

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Landasan Teoritis

Dalam melakukan penelitiannya penulis menggunakan Teori Kepastian Hukum dan Teori Efektifitas Hukum sebagai ladsan dalam penelitian penulis :

1. Teori Kepastian Hukum

Menurut *Hans Kelsen*, “Norma adalah pernyataan yang menekankan aspek “seharusnya” atau *das sollen* dengan menyertakan beberapa peraturan tentang apa yang harus dilakukan. Norma-norma adalah produk dan aksi manusia yang *deliberative*.” Undang-Undang yang berisi aturan-aturan yang bersifat umum menjadi pedoman bagi individu bertingkah laku dalam bermasyarakat, baik dalam hubungan dengan sesama individu maupun dalam hubungan dengan masyarakat. Aturan-aturan itu menjadi batasan bagi masyarakat dalam membebani atau melakukan tindakan terhadap individu. Adanya aturan itu dan pelaksanaan aturan tersebut menimbulkan kepastian hukum.¹ Menurut *Gustav Radbruch*, hukum harus mengandung 3 (tiga) nilai identitas, yaitu sebagai berikut:²

- 1) “Kepastian hukum (*rechmatigheid*), identitas ini meninjau dari sudut yuridis.

¹ Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, (Jakarta:Kencana, 2008), hlm.58.

² Gustaf Radbruch, *Einfuehrung In Die Rechtswissenschaft*, (Stuttgart:Koehler Verlag, 1961), hlm.36.

- 2) Keadilan hukum (*gerechtigheit*), identitas ini meninjau dari sudut filosofis, dimana keadilan adalah kesamaan hak untuk semua orang di depan pengadilan.
- 3) Kemanfaatan hukum (*zwechmatigheid*) atau *doelmatigheid*, identitas ini berarti hukum haruslah memberikan manfaat yang nyata bagi masyarakat.”

Tujuan hukum yang mendekati realistik adalah kepastian hukum dan kemanfaatan hukum. Kaum Positivisme lebih menekankan pada kepastian hukum, sedangkan Kaum Fungsionalis mengutamakan kemanfaatan hukum, dan sekiranya dapat dikemukakan bahwa *summon ius, summa injuria, summa lex, summa crux* yang artinya adalah hukum yang keras dapat melukai, kecuali keadilan yang dapat menolongnya, dengan demikian kendatipun keadilan bukan merupakan tujuan hukum satu-satunya akan tetapi tujuan hukum yang substantif adalah keadilan.³

Menurut *Utrecht*, berdasarkan pada *Rangkuman Intisari Ilmu Hukum*, buku karya Riduan Syahrani menjelaskan “kepastian hukum mengandung dua pengertian, yaitu pertama adanya aturan yang bersifat umum membuat individu mengetahui perbuatan apa yang boleh atau tidak boleh dilakukan, dan kedua, berupa keamanan hukum bagi individu dari kesewenangan pemerintah karena dengan adanya aturan yang bersifat umum itu individu dapat mengetahui apa saja yang boleh dibebankan atau dilakukan oleh negara terhadap individu.”⁴

³ Dosminikus Rato, *Filosafat Hukum Mencari dan Memahami Hukum*, (Yogyakarta:PT Presindo,2010), hlm.59.

⁴Riduan Syahrani, *Rangkuman Intisari Ilmu Hukum*, (Bandung: Citra Aditya,1999), hlm.23.

Kepastian hukum ini berasal dari ajaran Yuridis-Dogmatik yang didasarkan pada aliran pemikiran Positivisme di dunia hukum yang cenderung melihat hukum sebagai sesuatu yang otonom yang mandiri, karena bagi penganut aliran ini, tujuan hukum tidak lain sekedar menjamin terwujudnya oleh hukum yang bersifat umum. Sifat umum dari aturan-aturan hukum membuktikan bahwa hukum tidak bertujuan untuk mewujudkan keadilan atau kemanfaatan, melainkan semata-mata untuk kepastian.

Selama menegakkan hukum ada tiga unsur yang harus diperhatikan, yaitu: kepastian hukum, kemanfaatan dan keadilan. Ketiga unsur tersebut harus ada kompromi, harus mendapat perhatian secara proporsional seimbang. Tetapi dalam praktek tidak selalu mudah mengusahakan kompromi secara proporsional seimbang antara ketiga unsur tersebut. Tanpa kepastian hukum orang tidak tahu apa yang harus diperbuatnya dan akhirnya timbul keresahan. Tetapi terlalu menitik beratkan pada kepastian hukum, terlalu ketat mentaati peraturan hukum akibatnya kaku dan akan menimbulkan rasa tidak adil.

Adanya kepastian hukum merupakan harapan bagi pencari keadilan terhadap tindakan sewenang-wenang dari aparat penegak hukum yang terkadang selalu arogansi dalam menjalankan tugasnya sebagai penegak hukum. Karena dengan adanya kepastian hukum masyarakat akan tahu kejelasan akan hak dan kewajiban menurut hukum. Tanpa ada kepastian hukum maka orang akan tidak tahu apa yang harus diperbuat, tidak mengetahui perbuatannya benar atau salah, dilarang atau tidak dilarang oleh hukum.

Kepastian hukum ini dapat diwujudkan melalui penoramaan yang baik dan jelas dalam suatu Undang-Undang dan akan jelas pula penerapannya. Dengan kata lain kepastian hukum itu berarti tepat hukumnya, subjeknya dan objeknya serta ancaman hukumnya. Akan tetapi kepastian hukum mungkin sebaiknya tidak dianggap sebagai elemen yang mutlak ada setiap saat, tapi sarana yang digunakan sesuai dengan situasi dan kondisi dengan memperhatikan asas manfaat dan efisiensi.

2. Teori Efektivitas Hukum

Efektifitas bermakna arti keefektifan pengaruh efek keberhasilan atau kemanjuran, ketika berbicara sejauh mana efektivitas hukum maka pertama-tama harus dapat mengukur sejauh mana aturan hukum itu ditaati atau tidak ditaati, jika aturan hukum tersebut ditaati sebagian besar target sasaran, maka dapat dikatakan aturan hukum tersebut efektif.⁵ Efektivitas hukum menurut Soerjono Soekanto, ditentukan oleh taraf kepatuhan masyarakat terhadap hukum, termasuk para penegak hukumnya, sehingga dikenal asumsi bahwa, “taraf kepatuhan yang tinggi adalah indikator suatu berfungsinya suatu sistem hukum.” Dan berfungsinya hukum merupakan pertanda hukum tersebut mencapai tujuan hukum yaitu berusaha untuk mempertahankan dan melindungi masyarakat dalam pergaulan hidup.⁶

Soerjono Soekanto menggunakan tolak ukur efektifitas dalam penegakan hukum pada lima hal yakni:

⁵ Salim, H.S dan Erlis Septiana Nurbani, *Penerapan Teori Hukum Pada Tesis dan Disertasi*, (Jakarta: Rajawali Press, 2013), hlm. 375.

⁶ Soerjono Soekanto, *Efektivitas Hukum dan Peranan Saksi*, (Bandung: Remaja Karya, 1985), hlm. 7.

1) “Faktor Hukum

Hukum berfungsi untuk keadilan, kepastian dan kemanfaatan.

Dalam praktik penyelenggaraan hukum di lapangan ada kalanya terjadi pertentangan antara kepastian hukum dan keadilan. Kepastian Hukum sifatnya konkret berwujud nyata, sedangkan keadilan bersifat abstrak sehingga ketika seseorang hakim memutuskan suatu perkara secara penerapan undang-undang saja maka ada kalanya nilai keadilan itu tidak tercapai. Maka ketika melihat suatu permasalahan mengenai hukum setidaknya keadilan menjadi prioritas utama. Karena hukum tidaklah semata-mata dilihat dari sudut hukum tertulis saja.

