

BAB 2

KEDUDUKAN HAK SEWA ATAS KIOS SEBAGAI OBYEK JAMINAN KREDIT

2.1. TINJAUAN UMUM TENTANG PERKREDITAN

2.1.1. Pengertian Kredit

Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 (selanjutnya disebut Undang-Undang Perbankan) telah menekankan bahwa salah satu fungsi utama bank adalah menyalurkan kredit kepada masyarakat. Hal ini tercermin dari definisi bank di dalam Undang-Undang Perbankan sebagai berikut:

“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.”¹⁶

Selanjutnya dalam Pasal 6 a, b dan n Undang-Undang Perbankan disebutkan usaha Bank Umum meliputi dan yang terpenting adalah¹⁷:

- a) menghimpun dana dari masyarakat dalam bentuk simpanan berupa giro, deposito berjangka, sertifikat deposito, tabungan, dan/atau bentuk lainnya yang dipersamakan dengan itu;
- b) memberikan kredit;

¹⁶ Indonesia, *Undang-Undang Tentang Perbankan*, UU Nomor 10 Tahun 1998, LN No. 182 Tahun 1998, TLN No. 3790, ps. 1 angka 2.

¹⁷ Aad Rusyad Nurdin, *Aspek Hukum Perkreditan dan Jaminan Kredit (Suatu Tinjauan Singkat)*, (Makalah disampaikan pada Pelatihan Hukum Perbankan LPLIH – FHUI, Jakarta, 20 Juli 2006), hal.2.

n) melakukan kegiatan lain yang lazim dilakukan oleh bank sepanjang tidak bertentangan dengan Undang-undang ini dan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Adapun kredit, didefinisikan oleh Undang-Undang Perbankan sebagai berikut:

*“Kredit adalah penyediaan uang atau tagihan yang dapat dipersamakan dengan itu, berdasarkan persetujuan atau kesepakatan pinjam-meminjam antara bank dengan pihak lain yang mewajibkan pihak peminjam untuk melunasi utangnya setelah jangka waktu tertentu dengan pemberian bunga.”*¹⁸

Dari definisi kredit sebagaimana tersebut di atas, terdapat beberapa unsur perjanjian kredit, yaitu¹⁹:

- a. Penyediaan uang atau tagihan yang dapat dipersamakan dengan itu;
- b. Berdasarkan persetujuan atau kesepakatan pinjam meminjam antara bank dengan pihak lain;
- c. Terdapat kewajiban pihak peminjam untuk melunasi utangnya dalam jangka waktu tertentu; dan
- d. Pelunasan utang yang disertai dengan bunga.

Unsur pertama dari kredit adalah penyediaan uang atau tagihan yang dapat dipersamakan dengan itu. Uang di sini sudah seharusnya ditafsirkan sebagai sejumlah dana (tunai dan saldo rekening giro) baik dalam mata uang Rupiah maupun valuta asing. Sedangkan pengertian “penyediaan tagihan yang dapat dipersamakan dengan itu” adalah dalam bentuk cerukan (*overdraft*), yaitu saldo negatif pada rekening giro nasabah yang tidak dapat dibayar lunas pada akhir hari, pengambilalihan tagihan dalam rangka kegiatan anjak piutang (*factoring*) dan

¹⁸ *Ibid*, ps. 1 angka 11.

¹⁹ Ramlan Ginting, *Pengaturan Pemberian Kredit Bank Umum*, (Disampaikan dalam Diskusi Hukum Aspek Hukum Perbankan, Perdata dan Pidana Terhadap Pemberian Fasilitas Kredit Dalam Praktek Perbankan Di Indonesia, Jakarta, 2007), hal.2.

pengambilalihan (pembelian) kredit atau piutang dari pihak lain seperti negosiasi hasil ekspor.

Unsur kedua dari kredit adalah persetujuan atau kesepakatan antara bank dan debitur. Sesuai dengan ketentuan Pasal 1320 KUH Perdata, kesepakatan para pihak merupakan salah satu syarat yang harus dipenuhi agar perjanjian sah. agar suatu kesepakatan menjadi sah diperlukan empat syarat, yaitu kesepakatan para pihak, Selain kesepakatan antara debitur dan kreditur juga diperlukan ketiga syarat lain untuk menyatakan sahnya suatu perjanjian, yaitu kecakapan para pihak, terdapat obyek tertentu dan ada suatu kausa yang halal.

Unsur ketiga dari kredit adalah adanya kewajiban debitur untuk mengembalikan jumlah keseluruhan kredit yang dipinjam kepada kreditur dalam jangka waktu tertentu. Hal ini merupakan konsekuensi logis dari adanya hubungan pinjam meminjam antara debitur dan kreditur, dan hal ini pun diatur dalam KUH Perdata, khususnya pasal 1754 *juncto* pasal 1763.

Unsur yang terakhir adalah adanya pengenaan bunga terhadap kredit yang dipinjamkan. Bunga merupakan nilai tambah yang diterima kreditur dari debitur atas sejumlah uang yang dipinjamkan kepada debitur dimaksud. Ketentuan mengenai bunga juga diatur dalam pasal 1765 *juncto* 1767 paragraf ketiga KUH Perdata, sebagai berikut:

“Adalah diperbolehkan memperjanjikan bunga atas peminjaman uang atau lain barang yang menghabis karena pemakaian.

Besarnya bunga yang diperjanjikan dalam perjanjian harus ditetapkan secara tertulis.”

Adapun menurut H.R Daeng Naja, SH., MH., dari pengertian tersebut di atas, terdapat 4 (empat) unsur kredit, yaitu²⁰:

²⁰ H.R. Daeng Naja, *Hukum Kredit Dan Bank Garansi The Bankers Hand Book*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2005), hal. 124-125.

- *kepercayaan* berarti bahwa setiap pelepasan kredit dilandasi dengan adanya keyakinan oleh bank bahwa kredit tersebut akan dapat dibayar kembali oleh debiturnya sesuai dengan jangka waktu yang telah diperjanjikan;
- *waktu*. Maksudnya adalah antara pelepasan kredit oleh bank dan pembayaran kembali oleh debitur tidak dilakukan pada waktu yang bersamaan, tetapi dipisahkan oleh tenggang waktu;
- *risiko*. Setiap pelepasan kredit jenis apapun akan terkandung risiko di dalamnya, yaitu risiko yang terkandung dalam jangka waktu antara pelepasan kredit dan pembayaran kembali. Hal ini berarti semakin panjang waktu kredit maka semakin tinggi risiko tersebut; dan
- *prestasi*. Setiap kesepakatan yang terjadi antara bank dan debiturnya mengenai suatu pemberian kredit, maka pada saat itu pula terjadi suatu prestasi dan kontra prestasi.

Apabila ditinjau dari segi tujuannya, ada 2 (dua) macam kredit yang diberikan oleh bank kepada para nasabahnya, yaitu:

1. Kredit produktif. Kredit ini yang diberikan kepada usaha-usaha yang menghasilkan barang dan jasa. Untuk jenis kredit ini terdapat 2 (dua) macam kemungkinan, yaitu:
 - Kredit modal kerja, yaitu kredit yang diberikan untuk membiayai kebutuhan usaha-usaha, termasuk guna menutupi biaya produksi dalam rangka peningkatan produksi atau penjualan.
 - Kredit investasi, yaitu kredit yang diberikan untuk pengadaan barang modal maupun jasa yang dimaksudkan untuk menghasilkan suatu barang ataupun jasa bagi usaha yang bersangkutan.
2. Kredit konsumtif, yaitu kredit yang diberikan kepada orang perorangan untuk memenuhi kebutuhan konsumtif masyarakat umumnya.

Analisis terhadap tujuan penggunaan kredit penting karena harus sesuai dengan izin-izin usaha yang diberikan kepada debitur, menghindari pemberian kredit yang

digunakan untuk usaha-usaha yang sesungguhnya dilarang atau bertentangan dengan ketertiban umum dan kesusilaan, dan memastikan bahwa debitur telah mempergunakan fasilitas kredit yang diperolehnya sesuai dengan yang telah diperjanjikan sebelumnya.

2.1.2. Regulasi Terkait Pemberian Kredit Oleh Bank

Undang-Undang Perbankan mengamanatkan kepada bank untuk menerapkan prinsip kehati-hatian dalam rangka menyalurkan kredit kepada masyarakat, sebagai berikut:

“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.”²¹

Didalam penjelasannya disebutkan bahwa kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah yang diberikan oleh bank mengandung risiko, sehingga dalam pelaksanaannya bank harus memperhatikan asas-asas perkreditan atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah yang sehat. Untuk mengurangi risiko tersebut, jaminan pemberian kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah dalam arti keyakinan atas kemampuan dan kesanggupan Nasabah Debitur untuk melunasi kewajibannya sesuai dengan yang diperjanjikan merupakan faktor penting yang harus diperhatikan oleh bank.

Untuk memperoleh keyakinan tersebut di atas, sebelum memberikan kredit, bank harus melakukan penilaian yang saksama terhadap watak, kemampuan, modal, dan prospek usaha dari Nasabah Debitur yang kemudian dikenal dengan sebutan “*the five C of credit analysis*” atau prinsip 5 C’s. Adapun penjelasan atas masing-masing prinsip tersebut adalah sebagai berikut²²:

²¹ *Op.cit*, ps.8 ayat (1).

²² Sentosa Sembiring, *Hukum Perbankan*, (Bandung: CV. Mandar Maju, 2008), hal. 68-69.

1. Penilaian watak (*character*)

Penilaian terhadap watak (*character*) perlu dilakukan untuk mengetahui itikad baik dan kejujuran nasabah (calon debitur) untuk membayar kembali kredit yang diterimanya. Penilaian watak calon debitur dimaksudkan untuk mengetahui itikad untuk membayar (*willingness to pay*). Penilaian tersebut meliputi moral, sifat, perilaku, tanggung jawab, dan kehidupan pribadi calon debitur yang sangat berpengaruh terhadap pelunasan kredit.

2. Kemampuan (*capacity*)

Penilaian terhadap kemampuan (*capacity*) perlu dilakukan untuk mengetahui kemampuan calon debitur untuk membayar kembali kredit serta bunganya. Penilaian kemampuan membayar tersebut dilihat dari kegiatan usaha dan kemampuan mengelola usaha calon debitur yang akan dibiayai melalui kredit.

3. Modal (*capital*)

Penilaian terhadap modal (*capital*) perlu dilakukan untuk mengetahui jumlah modal yang dimiliki calon debitur untuk menjalankan usahanya. Makin besar jumlah modal yang ditanam oleh calon debitur, makin menunjukkan keseriusan calon debitur dalam menjalankan usahanya. Besarnya jumlah modal yang ditanam berupa benda bergerak dan tidak bergerak.

4. Jaminan (*collateral*)

Penilaian terhadap collateral perlu dilakukan untuk mengetahui nilai barang jaminan yang diserahkan calon debitur untuk menutup risiko kegagalan pengembalian kredit yang akan diperolehnya. Barang jaminan berfungsi sebagai pengaman terhadap kemungkinan ketidakmampuan calon debitur melunasi kredit yang akan diterimanya sehingga dapat menutupi pelunasan atau pengembalian kredit yang tersisa.

5. Kondisi ekonomi (*condition of economy*)

Penilaian terhadap keadaan (*condition*) perlu dilakukan untuk mengetahui kondisi pasar di dalam dan di luar negeri yang mungkin akan mempengaruhi

kelancaran usaha calon debitur. Kondisi ini mencakup juga peraturan atau kebijaksanaan pemerintah yang memiliki dampak terhadap keadaan perekonomian yang pada gilirannya akan mempengaruhi prospek atau kegiatan usaha calon debitur.

Selanjutnya di dalam pasal 29 ayat (3), (4) dan (5) Undang-Undang Perbankan diatur ketentuan sebagai berikut:

- “(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.*
- (4) Untuk kepentingan nasabah, bank wajib menyediakan informasi mengenai kemungkinan timbulnya risiko kerugian sehubungan dengan transaksi nasabah yang dilakukan melalui bank.*
- (5) Ketentuan yang wajib dipenuhi oleh bank sebagaimana dimaksud dalam ayat (2), ayat (3) dan ayat (4) ditetapkan oleh Bank Indonesia.”*

Selain Undang-Undang Perbankan, Bank Indonesia selaku regulator juga mengeluarkan ketentuan-ketentuan yang terkait dengan penyaluran kredit oleh bank kepada masyarakat. Adapun ketentuan-ketentuan tersebut, diantaranya adalah sebagai berikut:

1. Kewajiban Penyusunan dan Pelaksanaan Kebijakan Perkreditan Bank

Pemberian kredit merupakan kegiatan utama bank yang mengandung risiko yang dapat berpengaruh pada kesehatan dan kelangsungan usaha bank, sehingga dalam pelaksanaannya bank harus berpegang pada asas-asas perkreditan yang sehat guna melindungi dan memelihara kepentingan dan kepercayaan masyarakat.

