana dijelaskan dalam Penjelasan Umum angka 9, ketentuan peralihan dalam Pasal ini memberikan ketegasan, bahwa selama masa peralihan tersebut, ketentuan hukum acara di atas berlaku terhadap eksekusi Hak Tanggungan, dengan penyerahan sertipikat Hak Tanggungan sebagai dasar pelaksanaannya.

Di tengah melemahnya kondisi perekonomian dunia secara umum, tentu Indonesia juga sangat mungkin terkena imbas buruk dari pelemahan tersebut. Penting kiranya kemudian pemerintah melakukan upaya-upaya perbaikan konstruktif dalam konteks penguatan kedudukan lembaga parate eksekusi ini, sebab bukan tidak mungkin bahwa kreditur yang rata-rata didominasi oleh lembaga keuangan baik dari skala besar, menengah maupun kecil akan semakin membatasi pemberian kreditnya karena tidak percaya lagi dengan regulasinya. Pemerintah harus membuat peraturan pemerintah yang dapat digunakan sebagai dasar bagi pelaksanaan parate eksekusi, sehingga tidak menimbulkan kegamanan baik bagi lembaga yudikatif, maupun para pihak yang berperkara.

Setidaknya, pemerintah harus membuat peraturan-peraturan yang berkaitan dengan bagaimana parate eksekusi tersebut harus dilakukan. Aturan ini penting, terutama berkaitan dengan bagaimana pelaksanaan parate eksekusi ini harus dilaksanakan. Sebagai contoh gadai, dalam gadai banyak sekali peraturan-peraturan yang ada dan menguatkan kedudukan parate eksekusi, baik tentang

mekanisme pemberian kredit, bahkan sampai pada tahap lelang. Hal yang sama juga ada pada hipotik, di mana sangat banyak aturan-aturan baik yang berbentuk undang-undang di luar KUH Perdata, peraturan-peraturan Mahkamah Agung, maupun peraturan lain dibawahnya. Hal yang terpenting adalah bahwa parate eksekusi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6 UU Hak Tanggungan masih membutuhkan penegasan mengenai definisi dan substansi. Pada pelaksanaan parate eksekusi masih terjadi dualisme penafsiran dalam hal siapakah eksekutor yang memiliki wewenang, apakah Kepala Balai Lelang, ataukah Ketua Pengadilan Negeri sebagaimana Pasal 200 HIR dan Pasal 224 HIR. Menelisik pada soal kewenangan, setidaknya bisa dilihat kembali konstruksi Pasal 6 UU Hak Tanggungan, di mana dinyatakan bahwa:

“Apabila debitor cidera janji, pemegang Hak Tanggungan pertama mempunyai hak untuk menjual obyek Hak Tanggungan atas kekuasaan sendiri melalui pelelangan umum serta mengambil pelunasan piutangnya dari hasil penjualan tersebut”.

Dari norma di atas, dapat dilihat pada frase “mempunyai hak untuk menjual obyek Hak Tanggungan atas kekuasaan sendiri melalui pelelangan umum” ini bersifat hukum formil. Artinya sebagaimana doktrin parate eksekusi yang dikemukakan oleh Pitolo bahwa yang memiliki kewenangan untuk mengeksekusi adalah Kepala Balai Lelang yang dalam hal ini didasarkan pada perintah dari penerima hak tanggungan (kreditur). Substansi inilah yang membedakan eksekusi berdasarkan Pasal 6 UU Hak Tanggungan dengan eksekusi grosse akta (titel eksekutorial) sebagaimana dalam hipotik, di mana

dalam eksekusi hipotik (grosse akta), kewenangan untuk melakukan eksekusi adalah Ketua Pengadilan Negeri.

2. Melakukan Perubahan UU Hak Tanggungan

Latar belakang lahirnya UU Hak Tanggungan ini merupakan kehendak pemerintah dalam hal ini sesungguhnya memiliki landasan filosofis yang jelas. Hal yang utama adalah pemerintah hendak melaksanakan amanat dari UUPA di mana ada ketentuan mengenai Hak Tanggungan sebagai aturan dasar dari ketentuan mengenai lembaga hak jaminan yang dapat dibebankan atas tanah berikut atau tidak berikut bendabenda yang berkaitan dengan tanah yang belum terbentuk. Selain itu, ketentuan mengenai Hypotheek yang sebelumnya berdasarkan Pasal 57 UUPA, dipandang tidak sesuai lagi dengan kebutuhan kegiatan perkreditan, sehubungan dengan perkembangan tata ekonomi Indonesia.