2) Faktor Penegakan Hukum

Dalam berfungsinya hukum, mentalitas atau kepribadian petugas penegak hukum memainkan peranan penting, kalau peraturan sudah baik, tetapi kualitas petugas kurang baik, ada masalah. Selama ini ada kecenderungan yang kuat di kalangan masyarakat untuk mengartikan hukum sebagai petugas atau penegak hukum, artinya hukum diidentikkan dengan tingkah laku nyata petugas atau penegak hukum. Sayangnya dalam melaksanakan wewenangnya sering timbul persoalan karena sikap atau perlakuan yang dipandang melampaui wewenang atau perbuatan lainnya yang dianggap melunturkan citra dan wibawa penegak hukum. Hal ini disebabkan oleh kualitas yang rendah dari aparat penegak hukum tersebut.⁷

⁷ *Ibid.* hlm.21.

3) Faktor Sarana atau Fasilitas Pendukung

Faktor sarana atau fasilitas pendukung mencakup perangkat lunak dan perangkat keras, Menurut Soerjono Soekanto bahwa para penegak hukum tidak dapat bekerja dengan baik, apabila tidak dilengkapi dengan kendaraan dan alat-alat komunikasi yang proporsional. Oleh karena itu, sarana atau fasilitas mempunyai peranan yang sangat penting di dalam penegakan hukum. Tanpa adanya sarana atau fasilitas tersebut, tidak akan mungkin penegak hukum menyerasikan peranan yang seharusnya dengan peranan yang aktual.⁸

4) Faktor Masyarakat

Penegak hukum berasal dari masyarakat dan bertujuan untuk mencapai kedamaian di dalam masyarakat. Setiap warga masyarakat atau kelompok sedikit banyaknya mempunyai kesadaran hukum. Persoalan yang timbul adalah taraf kepatuhan hukum, yaitu kepatuhan hukum yang tinggi, sedang, atau kurang. Adanya derajat kepatuhan hukum masyarakat terhadap hukum, merupakan salah satu indikator berfungsinya hukum yang bersangkutan.

⁸ *Ibid.* hlm. 37.

5) Faktor Kebudayaan

Kebudayaan pada dasarnya mencakup nilai-nilai yang mendasari hukum yang berlaku, nilai-nilai mana yang merupakan konsepsi-konsepsi yang abstrak mengenai apa yang dianggap baik (sehingga dituruti) dan apa yang dianggap buruk (sehingga dihindari). Maka, kebudayaan Indonesia merupakan dasar atau mendasari hukum adat yang berlaku. Disamping itu berlaku pula hukum tertulis (perundang-undangan), yang dibentuk oleh golongan tertentu dalam masyarakat yang mempunyai kekuasaan dan wewenang untuk itu. Hukum perundang-undangan tersebut harus dapat mencerminkan nilai-nilai yang menjadi dasar dari hukum adat, agar hukum perundang-undangan tersebut dapat berlaku secara aktif.”⁹

B. Landasan Konseptual

1. Tinjauan Umum Tentang Bank

a. Pengertian Bank

Apabila ditelusuri sejarah dari terminologi “bank”, maka ditemukan bahwa kata bank berasal dari bahasa Italia “banca” yaitu suatu bangku tempat duduk. Sebab pada masa zaman pertengahan, pihak bankir Itali yang memberikan pinjaman-pinjaman melakukan usahanya tersebut dengan duduk dibangku-bangku di halaman pasar.¹⁰ Di Indonesia yang merupakan negara berkembang di mana masih banyak penduduknya ialah masyarakat desa, di mana masih ada sebagian

⁹ *Ibid.* hlm. 8.

¹⁰ A. Abdurachman, *Ensiklopedia Ekonomi Keuangan Perdagangan*, (Jakarta: Pradnya Paramita, 1993), hlm. 80.

yang menganggap bahwa bank hanya sebagai tempat untuk menyimpan uang dan hanya untuk kalangan tertentu saja.

Minimnya pengetahuan masyarakat desa akan bank menimbulkan rasa enggan bahkan takut untuk berhubungan dan bertransaksi dengan bank. Dalam perkembangan dewasa ini, istilah bank dimaksudkan sebagai suatu jenis pranata finansial yang melaksanakan jasa-jasa keuangan yang cukup beraneka ragam, seperti memberi pinjaman, mengedarkan mata uang, mengadakan pengawasan terhadap mata uang, bertindak sebagai tempat penyimpanan untuk benda-benda berharga, dan membiayai usaha-usaha perusahaan. Pada era modern ini, juga tidak sedikit masyarakat yang berpandangan bahwa peran bank sangatlah penting, tentu hal ini diiringi dengan pengetahuan masyarakat mengenai bank, yang bukan hanya sebagai tempat untuk menyimpan uang.

Masyarakat juga membutuhkan bank sebagai mitra dalam melaksanakan aktivitas keuangan. Hampir dalam segala bidang sektor usaha, baik sektor usaha maupun individu yang meliputi sektor industri, perdagangan, pertanian, perkebunan, jasa, perumahan dan lain sebagainya. Bagi masyarakat menjalin hubungan kemitraan dengan bank menjadi hal yang penting demi mendukung kelancaran usaha dan aktivitas keuangan. Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Perbankan dirumuskan pengertian “Perbankan adalah segala sesuatu yang menyangkut tentang bank, mencakup kelembagaan, kegiatan usaha, serta cara dan proses dalam melaksanakan kegiatan usahanya.”¹¹

¹¹ Indonesia, *Undang-Undang Perbankan No.10 Tahun 1998*.

Lantas di dalam Pasal 1 angka 2 Undang-Undang Perbankan dirumuskan bahwa “Bank adalah badan usaha yang menghimpun dana dari masyarakat dalam bentuk simpanan dan menyalurkannya kepada masyarakat dalam bentuk kredit dan atau bentuk-bentuk lainnya dalam rangka meningkatkan taraf hidup rakyat banyak.”¹² Lembaga perbankan merupakan inti dari sistem keuangan dari setiap negara. Bank adalah lembaga keuangan yang menjadi tempat bagi orang perseorangan, badan-badan usaha swasta, badan-badan usaha milik negara, bahkan lembaga-lembaga pemerintahan menyimpan dana-dana yang dimilikinya. Melalui kegiatan perkreditan dan berbagai jasa yang diberikan, bank melayani kebutuhan pembiayaan serta melancarkan mekanisme sistem pembayaran bagi semua sektor perekonomian.¹³ Dari beberapa definisi yang diuraikan tersebut maka dapat diambil suatu kesimpulan bahwa bank adalah suatu lembaga atau badan yang bergerak di bidang jasa, yaitu sebagai penyalur dana atau pemberi kredit, sebagai penyalur simpanan-simpanan dari masyarakat, sebagai badan yang menerima dana simpanan dari masyarakat dan juga sebagai perantara dalam menerima dan membayar transaksi dagang di dalam negeri maupun di luar negeri.

Menurut *Prof. G.M. Verryn Stuart* didalam bukunya *Bank Politik* mengatakan, “bank adalah suatu badan yang bertujuan untuk memuaskan kebutuhan kredit, baik dengan alat – alat pembayarannya sendiri atau uang yang

¹² *Ibid*,Ps.1 angka 2.

¹³ Hermansyah S.H.,M.Hum.,*Hukum Perbankan Nasional Indonesia Edisi* 2,(Jakarta:Kencana,2013),hlm.5.

diperolehnya dari orang lain, maupun dengan jalan memperedarkan alat – alat penukar baru berupa uang giral.¹⁴

Pengertian bank menurut Pasal 1 butir 2 Undang – Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perbankan, “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.” Menurut interpretasi di atas, secara sederhana kiranya dapat diketahui, bank adalah suatu badan usaha yang berbadan hukum yang bergerak di bidang jasa keuangan. Bank sebagai badan hukum berarti secara yuridis adalah merupakan subyek hukum yang berarti dapat mengikatkan diri dengak pihak ketiga.¹⁵

b. Jenis – jenis bank

Dari segi fungsi dibedakan menjadi 4 jenis bank yaitu¹⁶ :

- 1) Bank Sentral, yaitu bank yang memperoleh hak untuk mengedarkan uang logam ataupun uang kertas.
- 2) Bank Umum ialah bank yang didalam usahanya mengumpulkan dana terutama menerima simpanan dalam bentuk giro dan deposito. Didalam usahanya bank umum terutama memberikan kredit berjangka pendek.

¹⁴ Simorangkir O.P., *Dasar – dasar dan mekanisme perbankan*,(Jakarta:Aksara Persada Indonesia, 1987),hlm.18.