Agar pemberian kredit dapat dilaksanakan secara konsisten dan berdasarkan asas-asas perkreditan yang sehat, maka diperlukan suatu kebijakan perkreditan yang tertulis. Berkenaan dengan hal tersebut, Bank Indonesia telah menetapkan ketentuan mengenai kewajiban Bank Umum untuk memiliki dan

melaksanakan kebijakan perkreditan bank berdasarkan pedoman penyusunan kebijakan perkreditan bank dalam Surat Keputusan Direksi Bank Indonesia Nomor 27/162/KEP/DIR tanggal 31 Maret 1995 (SK Dir BI). Berdasarkan SK Dir BI tersebut, Bank Umum wajib memiliki Kebijakan Perkreditan Bank (KPB) yang disetujui oleh dewan komisaris bank dengan sekurang-kurangnya memuat dan mengatur hal-hal pokok sebagai berikut:

a. Prinsip kehati-hatian dalam perkreditan

Dalam setiap Kebijakan Perkreditan Bank harus ditetapkan secara jelas dan tegas adanya prinsip kehati-hatian dalam perkreditan yang sekurang-kurangnya meliputi kebijakan pokok dalam perkreditan, tata cara penilaian kualitas kredit, dan profesionalisme serta integritas pejabat perkreditan bank.

b. Organisasi dan manajemen perkreditan

Bank wajib memiliki Komite Kebijaksanaan Perkreditan yang bertugas membantu direksi merumuskan dan mengawasi pelaksanaan perkreditan dan Komite Kredit yang bertugas membantu direksi mengevaluasi dan atau memutuskan permohonan kredit.

c. Kebijaksanaan persetujuan kredit

Kebijakan Perkreditan Bank juga harus memuat kebijaksanaan persetujuan kredit yang sekurang-kurangnya mencakup konsep hubungan total pemohon kredit, penetapan batas wewenang kredit, tanggung jawab pejabat pemutus kredit, proses persetujuan kredit, perjanjian kredit dan persetujuan pencairan kredit. Disini juga ditekankan bahwa setiap kredit yang telah disetujui dan disepakati pemohon kredit wajib dituangkan dalam perjanjian kredit (akad kredit) secara tertulis.

d. Dokumentasi dan administrasi kredit

Dokumentasi dan administrasi kredit harus dilakukan secara baik dan tertib agar seluruh data dan fakta serta kronologis suatu pencairan kredit terjaga validitas dan otentisitasnya.

e. Pengawasan kredit

Mengingat perkreditan merupakan salah satu kegiatan usaha bank yang mengandung kerawanan yang dapat merugikan bank yang pada gilirannya dapat berakibat pada kepentingan masyarakat penyimpan dana dan pengguna jasa perbankan, maka setiap bank wajib menerapkan dan melaksanakan fungsi pengawasan kredit yang bersifat menyeluruh, dengan prinsip-prinsip sebagai berikut:

- Fungsi pengawasan kredit harus diawali dari upaya yang bersifat pencegahan sedini mungkin terjadinya hal-hal yang dapat merugikan bank dalam perkreditan atau terjadinya praktek pemberian kredit yang tidak sehat. Dalam kaitan ini, hal tersebut harus tercermin dalam struktur pengendalian intern bank yang terkait dengan perkreditan.
- Pengawasan kredit juga harus meliputi pengawasan sehari-hari oleh manajemen bank atas setiap pelaksanaan pemberian kredit atau yang lazim dikenal dengan istilah pengawasan melekat.
- Pengawasan kredit juga harus meliputi audit intern terhadap semua aspek perkreditan yang dilakukan oleh Satuan Kerja Audit Internal (SKAI).

f. Penyelesaian kredit bermasalah

Sekalipun bank tidak mengharapkan terjadinya kredit bermasalah dan dengan ditetapkan Kebijakan Perkreditan Bank secara konsekuen dan konsisten diharapkan dapat dicegah timbulnya kredit bermasalah, namun seluruh pejabat bank terutama yang terkait dengan perkreditan harus memiliki pandangan dan persepsi yang sama dalam menangani kredit bermasalah, dengan pendekatan sebagai berikut:

- Bank tidak membiarkan atau bahkan menutup-nutupi adanya kredit bermasalah,
- Bank harus mendeteksi secara dini adanya kredit bermasalah atau diduga akan menjadi kredit bermasalah,

- penanganan kredit bermasalah atau diduga akan menjadi kredit bermasalah juga harus dilakukan secara dini dan sesegera mungkin,
- Bank tidak melakukan penyelesaian kredit bermasalah dengan cara menambah plafond kredit atau tunggakan-tunggakan bunga dan mengkapitalisasi tunggakan bunga tersebut atau yang lazim dikenal dengan praktek plafondering kredit,
- Bank tidak boleh melakukan pengecualian dalam penyelesaian kredit bermasalah, khususnya untuk kredit bermasalah kepada pihak-pihak yang terkait dengan bank dan debitur-debitur besar.

Bank diwajibkan untuk memenuhi kebijakan perkreditan bank yang telah disusun secara konsekuen dan konsisten. Adapun salah satu tujuan yang juga hendak dicapai dari ketentuan di atas adalah untuk mendorong perbankan untuk melaksanakan prinsip pengaturan sendiri (*self regulation principle*) dalam rangka mendukung prinsip kehati-hatian sehingga dapat menciptakan suatu sistim perbankan yang tangguh.

2. Batasan dan Larangan Pemberian Kredit

Salah satu penyebab dari kegagalan usaha bank adalah penyediaan dana yang tidak didukung dengan kemampuan bank mengelola konsentrasi penyediaan dana secara efektif. Dalam rangka mengurangi potensi kegagalan usaha bank maka bank wajib menerapkan prinsip kehati-hatian dalam pemberian kredit, antara lain dengan melakukan penyebaran (*diversifikasi*) portofolio penyediaan dana melalui pembatasan penyediaan dana, baik kepada pihak terkait maupun kepada pihak bukan terkait. Pembatasan penyediaan dana adalah persentase tertentu dari modal bank yang dikenal dengan Batas Maksimum Pemberian Kredit (BMPK).

BMPK mendapatkan dasar pengaturan dalam ketentuan pasal 11 UU Perbankan yang selanjutnya dijabarkan oleh Bank Indonesia dalam Peraturan Bank Indonesia (PBI) No. 7/3/PBI/2005 tentang Batas Maksimum Pemberian Kredit Bank Umum. Berdasarkan PBI tersebut, BMPK adalah persentase

maksimum penyediaan dana yang diperkenankan terhadap modal bank. Adapun Tujuan ketentuan ini adalah untuk melindungi kepentingan dan kepercayaan masyarakat serta memelihara kesehatan dan daya tahan bank, dimana dalam penyaluran dananya, bank diwajibkan mengurangi risiko dengan cara menyebarkan penyediaan dana sesuai dengan ketentuan BMPK.

BMPK ditetapkan sebagai berikut²³:

- a. BMPK kepada BUMN atau pembiayaan proyek yang mempengaruhi hajat hidup orang banyak dan infrastruktur ditetapkan sebesar 30% (tiga puluh persen) dari modal bank
- b. BMPK untuk pihak tidak terkait ditetapkan setinggi-tingginya 25% (dua puluh lima persen) dari modal bank tersebut khusus untuk debitur kelompok peminjam
- c. BMPK untuk pihak tidak terkait ditetapkan setinggi-tingginya 20% (tiga puluh persen) dari modal bank tersebut khusus untuk 1 debitur/peminjam
- d. BMPK untuk pihak terkait ditetapkan setinggi tingginya sebesar 10% dari modal bank.

Selain pembatasan mengenai jumlah maksimal kredit perbankan ada beberapa larangan dan pembatasan lain dalam pemberian kredit yang patut untuk diketahui yaitu²⁴:

- a. Bank dilarang memberikan kredit baik dalam Rupiah atau dalam Valuta Asing (Valas) kepada perorangan atau perusahaan yang berstatus bukan penduduk (*non resident*), termasuk bukan penduduk yang telah menerima surat kuasa. Dasar hukum ketentuan ini ada dalam SEBI No.SE.8/28/UPK Tanggal 27 November 1975 sebagaimana diubah dengan PBI No.3/3/PBI/2001.
- b. Bank tidak diperkenankan mempertimbangkan permohonan kredit yang tidak memenuhi kewajiban penyampaian NPWP (Nomor Pokok Wajib Pajak) dan

²³ Aad Rusyad Nurdin, *op.cit*, hal.7.

²⁴ *Op.cit*, hal.8.

Laporan keuangan sebagaimana ditetapkan dalam SK Direksi BI No.27/121/KEP/DIR tanggal 25 Januari 1995 tentang Penyampaian NPWP Dan Laporan Keuangan Dalam Permohonan Kredit.

- c. Bank tidak diperkenankan memberikan kredit untuk pembelian saham dan modal kerja dalam rangka kegiatan jual-beli saham sebagaimana yang ditetapkan dalam SK Direkssi BI No.24/32/KEP/DIR dan SEBI No.24/1/UKU masing-masing tanggal 12 Agustus 1991 tentang Pembatasan Pemberian Kredit Untuk Pembelian Saham Dan Pemilikan Saham Oleh Bank.
- d. Bank tidak diperkenankan memberikan kredit untuk Setoran Margin Deposit Transaksi Derivatif sesuai dengan SK Direksi BI No.28/119/KEP/DIR tanggal 29 Desember 1995.
- e. Pembatasan pemberian kredit oleh bank untuk pengadaan dan pengolahan tanah sebagaimana ditetapkan dalam SK Direksi BI No.30/46/KEP/DIR dan SEBI No.30/2/UKU masing-masing tanggal 7 Juli 1997 tentang Pembatasan Pemberian Kredit Untuk Pembiayaan Pengadaan Dan Atau Pengolahan Tanah.
- f. Larangan bagi bank untuk menerima pelunasan kredit dengan *Commercial Paper (CP)* menurut SK Direksi BI No.28/52/KEP/DIR tanggal 11 Agustus 1995.
- g. Larangan untuk memberikan kredit sebagai pembiayaan yang bertentangan dengan undang-undang. Hal ini sesuai dengan pasal 1320 KUH Perdata dimana suatu perjanjian harus memenuhi syarat kausa yang halal yaitu tidak boleh bertentangan dengan UU, ketertiban dan kesusilaan.

2.1.3. Jaminan Kredit

Sebagaimana telah diutarakan sebelumnya, salah satu unsur terpenting dari analisis kredit adalah jaminan (*collateral*). Di dalam penjelasan pasal 8 Undang-Undang Perbankan disebutkan bahwa mengingat agunan sebagai salah satu unsur pemberian kredit, maka apabila berdasarkan unsur-unsur lain telah dapat diperoleh keyakinan atas kemampuan Nasabah Debitur mengembalikan utangnya,

agunan hanya dapat berupa barang, proyek, atau hak tagih yang dibiayai dengan kredit yang bersangkutan.

Terkait dengan jaminan/agunan, pasal 12A Undang-Undang Perbankan menyatakan bahwa Bank Umum dapat membeli sebagian atau seluruh agunan, baik melalui pelelangan maupun di luar pelelangan berdasarkan penyerahan secara sukarela oleh pemilik agunan atau berdasarkan kuasa untuk menjual di luar lelang dari pemilik agunan dalam hal Nasabah Debitur tidak memenuhi kewajibannya kepada bank, dengan ketentuan agunan yang dibeli tersebut wajib dicairkan secepatnya.

Djuhaendah Hasan mengemukakan bahwa pertimbangan dan penilaian terhadap unsur-unsur watak (*character*), modal (*capital*), kemampuan (*capacity*) dan keadaan (*condition of economy*) debitur tanpa memberikan penekanan kepada jaminan/agunan (*collateral*) memang dapat membantu para pengusaha yang menjalankan usaha dengan prospek usaha yang baik dan dalam kondisi perusahaannya sehat dan berjalan dengan baik, tetapi akan menjadi masalah bagi bank apabila dalam perusahaan debitur tersebut tidak berjalan dengan mulus sebagaimana yang telah dinilai oleh pihak semula oleh pihak bank. Ini merupakan satu dilema, di sisi yang satu bank harus membantu golongan ekonomi lemah, namun pada sisi lain juga perlu melindungi pihak bank selaku kreditur karena berhadapan dengan risiko yang tinggi. Oleh karena itu tetap diperlukan pernyataan kembali ketentuan tentang jaminan dalam perjanjian kredit yang lebih menjamin kepastian kembalinya kredit yang disalurkan²⁵.

Adapun kegunaan jaminan kredit adalah ²⁶:

- a. memberikan hak dan kekuasaan kepada bank untuk mendapat pelunasan dari jaminan/agunan apabila debitur wanprestasi/cidera janji, yaitu untuk membayar kembali utangnya pada waktu yang telah ditetapkan dalam perjanjian.

²⁵ Rachmadi Usman, *op.cit*, hal. 284-285.

²⁶ *Op.cit*, hal. 286.

- b. menjamin agar debitur berperan serta dalam transaksi untuk membiayai usahanya, sehingga kemungkinan untuk meninggalkan usaha atau proyeknya dengan merugikan diri sendiri atau perusahaannya dapat dicegah atau sekurang-kurangnya kemungkinan debitur 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.

Bentuk jaminan kredit yang diterima oleh bank pada dasarnya sama dengan jaminan yang umumnya dipergunakan sesuai dengan ketentuan perundang-undangan, yaitu:

- Jaminan yang diberikan kepada kreditur dapat berupa jaminan kebendaan maupun jaminan perorangan.
- Jaminan yang diberikan kepada kreditur tersebut dapat diberikan oleh debitur sendiri maupun oleh pihak ketiga yang disebut juga penjamin atau penanggung.
- Jaminan yang diberikan kepada kreditur tersebut haruslah diadakan dengan suatu perikatan khusus, perikatan mana bersifat aksesoir dari perjanjian kredit atau pengakuan utang yang diadakan antara debitur dan kreditur.

Prof. Subekti, SH., menyatakan bahwa karena lembaga jaminan mempunyai tugas melancarkan dan mengamankan pemberian kredit, maka jaminan yang baik (ideal) itu adalah ²⁷:

- a. yang secara mudah membantu perolehan kredit itu oleh pihak yang memerlukannya;
- b. yang tidak melemahkan potensi (kekuatan) si pencari kredit untuk melakukan (meneruskan) usahanya;

²⁷ *Op.cit.*

- c. yang memberikan kepastian kepada si pemberi kredit, dalam arti barang jaminan setiap waktu tersedia untuk dieksekusi, yaitu bila diperlukan dapat dengan mudah diuangkan untuk melunasi utang si penerima.

Sebagaimana telah disinggung dalam bab pendahuluan, Bank Indonesia juga mengatur mengenai jaminan/agunan yang dapat diperhitungkan sebagai pengurang dalam pembentukan Penyisihan Penghapusan Aktiva (PPA) yang ditetapkan sebagai berikut :

- a) Surat berharga dan saham yang aktif diperdagangkan di bursa efek di Indonesia atau memiliki peringkat investasi dan diikat secara Gadai;
- b) tanah, rumah tinggal dan gedung yang diikat dengan Hak Tanggungan;
- c) pesawat udara atau kapal laut dengan ukuran di atas 20 (dua puluh) meter kubik yang diikat dengan hipotek; dan atau
- d) kendaraan bermotor dan persediaan yang diikat secara fidusia.