Banyak kalangan yang berpendapat bahwa materi muatan dalam UU Hak Tanggungan terutama dalam konteks eksekusi tidak memberikan kejelasan dan bahkan multi tafsir, serta tidak mencerminkan kepastian hukum. Kepastian hukum ini tentu penting, sebab hukum bertugas menciptakan ketertiban dalam masyarakat. Kepastian hukum merupakan ciri yang tidak dapat dipisahkan dari hukum terutama untuk norma hukum tertulis. Hukum tanpa nilai kepastian hukum akan kehilangan makna karena tidak lagi dapat dijadikan pedoman perilaku bagi semua orang.

Sebenarnya sudah sangat banyak ulasan yang membahas mengenai hal ini, bahkan dalam Program Legislasi Nasional 2010-2014, DPR telah

menginisiasi untuk juga membahas perubahan tersebut . Namun, sampai hari ini hal tersebut belum dilaksanakan, dan bahkan tidak dimasukkan dalam Program Legislasi Nasional Tahun 2014-2018. Perubahan ini penting, mengingat banyaknya muatan materi yang bahkan saling tumpang tindih dan tidak memiliki relevansi jelas sehingga dapat lahir keraguan dalam praktik. Meskipun keraguan itu terkadang dapat diselesaikan melalui interpretasi atas peraturan hukum lainnya. Hal inilah yang menurut H.L.A Hart merupakan salah satu contoh ketidakpastian (legal uncertainty) hukum.²⁰³

Keadilan secara umum diartikan sebagai perbuatan atau perlakuan yang adil. Sementara adil adalah tidak berat sebelah, tidak memihak dan berpihak kepada yang benar. Keadilan menurut kajian filsafat adalah apabila dipenuhi dua prinsip, yaitu: pertama, tidak merugikan seseorang dan kedua, perlakuan kepada tiap-tiap manusia apa yang menjadi haknya. Jika kedua ini dapat dipenuhi barulah itu dikatakan adil. Dalam keadilan harus ada kepastian yang sebanding, dimana apabila digabung dari hasil gabungan tersebut akan menjadi keadilan.

Keadilan akan terasa manakala sistem yang relevan dalam struktur-struktur dasar masyarakat tertata dengan baik. Rasa keadilan masyarakat dapat pula kita temukan dalam pelaksanaan penegakan hukum melalui putusan hakim. Pada prakteknya, pemaknaan keadilan modern dalam penanganan permasalahan-

²⁰³ H.L.A. Hart, 1997, *The Concept of Law*, Clarendon Press-Oxford, New York, hlm. 230.

permasalahan hukum ternyata masih *debatable*.²⁰⁴ Keadilan dalam penelitian ini adalah keadilan Pancasila yaitu Keadilan Sosial Bagi Seluruh Rakyat Indonesia. Namun keadilan Pancasila ini keterkaitan antar Sila khususnya Sila kedua Kemanusiaan Yang Adil dan Beradab, yang mendakan bahwa keadilan menghormati hak-hak orang lain, sehingga keadilan dapat memanusiakan manusia. **Dengan demikian Nilai Keadilan Pancasila dalam regulasi wanprestasi perjanjian dengan jaminan hak tanggungan adalah dengan menekan pada keseimbangan hak dan kewajiban antara debitor sebagai pemberi hak tanggungan dan kreditor sebagai pemegang hak tamnggungan secara proposional.**

Berdasarkan uraian diatas, maka akan dilakukan rekonstruksi regulasi wanprestasi perjanjian dengan jaminan hak tanggungan berbasis nilai keadilan Pancasila sebagai berikut :

Tabel 5.2
Rangkuman Rekonstruksi Regulasi Wanprestasi Perjanjian Dengan Jaminan Hak Tanggungan Berbasis Nilai Keadilan Pancasila
KUHPerdata