¹⁵ Sembiring Sentosa, *Hukum Perbankan*,(Bandung:Mandar Maju, 2000),hlm.2.

¹⁶ Usman Rachmadi, *Aspek-aspek Hukum Perbankan di Indonesia*,(Jakarta:Gramedia Pustaka Utama,2001),hlm.64.

3) Bank Tabungan ialah bank yang di dalam usahanya mengumpulkan dana terutama menerima simpanan dalam bentuk tabungan dan didalam usahanya terutama memprbungakan dananya dengan kertas – kertas berharga.

4) Bank Pembangunan ialah bank yang didalam usahanya mengumpulkan dana terutama menerima simpanan dalam bentuk deposito dan/atau mengeluarkan kertas – kertas berharga jangka menengah dan panjang. Di dalam usahanya jenis bank ini terutama memberikan kredit jangka menengah dan panjang dalam bidang pembangunan.

5) Bank lainnya yang akan diterapkan dengan undang – undang menurut kebutuhan dan perkembangan ekonomi.

Jenis – Jenis bank menurut Undang – Undang Nomor 10 Tahun 1998

Tentang Perbankan yang dijelaskan pada Pasal 5 ayat 1, jenis bank terbagi menjadi 2 yaitu, “Bank Umum dan Bank Perkreditan Rakyat.”

Bank Umum adalah bank pencipta uang giral, bank umum dapat mengkhususkan diri untuk melaksanakan kegiatan tertentu atau memberikan perhatian yang lebih besar kepada kegiatan tertentu. Kegiatan tertentu tersebut antara lain melaksanakan kegiatan pembiayaan jangka panjang, pembiayaan untuk mengembangkan koperasi, pengembangan pengusaha golongan ekonomi lemah/pengusaha kecil, pengembangan ekspor non migas dan pengembangan pembangunan perumahan.¹⁷

¹⁷ *Ibid*, hlm.63.

Bank Perkreditan Rakyat adalah bank yang melaksanakan kegiatan usaha secara konvensional atau berdasarkan prinsip syariah yang dalam kegiatannya tidak memberikan jasa dalam lalu lintas pembayaran. Dengan sendirinya Bank Perkreditan Rakyat adalah bukan bank pencipta uang giral, sebab bank perkreditan rakyat tidak ikut memberikan jasa dalam lalu lintas pembayaran.¹⁸

c. Azas , Fungsi , dan Tujuan Bank

Untuk terciptanya sistem perbankan yang sehat, kegiatan operasional lembaga perbankan juga perlu dilandasi dengan beberapa asas hukum (khusus) yaitu:¹⁹

1) Azas Demokrasi Ekonomi

“Pasal 2 Undang-Undang Perbankan yang menyatakan : Bahwa perbankan indonesia dalam melakukan usahanya berdasarkan demokrasi ekonomi dengan menggunakan prinsip kehati – hatian. Hal tersebut berarti bahwa : fungsi dan usaha perbankan diarahkan untuk melaksanakan prinsip – prinsip yang terkandung dalam demokrasi ekonomi yang berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945.”

2) Azas Kepercayaan (*Fiduciary principle*)

Suatu asas yang menyatakan bahwa usaha bank dilandasi oleh hubungan kepercayaan antara bank dan nasabahnya. bank terutama bekerja dengan dana dari masyarakat yang disimpan padanya atas dasar

¹⁸ *Ibid*, hlm.63.

¹⁹ Zaini Zulfi Diane, *Independensi Bank Indonesia dan Penyelesaian Bank Bermasalah*, (Bandung: CV Keni Media, 2011), hlm.54-56.

kepercayaan, sehingga setiap bank perlu terus menjaga kesehatannya dengan tetap memelihara dan mempertahankan kepercayaan masyarakat padanya.

3) Azas Kerahasiaan (*Confidential principle*)

Asas yang mengharuskan atau mewajibkan bank merahasiakan segala sesuatu yang berhubungan dengan rekening dan isi rekening nasabah bank yang menurut kelaziman dunia perbankan (wajib) dirahasiakan. Kerahasiaan tersebut adalah untuk kepentingan bank sendiri karena bank memerlukan kepercayaan masyarakat yang menyimpan uangnya di bank. Masyarakat hanya akan mempercayakan uangnya pada bank atau memanfaatkan jasa bank apabila bank menjamin bahwa tidak akan ada penyalahgunaan pengetahuan bank tentang simpanannya. Dengan demikian bank harus memegang teguh rahasia bank.

4) Azas Kehati – hatian (*Prudential principle*)

Suatu asas yang menyatakan bahwa bank dalam menjalankan fungsi dan kegiatan usahanya wajib menerapkan prinsip Kehati – hatian dalam rangka melindungi dana masyarakat yang dipercayakan padanya. Hal tersebut sesuai dengan “Pasal 2 Undang - Undang Perbankan, yaitu : Perbankan Indonesia dalam melakukan usahanya berasaskan Demokrasi Ekonomi dengan menggunakan Prinsip Kehati – hatian.”

Fungsi utama perbankan Indonesia menurut Pasal 3 Undang- Undang Perbankan adalah :

“Sebagai penghimpun dan penyalur dana masyarakat. Hal tersebut berarti lembaga perbankan dituntut peran yang lebih aktif dalam menggali dana dari masyarakat dalam rangka pembangunan nasional.”

Tujuan perbankan Indonesia sebagaimana diatur dalam Pasal 4 Undang – Undang Perbankan adalah :

*“Menunjang pelaksanaan pembangunan nasional dalam rangka meningkatkan pemerataan, pertumbuhan ekonomi dan stabilitas nasional ke arah peningkatan kesejahteraan rakyat.”*²⁰

d. Kegiatan – kegiatan Bank

Tatkala dalam melakukan kegiatan usahanya, jenis usaha bank akan ditentukan oleh jenis bank itu sendiri. Menurut jenisnya berdasarkan Pasal 5 Undang-Undang Perbankan, bank dibagi menjadi dua, yaitu bank umum dan bank perkereditan rakyat. Keduanya sama-sama merupakan bank yang melaksanakan kegiatan usaha secara konvensional dan/atau berdasarkan Prinsip Syariah. Yang membedakan adalah kegiatan jasa dalam lalu lintas pembayaran berlaku bagi bank umum sedangkan bagi bank perkreditan rakyat hal itu tidak berlaku. Pasal 6 Undang-Undang Perbankan ditentukan bahwa usaha yang dapat dilakukan oleh Bank Umum meliputi :

²⁰ Zaini Zulfi Diane, *Independensi Bank Indonesia dan Penyelesaian Bank Bermasalah*, (Bandung: CV Keni Media, 2011), hlm.57.

- 1) Menghimpun dana dari masyarakat dalam bentuk simpanan berupa giro, deposito berjangka, sertifikat deposito, tabungan dan bentuk lainnya.
- 2) Memberikan kredit
- 3) Menerbitkan surat pengakuan utang
- 4) Membeli, menjual atau menjamin atas resiko sendiri maupun untuk kepentingan dana atas perintah nasabahnya

Dapat disimpulkan unsur-unsur yang terdapat di dalam kreditor, yaitu:

Kepercayaan : yaitu adanya keyakinan dari pihak bank atas prestasi yang diberikannya kepada nasabah peminjam dana yang akan dilunasinya sesuai dengan diperjanjikan pada waktu tertentu.

Waktu : adanya jangka waktu tertentu antara pemberian kredit dan pelunasannya. jangka waktu tersebut sebelumnya terlebih dahulu disetujui atau disepakati bersama antara pihak bank dan nasabah peminjam dana.

Prestasi : yaitu adanya objek tertentu berupa prestasi dan kontraprestasi pada saat tercapainya persetujuan atau kesepakatan perjanjian pemberian kredit antara bank dan nasabah peminjam dana berupa uang dan bunga atau imbalan.