Agunan sebagaimana dimaksud diatas wajib :

- a) dilengkapi dengan dokumen hukum yang sah;
- b) diikat sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku sehingga memberikan hak preferensi bagi bank; dan
- c) dilindungi asuransi dengan *banker's clause* yaitu klausula yang memberikan hak kepada bank untuk menerima uang pertanggungan dalam hal terjadi pembayaran klaim.

Hal ini menunjukkan bahwa regulator juga masih menganggap bahwa jaminan/agunan, khususnya jaminan dalam bentuk jaminan kebendaan sebagai salah satu faktor penting yang dapat mengurangi potensi kerugian bank terhadap kredit yang telah disalurkan.

2.2. TINJAUAN UMUM TENTANG HAK KEBENDAAN DAN HAK PERORANGAN

2.2.1. Pengertian Kebendaan

Definisi mengenai kebendaan tercantum dalam pasal 499 KUH Perdata sebagai berikut:

“Menurut paham undang-undang yang dinamakan kebendaan ialah tiap-tiap barang dan tiap-tiap hak yang dapat dikuasai oleh hak milik.”

Dari definisi diatas, ditemukan dua istilah yaitu, kebendaan (*zaak*) dan barang (*goed*). Ini berarti istilah ‘benda’ pengertiannya masih bersifat luas dan abstrak karena tidak saja meliputi benda berwujud tetapi juga benda tidak berwujud. Sedangkan barang mempunyai pengertian yang lebih sempit karena bersifat konkrit dan berwujud artinya dapat dilihat dan diraba. Adapun hak, menunjuk pada pengertian benda yang tidak berwujud (*immaterieel*) misalnya, piutang-piutang atau penagihan-penagihan seperti piutang atas nama (*vordering opnaam*), piutang atas bawa/kepada pembawa (*vordering aan toonder*) dan piutang atas tunjuk (*vordering aan order*) atau berupa hak milik intelektual seperti hak pengarang (*auteursrecht*), hak paten (*octrooirecht*) dan hak merek (*merkenrecht*)²⁸. Namun berkaitan dengan istilah benda dan barang, KUH Perdata tidak secara konsekuen membedakannya karena seringkali mencampurkan kedua pengertian tersebut.

Hal lain yang perlu mendapat perhatian terkait dengan pengertian kebendaan dalam pasal 499 KUH Perdata adalah kata ‘dapat’ yang tercantum dalam pasal tersebut. Menurut Prof. Dr. Mariam Darus Badruzaman, SH., kata tersebut mempunyai arti yang penting karena membuka berbagai kemungkinan yaitu pada saat-saat tertentu “sesuatu” itu belum berstatus obyek hukum, namun pada saat-saat lain merupakan obyek hukum, seperti aliran listrik. Adapun untuk menjadi obyek hukum harus memenuhi syarat-syarat tertentu yaitu, penguasaan

²⁸ Frieda Husni Hasbullah, *Hukum Kebendaan Perdata Hak-Hak Yang Memberi Kenikmatan Jilid I*, cet.ketiga (Jakarta: Ind-Hill Co, 2002), hal.19-20.

manusia, nilai ekonomi dan karenanya dapat dijadikan obyek (perbuatan) hukum²⁹.

Unsur yang menurut penulis juga tidak kalah penting dan tidak boleh dikesampingkan dari definisi kebendaan adalah mengenai “*dikuasai oleh hak milik*”. Adapun yang dimaksud hak milik, pasal 570 KUH Perdata memberikan pengertian sebagai berikut:

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

Dengan demikian, “sesuatu” dapat dianggap sebagai kebendaan apabila “sesuatu” itu (pada dasarnya) dapat dikuasai oleh hak milik. Pengertian dapat menguasai benda itu dengan sebebaskan-bebasnya bisa diartikan dalam dua arti. Pertama ialah dalam arti: dapat memperlainkan (*vervreem den*), membebani, menyewakan dan lain-lain. Yaitu pokoknya dapat melakukan perbuatan hukum terhadap sesuatu zaak. Kedua ialah dalam arti: dapat memetik buahnya, memakainya, merusak, memelihara dan lain-lain. Yaitu pokoknya dapat melakukan perbuatan-perbuatan yang materiil³⁰.

Selanjutnya para sarjana juga mengemukakan perumusan mengenai benda sebagai berikut³¹:

- a. Menurut H.F.A Vollmar, benda dalam arti dapat diraba atau bewujud adalah yang di dalamnya termasuk segala sesuatu yang mempunyai harga, yang dapat

²⁹ Mariam Darus Badruzaman, *Mencari Sistem Hukum Benda Nasional*, (Bandung: Alimni, 1983), hal.35

³⁰ Soedewi Masjchoen Sofwan, *Hukum Perdata : Hukum Benda* (yogyakarta, 1981), hal.42.

³¹ Frieda Husni Hasbullah, *op.cit.*, hal.27-28.

ditundukkan di bawah penguasaan manusia dan yang merupakan suatu keseluruhan.

- b. Menurut Paul Scholten, “*zaak is ieder deel der stoffelijke natuur, dat voor uitsluitende heerschappij van den mensch vatbaar en voor hem van waarde is en dat door het recht als een geheel wordt beschouwd*”. Terjemahan bebasnya kira-kira adalah :

Benda ialah setiap bagian dari alam yang berwujud yang semata-mata dapat dikuasai oleh manusia, berharga untuknya dan yang oleh hukum dipandang sebagai satu kesatuan.

- c. Menurut Prof. H.R. Sardjono, benda ialah segala sesuatu yang dapat dinilai dengan uang setidak-tidaknya mempunyai nilai affektif, berdiri sendiri dan merupakan satu keseluruhan, bukan merupakan bagian-bagian yang terlepas satu sama lainnya.

Merujuk pada pendapat dari para ahli hukum tersebut, “sesuatu” dapat disebut benda jika dapat dikuasai manusia, dapat diraba maupun tidak, dapat dinilai dengan uang atau setidak-tidaknya mempunyai harga perasaan (affeksi) dan merupakan satu kesatuan serta bersifat mandiri.

KUH Perdata membedakan benda dalam beberapa macam, antara lain³²:

- a) Benda-benda bertubuh/berwujud (*lichamelijke zaken*) dan benda tak bertubuh/tak berwujud (*onlichamelijke zaken*) – pasal 503 KUH Perdata.
- b) Benda-benda yang jika dipakai dapat habis (*verbruikbaar*) dan benda-benda yang dipakai tidak dapat habis (*onverbruikbaar*) – pasal 505 KUH Perdata.
- c) Benda yang sudah ada (*tegenwoordige zaken*) dan benda-benda yang masih akan ada (*toekomstige zaken*)
- d) Benda di dalam perdagangan (*zaken in de handel*) dan benda di luar perdagangan (*zaken buiten de handel*).

³² *Op.cit.*, hal.27-28.

- e) Benda yang dapat dibagi (*deelbare zaken*) dan benda-benda yang tidak dapat dibagi (*ondeelbare zaken*).
- f) Benda-benda yang dapat diganti (*wisseling zaken*) dan benda-benda yang tidak dapat diganti (*onwisseling zaken*).
- g) Benda-benda bergerak (*roerend zaken*) dan benda-benda tidak bergerak (*onroerend zaken*).

Untuk kebendaan tidak bergerak, menurut pasal-pasal 506, 507 dan 508 KUH Perdata di bagi kedalam tiga golongan, yaitu³³ :

- 1) Barang yang bersifat (*uit haar aard*) tak bergerak karena sifatnya. Barang ini dibagi lagi menjadi:
 - a. tanah,
 - b. segala sesuatu yang bergandengan dengan tanah secara tumbuh di situ, yaitu secara berakar atau bercabang (*wortel of takvast*) seperti tanaman-tanaman, buah-buahan yang belum dipetik,
 - c. segala sesuatu yang begrandengan dengan tanah secara didirikan di situ dengan mempergunakan tanah (*cement*) atau paku (*aard-of nagelvast*);
- 2) Barang yang ditujukan supaya menjadi satu, oleh karena dipakai terus-menerus, dengan barang-barang tak bergerak (*door bes temming*), seperti:
 - a. dari suatu pabrik segala mesin-mesin, ketel-ketel dan alat-alat lain, yang dimaksudkan supaya terus menerus berada di situ untuk dipergunakan dalam menjalankan pabrik,
 - b. dari suatu rumah tempat tinggal, segala kaca, lukisan dan lain-lain yang alat-alatnya untuk menggantungkan barang-barang itu, merupakan bagian dari dinding,

³³ Wirjono Prodjodikoro, *Hukum Perdata Tentang Hak Atas Benda* (Jakarta: PT Intermasa, 1979), hal. 14-15.

- c. dari suatu perkebunan, segala sesuatu yang dipergunakan selaku rabuk bagi tanah, burung-burung merpati yang secara besar-besaran dikumpulkan di tanah itu (*duivenvlucht*), sarang-sarang burung senlowo (*eetbare vogenestjes*) selama belum dipetik, ikan-ikan di tambak,
 - d. barang-barang runtuh dari suatu bangunan, apabila dimaksudkan untuk dipakai guna mendirikan lagi bangunan itu;
- 3) Beberapa hak-hak atas barang-barang tak bergerak yang tersebut di atas, seperti:
- a. hak memetik hasil (*vruchtgebruik*) atau hak memakai (*gebruik*),
 - b. hak pemilikan pekarangan terhadap pekarangan tetangga (*erfdienstbaarheden*),
 - c. hak '*opstal*' (=hak mempunyai bangunan di atas tanah milik orang lain),
 - d. hak '*erfpacht*' (=hak menguasai tanah seperti pemilik sendiri dengan membayar sejumlah uang "*canon*" selaku pengakuan hak milik sejati),
 - e. hak atas "*grondrente*" (=hasil tanah dalam wujud buah-buahan atau uang),
 - f. hak menuntut di depan hakim supaya barang-barang tak bergerak diserahkan pada penggugat.

Adapun untuk benda bergerak, pasal-pasal 509, 510 dan 511 KUH Perdata menggolongkannya sebagai berikut ³⁴:

- 1) Barang-barang yang bersifat bergerak dalam arti, barang-barang itu dapat dipindahkan tempat (*verplaatsbaar*),
- 2) Beberapa hak atas barang bergerak, seperti :
 - a. hak memetik hasil (*vruchtgebruik*) dan hak memakai (*gebruik*),
 - b. hak atas bunga yang harus dibayar selama hidup seseorang;

³⁴ *Ibid*, hal. 15-16.

- c. hak menuntut di depan hakim supaya uang tunai atau barang-barang bergerak diserahkan pada penggugat,
- d. saham-saham dari perseroan dagang,
- e. tanda-tanda pinjaman suatu Negara, baik Negara sendiri maupun Negara Asing.

Pembedaan-pembedaan tersebut diatas mempunyai akibat-akibat yang sangat penting dalam hukum karena berkaitan dengan cara penguasaan (*bezit*), penyerahan (*levering*), daluwarsa (*verjaring*) dan pembebanan (*bezwaring*) atas benda-benda tersebut, dengan penjelasan sebagai berikut :

1. Mengenai *bezit* misalnya – terhadap barang bergerak berlaku asas seperti yang tercantum dalam pasal 1977 KUH Perdata – yaitu *bezitter* dari barang bergerak adalah sebagai *eigenaar* dari barang tersebut. Sedangkan kalau mengenai barang bergerak tidak demikian halnya.
2. Mengenai *levering* terhadap benda bergerak itu dapat dilakukan dengan penyerahan nyata, sedangkan terhadap benda tak bergerak dilakukan dengan balik nama.
3. Mengenai *verjaring* – ini juga berlainan. Terhadap benda-benda bergerak itu tidak dikenal *verjaring* sebab *bezit* di sini sama dengan *eigendom* atas benda bergerak itu, sedang untuk benda-benda tak bergerak mengenal adanya *verjaring*.
4. Mengenai pembebanan (*bezwaring*) terhadap benda bergerak harus dilakukan dengan *pand* sedang terhadap benda tak bergerak harus dilakukan dengan *Hipotik*³⁵.

Prof. Dr. Sri Soedewi Masjchoen Sofwan SH di dalam bukunya juga menyatakan penting untuk membedakan *zaak* dalam lapangan hukum benda dan *zaak* dalam lapangan hukum perikatan. *Zaak* dalam lapangan hukum benda terhadap itu dapat dilakukan penyerahan dan umumnya dapat menjadi obyek dari

³⁵ Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *op.cit*, hal.22-23

hak milik. Tetapi apabila sesuatu bukanlah *zaak* dalam arti demikian, maka itu tak berarti bahwa tidak dapat menjadi obyek daripada hukum peruntungan. Apakah kamar atau tingkat kedua (loteng) dari rumah yang bertingkat itu merupakan suatu *zaak* tersendiri?

Jika itu dianggap sebagai rumah, dan dikatakan bukan *zaak* tersendiri, maka berarti bahwa terhadap bagian-bagian tersebut tidak dapat dilakukan penyerahan; bagian-bagian itu tidak dapat dijadikan obyek dari *eigendom*. Yang dapat itu rumahnya.

Bagian-bagian itu bukan *zaak* dalam lapangan *zakenrecht*, akan tetapi bagian tersebut dapat disewakan dengan kata lain dapat dijadikan obyek *verbintenis*. Bagian-bagian itu adalah *zaak* juga tapi dalam lapangan *verbintenissenrecht*³⁶. Apabila memperhatikan uraian yang disampaikan oleh Prof. Dr. Sri Soedewi Masjchoen Sofwan SH, maka kios dalam bentuk ruangan yang merupakan bagian yang tidak terpisah dari suatu gedung/bangunan dapat dianggap sebagai suatu *zaak* dalam lapangan *verbintenissenrecht*, dalam hal ini sewa-menyewa. Kios dalam bentuk ruangan menjadi sesuatu yang disepakati oleh para pihak sebagai obyek dalam perjanjian sewa-menyewa.