No	Sebelum di Kontruksi	Kelemahan-Kelemahan	Setelah di Rekonstruksi
1.	Wanprestasi terdapat dalam pasal 1243 KUHPerdata, yang adalah “penggantian biaya, rugi dan bunga karena tidak	Penormaan tersebut hanya mengatur debitor	Wanprestasi terdapat dalam pasal 1243 KUHPerdata, yang adalah “penggantian

²⁰⁴ Diakses melalui <http://repository.unpas.ac.id/3690/4/F.%20BAB%20I.pdf> pada 5 Juli 2022, pukul 21.45 WIB.

<p>dipenuhinya suatu perikatan, barulah mulai diwajibkan, apabila si berutang, setelah dinyatakan lalai memenuhi perikatannya, tetap melalaikannya, atau jika sesuatu yang harus diberikan atau dibuatnya, hanya dapat diberikan atau dibuatnya, hanya dapat diberikan atau dibuat dalam tenggang waktu yang telah dilampaukannya.”</p>	<p>yang lalai, tidak mengatur dan membedakan debitor yang wanprestasi karena kesengajaan maupun kelalaian.</p> <p>Akibatnya penormaan Pasal 1243 KUHPerdata belum memberikan keadilan bagi debitor, dalam prakteknya wanprestasi tidak membedakan debitor yang sengaja maupun lalai . debitor lalai tidak membayar dikarenakan sedang tugas ke luar negeri atau ibadah haji dan atau umroh</p>	<p>biaya, rugi dan bunga karena tidak dipenuhinya suatu perikatan, barulah mulai diwajibkan, apabila si berutang, setelah dinyatakan dengan kesengajaan maupun lalai memenuhi perikatannya, tetap melalaikannya, atau jika sesuatu yang harus diberikan atau dibuatnya, hanya dapat diberikan atau dibuatnya, hanya dapat diberikan atau dibuat dalam tenggang waktu yang telah dilampaukannya.”</p>
---	--	---

Kesengajaan yang dimaksud adalah kesengajaan yang bersifat tujuan, dapat dikatakan bahwa si pelaku benar-benar menghendaki mencapai akibat yang menjadi pokok alasan diadakan ancaman pidana. Van Hamel yang menyatakan bahwa kelalaian atau *culpa* mengandung dua syarat, yaitu tidak menduga-duga sebagaimana diharuskan oleh hukum dan tidak mengadakan penghati-hatian sebagaimana diharuskan oleh hukum.

Berdasarkan beberapa uraian diatas peneliti perlunya mengadakan rekonstruksi Pasal 2 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan konsumen, dikarenakan Asas-asas dalam pasal 2 dalam prakteknya masih mengabaikan dan tidak memperhatikan hak dan kewajiban konsumen secara proporsional, artinya debitor yang sudah bertahun-tahun melakukan prestasi, dianggap wanprestasi manakala debitor lalai tidak membayar kewajiban yang hanya beberapa kali dari masa perjanjian. Perlunya keseimbangan dalam hal ini adanya keseimbangan antara produsen dengan konsumen yang kemudian diperkuat dengan kepastian hukum.

Berikut disajikan Rangkuman Rekonstruksi Regulasi Wanprestasi Perjanjian Dengan Jaminan Hak Tanggungan Berbasis Nilai Keadilan Pancasila terhadap Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen dan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah :

Tabel 5.2.
Rangkuman Rekonstruksi Regulasi Wanprestasi Perjanjian Dengan Jaminan Hak
Tanggungjawab Berbasis Nilai Keadilan Pancasila
UU No. 8 Tahun 1999 dan UU No. 4 Th 1996

No.	Kontruksi	Kelemahan	Rekonstruksi
1.	Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen Pasal 2 Perlindungan konsumen berasaskan manfaat, keadilan, keseimbangan, keamanan dan keselamatan konsumen, serta kepastian hukum	Asas-asas dalam pasal 2 dalam prakteknya masih mengabaikan dan tidak memperhatikan hak dan kewajiban konsumen secara proporsional, artinya debitur yang sudah bertahun-tahun melakukan prestasi, dianggap wanprestasi manakala debitur lalai tidak membayar kewajiban yang hanya beberapa kali dari masa perjanjian.	Rekonstruksi Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen pada Pasal 2 berbunyi : Pasal 2 Perlindungan konsumen berasaskan manfaat, keadilan, keseimbangan, proposional, keamanan dan keselamatan konsumen, serta kepastian hukum.
2	Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak	1. Secara subtansi konsumen yang	Pasal 6 Apabila debitur cedera janji