Resiko : yaitu adanya resiko yang mungkin akan terjadi selama jangka waktu antara pemberian dan pelunasan kredit tersebut, sehingga untuk mengamankan pemberian kredit dan menutup kemungkinan terjadinya wanprestasi dari nasabah peminjam dana, maka diadakanlah pengikatan jaminan dan agunan.²¹

²¹ Rachmadi Usman, *Op.Cit.*, hlm.238.

e. Hak dan Kewajiban Bank

Dalam hal ini bank memiliki beberapa hak yaitu :

- 1) Mendapatkan provisi terhadap layanan jasa yang diberikan kepada nasabah.
- 2) Menolak pembayaran apabila tidak memenuhi persyaratan yang telah disepakati bersama.
- 3) Melelang agunan dalam hal nasabah tidak mampu untuk melunasi kredit yang diberikan kepadanya sesuai dengan akad kredit yang telah ditanda tangani kedua belah pihak.
- 4) Pemutusan rekening nasabah
- 5) Mendapatkan buku cek, bilyet giro, buku tabungan, dan kartu kredit dalam hal terjadi penutupan rekening.

Kewajiban Bank :

Setelah mengetahui beberapa hak bank, bank juga memiliki kewajibannya, yaitu :

- 1) Mengembalikan agunan ,ketika kredit telah lunas.
- 2) Menjamin kerahasiaan identitas nasabah beserta dana yang disimpannya di bank, kecuali ketika peraturan perundang-undangan menentukan lain.
- 3) Membayar bunga simpanan sesuai dengan perjanjian.

- 4) Menganti kedudukan debitor dalam hal nasabah tidak mampu melaksanakannya kepada pihak ketiga.
- 5) Memberikan laporan kepada nasabah terhadap perkembangan dananya di bank.

2. Tinjauan Umum Tentang Nasabah

a. Pengertian Nasabah

Nasabah memiliki peran penting, nasabah sebagai nafas yang menentukan apakah siklus perbankan tetap berlanjut atau tidak. Nasabah adalah pihak yang menggunakan jasa bank.

Perumusan Nasabah terdapat pada Pasal 1 Angka 15 Undang-Undang Otoritas Jasa Keuangan :

“Konsumen adalah pihak-pihak yang menempatkan dananya dan/atau memanfaatkan pelayanan yang tersedia di Lembaga Jasa Keuangan antara lain nasabah pada Perbankan, pemodal di Pasar Modal, pemegang polis pada Perasuransian, dan peserta pada Dana Pensiun, berdasarkan peraturan perundang-undangan di sektor jasa keuangan”.

Menurut Undang-Undang Perbankan, “nasabah adalah orang atau badan yang mempunyai rekening simpanan atau pinjaman pada bank. Pada tahun 1998 melalui Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 diintroduksilah rumusan masalah nasabah dalam pasal 1 angka 16, yaitu pihak yang menggunakan jasa bank.

Nasabah penyimpan dana adalah nasabah yang menempatkan dananya di bank

dalam bentuk simpanan berdasarkan perjanjian bank dengan nasabah yang bersangkutan”.

Berdasarkan arti sederhana, setiap orang yang menyimpan uangnya di bank disebut sebagai nasabah penyimpan, dalam arti yuridis, nasabah penyimpan adalah nasabah yang menempatkan dananya di bank dalam bentuk simpanan berdasarkan perjanjian bank dengan nasabah yang bersangkutan. Perlu dicermati bahwa obyek perjanjian simpanan berupa giro, deposito, dan tabungan, maka tidak ditemukan baik dalam KUH Perdata maupun KUH Dagang, namun sebagai perjanjian, terdapat ketentuan umum dalam Pasal 1319 KUH Perdata yang berbunyi :

*“Semua persetujuan, baik yang mempunyai nama khusus maupun yang tidak terkenal dengan suatu nama tertentu, tunduk pada peraturan-peraturan umum yang termuat di dalam bab ini dan bab yang lalu.”*²²

Nasabah debitur adalah nasabah yang memperoleh fasilitas kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip syariah atau yang dipersamakan dengan itu berdasarkan perjanjian bank dengan nasabah yang bersangkutan (Pasal 1 angka 18 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998). Adapun fasilitas yang bisa diperoleh oleh nasabah debitur, misalkan penggunaan kartu kredit, kredit kepemilikan rumah, dan sebagainya.

²²Tan Kamello, *Hukum Jaminan Fidusia Suatu Kebutuhan Yang Didambakan*,(Bandung:PT. Alumni. Bandung, 2003),hlm. 22.

Adapun pihak-pihak yang termasuk sebagai nasabah adalah:

1) Individu

Nasabah bank terdiri dari orang yang telah dewasa dan orang yang belum dewasa. Nasabah orang dewasa hanya diperbolehkan untuk nasabah kredit dan atau nasabah giro. Sedangkan nasabah simpanan dan atau jasa-jasa bank lainnya dimungkinkan orang yang belum dewasa, misalnya nasabah tabungan dan atau nasabah lepas (*working customer*) untuk transfer dan sebagainya. Terhadap perjanjian yang dibuat antara bank dengan nasabah yang belum dewasa tersebut telah disadari konsekuensi hukum yang diakibatkannya. Konsekuensi hukum tersebut adalah tidak dipenuhinya salah satu unsur sahnya perjanjian seperti yang termuat dalam Pasal 1320 KUH Perdata, maka perjanjian tersebut dapat dibatalkan, artinya perjanjian tersebut dapat dibatalkan oleh pihak yang dapat mewakili anak yang belum dewasa itu, yaitu orang tua atau walinya melalui acara gugatan pembatalan. Dengan kata lain, selama orang tua atau wali dari orang yang belum dewasa tersebut tidak melakukan gugatan, maka perjanjian tersebut tetap berlaku dan mengikat terhadap para pihak. Nasabah kredit dan rekening giro bisaanya diwajibkan bagi nasabah yang telah dewasa. Hal ini disebabkan karena resiko bank yang sangat besar jika dalam pemberian kredit dan atau pembukaan rekening giro diperbolehkan bagi nasabah yang belum dewasa.

2) Badan Hukum

Untuk nasabah berupa badan hukum, perlu diperhatikan aspek legalitas dari badan tersebut serta kewenangan bertindak dari pihak yang berhubungan dengan bank. Hal ini berkaitan dengan aspek hukum perseorangan. Berkaitan

dengan kewenangan bertindak bagi nasabah yang bersangkutan, khususnya bagi badan, termasuk apakah untuk perbuatan hukum tersebut perlu mendapat persetujuan dari Komisaris atau Rapat Umum Pemegang Saham (RUPS) agar diperhatikan anggaran dasar dari badan yang bersangkutan. Subjek hukum yang berbentuk badan, tidak otomatis dapat berhubungan dengan bank. Untuk dapat berhubungan dengan bank, harus juga dilihat peraturan perundang-undangan yang berlaku dan bagaimana ketentuan internal yang berlaku pada bank yang bersangkutan.

b. Hak dan Kewajiban Nasabah

Hubungan kemitraan antara bank dengan nasabahnya ialah hubungan hukum, dimana keduanya sama-sama menginginkan pemenuhan prestasi oleh para pihak. Dengan demikian, untuk menjaga agar prestasi tersebut terpenuhi maka para pihak akan diberikan tanggung jawab, yaitu dalam bentuk hak dan kewajiban. Hubungan hukum antara bank dan nasabah bermula ketika nasabah menyepakati dan menandatangani perjanjian baku (formulir perjanjian) yang dikeluarkan oleh bank. Misalkan untuk membuka sebuah rekening, nasabah diwajibkan untuk mengisi formulir dan menyetujui klausula-klausula yang telah ditetapkan oleh bank.

Berdasarkan pada buku berjudul *Hak dan Kewajiban Hukum Nasabah Bank*, karya Lukman Santoso Az, menguraikan bahwa nasabah memiliki hak, yaitu :

- 1) “Mendapatkan layanan jasa yang diberikan oleh bank , seperti fasilitas ATM.

- 2) Mendapatkan laporan atas transaksi yang dilakukan melalui bank.
- 3) Menuntut bank dalam hal pembocoran rahasia nasabah.
- 4) Mendapat agunan kembali setelah agunan lunas.
- 5) Mendapat sisa uang pelelangan dalam hal agunan dijual untuk melunasi kredit yang tak dibayar.