2.2.2. Hak Kebendaan dan Hak Perorangan

Yang dimaksud dengan hak kebendaan (*zakelijkrecht*) ialah hak mutlak atas sesuatu benda dan dapat dipertahankan terhadap siapapun juga³⁷. Jadi hak kebendaan itu adalah hak mutlak (hak *absoluut*), sedangkan lawannya ialah hak nisbi (hak *persoonlijk*) atau hak relatif.

Kedua-duanya merupakan bagian dari hak perdata. Hak perdata itu diperinci atas dua hal³⁸:

- 1) Hak mutlak (hak *absoluut*), ini terdiri atas :

³⁶ *Ibid*, hal.17

³⁷ *Ibid*, hal.24

³⁸ *Ibid*.

- a) Hak kepribadian, misalnya : hak atas namanya, kehormatannya, hidup, kemerdekaan dan lain-lain.
 - b) Hak-hak yang terletak dalam hukum keluarga, yaitu hak-hak yang timbul karena adanya hubungan antara suami isteri, karena adanya hubungan antara orang tua dan anak
 - c) Hak mutlak atas sesuatu benda, inilah yang disebut hak kebendaan.
- 2) Hak nisbi (hak relatif), yaitu semua hak yang timbul karena adanya hubungan peruntungan sedangkan peruntungan itu timbul dari perjanjian, undang-undang dan lain-lain.

Ciri-ciri dari hak kebendaan³⁹

1. Hak kebendaan adalah absolut. Artinya hak ini dapat dipertahankan terhadap setiap orang. Pemegang hak berhak menuntut setiap orang yang mengganggu haknya.
2. Hak kebendaan jangka waktunya tidak terbatas.
3. Hak kebendaan itu mempunyai hak yang mengikuti. Artinya hak itu terus mengikuti bendanya dimana barang itu berada. Hak itu terus saja mengikuti orang yang mempunyainya. Jika ada beberapa hak kebendaan diletakkan atas suatu benda, maka kekuatan hak itu ditentukan oleh urutan waktunya.
4. Hak kebendaan memberikan wewenang yang luas kepada pemiliknya. Hak itu dapat dialihkan, diletakkan sebagai jaminan, disewakan atau dipergunakan sendiri.

Ciri-ciri dari hak perorangan⁴⁰

1. Hak ini bersifat relatif. Artinya hak ini hanya dapat dipertahankan terhadap orang tertentu.

³⁹ Mariam Darus Badruzaman, *op.cit*, hal.30-31

⁴⁰ *Loc.cit*.

2. Hak perorangan jangka waktunya terbatas.
3. Hak perorangan mempunyai kekuatan yang sama, tanpa memperhatikan saat kelahirannya.
4. Kemungkinan untuk memindahkan hak perorangan itu terbatas. Hak ini hanya dapat dialihkan dengan persetujuan pemilik.

Orang yang mempunyai hak kebendaan yang secara jujur atas barang-barang yang bergerak itu dilindungi, misalnya pasal 1977 KUHPerdara. Hak *bezitter* atas barang-barang bergerak itu diperlindungi. Tidak demikian halnya orang yang mempunyai hak perorangan.

Namun demikian dalam praktek pembedaan antara hak kebendaan dan hak perorangan itu tidak mutlak lagi. Pada tiap-tiap hak itu kita dapat mendapatkan adanya hak kebendaan dan hak perorangan tersebut. Hanya titik beratnya itu yang berlainan. Dalam praktek kita jumpai hak-hak perorangan yang mempunyai sifat hak kebendaan yaitu sifat mengikuti bendanya dan mempunyai sifat prioritas.

Pembedaan hak-hak kebendaan.

Di dalam buku II KUH Perdata diatur macam-macam hak kebendaan. Tetapi dalam membicarakan macam-macam hak kebendaan tersebut harus mengingat berlakunya Undang-Undang Pokok Agraria dan harus mengetahui mana hak-hak kebendaan yang masih ada dan yang sudah dicabut berlakunya dari buku II itu. Hak-hak kebendaan yang sudah dicabut itu tidak lagi termasuk di dalam lapangan keperdataan melainkan menjadi obyek dari hukum yang lain yaitu agraria.

Hak-hak kebendaan yang diatur dalam buku II KUH Perdata itu dapat dibedakan sebagai berikut :

- b. Hak-hak kebendaan yang bersifat memberikan kenikmatan ini dapat atas bendanya sendiri dapat juga atas benda milik orang lain.
- c. Hak kebendaan yang bersifat memberi jaminan :

1. Gadai sebagai jaminan ialah benda bergerak.
2. Hipotik sebagai jaminan ialah benda tetap.

Asas-asas umum hukum benda

Menurut Prof. Dr. Sri Soedewi Masjchoen Sofwan SH, di dalam menafsirkan aturan-aturan hukum benda itu perlu diingat asas-asas umumnya, sebagai berikut⁴¹:

1. Merupakan hukum pemaksa artinya berlakunya aturan-aturan itu tidak dapat disimpangi oleh para pihak. Bahwa atas suatu benda hanya dapat diadakan hak kebendaan sebagaimana yang telah disebutkan dalam undang-undang. Dengan lain perkataan kehendak para pihak itu tidak dapat mempengaruhi isi hak kebendaan. Hukum benda merupakan hukum pemaksa (*dwingendrecht*).
2. Dapat dipisahkan. Kecuali isinya oleh undang-undang juga ditentukan sifatnya hak kebendaan. Kecuali hak pakai dan mendiami semua hak kebendaan dapat dipindah-tangankan.
3. Asas *individualiteit*. Obyek dari hak kebendaan selalu adalah barang yang *individueel bepald*, yaitu suatu barang yang dapat ditentukan. Artinya orang hanya dapat sebagai pemilik dari barang-barang yang berwujud yang merupakan satu kesatuan.
4. Asas *totaliteit*. Hak kebendaan selalu terletak atas keseluruhan obyeknya. Siapa yang mempunyai *zakelijkrecht* atas suatu *zaak* ia mempunyai *zakelijkrecht* itu atas keseluruhan *zaak* itu, jadi juga atas bagian-bagiannya yang tidak tersendiri.
5. Asas tidak dapat dipisahkan (*onsplitsbaarheid*). Yang berhak tak dapat memindah-tangankan sebagian daripada wewenang yang termasuk suatu hak kebendaan yang ada padanya, misalnya pemilik. Pemisahan daripada *zakelijkrechten* itu tidak diperkenankan. Tetapi pemilik dapat membebani hak miliknya dengan *jura in realiena*. Ini kelihatannya seperti melepaskan

⁴¹ Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *op.cit*, hal.36-40.

sebagian dari wewenangnya. Tetapi hanya kelihatannya saja. Hak miliknya tetap utuh.

6. Asas *prioriteit*. Semua hak kebendaan memberi wewenang yang sejenis dengan wewenang dari *eigendom*, sekalipun luasnya berbeda-beda. Maka perlu diatur urutannya. *Ius in realiena* meletak sebagai beban atas *eigendom*. Sifat ini membawa serta bahwa *jura in realiena* didahulukan (pasal 674, 711, 720,756, 1150 KUH Perdata).

Asas ini tidak dikatakan dengan tegas, tetapi akibat dari asas bahwa seseorang itu hanya dapat memberikan hak yang tidak melebihi apa yang dipunyai (asas *nemoplus*)

7. Asas percampuran (asas *vermenging*). Hak kebendaan yang terbatas, jadi lainnya hak milik hanya mungkin atas benda orang lain. Tidak dapat orang itu untuk kepentingannya sendiri memperoleh hak Gadai, hak memungut hasil atas barangnya sendiri. Jika hak yang membebani itu menjadi terkumpul dalam satu tangan maka hak yang membebani itu menjadi lenyap (pasal 706, 718, 724,736,807 KUH Perdata).
8. Perlakuan terhadap benda bergerak dan tak bergerak itu berlainan. Aturan-aturan mengenai pemindahan, pembebanan (*bezwaring*), bezit dan verjaring mengenai benda-benda *roerend* dan *onroend* berlainan. Juga mengenai *jura in realiena* yang dapat diadakan.
9. Asas *publiciteit*. Mengenai benda-benda yang tidak bergerak, mengenai penyerahan dan pembebanannya berlaku asas *publiciteit*, yaitu dengan pendaftaran di dalam register umum. Sedangkan mengenai benda yang bergerak cukup dengan penyerahan nyata, tanpa pendaftaran dalam register umum.
10. Sifat perjanjiannya. Merupakan perjanjian yang *zakelijk*. Orang mengadakan hak kebendaan itu yaitu misalnya mengadakan hak memungut hasil, Gadai, Hipotik dan lain-lain, itu sebetulnya mengadakan perjanjian. Dan sifat perjanjian di sini merupakan perjanjian yang *zakelijk*, yaitu perjanjian untuk

mengadakan hak kebendaan. Jadi lain halnya dengan perjanjian yang terdapat dalam buku III KUHPerdara, misalnya, itu merupakan perjanjian yang sifatnya obligatoir, yaitu perjanjian yang menimbulkan perikatan (*verbintenis*). Menurut suyling perjanjian yang *zakelijk* itu bersifat abstrak, sedang perjanjian yang obligatoir bersifat casual. Artinya pada perjanjian yang *zakelijk*, dengan selesainya perjanjian tujuan pokok dari perjanjian itu sudah tercapai yaitu adanya hak kebendaan. Sedangkan pada perjanjian yang obligatoir dengan selesainya perjanjian, tujuan pokok dari perjanjian belum tercapai, hak belum beralih masih harus ada penyerahan lebih dulu.

2.3. HAK SEWA ATAS KIOS

2.3.1. Perjanjian Sewa-menyewa Yang Mendasari Hak Sewa Atas Kios

Sebelum membahas lebih lanjut mengenai hak sewa atas kios, penulis perlu untuk menjelaskan terlebih dahulu pengertian dari perjanjian sewa-menyewa yang mendasari timbulnya hak sewa, termasuk dalam hal ini hak sewa atas kios. Perjanjian sewa-menyewa pada dasarnya tergolong dalam jenis perjanjian untuk memberikan/menyerahkan sesuatu yang diatur dalam Buku III KUH Perdata. Berdasarkan ketentuan pasal 1548 KUH Perdata, yang dimaksud dengan sewa-menyewa adalah suatu perjanjian dengan mana pihak yang satu mengikatkan dirinya untuk memberikan kepada pihak yang lain kenikmatan dari suatu barang selama suatu waktu tertentu dengan pembayaran sesuatu harga yang oleh pihak terakhir disanggupi pembayarannya⁴².

Adapun pengertian perjanjian sewa-menyewa menurut M. Yahya Harahap adalah sebagai berikut :

⁴² R. Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, (Jakarta : PT Intermasa, 2002), hal. 123.

“Perjanjian sewa-menyewa adalah persetujuan antara pihak yang menyewakan atau pemilik dengan pihak penyewa untuk menyerahkan barang yang hendak disewa untuk dinikmati sepenuhnya.”⁴³

Memperhatikan pengertian tersebut diatas, maka inti dari perjanjian sewa-menyewa adalah adanya suatu perikatan dimana kewajiban dari si pihak yang menyewakan untuk menyerahkan barang kepada pihak penyewa untuk dipakai serta dinikmati kegunaannya, dan bukan menyerahkan hak kepemilikan dari barang tersebut sebagaimana halnya perjanjian jual beli. Sedangkan pihak yang disebut terakhir memiliki kewajiban untuk membayar ‘harga sewa’ atas barang yang dinikmati olehnya.

Lebih lanjut, kewajiban dari pihak yang menyewakan adalah sebagai berikut :

1. menyerahkan barang yang disewakan kepada si penyewa
2. memelihara barang yang disewakan sedemikian hingga barang itu dapat dipakai untuk keperluan yang dimaksudkan
3. memberikan kepada si penyewa kenikmatan tenteram dari barang yang disewakan selama berlangsungnya persewaan, termasuk untuk menanggulangi atau menangkis tuntutan hukum dari pihak ketiga, misalnya membantah hak si penyewa untuk memakai barang yang disewanya.

Adapun pihak penyewa memiliki dua kewajiban utama sebagai berikut :

1. memakai barang yang disewa sebagai “bapak rumah yang baik”, sesuai dengan tujuan yang diberikan kepada barang itu menurut perjanjian sewa-menyewanya.
2. membayar harga sewa pada waktu-waktu yang telah ditentukan menurut perjanjian.

⁴³ M. Yahya Harahap, *Segi-Segi Hukum Perjanjian*, (Bandung: alumni Bandung, 1986), hal. 220

Selain itu, undang-undang juga mengatur mengenai hal-hal yang tidak diperbolehkan untuk dilakukan oleh si penyewa selama masa hak sewanya. Berdasarkan ketentuan pasal 1559 KUH Perdata, si penyewa tidak diperbolehkan mengulang-sewakan barang yang disewanya, maupun melepaskan sewanya kepada orang lain jika kepadanya tidak telah diperijinkan oleh pemilik barang. Ancaman atas pelanggaran tersebut adalah berupa pembatalan perjanjian sewa dan penggantian biaya, rugi dan bunga, sedangkan pihak yang menyewakan, setelah pembatalan itu, tidak diwajibkan mentaati perjanjiannya ulang sewa.

Menurut Prof. R. Subekti, SH., diadakannya pembedaan antara “mengulang-sewakan” dan “melepaskan sewanya” kepada orang lain mempunyai maksud sebagai berikut :

Dalam hal mengulang-sewakan, si penyewa barang bertindak sendiri sebagai pihak dalam suatu perjanjian sewa-menyewa *kedua* yang diadakan olehnya dengan seorang pihak ketiga, sedangkan dalam hal “melepaskan sewanya” ia mengundurkan diri sebagai penyewa dan menyuruh seorang pihak ketiga untuk menggantikan dirinya sebagai penyewa, sehingga pihak ketiga tersebut berhadapan sendiri dengan pihak yang menyewakan⁴⁴.