	<p>Tanggungan Atas Tanah Beserta Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah.</p> <p>Pasal 6</p> <p>Apabila debitur cedera janji, pemegang Hak Tanggungan pertama mempunyai hak untuk menjual obyek Hak Tanggungan atas kekuasaan sendiri melalui pelelangan umum serta mengambil pelunasan piutangnya dari hasil penjualan tersebut.</p>	<p>cedera janji (wanprestasi) akan semakin terpuruk karena belum ada kejelasan atas apa yang mungkin diperoleh dari selisih pada saat penjualan hak tanggungan.</p> <p>2. Belum adanya keadilan karena tidak adanya kesepakatan antara debitor dan kreditor, dan atau/surat pernyataan debitor telah wanpretasi</p>	<p>atau wanprestasi dengan sengaja maupun lalai, pemegang Hak Tanggungan pertama mempunyai hak untuk menjual obyek Hak Tanggungan atas kekuasaan sendiri melalui pelelangan umum serta mengambil pelunasan piutangnya dari hasil penjualan tersebut setelah adanya kesepakatan antara kreditor dan debitor wanprestasi dan/atau adanya surat pernyataan debitor telah wanspretasi.</p>
3.	<p>Pasal 14 ayat (3) UU Hak Tanggungan yang berbunyi, "Sertifikat hak tanggungan sebagaimana dimaksud pada atau (2) mempunyai kekuatan eksekutorial yang sama dengan putusan pengadilan yang telah</p>	<p>Akta otentik dalam pembebanan hak tanggungan yang dibuat oleh notaris PPAT merupakan mempunyai</p>	<p>Pasal 14 ayat (3) UU Hak Tanggungan yang berbunyi, "Sertifikat hak tanggungan sebagaimana dimaksud pada atau (2) mempunyai kekuatan eksekutorial bilamana telah mendapat penetapan dari pengadilan sehingga</p>

	<p>memperoleh kekuatan hukum tetap dan berlaku sebagai pengganti grosse acte hypotheek sepanjang mengenai hak atas tanah.”</p>	<p>kekuatan eksekutorial yang sama dengan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap tidak memberikan keadilan bagi debitor, karena notaris bukan lembaga yudikatif namun pejabat publik</p>	<p>memperoleh kekuatan hukum tetap.</p>
4.	<p>Pasal 20 ayat (1) UU Hak Tanggungan yang berbunyi, “Apabila debitor cidera janji, maka berdasarkan</p> <p>a. hak pemegang hak tanggungan pertama untuk menjual obyek hak tanggungan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6, atas</p> <p>b. titel eksekutorial yang terdapat dalam sertifikat hak tanggungan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 14</p>	<p>Dalam praktek debitor cidera janji, penormaan pada pasal 20 ayat (1) menimbulkan multitafsir dan tidak konsisten dengan perjanjian antara debitor dan kreditor menggunakan istilah</p>	<p>Pasal 20 ayat (1) UU Hak Tanggungan yang berbunyi, “Apabila debitor cidera janji atau wanprestasi dengan sengaja maupun lalai, maka berdasarkan</p> <p>hak pemegang hak tanggungan pertama untuk menjual obyek hak tanggungan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6 objek hak tanggungan dijual melalui pelelangan umum menurut tata cara yang ditentukan dalam</p>

<p>ayat (2), objek hak tanggungan dijual melalui pelelangan umum menurut tata cara yang ditentukan dalam peraturan perundang-undangan untuk pelunasan piutang pemegang hak tanggungan dengan mendahulukan daripada kreditur-kreditur lainnya.</p>	<p>wanprestasi termasuk dalam KUHPerdara , sehingga tidak memberikan keadilan</p>	<p>peraturan perundang-undangan untuk pelunasan piutang pemegang hak tanggungan dengan mendahulukan daripada kreditur-kreditur lainnya.</p>
---	---	---