Setelah hak nasabah diketahui, timbul lah kewajiban nasabah, yaitu :

- 1) Mengisi dan menandatangani formulir yang disediakan oleh bank, sesuai dengan layanan jasa yang diinginkan oleh nasabah.
- 2) Melengkapi persyaratan yang telah ditentukan oleh pihak bank.
- 3) Membayar provisi yang telah ditentukan oleh bank.
- 4) Menyetor dana awal yang telah ditentukan oleh bank.
- 5) Menyerahkan buku cek/giro bilyet tabungan.”

c. Hubungan Nasabah dan Bank

Berdasarkan perkembangannya, perjanjian bukan lagi sebagai perbuatan hukum melainkan merupakan hubungan hukum (*rechtsverhouding*). Pandangan ini dikemukakan oleh Van Dunne yang mengatakan bahwa perjanjian adalah perbuatan hukum merupakan teori klasik atau teori konvensional.²³ Hubungan antara nasabah dan bank didasarkan pada dua unsur yang paling terkait, yakni hukum dan kepercayaan. Suatu bank hanya bisa melakukan kegiatan dan mengembangkan bank, apa bila masyarakat percaya untuk menyimpan uangnya

²³ Van Dune dalam Tan Kamello, *Op.Cit.*, hlm.5.

pada produk-produk perbankan yang ada pada bank tersebut. Berdasarkan kepercayaan masyarakat tersebut, bank dapat memobilisasi dana dari masyarakat untuk ditempatkan pada banknya dan bank akan memberikan jasa-jasa perbankan.²⁴

1) Hubungan Kontraktual

Hubungan yang paling utama dan lazim antara bank dan nasabah adalah hubungan kontraktual. Hal ini berlaku hampir terhadap semua nasabah baik nasabah debitur, nasabah deposan, ataupun nasabah nondebitur-nondeposan.²⁵

Basis hubungan hukum antara bank dan para nasabahnya adalah hubungan kontraktual. Hubungan kontraktual ini terjadi pada saat nasabah menjalin

hubungan hukum dengan pihak bank, setelah nasabah hubungan hukum seperti nasabah membuka rekening tabungan, deposito, dan produk perbankan lainnya.²⁶

Bagi nasabah debitur pengaturannya terdapat pada “Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata yang berarti para pihak bisa saling memberikan tuntutan hingga akhirnya terbentuklah suatu perjanjian.” Berbeda dengan nasabah deposan dan nasabah nondebitur-nondeposan di mana tidak terdapat ketentuan khusus didalamnya, sehingga lazimnya nasabah hanya bisa untuk sepakat atau tidak sepakat atas perjanjian standar (perjanjian baku) yang telah dikeluarkan oleh pihak bank sebelumnya.

²⁴ Ronny Sautama Hotma Bako, *Hubungan Bank dan Nasabah terhadap Produk Tabungan dan Deposito*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1995), hlm.32.

²⁵ Munir Fuady, *Hukum Perbankan Modern*, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2003), hlm.100.

²⁶ Ronny Sautama Hotma Bako, *Op.Cit.*, hlm.33.

2) Hubungan Non-kontraktual

Selain dari hubungan kontraktual seperti yang telah disebutkan di atas maka berikut ini akan kita lihat apakah ada hubungan hukum yang lain antara pihak bank dan pihak nasabah, terutama antara nasabah deposan dan nasabah nondeposan-nondebitur.²⁷

Ada 6 (enam) jenis hubungan hukum antara bank dan nasabah selain dari hubungan kontraktual sebagaimana disebutkan di atas, yaitu :

- 1) Hubungan Fidusia (Fiduciary Relation)
- 2) Hubungan Konfidensial
- 3) Hubungan Bailor-Bailee
- 4) Hubungan Principal-Agent
- 5) Hubungan Mortgagor-Mortgagee
- 6) Hubungan trustee-Beneficiary²⁸

3. Tinjauan Umum Tentang Kredit dan Perjanjian Kredit

a. Pengertian Kredit

Istilah kredit, berasal dari suatu kata dalam bahasa Latin yang berbunyi *Creder*, yang berarti Kepercayaan atau *Credo*, artinya Saya Percaya. Bahwa pemberian suatu kredit terjadi, didalamnya terkandung adanya kepercayaan orang atau badan yang memberikannya kepada orang lain atau badan yang diberinya, dengan ikatan perjanjian harus memenuhi segala kewajiban yang

²⁷ Munir Fuady, *Op.Cit.*, hlm.102.

²⁸ *Ibid*, hlm.102.

diperjanjikan untuk dipenuhi pada waktunya. Bila transaksi kredit terjadi, maka akan dapat kita lihat adanya pemindahan materi dari yang memberikan kredit kepada yang diberi kredit.

Pengertian umum, kredit itu didasarkan kepada kepercayaan atas kemampuan si peminjam untuk membayar sejumlah uang pada masa yang akan datang.

Rolling G. Thomas, mengemukakan bahwa kepercayaan kredit atau pemberian kredit oleh kreditur itu, didasarkan kepada kemampuan debitur dalam hal mengembalikan pinjaman berikut bunganya, dan tertentu menurut estimasi analisis kredit. Sedangkan Amir R. Batubara, mengemukakan kredit itu terjadi, bila ada tenggang waktu antara pemberi kredit itu sendiri oleh kreditur, dengan saat pembayaran yang dilakukan debitur. Adapun pengertian kredit yang tercantum dalam Pasal 1 Angka 11 Undang-Undang Nomor 10 tahun 1998 Tentang Perbankan:

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

Berdasarkan pengertian diatas terdapat unsur-unsur yang terkandung dalam kredit tersebut, diantaranya sebagai berikut :

- 1) Adanya orang atau badan yang memiliki uang, barang atau jasa, dan bersedia untuk meminjamkannya kepada pihak lain.

- 2) Adanya orang atau badan sebagai pihak yang memerlukan atau meminjam uang barang atau jasa.
- 3) Adanya kepercayaan kreditur kepada debitur.
- 4) Adanya janji dan kesanggupan membayar dari debitur kepada kreditur.
- 5) Adanya perbedaan waktu, yaitu perbedaan antara saat penyerahan uang, barang atau jasa, oleh kreditur dengan saat pembayaran kembali oleh debitur.
- 6) Adanya risiko.

1) Jenis – Jenis Kredit

(1) Kredit Produktif

Adalah kredit yang diberikan kepada usaha-usaha yang menghasilkan barang dan jasa sebagai kontribusi dari usaha-usahanya.

Untuk kredit jenis ini terdapat 2 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 Adalah kredit yang diberikan kepada orang perorangan untuk memenuhi kebutuhan konsumtif masyarakat umumnya (sumber pengembaliannya dari fixed income debitur)

b. Pengertian Perjanjian

Pasal 1313 KUHPerdato memberikan rumusan tentang perjanjian sebagai berikut :

“Suatu perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih.”

Istilah perjanjian atau kontrak dalam sistem hukum nasional memiliki pengertian yang sama. Suatu perjanjian atau kontrak memiliki unsur-unsur yaitu pihak-pihak yang kompeten, pokok yang disetujui, pertimbangan hukum, perjanjian timbal balik, serta hak dan kewajiban timbal balik.

Syarat Sah Perjanjian Berdasarkan KUHPer Pasal 1320 menyebutkan di dalam hukum kontrak ditentukan empat syarat sahnya perjanjian, yaitu :

1) Adanya Kesepakatan Kedua Belah Pihak

Kesepakatan adalah persesuaian kehendak antara satu orang atau lebih dengan pihak lain. Pengertian sesuai disini adalah pernyataanya, karena kehendak itu tidak dapat dilihat/diketahui orang lain.

2) Kecapakan Bertindak

Sesuai dengan aturan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata

“Kecakapan bertindak adalah kecakapan atau kemampuan untuk melakukan perbuatan hukum. Perbuatan hukum adalah perbuatan yang akan menimbulkan akibat hukum.”

Pada dasarnya, setiap orang sepanjang tidak ditentukan lain oleh undang-undang, dianggap cakap atau mampu melakukan perbuatan hukum yang dalam hal ini adalah membuat perjanjian. Hal ini ditegaskan dalam ketentuan Pasal 1329 KUH Perdata yang menyatakan

“Setiap orang adalah cakap untuk membuat perikatan-perikatan, kecuali ia oleh undang-undang dinyatakan tidak cakap.”