Penulis berpendapat bahwa pengertian “melepaskan sewanya” dapat dipersamakan dengan “mengalihkan hak sewanya” kepada pihak lain dan menggantikan kedudukan penyewa sebelumnya di dalam perjanjian sewa-menyewa. Hal ini memiliki arti penting, khususnya apabila hak sewa atas suatu barang, termasuk dalam hal ini hak sewa atas kios, hendak dijadikan jaminan oleh si penyewa mengingat kemungkinan dialihkannya hak sewa tersebut dalam rangka eksekusi jaminan. Dengan demikian, persetujuan untuk menjaminkan hak sewa dari pihak yang menyewakan tersebut juga berlaku sebagai persetujuan untuk pengalihannya apabila kemudian diperlukan dalam rangka eksekusi jaminan.

⁴⁴ R. Subekti, *Aneka Perjanjian*, Cet. kesepuluh (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1995), hal.46

2.3.2. Hak Sewa Atas Kios Sebagai Hak Perorangan

Hak sewa atas kios pada dasarnya merupakan hak untuk menyewa bangunan/ruangan kios agar dapat dimanfaatkan/dinikmati kegunaannya oleh si penyewa selama masa sewa, bukan dengan tujuan untuk menguasainya sebagai hak milik. Hal ini agak berbeda dengan hak sewa sebagaimana dimaksud dalam pasal 44 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Pokok-pokok Agraria (UUPA). Menurut Prof. Boedi Harsono, SH., hak sewa untuk bangunan yang dimaksud dalam UUPA adalah pemilik tanah menyerahkan tanahnya dalam keadaan kosong kepada penyewa, dengan maksud bahwa penyewa akan membangun bangunan di atas tanah itu. Bangunan itu menurut hukum yang berlaku sekarang menjadi milik penyewa tanah tersebut, kecuali ada perjanjian lain.

KUH Perdata tidak secara tegas mengkategorikan hak sewa sebagai hak kebendaan atau hak perorangan. Prof. Dr. Mariam Darus Badruzaman, SH berpendapat bahwa hak sewa bangunan adalah hak perorangan. Adapun menurut Dr. A.P. Parlindungan, SH., di dalam praktek yang berlaku untuk hak sewa bangunan adalah perjanjian sewa yang dikuasai KUH Perdata, yaitu ketentuan umum hukum perikatan dan perjanjian sewa-menyewa (Bab VII KUH Perdata). Sedangkan menurut Prof. Subekti, SH., perjanjian sewa-menyewa juga tidak memberikan suatu hak kebendaan, ia hanya memberikan suatu hak perseorangan terhadap orang yang menyewakan barang⁴⁵.

Menurut Prof. Dr. Wirjono Prodjodikoro, SH., hak sewa adalah seperti hak pakai dalam hal meminjam barang, dengan perbedaan bahwa dalam hal sewa si pemakai barang harus membayar sewa berupa uang atau barang, misalnya barang hasil bumi atau barang makanan. Hak sewa ini masuk dalam golongan hukum perjanjian⁴⁶.

⁴⁵ Selanjutnya Prof. Subekti, SH menyatakan bahwa karena hak sewa bukan suatu hak kebendaan, maka jika si penyewa diganggu oleh seorang pihak ketiga dalam melakukan haknya itu, ia tidak dapat secara langsung menuntut orang yang mengganggu itu, tetapi ia harus mengajukan tuntutan pada orang yang menyewakan. Subekti, *op.cit*, hal. 164.

⁴⁶ Wirjono Prodjodikoro, *op.cit*, hal. 175.

Di dalam buku lainnya, Prof. Dr. Wiryono Prodjodikoro, SH. menyatakan sebagai berikut⁴⁷:

“Apabila suatu perjanjian tercipta suatu hak atas benda, yang teratur dalam B.W, khususnya Buku II, selaku hak yang dinamakan hak perbendaan (zakelijk recht), maka haruslah berlaku peraturan khusus dari B.W yang mengatur hal itu dengan menciptakan pengertian sifat perbendaan (zakelijk karakter) dari hak itu.

Sebaliknya, apabila dengan suatu perjanjian tidak tercipta hak yang sedemikian itu, maka hak atas benda, yang diperoleh dengan perjanjian itu, dinamakan tidak bersifat-perbendaan.

Dengan tiada sifat-perbendaan ini, maka atas suatu benda hanya berlaku bagi orang-orang yang menjadi pihak-pihak dalam perjanjian itu. Sifat yang bukan sifat-perbendaan ini, dinamakan sifat-perseorangan.”

Prof. Dr. Wiryono Prodjodikoro, SH mencontohkan bahwa perjanjian sewa-menyewa tercipta juga suatu hak, yaitu hak sewa, tetapi hak sewa ini, oleh karena berdasar atas perjanjian belaka dan tidak masuk hak-hak yang diatur dalam B.W Buku II selaku hak perbendaan (zakelijk recht), maka hak-sewa itu dinamakan tetap bersifat perseorangan tidak bersifat perbendaan⁴⁸.

Sebagaimana telah disinggung sebelumnya, pengaturan hak kebendaan dan hak perorangan ternyata kadang-kadang tidak tajam lagi atau batasnya menjadi kabur. Menurut Frieda Husni Hasbullah, SH., MH., sewa-menyewa merupakan salah satu contoh hak perorangan yang menunjukkan ciri hak kebendaan. Mengenai hal ini dapat dilihat dari ketentuan-ketentuan yang terkait dengan sewa-menyewa sebagai berikut :

⁴⁷Wiryono Prodjodikoro, *Azas-Azas Hukum Perjanjian*, (Bandung: CV.Mandar Maju, 2000), hal.161.

⁴⁸ *Ibid*, hal.161-162.

- 1) Pasal 1576 ayat (1) KUH Perdata menyatakan bahwa dengan dijualnya barang yang disewa, suatu persewaan yang dibuat sebelumnya tidak dapat diputuskan kecuali apabila hal ini telah diperjanjikan.

Ketentuan tersebut di atas mencerminkan suatu asas umum tentang sewa-menyewa yaitu, “Jual beli tidak mengakibatkan putusnya sewa-menyewa” (*Koop breekt geen huur*). Dengan demikian sewa-menyewa mengandung suatu ciri hak kebendaan karena hak sewa itu terus mengikuti bendanya (*droit de suite*). Alasannya ialah dengan dijualnya benda yang disewakan, si penyewa tetap dapat mempertahankan hak sewanya karena sifatnya yang mutlak.

Dengan mengingat akan maksud dari ketentuan pasal 1576 KUH Perdata tersebut, perkataan “dijual” sudah lazim ditafsirkan secara analogis (luas) hingga tidak terbatas pada jual beli saja, tetapi juga meliputi lain-lain perpindahan milik, seperti tukar-menukar, penghibahan, pewarisan dan lain-lain⁴⁹.

- 2) Dalam sewa-menyewa, jika penyewa pertama berhadapan dengan penyewa kedua, maka lazimnya penyewa pertama akan didahulukan. Hal ini menunjukkan bahwa sewa-menyewa sebagai hak perorangan juga memiliki sifat prioritas⁵⁰.

Apabila memperhatikan hak sewa, dalam hal ini hak sewa atas kios, serta mempertimbangkan pendapat dari para ahli hukum sebagaimana tersebut di atas, maka penulis berpandangan bahwa hak sewa merupakan hak perorangan, dengan alasan-alasan sebagai berikut:

- Bahwa hak sewa lahir dari perjanjian sewa-menyewa yang diatur dalam Buku III KUH Perdata, sedangkan hak sewa itu sendiri tidak ditekankan pengaturannya atau setidaknya diberi petunjuk di dalam Buku II KUH Perdata sebagai kebendaan ataupun hak kebendaan. Adapun sebagaimana telah

⁴⁹R. Subekti, *op.cit*, hal.48.

⁵⁰ Frieda Husni Hasbullah, *op.cit*, hal.59-60.

dijelaskan sebelumnya di atas, sifat ketertutupan hukum kebendaan yang diatur dalam Buku II KUH Perdata juga membawa pengertian bahwa orang tidaklah dapat, atas kehendaknya sendiri menciptakan suatu benda baru di luar yang telah ditentukan oleh undang-undang.

- Selain itu, penyewa menguasai benda yang disewa karena adanya perhubungan hukum dengan orang lain atau pihak lain dalam rangka untuk memakai/menikmati fungsi dari benda tersebut, dan bukan bertujuan untuk memiliki bendanya, sehingga sewa-menyewa tidak melahirkan suatu kedudukan berkuasa dimana seseorang menguasai benda sebagai miliknya sendiri melainkan hanya suatu hak *detentie*. Dengan demikian hak sewa tidak memberikan wewenang yang luas kepada pemegang hak tersebut untuk mengalihkannya (misalnya melalui jual-beli, tukar-menukar, penghibahan) ataupun meletakkannya sebagai jaminan sebagaimana halnya hak milik. Hak ini hanya dimungkinkan untuk dialihkan ataupun dijamin dengan persetujuan pihak yang menyewakan, sehingga pihak yang tersebut terakhir yang menentukan apakah hak sewa itu bisa dialihkan kepada pihak lain.

2.4. KEDUDUKAN HAK SEWA ATAS KIOS SEBAGAI OBYEK JAMINAN KREDIT

2.4.1. Jaminan Pada Umumnya

Pada dasarnya harta kekayaan seseorang merupakan jaminan dari utang-utangnya sebagaimana dinyatakan di dalam pasal 1131 KUH Perdata sebagai berikut :

“Segala kebendaan si berutang, baik yang bergerak maupun yang tidak bergerak, baik yang sudah ada maupun yang baru akan ada di kemudian hari, menjadi tanggungan untuk segala perikatan perseorangan.”

Selanjutnya, ketentuan pasal 1132 KUH Perdata menyatakan sebagai berikut :

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

Apabila memperhatikan ketentuan-ketentuan tersebut diatas, maka jaminan yang diberikan masih bersifat umum karena jaminan yang diberikan adalah untuk kepentingan semua kreditur dan menyangkut semua harta kekayaan debitur. Pada prinsipnya para kreditur mempunyai hak (kedudukan) yang sama terhadap harta kekayaan debitur, tidak terdapat *rangorde* (tingkat urutan) diantara para yang berpiutang menurut saat terjadinya/timbulnya piutang mereka.

Selain jaminan yang bersifat umum, undang-undang juga mengatur jaminan yang bersifat khusus yang merupakan jaminan dalam bentuk penyerahan barang tertentu ataupun penunjukan secara khusus, sebagai jaminan atas pelunasan kewajiban/utang debitur kepada kreditur tertentu, yang hanya berlaku bagi kreditur tertentu tersebut, baik secara kebendaan maupun perorangan⁵¹.

Timbulnya jaminan khusus ini karena adanya perjanjian yang khusus diadakan antara debitur dan kreditur yang dapat berupa:

- a. Jaminan kebendaan (*zakelijke zekerheidsrechten*) yaitu adanya benda tertentu yang dijadikan jaminan. Kebendaan yang dijaminkan tersebut haruslah merupakan milik dari pihak yang memberikan jaminan kebendaan tersebut. Adapun jaminan yang tergolong sebagai jaminan kebendaan adalah Gadai, Hipotik, Hak Tanggungan dan Jaminan Fidusia.
- b. Jaminan perorangan (*persoonlijke zekerheidsrechten*), yaitu adanya orang tertentu yang sanggup membayar atau memenuhi prestasi jika debitur cidera janji. Adapun yang merupakan jaminan perorangan antara lain adalah *borgtocht* (jaminan pribadi) dan *hoofdelijkheid* (penjamin secara

⁵¹ Kartono, *Hak-hak Jaminan Kredit*, Cet.1., (Jakarta: Pradnya Paramita, 1987), hal.19

tanggung renteng). Jaminan perorangan ini tunduk pada ketentuan hukum perjanjian yang diatur dalam buku III KUH Perdata.

Pada penjaminan yang bersifat perorangan, tuntutan guna memenuhi peulnasan utang yang dijamin hanya dapat dilakukan secara pribadi oleh kreditur sebagai pemilik piutang dengan penjamin (atau ahli waris beserta mereka yang memperoleh hak dan kewajiban dari kedua pihak tersebut), dan tidak dapat dipergunakan untuk merugikan pihak lainnya dengan alasan apapun juga.

Terhadap diri orang perorangan atau pihak lain yang memberikan jaminan perorangan tersebut akan berlaku kembali ketentuan pasal 1131 KUH Perdata, selain aturan dasar mengenai perjanjian penjaminan yang disepakati dan disetujui oleh kreditur dan penjamin. Sedangkan pada penjaminan yang sifatnya kebendaan, penjaminan diletakkan di atas suatu kebendaan tertentu, yang jika debitur wanprestasi, dengan melalui prosedur dan jalur hukum yang berlaku, dapat dipergunakan sebagai sarana pembayaran guna melunasi utang debitur. Berbeda-beda menurut macam jaminan kebendaannya, pada umumnya kebendaan yang dijaminan tersebut diletakkan dalam kekuasaan mutlak kreditur yang memegang jaminan, dengan hak untuk menjualnya guna mengambil pelunasan dari utang debitur yang wanprestasi tersebut dalam bentuk pelaksanaan dari kebendaan yang terbatas (*jura in realinea*). Hal ini berbeda dengan jaminan perorangan yang memiliki ciri dan akibat hukum yang menimbulkan hubungan langsung pada diri orang perorangan atau pihak tertentu yang memberikan penjaminan dan hanya dapat dipertahankan terhadap pihak penjamin tertentu tersebut, terhadap harta kekayaan miliknya tersebut. Ini berarti bahwa dalam jaminan yang bersifat perorangan ini berlaku asas persamaan yaitu bahwa tidak ada beda antara piutang yang datang lebih dahulu dan yang kemudian. Semua kreditur atas harta benda pihak penjamin, memiliki kedudukan yang sama, tanpa memperhatikan urutan terjadinya..

Menurut J. Satrio, SH., jaminan kebendaan pada dasarnya memberikan kedudukan yang lebih baik, karena :

- kreditur didahulukan dan dimudahkan dalam mengambil pelunasan atas tagihannya atas hasil penjualan benda tertentu atau sekelompok benda tertentu milik debitur; dan/atau
- ada benda tertentu milik debitur yang dipegang oleh kreditur atau terikat kepada hak kreditur, yang berharga bagi debitur dan dapat memberikan suatu tekanan secara psikologis terhadap debitur untuk memenuhi kewajibannya dengan baik kepada kreditur⁵².