BAB VI

PENUTUP

A. Simpulan

1. Regulasi wanprestasi perjanjian dengan hak tanggungan belum berkeadilan Pancasila, penormaan Wanprestasi terdapat dalam pasal 1243 KUHPerdara, yang adalah “penggantian biaya, rugi dan bunga karena tidak dipenuhinya suatu perikatan, barulah mulai diwajibkan, apabila si berutang, setelah dinyatakan lalai memenuhi perikatannya, tetap melalaikannya, atau jika sesuatu yang harus diberikan atau dibuatnya, hanya dapat diberikan atau dibuatnya, hanya dapat diberikan atau dibuat dalam tenggang waktu yang telah dilampaukannya.” Penormaan tersebut hanya mengatur debitor yang lalai, tidak mengatur dan membedakan debitor yang wanprestasi karena kesengajaan maupun kelalaian. Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1996 Tentang Jaminan Hak Tanggungan Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah, Pasal 14 ayat (3) dan Pasal 20 (1). Belum mengatur adanya kesepakatan anatar debitor dan kreditor berakibat subyektfitas kreditor sebagai pemegang hak tanggung sangat tinggi, sehingga Debitor cidera janji (wanprestasi) maka kreditor pemegang hak tanggungan berhak menjual melalui pelelangan umum tanah yang dijadikan jaminan menurut ketentuan peraturan perUndang-undangan yang bersangkutan dengan hak yang mendahului, daripada kreditor-kreditor yang lain.

2. Kelemahan-kelemahan regulasi wanprestasi perjanjian dengan jaminan hak tanggungan saat ini, bahwa terdapat kelemahan-kelemahan yaitu dari aspek substansi hukum, struktur hukum dan budaya hukum. Dari aspek substansi hukum adanya aturan hukum mengenai pelaksanaan pembebanan Hak Tanggungan dalam suatu perjanjian kredit dilihat dari penjabaran Undang – Undang Nomor 4 Tahun 1996 terdapat beberapa unsur pokok dari Hak Tanggungan yang seharusnya bertujuan untuk memberikan kepastian dan perlindungan, namun seringkali regulasi dalam undang-undang tersebut masih kurang tegas dalam keberpihakannya kepada konsumen. Hal ini juga didukung oleh keputusan Mahkamah Konstitusi Nomor 21/PUU-XVIII/2020, Debitur diberi hak untuk membuktikannya di pengadilan sebelum eksekusi Jaminan Hak Tanggungan dilakukan. Aspek struktur hukum masih belum sinerginya aparat penegak hukum dan keberpihakan pada salah satu pihak, justru sering tidak berpihak kepada konsumen. Dari budaya hukum perlunya sosialisasi kepada masyarakat untuk menekankan adanya perlindungan hukum.
3. Rekontruksi regulasi wanprestasi perjanjian dengan jaminan hak tanggungan berbasis nilai keadilan Pancasila adalah dengan merekonstruksi Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen pada Pasal 2, dan berikutnya Pasal 6, Pasal 14 Ayat (3) dan Pasal 20 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah dan KUHPerdota Pasal 1243.

B. Saran

1. Pemerintah dan DPR hendaknya segera merekonstruksi Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen pada Pasal 2, dan berikutnya Pasal 6, Pasal 14 Ayat (3) dan Pasal 20 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah dan KUHPerduta Pasal 1243.
2. Hendaknya aparat dapat bersinergi dalam menjalankan perannya atas penegakan hukum dan perlindungan hukum dengan memberikan kemanfaatan dan keadilan, serta kepastian hukum kepada masyarakat.
3. Penegak Hukum dan Notaris hendaknya obyektif dalam penanganan kasus wanprestasi dan dapat memberikan edukasi kepada masyarakat tentang wanprestasi.