Orang-orang yang akan mengadakan perjanjian haruslah orang-orang yang cakap dan berwenang untuk melakukan perbuatan hukum sebagaimana yang ditentukan oleh undang-undang, yaitu orang yang sudah dewasa. Sesuai dengan aturan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Pasal 1329, “Ukuran kedewasaan adalah telah berumur 21 tahun dan/atau sudah menikah. Orang yang tidak berwenang untuk melakukan perbuatan hukum adalah :

- (1) Anak dibawah umur
- (2) Orang yang ditaruh dibawah pengampuan.”

3) Adanya Objek Perjanjian

Objek perjanjian adalah prestasi. Prestasi adalah kewajiban debitur dan hak kreditur. Prestasi terdiri atas perbuatan positif dan negatif.

Prestasi terdiri atas :

- (1) Memberikan sesuatu
- (2) Berbuat sesuatu
- (3) tidak berbuat sesuatu.

4) Adanya Kausa yang Halal

Berdasarkan pada Pasal 1320 KUHPerdara, tidak dijelaskan pengertian kausa yang halal (*oorzaak*), didalam Pasal 1337 KUH Perdata, hanya disebutkan kausa yang terlarang, suatu sebab adalah terlarang apabila bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan dan ketertiban umum.

c. Pengertian Perjanjian Kredit

Perjanjian kredit (*credit agreement*) merupakan salah satu perjanjian yang dilakukan antara bank dengan pihak ketiga, yang dalam hal ini adalah nasabahnya. Perjanjian kredit sebenarnya dapat dipersamakan dengan perjanjian utang-piutang. Perbedaannya, istilah perjanjian kredit umumnya dipakai oleh bank sebagai kreditur, sedangkan perjanjian utang-piutang umumnya dipakai oleh masyarakat dan tidak terkait dengan bank. Berlandaskan Pasal 1 angka 11 Undang-Undang Perbankan, kredit

diartikan sebagai 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. Berdasarkan pengertian ini, perjanjian kredit dapat diartikan sebagai perjanjian pinjam-meminjam antara bank sebagai kreditur dengan pihak lain sebagai debitur yang mewajibkan debitur untuk melunasi utangnya setelah jangka waktu tertentu dengan pemberian bunga.

1) Jenis – jenis Perjanjian Kredit

Secara yuridis formal ada 2 (dua) jenis perjanjian kredit yang digunakan:²⁹

(1) Perjanjian kredit dibawah tangan atau akta dibawah tangan adalah perjanjian pemberian kredit oleh kreditur kepada debitur yang hanya dibuat diantara mereka tanpa notaris. Bahkan lazimnya dalam penandatanganan akta perjanjian kredit tersebut tanpa adanya saksi yang turut serta dalam memperlihatkan tanda tangannya. Padahal sebagaimana diketahui bahwa saksi merupakan salah satu alat pembuktian dalam perkara perdata.

(2) Perjanjian kredit yang dibuat dihadapan notaris adalah perjanjian pemberian kredit oleh kreditur kepada debitur yang hanya dibuat oleh atau dihadapan notaris.

²⁹ Daeng Naja, *Hukum Kredit dan Bank Garansi*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2005), hlm. 184-187.

2) Fungsi Perjanjian Kredit

Perjanjian kredit mempunyai beberapa fungsi:³⁰

(1) Perjanjian kredit berfungsi sebagai perjanjian-perjanjian pokok, artinya perjanjian kredit merupakan sesuatu yang menentukan batal atau tidak batalnya perjanjian lain yang mengikutinya, misalnya perjanjian pengikatan jaminan.

(2) Perjanjian kredit berfungsi sebagai alat bukti mengenai batasan-batasan hak dan kewajiban.

(3) Perjanjian kredit berfungsi sebagai alat untuk melakukan monitoring kredit.

4. Tinjauan Umum Tentang Jaminan Kebendaan

Di Indonesia jaminan kebendaan terbagi atas 2 bentuk, yaitu jaminan kebendaan bergerak dan jaminan kebendaan tidak bergerak. Jaminan kebendaan bergerak terdiri atas Fidusia, dan Resi Gudang. Untuk jaminan kebendaan tidak bergerak terdiri atas Hak Tanggungan, dan Hipotik.

1) Hak Tanggungan berdasarkan Undang-Undang No. 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan Pasal 1 angka (1)

Hak Tanggungan adalah jaminan hak pembayaran kembali atas tanah yang menyediakan tempat bagi kreditor tertentu yang lebih disukai daripada kreditor lain. Jika debitor mengalami cedera, kreditor pemegang hak memiliki hak untuk menjual, sesuai dengan peraturan hukum yang

³⁰*Ibid*, hlm. 183.

berlaku, objek yang digunakan sebagai jaminan dapat dipastikan untuk dilelang melalui pelelangan umum dengan hak untuk memprioritaskan kreditur lainnya. Berdasarkan pasal 4 angka (1) “yang menjadi objek hak tanggungan ialah berupa tanah, benda, atau hasil inovasi yang terkait dengan tanah. Hak atas tanah yang dapat dijadikan beban atas hak tanggungan meliputi tanah dengan berstatus hak milik, hak guna usaha, hak guna bangunan, hak pakai atas tanah negara, dan hak pengelolaan.”

2) Hipotik

Hipotik adalah hak jaminan yang diberikan kepada objek kebendaan yang tidak bergerak untuk pelunasan atas utang tertentu yang dilimpahkan kepada kedudukan yang lebih diutamakan terhadap kreditur-kreditur lain. Aturan hipotik berlaku terhadap benda tidak bergerak berupa hak atas tanah, namun setelah berlakunya hak tanggungan, hipotik hanya berlaku terhadap benda bergerak berupa kapal dan pesawat terbang atau helikopter yang berukuran paling sedikit 20 meter kubik, sedangkan dibawah itu berlaku ketentuan tentang jaminan fidusia. Mengenai aturan-aturan terkait hipotik diatur dalam KUH Perdata Buku II Bab XXI Pasal 1162 hingga 1232. Pengaturan tentang ketentuan bahwa kapal laut yang berukuran paling sedikit 20 meter kubik isi kotor ke atas yang dapat dihipotikkan ialah Pasal 314 ayat 1 dan Pasal 314 ayat 3 Kitab Undang-Undang Hukum Dagang.

3) Resi Gudang berdasarkan Undang – Undang No.9 Tahun 2006 Tentang Sistem Resi Gudang

“Resi gudang ialah dokumen bukti kepemilikan atas barang yang disimpan di gudang yang dikeluarkan oleh pengelola gudang.³¹ Hal ini termaktub di pasal 1 angka (1) Undang – Undang Sistem Resi Gudang. Resi gudang merupakan suatu dokumen yang membenarkan suatu hasil komoditi dengan jumlah dan kualitas tertentu dapat disimpan disuatu gudang,dan dokumen tersebut bernilai sama dengan surat berharga. Dengan adanya resi gudang petani dapat mengajukan pembiayaan ke lembaga jasa keuangan yang sudah terikat kontrak untuk memenuhi kebutuhan dana yang dibutuhkan.”

4) Pengertian Fidusia berdasarkan Undang-Undang No. 42 Tahun 1999 Tentang Jaminan Fidusia

Istilah fidusia berasal dari bahasa Belanda, yaitu *fiducie*, sedangkan dalam Bahasa Inggris disebut *fiducary transfer of ownership*, yang artinya kepercayaan. Di dalam berbagai literatur, fidusia lazim disebut dengan istilah *eigendom everdract (FEO)*, yaitu penyerahan hak milik berdasarkan atas kepercayaan. Di dalam pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang jaminan Fidusia. Kita jumpai pengertian fidusia, fidusia adalah:

³¹ Indonesia, Undang-Undang No. 9 Tahun 2006 tentang Sistem Resi Gudang.

“Peralihan hak kepemilikan suatu benda atas dasar kepercayaan dengan ketentuan bahwa benda yang hak kepemilikannya yang diadakan tersebut tetap dalam penguasaan pemilik benda itu”.