Adapun prinsip-prinsip yang biasanya terkandung di dalam hak jaminan kebendaan adalah sebagai berikut :

- a. Prinsip absolut/mutlak, yaitu hak mutlak atas sesuatu benda dimana hak itu memberikan kekuasaan langsung kepada kreditur atas benda yang dijamin dan dapat dipertahankan terhadap siapapun juga.
- b. Prinsip *droit de suite*, yaitu hak itu terus mengikuti bendanya dimanapun juga (dalam tangan siapapun juga) benda itu berada.
- c. Prinsip *droit de preference*, yaitu hak yang memberikan kedudukan didahulukan kepada kreditur pemegang hak jaminan tersebut terhadap kreditur lainnya.
- d. Prinsip spesialisitas, yaitu benda yang dijamin harus ditentukan secara spesifik.
- e. Prinsip publisitas yang terkandung di dalam Hipotik, Hak Tanggungan dan Jaminan Fidusia, dimana jaminan-jaminan tersebut lahir dan mengikat pihak ketiga pada saat didaftarkan di instansi yang berwenang.

2.4.2. Hak Sewa Atas Kios Dan Pranata Jaminan kebendaan

Sebagaimana telah disampaikan sebelumnya, jaminan kebendaan pada dasarnya memberikan kedudukan yang lebih baik kepada kreditur pemegang jaminan tersebut daripada kreditur-kreditur lainnya. Namun demikian, yang

⁵² J. Satrio, *Hukum Jaminan Hak Jaminan Kebendaan*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2007), hal.12

menjadi pertanyaan adalah apakah hak sewa atas kios dapat dijadikan obyek jaminan yang diikat dalam suatu pranata jaminan kebendaan? Penulis mencoba untuk menganalisis hal tersebut satu persatu.

1) Gadai

Berdasarkan ketentuan pasal 1150 KUH Perdata, yang dimaksud dengan Gadai adalah :

“suatu hak yang diperoleh seorang berpiutang atas suatu barang bergerak, yang diserahkan kepadanya oleh seorang berutang atau oleh seorang lain atas namanya, dan yang memberikan kekuasaan kepada si berpiutang itu untuk mengambil pelunasan dari barang tersebut secara didahulukan daripada orang-orang berpiutang lainnya...”

Selanjutnya pasal 1152 KUH Perdata mengatur sebagai berikut :

“Hak Gadai atas benda-benda bergerak dan atas piutang-piutang bawa diletakkan dengan membawa barang Gadainya di bawah kekuasaan si berpiutang atau seorang pihak ketiga, tentang siapa telah disetujui oleh kedua belah pihak.

Tidak sah adalah hak Gadai atas segala benda yang dibiarkan tetap dalam kekuasaan si berutang atau si pemberi Gadai, atau pun yang kembali atas kemauan si berpiutang.

Hak Gadai hapus, apabila barangnya Gadai keluar dari kekuasaan si penerima Gadai.”

Pasal 1153 KUH Perdata mengatur kemungkinan Gadai atas piutang atas nama sebagai berikut:

“Hak Gadai atas benda-benda bergerak yang tak bertubuh, kecuali surat-surat tunjuk atau surat bawa, diletakkan dengan pemberitahuan perihal penggadaianannya, kepada orang terhadap siapa hak yang digadaikan itu harus dilaksanakan. Oleh orang ini, tentang hal pemberitahuan tersebut serta tentang izinnya si pemberi Gadai dapat dimintanya suatu bukti tertulis.”

Berdasarkan ketentuan-ketentuan tersebut diatas, maka dapat disimpulkan bahwa unsur-unsur yang harus dipenuhi dalam rangka Gadai adalah sebagai berikut :

- Obyek yang dapat dijaminkan dengan Gadai adalah berupa benda-benda bergerak, baik yang bertubuh (berwujud) ataupun tidak bertubuh.
- Benda yang dijaminkan dengan Gadai harus diserahkan kepada kreditur atau kepada pihak ketiga yang disetujui oleh para pihak. Benda yang masih dalam penguasaan si pemberi Gadai akan mengakibatkan perjanjian Gadai menjadi batal demi hukum.

Memperhatikan unsur-unsur yang mutlak harus dipenuhi dalam rangka Gadai, penulis berpandangan bahwa hak sewa atas kios sangat sulit diterima sebagai obyek yang dapat dijaminkan dengan Gadai. Apabila berpegang pada uraian sebelumnya, hak sewa atas kios tidak secara tegas dikategorikan sebagai suatu kebendaan, khususnya sebagai barang bergerak di dalam lapangan hukum keperdataan. Permasalahan selanjutnya adalah bagaimana cara penyerahan atas hak sewa tersebut kepada penerima Gadai, sedangkan ketentuan pasal 1152 KUH Perdata secara tegas menyatakan bahwa hak Gadai hapus, apabila barangnya Gadai keluar dari kekuasaan si penerima Gadai. Hal ini menyiratkan adanya batasan kepada si pemberi Gadai untuk tetap dapat menikmati barangnya tersebut selama belum dilakukan pelunasan atas utang-utang debitur.

2) Hipotik

Ketentuan pasal 1162 KUH Perdata merumuskan pengertian Hipotik sebagai berikut :

“Hipotik adalah suatu hak kebendaan atas benda-benda tak bergerak, untuk mengambil penggantian dari padanya bagi pelunasan suatu perikatan.”

Dengan kata lain Hipotik adalah hak kebendaan yang memberi kekuasaan langsung atas benda tak bergerak, yang mana benda itu dapat dijadikan jaminan pelunasan sejumlah utang.

Adapun obyek yang dapat dijadikan jaminan Hipotik adalah benda-benda tetap/tidak bergerak dengan mengambil tanah sebagai pokok dan berdasarkan asas *accessie* meliputi pula bangunan-bangunan, tanaman-tanaman yang melekat atau tertanam dan beberapa benda yang lain berdasarkan peruntukannya. Lebih jelasnya, pasal 1164 KUH Perdata mengatur sebagai berikut:

“Yang dapat dibebani dengan Hipotik hanyalah:

- 1. benda-benda tak bergerak yang dapat dipindahtangankan, beserta segala perlengkapannya, sekadar yang terakhir ini dianggap sebagai benda tak bergerak;*
- 2. hak pakai hasil atas benda-benda tersebut beserta segala perlengkapannya;*
- 3. hak numpang karang dan hak usaha;*
- 4. bunga tanah, baik yang harus dibayar dengan uang maupun yang harus dibayar dengan hasil tanah dalam ujudnya;*
- 5. bunga sepersepuluh;*
- 6. pasar-pasar yang diakui oleh Pemerintah, beserta hak-hak istimewa yang melekat padanya.”*

Namun sejak berlakunya Undang-undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah, ketentuan Hipotik sebagaimana tersebut dalam Buku II KUH Perdata sepanjang mengenai pembebanan Hak Tanggungan pada hak atas tanah beserta benda-benda yang berkaitan dengan tanah dinyatakan tidak berlaku lagi⁵³.

Selain obyek-obyek yang dimaksud dalam Buku II KUH Perdata, benda-benda bergerak yang karena undang-undang ditetapkan sebagai benda yang dijaminan dengan Hipotik, yaitu :

⁵³ Lihat ketentuan Bab IX Ketentuan Penutup, pasal 29 Undang-undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah.

- Kapal-kapal Indonesia yang berukuran paling sedikit 20 M³ (dua puluh meter kubik) isi kotor, yang dapat dibukukan di dalam suatu register kapal menurut ketentuan yang akan ditetapkan dalam suatu undang-undang⁵⁴; dan
- Pesawat terbang dan helikopter yang telah mempunyai tanda pendaftaran dan kebangsaan Indonesia⁵⁵.

Ketentuan pasal 1168 KUH Perdata menyebutkan bahwa Hipotik tidak dapat diletakkan selainnya oleh siapa yang berkuasa memindahtangankan benda yang dibebani. Ketentuan ini mensyaratkan adanya hubungan kepemilikan dan kedudukan berkuasa untuk memindahkan obyek jaminan Hipotik oleh pemberi Hipotik. Merujuk pada ketentuan-ketentuan tersebut di atas, penulis menyimpulkan bahwa hak sewa, dalam hal ini hak sewa atas kios tidak dapat dijadikan obyek jaminan Hipotik.

3) Hak Tanggungan

Hak Tanggungan diatur dalam Undang-undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah (selanjutnya di sebut Undang-Undang Hak Tanggungan). Berdasarkan ketentuan pasal 1 angka 1 Undang-Undang Hak Tanggungan, 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 kreditur tertentu terhadap kreditur-kreditur lain.

Adapun hak-hak atas tanah yang dapat dijamin dengan Hak Tanggungan adalah⁵⁶ :

⁵⁴ Lihat ketentuan pasal 314 Kitab Undang-Undang Hukum Dagang (KUH Dagang).

⁵⁵ Lihat ketentuan pasal 12 Undang-Undang Nomor 15 Tahun 1992 Tentang Penerbangan.

⁵⁶ Lihat ketentuan pasal 4 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Hak Tanggungan.

- a. Hak Milik;
- b. Hak Guna Usaha;
- c. Hak Guna Bangunan; dan
- d. Hak Pakai atas tanah Negara

Selain yang disebut diatas, Hak Tanggungan dapat juga dibeBankan pada hak atas tanah berikut bangunan, tanaman, dan hasil karya yang telah ada dan akan ada yang merupakan satu kesatuan dengan tanahnya, dan yang merupakan milik pemegang hak atas tanah yang pembebanannya dengan tegas dinyatakan di dalam akta pemberian Hak Tanggungan yang bersangkutan.

Memperhatikan ketentuan-ketentuan tersebut di atas, sudah jelas bahwa hak sewa atas kios tidak dapat dibeBankan dengan Hak Tanggungan karena hak sewa atas kios bukan merupakan suatu bentuk hak atas tanah.

4) Jaminan Fidusia

Penulis merasa perlu untuk menganalisis lebih dalam mengenai pranata jaminan ini karena pada prakteknya, beberapa bank mempergunakan Jaminan Fidusia sebagai bentuk pengikatan jaminan atas hak sewa atas kios.

Fidusia atau lengkapnya *Fiduciaire eigendomoverdracht* sering disebut sebagai Jaminan Hak Milik secara kepercayaan, merupakan suatu bentuk jaminan atas benda-benda bergerak disamping Gadai yang dikembangkan oleh yurisprudensi. Adapun perbedaan Fidusia dari Gadai adalah yang diserahkan kepada kreditur adalah hak milik, sedangkan barangnya tetap dikuasai oleh debitur, sehingga yang terjadi adalah penyerahan secara *constitutum possessorium*⁵⁷.

⁵⁷ Nova Faisal, *Tinjauan Yuridis Atas Jaminan Fidusia Berkaitan Dengan Ketentuan Angka 2 Surat Edaran Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia, Direktorat Jenderal Administrasi Hukum Umum Nomor: C. HT.01.10-22 Tanggal 15 Maret 2005*, (Jurnal Hukum & Pembangunan Tahun Ke-36 No.4 Oktober-Desember 2006), hal. 421.

Menurut asal katanya, Fidusia berasal dari kata “*fides*” yang berarti “kepercayaan”. Memang hubungan hukum antara debitur pemberi fidusia dan kreditur penerima fidusia merupakan suatu hubungan hukum yang berdasarkan atas kepercayaan. Pemberi fidusia percaya bahwa kreditur penerima fidusia mau mengembalikan hak milik yang telah diserahkan kepadanya, setelah debitur melunasi utangnya. Sebaliknya, kreditur juga percaya bahwa pemberi fidusia tidak akan menyalahgunakan barang jaminan yang berada dalam kekuasaannya dan mau memelihara barang tersebut selaku “bapak rumah yang baik”. Konstruksi fidusia yang demikian sesuai dengan apa yang dikatakan oleh Asser bahwa⁵⁸:

“Orang berbicara mengenai suatu hubungan hukum atas dasar fides, bilamana seseorang dalam arti hukum berhak atas suatu barang sedang barang itu secara sosial ekonomis dikuasai oleh orang lain.”

Pranata jaminan fidusia sebelumnya muncul atas dasar adanya kebutuhan masyarakat akan kredit dengan jaminan barang bergerak tanpa (secara fisik) melepaskan barang yang dijadikan jaminan. Gadai yang dikenal dalam KUH Perdata, mewajibkan diserahkannya kebendaan atau barang bergerak yang dijadikan jaminan kepada kreditur. Oleh karena debitur masih memerlukan benda yang menjadi jaminan, seperti misalnya perusahaan angkutan yang tidak mungkin melepaskan kendaraan yang dimilikinya, maka pranata jaminan Gadai tidak dipergunakan oleh banyak pihak⁵⁹.

Fidusia lahir dalam praktek hukum yang dituntun oleh yurisprudensi di negeri Belanda maupun yurisprudensi di Indonesia. Sebagai pranata hukum yang lahir dari praktek, dan tidak mendapat pengaturan yang berarti dalam peraturan perundang-undangan, maka tidak terdapat pengaturan dari segi prosedural dan proses. Karena itu, tidak mengherankan jika kewajiban pendaftaran sebagai salah satu mata rantai dari prosedur lahirnya fidusia tidak diatur, sehingga tidak ada kewajiban pendaftaran tersebut bagi jaminan fidusia.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Gunawan Widjaja dan Ahmad Yani, *Seri Hukum Bisnis – Jaminan Fidusia*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2000), hal.5.

Ketidakadaan kewajiban pendaftaran tersebut sangat dirasakan dalam praktek sebagai kelemahan bagi pranata hukum fidusia, sebab disamping menimbulkan ketidakpastian hukum, absennya kewajiban pendaftaran jaminan fidusia tersebut menjadikan jaminan fidusia tersebut tidak memenuhi unsur publisitas, sehingga sulit dikontrol. Hal ini dapat menimbulkan hal-hal yang tidak sehat dalam praktek, seperti adanya fidusia dua kali tanpa sepengetahuan krediturnya, adanya pengalihan barang fidusia tanpa sepengetahuan kreditur, dan lain-lain⁶⁰.