C. Implikasi Kajian Disertasi

1. Bagi pihak perbankan sebagai kreditur maupun nasabah sebagai debitur penelitian ini diharapkan dapat menambah wawasan dan menyumbangkan pemikiran hukum terkait bidang hukum perdata terkhusus untuk menerapkan perjanjian kredit dengan jaminan hak tanggungan terutama dikaitkan dengan konsep hukum jaminan, perlindungan hukum dan perjanjian kredit.
2. Bagi peneliti dapat menemukan penemuan baru dibidang perjanjian kredit dengan jaminan hak tanggungan yang berbasis nilai keadilan Pancasila.

3. Bagi akademisi dapat memberikan sumbangan pemikiran mengenai regulasi wanprestasi perjanjian kredit dengan jaminan hak tanggungan yang berbasis nilai keadilan Pancasila.



DAFTAR PUSTAKA

BUKU-BUKU

- Abdulkadir Muhammad, 2004, *Hukum dan Penelitian Hukum* cetakan ke-1, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung
- Abdul Kadir Muhammad, 2017, *Hukum Perdata Indonesia*, Cetakan ke 5, Citra Aditya Bhakti, Bandung
- Abdul Wahah Khallaf, 2003, *Ilmu Ushul Fiqih* Cetakan ke-1, Pustaka Amani, Jakarta
- Abimanyu, 2008, *Strategi Pembelajaran*, Direktorat Jendral Pendidikan Tinggi Departemen Pendidikan Nasional, Jakarta
- Achmad Ali, 2002, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, Penerbit Toko Gunung Agung, Jakarta
- Agus Yudha Hernoko, 2008, *Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersil*, LaksBang Mediatama, Yogyakarta
- A.P Parlindungan, 2008, *Komentar Atas Undang-Undang Pokok Agraria*, Mandar Maju, Bandung
- Asikin zainal, 2012, *Pengantar Tata Hukum Indonesia*, Rajawali Press, Jakarta
- Badriyah Harun, 2010, *Penyelesaian Sengketa Kredit Bermasalah*, Pustaka Yustisia, Yogyakarta
- Boedi Harsono, 2005, *Hukum Agraria Indonesia – Sejarah Pembentukan Undang-Undang Pokok Agraria, Isi dan Pelaksanaannya*, Djambatan, Jakarta
- Daeng Naja, 2005, *Hukum Kredit dan Bank Garansi*, Cutra Aditya Bakti, Bandung
- Dewa Gede Admadja, 2011, *Demokrasi, Teori Konsep dan Praksis, dikutip dari Demokrasi, HAM dan Konstitusi, Perspektif Negara Bangsa Untuk Menghadirkan Keadilan*, Setara Press, Malang
- Friendman, 1990, *Teori dan Filsafat Hukum, susunan I. Telaah Keritis Atas Teori Hukum*, PT Raja Grafindo, Jakarta
- Handri Rahardjo, 2009, *Hukum Perjanjian di Indonesia*, Pustaka Yustisia, Yogyakarta

- Hans Kelsen, 2010, *Pengantar Teori Hukum Murni*, Nusa Media, Bandung
- Hermansyah, 2005, *Hukum Perbankan Nasional Indonesia*, Kencana, Jakarta
- Herlien Budiono, 2010, *Ajaran Umum Hukum Perjanjian dan Penerapannya di Bidang Kenotariatan*, Citra Aditya, Bandung
- Iskandar, 2008, *Metodologi Penelitian Pendidikan dan Sosial Kuantitatif dan Kualitatif*, Gaung Persada Press, Jakarta
- Iqbal Hasan, 2010, *Analisis Data Penelitian dengan Statistik*, PT Bumi Aksara, Jakarta
- Johanes Ibrahim, 2004, *Cross Default Cross Collateral Sebagai Upaya Penyelesaian Kredit Bermasalah*, Refika Aditama, Bandung
- Johan Nasution, 2008, *Metode Penelitian Ilmu Hukum*, Mandar Maju, Bandung
- Jhonny Ibrahim, 2006, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Banyumedia Publishing, Malang
- Komaruddin dan Yooke Tjumparmah, 2000, *Kamus Istilah Karya Tulis Ilmiah*, Bumi Askara, Jakarta
- Khudzaifah Dimiyati dan Kelik Wardiono, 2004, *Metode Penelitian Hukum*, Surakarta: Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Surakarta
- M. Bahsan, 2010, *Hukum Jaminan dan Jaminan Kredit Perbankan Indonesia*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta
- Munir Fuady, 2007, *Dinamika Teori Hukum*, Ghalia Indonesia, Jakarta
- Mukti Fajar dan Yulianto Achmad, 2010, *Dualisme Penelitian Hukum Normatif dan Empiris*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta
- Nasrun Haroen, 1996, *Ushul Fiqh I*, Logos Publishing House, Jakarta
- Payaman J Simanjuntak, 2011, *Manajemen Evaluasi Kinerja*, Edisi 3, Fakultas UI, Jakarta
- Philipus M Hadjon, 1987, *Perlindungan Bagi Rakyat di Indonesia*, Cetakan ke-3, PT Bina Ilmu, Surabaya