Yang diartikan dengan peralihan hak kepemilikan adalah pemindahan hak kepemilikan dari pemberi fidusia kepada penerima fidusia atas dasar kepercayaan, dengan syarat bahwa benda yang menjadi objeknya tetap berada di tangan pemberi fidusia.

Berlandaskan pada buku Dr. A. Hamzah dan Senjun Manulang yang berjudul *Lembaga fidusia dan penerapannya di Indonesia*, mengartikan fidusia adalah: “Suatu cara pengoperan hak milik dari pemiliknya (debitur), berdasarkan adanya perjanjian pokok (perjanjian utang piutang) kepada kreditur, akan tetapi yang diserahkan hanya haknya saja secara *juridise-levering* dan hanya dimiliki oleh kreditur secara kepercayaan saja (sebagai jaminan utang debitur), sedangkan barangnya tetap dikuasai oleh debitur, tetapi bukan lagi sebagai *eigenaar* maupun *bezitter*, melainkan hanya sebagai *detentor* atau *houde* dan atas nama kreditur-*eigenaar*”.

Definisi ini didasarkan pada konstruksi hukum adat, karena istilah yang digunakan adalah pengoperan. Pengoperan diartikan sebagai suatu proses atau cara mengalihkan hak milik kepada orang lain. Unsur-unsur yang tercantum dalam definisi yang dikemukakan oleh Dr. A. Hamzah dan Senjun Manulang adalah.³²

(1) “Adanya pengoperan

³² Dr. A. Hamzah dan Senjun Manulang, *Lembaga fidusia dan penerapannya di Indonesia*, (Jakarta:Indhilco), hlm.35.

- (2) Dari pemiliknyanya kepada kreditur
- (3) Adanya perjanjian pokok
- (4) Penyerahan berdasarkan kepercayaan
- (5) Bertindak sebagai *detentor* atau *houder*.”

Disamping itu istilah fidusia, dikenal juga istilah jaminan fidusia. Istilah jaminan fidusia ini dikenal dalam Pasal 1 angka 2 Undang-undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia. 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 yang 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 yang diutamakan kepada penerima fidusia terhadap kreditur lainnya.”

Unsur-unsur jaminan fidusia adalah:

- (1) Adanya hak jaminan
- (2) Adanya objek, yaitu benda bergerak baik yang berwujud maupun yang tidak berwujud dan benda tidak bergerak, khususnya bangunan yang tidak dibebani hak tanggungan. Ini berkaitan dengan pembebanan jaminan rumah susun.
- (3) Benda menjadi objek jaminan tetap berada dalam penugasan pemberi fidusia

(4) Memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditur

5) Ruang Lingkup dan Objek Jaminan Fidusia

Lahirnya Undang-Undang Jaminan Fidusia, yaitu dengan mengacu pada Pasal 1 butir 2 dan 4 serta Pasal 3 Undang-Undang Jaminan Fidusia, dapat dikatakan bahwa yang menjadi objek Jaminan Fidusia adalah benda apapun yang dapat dimiliki dan dialihkan hak kepemilikannya. Benda itu dapat berupa benda berwujud maupun tidak berwujud, terdaftar maupun tidak terdaftar, bergerak maupun tidak bergerak, dengan syarat bahwa benda tersebut tidak dapat dibebani dengan hak tanggungan sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan atau Hipotek sebagaimana dimaksud dalam, Pasal 314 Kitab Undang-Undang Dagang *jo* Pasal 1162 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Dengan memperhatikan ketentuan-ketentuan dalam Undang-Undang Jaminan Fidusia, maka dapat diharapkan bahwa nantinya Jaminan Fidusia akan menggantikan FEO dan *cessi* jaminan atas piutang-piutang (*zekerheidcessie van schuldvorderingen, fiduciary assignment of receivables*) yang dalam praktek pemberian kredit banyak digunakan.

Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia menyebutkan bahwa benda-benda yang menjadi obyek jaminan fidusia adalah sebagai berikut:

- (1) Benda tersebut harus dapat dimiliki dan dialihkan secara hukum
- (2) Benda berwujud

- (3) Benda tidak berwujud termasuk piutang
- (4) Benda bergerak
- (5) Benda tidak bergerak yang tidak dapat diikat dengan hak tanggungan
- (6) benda tidak bergerak yang tidak dapat diikat dengan hipotek
- (7) Baik atas benda yang sudah ada maupun terhadap benda yang akan diperoleh kemudian. Dalam hal benda yang akan diperoleh kemudian tidak diperlukan suatu akta pembebanan fidusia tersendiri.
- (8) Dapat atas satu satuan atau jenis benda
- (9) Dapat atas lebih dari satu jenis atau satuan benda

Pasal 3 Undang-Undang No 42 Tahun 1999 Tentang Jaminan Fidusia mengatur tentang objek yang tidak dapat dijadikan jaminan fidusia, yaitu:

- (1) “Hak tanggungan yang berkaitan dengan tanah dan bangunan, sepanjang peraturan perundang-undangan yang berlaku menentukan jaminan atas benda-benda tersebut, wajib didaftar.
- (2) Hipotek atas kapal yang terdaftar dengan isi kotor berukuran 20 (dua puluh) m³ atau lebih.
- (3) Hipotek atas pesawat terbang.
- (4) Gadai.”³³

³³Indonesia, *Undang-Undang No. 42 Tahun 1999 Tentang Jaminan Fidusia*

6) Kedudukan Para Pihak Dalam Fidusia

Bahwa telah terjadi pergeseran dalam perkembangan fidusia mengenai kedudukan para pihak. Pada zaman romawi kreditor penerima fidusia berkedudukan sebagai pemilik atas barang yang difidusiakan. Tetapi sekarang penerima fidusia hanya berkedudukan sebagai pemegang jaminan saja. Ini berarti pada zaman romawi penyerahan hak milik pada *fiducia cum creditore* terjadi secara sempurna juga. Konsekuensinya sebagai pemilik, ia bebas berbuat sesukanya atas barang tersebut. Namun berdasarkan *fides* penerima fidusia berkewajiban mengembalikan hak milik itu jika pemberi fidusia melunasi utangnya.

Berdasarkan hal ini Dr. A. Veenhoven menyatakan bahwa hak milik itu sifatnya sempurna yang terbatas karena tergantung syarat tertentu. Untuk fidusia, hak miliknya tergantung pada syarat putus (*ontbindende voorwaarde*). Hak miliknya yang sempurna baru lahir jika pemberi fidusia tidak memenuhi kewajibannya. Pendapat tersebut sebenarnya belum jelas terutama yang menyangkut kejelasan kedudukan penerima fidusia selama syarat putus tersebut belum terjadi.

7) Pembebanan Jaminan Fidusia

Pembebanan jaminan fidusia diatur dalam Pasal 4 sampai Pasal 10 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 Tentang Jaminan Fidusia:

“Jaminan fidusia merupakan perjanjian ikutan (accessoir) dari suatu perjanjian pokok yang menimbulkan hak dan kewajiban bagi para pihak.

Untuk memenuhi suatu prestasi yang dalam ketentuan Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 Tentang Jaminan Fidusia adalah memberikan sesuatu, berbuat sesuatu atau tidak berbuat sesuatu, dan yang kesemuanya tersebut dapat dinilai dengan uang.”

Oleh karena jaminan fidusia merupakan perjanjian ikutan dan memiliki hak yang didahulukan serta memiliki juga kesempatan *parate eksekusi*, maka pembebanan benda atau barang dengan jaminan fidusia wajib dan harus dibuat dalam suatu akta notaris. Menurut Pasal 6 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 Tentang Jaminan Fidusia, Akta Jaminan Fidusia sekurang-kurangnya memuat:

- (1) “Identitas pihak pemberi dan penerima fidusia
- (2) Data perjanjian pokok yang dijamin fidusia
- (3) Uraian mengenai benda yang menjadi obyek jaminan fidusia
- (4) Nilai penjaminan
- (5) Nilai benda yang menjadi obyek jaminan fidusia”

8) Hapusnya Jaminan Fidusia

Hapusnya jaminan fidusia yang tercantum dalam Pasal 25 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 Tentang Jaminan Fidusia , yaitu :

- (1) Hapusnya hutang yang dijamin dengan fidusia
- (2) Pelepasan hak atas jaminan fidusia oleh penerima fidusia
- (3) Musnahnya benda yang menjadi obyek jaminan fidusia.