Untuk menjawab permasalahan tersebut di atas, pada tahun 1999, Pemerintah telah mengeluarkan ketentuan hukum baru terkait dengan jaminan fidusia. Berdasarkan Lembaran Negara No.168 Tahun 1999, tertanggal 30 September 1999, telah diundangkan di dalam Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 Tentang Jaminan Fidusia (selanjutnya disebut Undang-Undang Fidusia), yang terhitung sejak saat diundangkannya, maka secara yuridis formal pranata jaminan fidusia yang kita kenal selama ini dalam masyarakat, dan diterima dunia perbankan dan peradilan dengan sebutan "*Fiduciaire eigendomsoverdract*" atau "FEO" (pengalihan hak milik secara kepercayaan), telah resmi dalam jajaran hukum positif di Indonesia dengan sebutan Undang-Undang Fidusia.

Sebagaimana dijelaskan dalam angka 3 Penjelasan Umum Undang-Undang Fidusia, Undang-Undang ini dimaksudkan untuk menampung kebutuhan masyarakat mengenai pengaturan Jaminan Fidusia sebagai salah satu sarana untuk membantu kegiatan usaha dan untuk memberikan kepastian hukum kepada para pihak yang berkepentingan. Sebelum Undang-Undang Fidusia dibentuk, pada umumnya benda yang menjadi obyek Jaminan Fidusia adalah benda bergerak yang terdiri dari benda dalam persediaan (*inventory*), benda dagangan, piutang, peralatan mesin dan kendaraan bermotor. Oleh karena itu, guna memenuhi kebutuhan masyarakat yang terus berkembang, maka menurut Undang-Undang ini obyek Jaminan Fidusia diberikan pengertian yang luas yaitu benda bergerak yang berwujud maupun tak berwujud, dan benda tak bergerak yang tidak dapat

⁶⁰ *Ibid.*

dibebani Hak Tanggungan sebagaimana ditentukan dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996.

Dalam Undang-Undang ini, diatur tentang pendaftaran Jaminan Fidusia guna memberikan kepastian hukum kepada para pihak yang berkepentingan dan pendaftaran Jaminan Fidusia memberikan hak yang didahulukan (*preferen*) kepada Penerima Fidusia terhadap kreditur lain. Karena Jaminan Fidusia memberikan hak kepada pihak Pemberi Fidusia untuk tetap menguasai benda yang menjadi obyek Jaminan Fidusia berdasarkan kepercayaan, maka diharapkan sistim pendaftaran yang diatur dalam Undang-Undang ini dapat memberikan jaminan kepada pihak Penerima Fidusia dan pihak yang mempunyai kepentingan terhadap benda tersebut.

Selanjutnya Pemerintah juga segera menindaklanjuti prosedur maupun tatalaksana pendaftaran Jaminan Fidusia, yaitu dengan dikeluarkannya Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 86 Tahun 2000 Tentang Tata Cara Pendaftaran Jaminan Fidusia Dan Biaya Pembuatan Akta Jaminan Fidusia. Oleh karenanya, dapat dikatakan bahwa pendaftaran fidusia merupakan satu faktor penting yang harus diperhatikan dalam rangka lebih menciptakan kepastian hukum bagi para kreditur, dan untuk menghindari pemanfaatan kondisi ketidakadaan hukum yang mengatur oleh debitur yang tidak beritikad tidak baik⁶¹.

Menurut ketentuan pasal 11 dan Penjelasan Undang-Undang Fidusia, antara lain ditentukan dan dijelaskan bahwa⁶²:

1. Benda yang dibebani dengan Jaminan Fidusia wajib didaftarkan.
2. Pendaftaran mencakup benda yang berada di dalam maupun di luar wilayah negara Republik Indonesia.
3. Pendaftaran benda yang dibebani dengan Jaminan Fidusia dilaksanakan di tempat kedudukan Pemberi Fidusia.

⁶¹ Nova Faizal, *op.cit*, hal.423.

⁶² Nova Faizal, *op.cit*, hal.424.

4. Pendaftaran dilakukan dengan mengajukan suatu permohonan kepada Kantor Pendaftaran Fidusia, dengan disertai surat pernyataan pendaftaran Jaminan Fidusia.
5. Permohonan dilakukan oleh Penerima Fidusia, yaitu hak penerima Fidusia untuk mendaftarkan di Kantor Pendaftaran Fidusia.

Mengenai pernyataan pendaftaran fidusia, surat ini penting untuk pegangan, sebelum Kantor Pendaftaran Fidusia menerbitkan sertifikat Jaminan Fidusia. Karena yang disampaikan adalah pernyataan pendaftaran, maka Kantor Pendaftaran Fidusia tidak bersifat konstitutif dalam arti bahwa dia tidak melakukan penilaian atas kebenaran atau menyatakan/menjamin kebenaran dari data dalam pernyataan pendaftaran. Kantor Pendaftaran Fidusia hanya berfungsi sebagai instansi yang melakukan pengecekan administrasi saja⁶³. Dalam pernyataan pendaftaran fidusia dimuat hal-hal sebagai berikut:

1. Identitas pihak Pemberi Fidusia.
2. Identitas pihak Penerima Fidusia.
3. Tanggal dan nomor Akta Jaminan Fidusia.
4. Nama dan tempat kedudukan notaris yang membuat Akta Jaminan Fidusia.
5. Data perjanjian pokok (perjanjian utang) yang dijamin dengan Fidusia.
6. Uraian mengenai benda yang menjadi obyek Jaminan Fidusia.
7. Nilai penjaminan.
8. Nilai benda yang menjadi obyek Jaminan Fidusia.

Selanjutnya sertifikat Jaminan Fidusia dan kekuatan pembuktiannya dapat dikatakan bahwa sebagai bukti penerima Fidusia memiliki Hak Fidusia tersebut, maka kepadanya diserahkan dokumen-dokumen yang disebut dengan sertifikat Jaminan Fidusia.

⁶³ Nova Faizal, *op.cit*, hal.426.

Di dalam sertifikat Jaminan Fidusia dicantumkan kata-kata “DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA” sehingga mempunyai kekuatan eksekutorial yang sama dengan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap. Yang dimaksud dengan “kekuatan eksekutorial” adalah langsung dapat dilaksanakan tanpa melalui pengadilan dan bersifat final serta mengikat para pihak untuk melaksanakan putusan tersebut⁶⁴. Apabila debitur cidera janji, Penerima Fidusia mempunyai hak untuk menjual benda yang menjadi obyek Jaminan Fidusia atas kekuatannya sendiri⁶⁵.

Sebagaimana telah disampaikan sebelumnya bahwa beberapa bank telah menggunakan pranata Jaminan Fidusia untuk pengikatan jaminan hak sewa atas kios. Adapun pertimbangannya adalah Jaminan Fidusia dapat memberikan jaminan kebendaan kepada bank selaku kreditur sehingga dapat melindungi kepentingan bank dan memberikan hak-hak kebendaan kepada bank, termasuk menjalankan *parate executie* pada saat debitur wanprestasi. Umumnya menganggap bahwa hak sewa dapat dipersamakan dengan hak penagihan ataupun piutang, yaitu menagih untuk menyerahkan barang yang disewakan atau penuntutan pengembalian harga sewa / biaya ganti rugi apabila sewanya terganggu. Pertimbangan lainnya adalah karena hak sewa juga memiliki sifat-sifat kebendaan karena dapat dialihkan berdasarkan persetujuan dari pihak yang menyewakan.

Sebagai salah satu contoh, penulis melampirkan dokumen-dokumen terkait dengan pemberian fasilitas kredit dalam bentuk *term loan* pada tahun 2004 oleh suatu bank swasta nasional, sebut saja Bank X, berkedudukan di Jakarta kepada debiturnya yang bergerak di bidang alat-alat kesehatan untuk jangka waktu selama 96 bulan (8 tahun) guna keperluan investasi dengan jumlah fasilitas sebesar Rp. 2.880.000.000,- (dua milyar delapan ratus delapan puluh ribu Rupiah). Di dalam perjanjian kreditnya disebutkan bahwa untuk menjamin pembayaran yang lunas, penuh, tertib dan dengan cara sebagaimana mestinya atas setiap jumlah uang yang

⁶⁴ Indonesia, *op. cit*, penjelasan ps. 15 ayat (2).

⁶⁵ *Op.cit*, ps. 15 ayat (3)

sekarang telah dan atau di kemudian hari akan terhutang dan wajib dibayar oleh debitur kepada bank, baik berupa hutang pokok, bunga, denda, biaya-biaya dan lain-lain jumlah uang yang wajib dibayar debitur berdasarkan perjanjian kredit, maka debitur bersedia menyerahkan jaminan dalam bentuk hak sewa atas 3 (tiga) buah kios/rumah toko(kios), masing-masing seluas 218,425 M² dan terdiri dari 3 (tiga) lantai yang terletak di salah satu gedung *mall* terkenal di daerah Kelapa Gading, Jakarta Utara. Adapun hak sewa atas kios/ruko diperoleh debitur berdasarkan perjanjian sewa-menyewa dengan jangka waktu 25 (dua puluh lima) tahun dengan harga sewa Rp 2.670.000.000,- (dua milyar enam ratus tujuh puluh juta Rupiah), dan dalam rangka penjaminan hak sewa atas kios/ruko tersebut, debitur telah memperoleh persetujuan tertulis dari developer selaku pemilik dan pengelola gedung.

Selanjutnya, Bank X dan debitur setuju bahwa pengikatan jaminan dilakukan secara fidusia yang dituangkan dalam bentuk Akta Jaminan Fidusia Atas Hak Sewa yang dibuat secara notariil dengan nilai penjaminan sesuai dengan nilai pasar sebesar Rp. 3.600.000.000,- (tiga milyar enam ratus juta Rupiah). Kemudian Akta Jaminan Fidusia Atas Hak Sewa tersebut didaftarkan ke kantor pendaftaran wilayah DKI Jakarta, dan sebagai bukti telah didaftarkannya Jaminan Fidusia tersebut, dikeluarkanlah Salinan Buku Daftar Fidusia yang berlaku sebagai Sertifikat Jaminan Fidusia dengan mencantumkan obyek hak berupa hak sewa atas kios/ruko serta bukti hak berupa perjanjian sewa-menyewa *juncto* persetujuan tertulis dari pemilik kios/ruko. Bertolak dari contoh kasus tersebut di atas, timbul pertanyaan apakah hak sewa atas kios dapat dikategorikan sebagai obyek Jaminan Fidusia?

Untuk menjawab pertanyaan tersebut, perlu kiranya penulis memperhatikan ketentuan-ketentuan yang berlaku terkait dengan Jaminan Fidusia, yaitu Undang-Undang Fidusia. Pada pasal 1 angka 1 Undang-Undang Fidusia, fidusia didefinisikan sebagai berikut :

“Fidusia adalah pengalihan hak kepemilikan suatu benda atas dasar kepercayaan dengan ketentuan bahwa benda yang hak kepemilikannya dialihkan tersebut tetap dalam penguasaan pemilik benda.”

Adapun yang dimaksud dengan Jaminan Fidusia, pasal 1 angka 2 Undang-Undang Fidusia memberikan pengertian sebagai berikut :

“Jaminan Fidusia adalah hak jaminan atas benda bergerak baik yang berwujud maupun yang tidak berwujud dan benda tidak bergerak khususnya bangunan yang tidak dapat dibebani Hak Tanggungan sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan yang tetap berada dalam penguasaan Pemberi Fidusia, sebagai agunan bagi pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan diutamakan kepada Penerima Fidusia terhadap kreditur lainnya.”

Undang-Undang Fidusia juga merumuskan pengertian benda sebagai berikut :

“Benda adalah segala sesuatu yang dapat dimiliki dan dialihkan, baik yang berwujud maupun yang tidak berwujud, yang terdaftar maupun yang tidak terdaftar, yang bergerak maupun yang tidak bergerak yang tidak dapat dibebani Hak Tanggungan atau Hipotik.”⁶⁶

Adapun Undang-Undang ini tidak berlaku terhadap⁶⁷:

- a. Hak Tanggungan yang berkaitan dengan tanah dan bangunan sepanjang peraturan perundang-undangan yang berlaku menentukan jaminan atas benda-benda tersebut wajib didaftar⁶⁸;
- b. Hipotik atas kapal yang terdaftar dengan isi kotor berukuran 20 (dua puluh) M³ atau lebih;
- c. Hipotik atas pesawat terbang; dan

⁶⁶ Indonesia, *op.cit*, ps. 1 angka 4.

⁶⁷ *Op.cit*, ps 3.

⁶⁸ Selanjutnya menurut penjelasan pasal 3 ayat (1) Undang-Undang Fidusia, berdasarkan ketentuan pasal ini, maka bangunan di atas tanah milik orang lain yang tidak dapat dibebani dengan Hak Tanggungan berdasarkan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan, dapat dijadikan obyek Jaminan Fidusia.

d. Gadai.

Apabila memperhatikan definisi dari ‘benda’ sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Fidusia, maka struktur yang digunakan pada prinsipnya tidak jauh berbeda dengan perumusan benda yang diatur di dalam Buku II KUH Perdata. Menurut J. Satrio, SH., penyebutan istilah “benda bergerak dan benda tidak bergerak” memberikan petunjuk kepada kita bahwa Undang-Undang Fidusia masih mengikuti pembagian benda menurut KUH Perdata (pasal 504 KUH Perdata)⁶⁹.