- Peter Mahmud Mazuki, 2008, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana Prenada Media, Jakarta
- , 2008, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta
- Ricardo Simanjuntak, 2011, *Hukum Kontrak Teknik Perancangan Kontrak Bisnis*, Kontan Publishing, Jakarta
- Ridwan Khairandy, 2013, *Hukum Kontrak Dalam Perspektif Perbandingan*, FH UII Press, Yogyakarta
- Remy Sjahdeini, 1999, *Hak Tanggungan Asas-Asas, Ketentuan-Ketentuan Pokok Dan Masalah Yang Dihadapi Oleh Perbankan*, edisi kedua, cetakan 1, Penerbit Alumni, 1 Bandung
- Romli, 1999, *Muqaranah Mazahib fil Ushul*, Gaya Media Pratama, Jakarta
- Salim H.S, 2006, *Perkembangan Hukum Kontrak di Luar KUHPerdara*, Raja Grafindo Persada, Jakarta
- Satjipto Raharjo, 2000, *Ilmu Hukum*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung
- , 2003, *Sisi-Sisi Lain dari Hukum di Indonesia*, Kompas Media Nusantara, Jakarta
- Sugiyono, 2010, *Statistika untuk Penelitian. Bandung*, Alfabeta
- Suprijono, 2009, *Cooperative Learning: Teori dan Aplikasi PAIKEM*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta
- Soerjono Soekanto, 2011, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI Pers, Jakarta
- Try Widiyono, 2009, *Agunan Kredit Dalam Financial Engineering*, Ghalia Indonesia, Jakarta
- Veithzal Rivai, dkk, 2007, *Bank And Financial Institutional Management Conventional & Sharia System*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta
- Yudi Susanto, 2011, *Teori-Teori Keadilan Six Theories of Justice*, Nusa media, Bandung

JURNAL

- Anis Mashdurohatun, Oting Supartini, 2016, *Akibat Hukum Akta Perjanjian Kredit Yang Dibuat Notaris Dengan Jaminan Hak Tanggungan Adanya Kepastian Hukum Dan Keadilan Para Pihak*, Jurnal Pembaharuan Hukum, Volume 3 Nomor 2, Mei-Agustus 2016
- Mariah Kamelia, 2017, *Peran Notaris Dalam Pembuatan Akta Perjanjian Kredit Dalam Perspektif Hukum Positif Dan Hukum Islam*, Jurnal AKTA, Volume 4 No. 4, Desember 2017
- Lathifah Hanin, 2017 *Implementasi Asas Droit De Preference Terhadap Jaminan Hak Tanggungan Oleh Pihak Perbankan Dalam Perjanjian Kredit*, Jurnal AKTA, Volume 4 No. 1, Maret 2017
- Leni Oktafiani, Irdanuraprida Idris, 2015, '*Pelaksanaan Pemberian Kredit Dengan Jaminan Hak Tanggungan Pada Debitur PT Bank DKI Jakarta Pusat*', *Lex Jurnalica* Volume 12 Nomor 2, Agustus 2015
- Primata Prisca Artika, 2016, '*Pelaksanaan Perjanjian Kredit Pt. Bank Rakyat Indonesia (Persero) Unit Bukit Agung Cabang Pangkalan Kerinci Dengan Jaminan Surat Keterangan Ganti Rugi (SKGR)*', JOM Fakultas Hukum Volume 3 Nomor 2, Oktober 2016
- Rudyanti Dorotea Tobing, 2016, '*Keadilan dalam Perjanjian Kredit Perbankan*', Jurnal Ilmu Hukum Tambun Bungai Volume 1 Nomor 1, Maret 2016
- Singgih Budiono, Gunarto, 2017, *Akibat Hukum Covernote Yang Dijadikan Dasar Perjanjian Kredit Di Perbankan*, Jurnal AKTA, Volume 4 no. 4, Desember 2017
- Sunarjo, 2015, *Perbandingan Hukum Indonesia Dan Malaysia Terhadap Ketidakseimbangan Dalam Perjanjian Baku*, Jurnal Cakrawala Hukum, Vol.6 No.1 Juni 2015
- Zaenal Arifin, 2016, *Rekonstruksi Parate Eksekusi Hak Tanggungan Atas Tanah Yang Berbasis Nilai Keadilan*, Jurnal Pembaharuan Hukum, Volume 3 No. 2, Agustus 2016

KARYA ILMAH

- Agnes Wahyuni Samosir Pakpahan, 2015, *Pelaksanaan Perjanjian Kredit Bank Dengan Jaminan Kredit Yang Hanya Diikuti Dengan Pembuatan Surat Kuasa*

Membebankan Hak Tanggungan (SKMHT), Tesis Program Studi Magister Kenotariatan Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara

Belinda Sultan, 1991, *Kewajiban Ganti Rugi Akibat Wanprestasi dan Perbuatan Melanggar Hukum di Indonesia dan Inggris : Suatu Perbandingan*, Skripsi, Fakultas Hukum Universitas Airlangga Surabaya

Endah Rizki Ekwanto, 2020, *Reformulasi Pengaturan Mengenai Pasal – Pasal Prosedur Perlindungan Dalam UU Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga No. 23 Tahun 2004 Yang Tidak Efektif Dalam Implementasinya*, Tesis, Program Magister Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta

Harum Melati S, 2010, *Analisis Terhadap Hak Jaminan Resi Gudang Sebagai Salah Satu Bentuk Pengikatan Jaminan Kredit Pada Lembaga Perbankan*, Tesis Universitas Indonesia, Jakarta

H.M. Hasballah Thaib, 2002, *Tajdid, Reaktualisasi dan Elastisitas Hukum Islam*, Tesis, Program Pascasarjana Universitas Sumatera Utara, Medan

Rita Rosmilia, 2009, *Pelaksanaan Penyelesaian Kredit Bermasalah*, Tesis, Program Studi Magister Kenotariatan Universitas Diponegoro Semarang

Sri Endah Wahyuningsih, Rismanto, 2015, *Kebijakan Penegakan Hukum Pidana Terhadap Penanggulangan Money Laundering Dalam Rangka Pembaharuan Hukum Pidana Di Indonesia*. Jurnal Pembaharuan Hukum. Vol. II No. 1.

Sri Endah Wahyuningsih, 2013. *Prinsip-Prinsip Individualisasi Pidana Dalam Hukum Pidana Islam*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang.

Sri Kusriyah. 2016. *Politik Hukum Penyelenggaraan Otonomi Daerah Dalam Perspektif Negara Kesatuan Republik Indonesia*. Jurnal Pembaharuan Hukum. Volume III No. 1.

Yusridah, 2018, *Perbuatan Melawan Hukum dalam Perjanjian Kredit Bank dengan Jaminan Hak Tanggungan (Studi Putusan Nomor 1137/K/Pdt/2015)*, Universitas Bhayangkara, Jakarta.

INTERNET

Artikel online, *Legal Banking : Perjanjian Kredit dan Pengakuan Hutang*, <https://legalbanking.wordpress.com/materi-hukum/perjanjian-kredit-dan-pengakuan-hutang/> , diakses pada tanggal 3 Januari 2022 pukul 23:54

Artikel Online, *Pendapat Andi Hamzah dan Simanjuntak soal Perlindungan Hukum*, <https://www.merdeka.com/pendidikan/ini-pendapat-andi-hamzah-dan-simanjuntak-soal-perlindungan-hukum.html> diakses pada tanggal 2 Januari 2022 pukul 20:33