Sebagaimana halnya ketentuan-ketentuan mengenai kebendaan yang diatur dalam KUH Perdata, Undang-Undang Fidusia tidak secara tegas memasukkan hak sewa kedalam definisi benda. Namun demikian apabila kita memperhatikan kata-kata “*segala sesuatu yang dapat dimiliki dan dialihkan...*” yang tercantum dalam definisi ‘benda’ serta kata “*hak kepemilikan suatu benda..*” yang tercantum dalam definisi ‘fidusia’ di Undang-Undang Fidusia kemudian dianalogikan dengan ‘kebendaan’ di dalam pasal 499 KUH Perdata, maka penulis menafsirkan bahwa syarat ‘sesuatu’ dapat dikategorikan sebagai benda menurut Undang-Undang Fidusia apabila (pada dasarnya) dapat dikuasai oleh hak milik dan dapat dialihkan. Kedua unsur ini sudah seharusnya terpenuhi, tidak cukup hanya salah satunya saja (perhatikan kata “dan” yang digunakan sebagai penghubung kedua unsur tersebut). Merujuk pada hal tersebut, penulis memandang bahwa hak sewa, dalam hal ini hak sewa atas kios, bukanlah merupakan suatu obyek hukum mandiri yang dapat dikuasai dengan hak milik sebagaimana halnya kebendaan tidak bertubuh lainnya melainkan hak tersebut timbul karena digantungkan pada adanya hubungan hukum antara seseorang dengan orang lain terkait dengan pemakaian suatu benda. Selain itu, hak sewa pada dasarnya tidak dapat disewakan kembali kepada pihak lain (sewa ulang) ataupun dialihkan kepada pihak lain tanpa adanya persetujuan dari pemilik benda yang disewakan sehingga menurut penulis, hak sewa sebagai benda menurut Undang-Undang Fidusia tidak didukung dengan dasar hukum atau alasan yang kuat. Adapun terkait dengan hak sewa sebagai

⁶⁹ J. Satrio, *op.cit*, hal. 187.

suatu hak maka sebagaimana telah dibahas pada sub bab-sub bab sebelumnya, hak sewa lebih sebagai suatu hak perorangan daripada hak kebendaan.

Sebagaimana telah disampaikan diatas, Undang-Undang Fidusia tidak secara tegas mengatur mengenai hak sewa sebagai obyek Jaminan Fidusia dan hal ini menimbulkan kesimpangsiuran di lapangan mengenai kemungkinan hak sewa sebagai obyek Jaminan Fidusia. Tidak sedikit bank yang menggunakan pranata Jaminan Fidusia untuk mengikat hak sewa atas kios sebagai jaminan kredit, dan beberapa kantor pendaftaran fidusia ternyata dapat menerima Akta Jaminan Fidusia Atas Hak Sewa untuk didaftarkan ke dalam Buku Daftar Fidusia.

Pada tahun 2005, Direktur Jenderal Administrasi Hukum Umum Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia telah mengeluarkan Surat Edaran Nomor : C.HT.01.10-22 tertanggal 15 Maret 2005 tentang Standardisasi Prosedur Pendaftaran Fidusia (selanjutnya disebut SE No. C.HT.01.10-22). Pada bagian angka 2 SE No. C.HT.01.10-22 disampaikan ketentuan sebagai berikut:

“Khusus tentang pengecekan data atas Benda yang menjadi obyek Jaminan Fidusia, Kantor Pendaftaran Fidusia harus dapat membedakan antara hak kebendaan dan hak perorangan. Oleh karena obyek Jaminan Fidusia bersifat kebendaan/agunan atas kebendaan atau jaminan kebendaan. Sehingga termin proyek, sewa, kontrak, atau pinjam pakai, serta hak perorangan lainnya bukan merupakan pengertian Benda yang menjadi obyek Jaminan Fidusia.”

Ketentuan tersebut diatas tidak memberikan penjelasan lebih lanjut mengenai sewa dimaksud, apakah hanya sebatas sewa dengan pembayaran bertahap/pada akhir masa sewa, atau juga termasuk sewa yang harga sewanya telah dilunasi di muka oleh penyewa untuk sepanjang masa sewa. Namun demikian, memperhatikan ketentuan pada angka 2 SE No. C.HT.01.10-22 tersebut di atas, Pemerintah ingin menegaskan bahwa ‘sewa’ termasuk kedalam lapangan hak perorangan dan oleh karenanya bukan merupakan pengertian benda yang dapat dijadikan obyek Jaminan Fidusia.

Surat edaran tersebut diterbitkan dalam rangka meningkatkan kinerja dari Kantor Pendaftaran Fidusia, dimana sudah barang tentu sangat memperhatikan

aspek teoritis dan aspek praktis yang terjadi dalam lingkup pranata Jaminan Fidusia sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Fidusia⁷⁰. Selain itu, dengan dikeluarkannya SE No. C.HT.01.10-22 ini, Pemerintah tentunya berharap agar ketidakjelasan implementasi di lapangan mengenai kemungkinan hak sewa atau hak perorangan lainnya menjadi obyek Jaminan Fidusia tidak terjadi lagi. Hal ini menunjukkan bahwa Pemerintah juga tidak mengesampingkan pengertian kebendaan sebagaimana diatur dalam KUH Perdata dalam rangka menafsirkan ketentuan-ketentuan yang terdapat di dalam Undang-Undang Fidusia.

Namun demikian, penerbitan surat edaran tersebut di atas menurut pandangan penulis agak terlambat, bahkan dapat menimbulkan ketidakpastian hukum bagi bank selaku kreditur yang telah terlanjur menerima hak sewa atas kios sebagai jaminan melalui pengikatan Jaminan Fidusia sebagaimana telah dicontohkan di atas. Surat edaran tersebut bisa dijadikan alasan bagi debitur, pemberi fidusia atau pihak-pihak lain yang berkepentingan dengan itikad tidak baik untuk mengajukan pembatalan atas Akta Jaminan Fidusia Atas Hak Sewa ataupun pembatalan eksekusi Jaminan Fidusia atas hak sewa atas kios/ruko yang dilakukan oleh kreditur atas kekuasaannya sendiri melalui pelelangan umum dengan dalil bahwa hak sewa bukanlah merupakan obyek Jaminan Fidusia sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Fidusia.

Berdasarkan uraian tersebut di atas, penulis berpendapat bahwa terdapat risiko apabila pengikatan jaminan hak sewa atas kios dilakukan melalui pranata Jaminan Fidusia karena kedudukan hak sewa atas kios sebagai obyek Jaminan Fidusia tidak didukung dengan landasan hukum ataupun alasan yang kuat.

2.4.3. Pengikatan Jaminan Hak Sewa Atas Kios

Sebagaimana telah diuraikan pada sub bab sebelumnya, obyek jaminan hak sewa atas kios pada dasarnya tidak dapat diikat dengan pranata jaminan kebendaan yang ada saat ini, baik berupa Gadai, Hipotik ataupun Hak Tanggungan. Pranata Jaminan Fidusia pun tidak dapat memberikan landasan hukum yang kokoh untuk pengikatan jaminan hak sewa atas kios. Namun

⁷⁰ Nova Faizal, *op.cit*, hal.429

demikian, penulis berpendapat bahwa hak sewa atas kios tetap dapat dijadikan obyek jaminan meskipun media pengikatan yang digunakan tidak memberikan hak-hak kebendaan kepada kreditur.

Menurut J. Satrio, SH., disamping hak jaminan kebendaan ataupun jaminan perorangan, kita masih mengenal apa yang dinamakan hak istimewa (*privelege*) dan sesuai perkembangan zaman, kita melihat di dalam praktek adanya jaminan lain, yang tidak dapat dimasukkan ke dalam salah satu kelompok tersebut, yaitu jaminan dalam wujud ijazah, surat pensiun dan lain-lain yang berupa jaminan benda tertentu/sekelompok benda tertentu, tetapi tidak mempunyai sifat hak jaminan kebendaan⁷¹. Adapun menurut penulis, sesuatu itu dapat dijadikan suatu obyek jaminan sepanjang mempunyai nilai affeksi, mempunyai arti ataupun nilai ekonomis di masyarakat dan dimungkinkan untuk dialihkan meskipun harus dengan persetujuan pihak lain, hal mana dapat dipenuhi oleh hak sewa atas kios. Nilai affeksi dari pemegang hak sewa atas kios dapat dilihat dari tujuannya untuk menyewa kios. Nilai ekonomis dapat ditinjau dari kecenderungan harga sewa kios yang meningkat dari waktu ke waktu seiring dengan perkembangan lokasi bisnis di sekitarnya. Sedangkan hak sewa atas kios dimungkinkan untuk dialihkan sepanjang ada persetujuan dari pemilik atau pengelola kios.

Dalam hal hak sewa atas kios hendak dijadikan jaminan, penulis berpendapat bahwa hal itu dapat dilakukan dalam suatu perjanjian antara kreditur dengan debitur/pemegang hak sewa atas kios dengan merujuk pada ketentuan pasal 1320 dan pasal 1338 KUH Perdata. Ketentuan pasal 1338 KUH Perdata menerangkan bahwa segala perjanjian yang dibuat secara sah, berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Ketentuan ini menganut asas kebebasan berkontrak, dimana orang leluasa untuk membuat perjanjian apa saja dan mengikat kedua pihak, asal tidak mengganggu ketertiban umum atau kesusilaan. Adapun untuk sahnya perjanjian, diperlukan empat syarat sebagaimana diatur dalam pasal 1320 KUH Perdata yaitu, sepakat mereka yang

⁷¹ J. Satrio, *op.cit*, hal. 10

membuatnya, kecakapan dari para pihak untuk membuat suatu perikatan, suatu hal tertentu, dan suatu sebab yang halal.

Mengenai bentuk perjanjian jaminan hak sewa atas kios, penulis melampirkan contoh perjanjian yang saat ini dipergunakan oleh bank tempat penulis bekerja yang saat ini juga memberikan fasilitas pembiayaan untuk sewa kios. Adapun judul perjanjiannya adalah Perjanjian Pemberian Jaminan Hak Sewa Atas Kios.

Beberapa hal yang diatur di dalam perjanjian tersebut antara lain sebagai berikut :

1. Pemberi jaminan menyatakan secara tegas untuk memberikan jaminan berupa hak sewa atas kios sebagai jaminan untuk pembayaran kembali secara penuh, tertib dan sebagaimana mestinya atas seluruh jumlah uang terhutang yang wajib dibayar oleh debitur kepada bank yang timbul berdasarkan perjanjian kredit. Di dalam perjanjian tersebut diuraikan lokasi kios yang hak sewanya dijamin, berikut dasar perolehan hak sewa berupa perjanjian sewa-menyewa, dan surat persetujuan dari pemilik kios sebagai bukti dapat dijaminkannya hak sewa tersebut.
2. Larangan bagi penjamin untuk mengalihkan, mengoperkan dan menjaminkan hak sewa atas kios baik sebagian maupun seluruhnya dengan cara bagaimanapun juga kepada pihak lain selain kepada bank selama berlangsungnya perjanjian. Hal ini dapat dijadikan dasar dari bank untuk menuntut pembatalan pengalihan, pengoperan atau penjaminan atas obyek jaminan kepada pihak lain yang telah dilakukan oleh pemberi jaminan tanpa sepengetahuan bank.
3. Adanya kewajiban bagi pemberi jaminan untuk menyerahkan hak sewa atas kios atas permintaan pertama dari bank dalam hal :
 - a. debitur tidak atau lalai melaksanakan syarat dan ketentuan dalam perjanjian kredit dan atau perjanjian lain yang dibuatnya dengan bank; dan atau

- b. penjamin tidak atau lalai melaksanakan syarat dan ketentuan dalam perjanjian jaminan ini dan atau perjanjian lain yang dibuatnya dengan bank.

Penjamin juga berjanji dan mengikat diri kepada bank untuk tidak melakukan bantahan atau perlawanan berupa apapun juga yang merintang atau menghalang-halangi tindakan bank untuk mengambil hak sewa atas kios.

4. Ketentuan mengenai pemberian kuasa dan wewenang penuh oleh penjamin kepada bank untuk mengalihkan hak sewa atas kios kepada orang/pihak lain siapapun juga dengan harga, tata-cara serta syarat dan ketentuan yang dipandang baik dan ditetapkan sendiri oleh bank, dan menerima pembayaran harganya untuk keperluan pelunasan utang debitur kepada bank.
5. Kewajiban penjamin untuk menjaga, memelihara dan mempertahankan dengan sebaik-baiknya dan melakukan segala tindakan yang diperlukan agar unit Kios senantiasa dalam keadaan baik. Hal ini untuk menghindari merosotnya nilai (*value*) Kios sebagai obyek jaminan akibat kondisi Kios yang tidak terawat dengan baik.
6. Persetujuan dari debitur untuk menyerahkan kepada bank semua surat/dokumen mengenai hak sewa atas kios untuk disimpan oleh bank dan dipergunakan bilamana diperlukan dalam rangka eksekusi jaminan.

Perjanjian tersebut diatas pada dasarnya tidak memberikan kewenangan kepada kreditur untuk menjual obyek jaminan atas kekuasaannya sendiri melalui pelelangan umum (*parate executie*) sebagaimana layaknya jaminan kebendaan. Namun demikian, penulis berpendapat bahwa pengikatan ini masih lebih baik daripada tetap memaksakan pengikatan jaminan kebendaan, misalnya fidusia, dengan risiko ancaman pembatalan.

Selain perjanjian tersebut diatas, dokumen-dokumen lain yang perlu diperhatikan oleh bank dalam rangka menjadikan hak sewa atas kios sebagai jaminan adalah sebagai berikut :

- i. Asli salinan Akta Perjanjian Sewa atau asli Surat Izin Tempat Berjualan (SIPTB) atau asli bukti perolehan hak sewa lainnya yang setara dengan perjanjian sewa, yang dibuat antara pemilik kios/pengelola kios dengan penjamin selaku penyewa.
- ii. Asli Surat Referensi/Persetujuan dari pemilik kios/pengelola kios, yang memuat antara lain:
 - persetujuan dari pemilik/pengelola bahwa hak sewa atas kios tersebut menjadi jaminan bank.
 - Persetujuan bahwa apabila si penyewa lalai memenuhi kewajibannya kepada bank, bank berhak mengalihkan hak sewa kepada pihak lain.
- iii. Asli bukti pembayaran pelunasan sisa harga sewa kios yang telah dibayar oleh penyewa sendiri dan yang telah dibiayai bank.