Berdasarkan hal penjaminan fidusia dihapuskan, maka penerima fidusia, kuasa atau wakilnya, wajib memberitahukan kepada menteri dalam jangka waktu paling lama 14 (empat belas) hari terhitung sejak tanggal hapusnya jaminan fidusia.

5. Tinjauan Umum Tentang Mediasi

a. Pengertian Mediasi

Secara etimologi, istilah mediasi berasal dari bahasa latin, *mediare* yang berarti berada di tengah. Makna ini menunjukkan pada peran yang ditampilkan pihak ketiga sebagai mediator dalam menjalankan tugasnya menengahi dan menyelesaikan sengketa antara para pihak, berada di tengah juga bermakna mediator harus berada pada posisi netral dan tidak memihak dalam menyelesaikan sengketa. Mediator harus mamapu menjaga kepentingan para pihak yang bersengketa secara adil dan sama, sehingga menumbuhkan kepercayaan (*trust*) dari para pihak yang bersengketa.³⁴ Penjelasan mediasi dari sisi kebahasaan (etimologi) lebih menekankan pada keberadaan pihak ketiga yang menjembatani para pihak bersengketa untuk menyelesaikan perselisihannya.

Kegiatan ini dilakukan oleh mediator sebagai pihak yang ikut membantu mencari berbagai alternatif penyelesaian sengketa. Posisi mediator dalam mediasi adalah mendorong para pihak untuk mencapai kesepakatan-

³⁴ Syahrizal Abbas, *Mediasi Dalam Perspektif Hukum Syariah, Hukum Adat dan Hukum Nasional*, (Jakarta:Kencana, 2011), hlm.2.

kesepakatan yang dapat mengakhiri perselisihan dan persengketaan. Mediator tidak memiliki kewenangan untuk memaksa para pihak menerima tawaran penyelesaian sengketa darinya. Para pihaklah yang menentukan kesepakatan apa yang mereka inginkan, posisi mediator hanya membantu mencari alternatif dan mendorong mereka secara bersama-sama ikut menyelesaikan sengketa.

Pengertian mediasi secara terminologi dapat dilihat dalam Peraturan Mahkamah Agung Nomor 01 Tahun 2016 Tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, mediasi adalah cara penyelesaian sengketa melalui proses perundingan untuk memperoleh kesepakatan para pihak dengan dibantu oleh mediator. Mediator adalah pihak netral yang membantu para pihak dalam proses perundingan guna mencari berbagai kemungkinan penyelesaian sengketa tanpa menggunakan cara memutus dan memaksakan sebuah penyelesaian. Tetapi, banyak para ahli juga mengungkapkan pengertian mediasi di antaranya Prof. Takdir Rahmadi yang mengatakan bahwa mediasi adalah suatu proses penyelesaian sengketa antara dua pihak atau lebih melalui perundingan atau cara mufakat dengan bantuan pihak netral yang tidak memiliki kewenangan memutus.³⁵

Menurut Folberg dan Taylor menekankan “konsep mediasi pada upaya yang dilakukan mediator dalam menjalankan kegiatan mediasi. Kedua pakar ini menyatakan bahwa penyelesaian sengketa melalui jalur mediasi dilakukan secara bersama-sama oleh pihak yang bersengketa dan dibantu oleh pihak

³⁵Takdir Rahmadi, *Mediasi Penyelesaian Sengketa Melalui Pendekatan Mufakat*, (Jakarta: Raja Grafindo, 2010), hlm.12.

yang netral yaitu mediator.”³⁶ Mediator dapat mengembangkan dan menawarkan pilihan penyelesaian sengketa dan para pihak dapat pula mempertimbangkan tawaran mediator sebagai suatu alternatif menuju kesepakatan dalam penyelesaian sengketa.

Alternatif dalam penyelesaian suatu sengketa yang ditawarkan mediator diharapkan mampu mengakomodasikan kepentingan para pihak yang bersengketa. Mediasi dapat membawa para pihak yang menang atau pihak yang kalah. Keberadaan pihak ketiga ditujukan untuk membantu pihak bersengketa mencari jalan dalam pemecahan masalah yang dihadapi, sehingga pada akhirnya akan menuju pada perjanjian atau kesepakatan yang memuaskan kedua belah pihak. Dianggap perlu, mediator dapat melakukan *caucus* (pertemuan antara mediator dengan salah satu pihak tanpa dihadiri oleh pihak yang lainnya). Atas persetujuan para pihak atau kuasa hukum, mediator dapat mengundang seorang atau lebih ahli dalam bidang tertentu untuk memberikan penjelasan atau pertimbangan yang dapat membantu menyelesaikan perbedaan pendapat diantara para pihak. Mediator wajib menyatakan mediasi telah gagal jika salah satu pihak atau para pihak atau kuasa hukumnya telah dua kali berturut-turut tidak menghadiri pertemuan mediasi sesuai jadwal pertemuan yang telah disepakati, atau telah dua kali berturut-turut tidak menghadiri pertemuan mediasi tanpa alasan setelah dipanggil secara patut .

³⁶ Joni Emerson, *Alternatif Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan (Negosiasi, Mediasi, Konsolidasi, Arbitrase)*, (Jakarta: Gramedia), hlm. 68.

Mediator juga dapat menyampaikan kepada para pihak dan hakim pemeriksa bahwa perkara yang bersangkutan tidak layak dimediasi dengan alasan bahwa dalam sengketa yang sedang dimediasi berkaitan dengan hak atau kepentingan pihak lain yang tidak disebutkan dalam surat gugatan.

Mediator wajib memeriksa materi kesepakatan perdamaian yang telah disepakati oleh para pihak sebelum mereka tanda tangani untuk menghindari adanya kesepakatan yang bertentangan dengan hukum atau yang tidak dapat dilaksanakan atau yang memuat itikad tidak baik, mediator wajib menyatakan secara tertulis bahwa proses mediasi telah gagal dan memberitahukan kegagalan tersebut kepada hakim jika sampai lampau waktu maksimal mediasi (40 hari kerja) para pihak tidak mampu menghasilkan kesepakatan, Mediator tidak boleh diminta menjadi saksi dalam proses persidangan perkara yang bersangkutan dan tidak dapat dikenai pertanggungjawaban pidana maupun perdata atas isi kesepakatan perdamaian hasil proses mediasi.

1) Tujuan dan Manfaat Mediasi

Mediasi merupakan salah satu bentuk dari alternatif penyelesaian sengketa di luar pengadilan. Tujuan dilakukan mediasi adalah menyelesaikan sengketa antara para pihak dengan melibatkan pihak ketiga yang netral dan imparisial. Mediasi dapat mengantarkan para pihak pada perwujudan kesepakatan damai yang permanen dan lestari, mengingat penyelesaian sengketa melalui mediasi menempatkan kedua belah pihak pada posisi yang sama, tidak ada pihak yang dimenangkan atau pihak yang

dikalahkan (*win-win solution*). Dalam mediasi para pihak yang bersengketa pro aktif dan memiliki kewenangan penuh dalam pengambilan keputusan.

Hal ini menunjukkan adanya keinginan para pihak untuk menyelesaikan sengketa, namun mereka belum menemukan format tepat yang dapat disepakati oleh kedua belah pihak. Penyelesaian sengketa memang sulit dilakukan, namun bukan berarti tidak mungkin diwujudkan dalam kenyataan. Modal utama penyelesaian sengketa adalah keinginan dan i'tikad baik para pihak dalam mengakhiri persengketaan mereka. Keinginan dan i'tikad baik ini, kadang-kadang memerlukan bantuan pihak ketiga dalam perwujudannya. Mediasi dapat memberikan sejumlah keuntungan antara lain :

- (1) Mediasi diharapkan dapat menyelesaikan sengketa secara cepat dan relatif murah dibandingkan dengan membawa perselisihan tersebut ke pengadilan atau ke lembaga arbitrase.
- (2) Mediasi akan memfokuskan perhatian para pihak pada kepentingan mereka secara nyata dan pada kebutuhan emosi atau psikologis mereka, sehingga mediasi bukan hanya tertuju pada hak-hak hukumnya.
- (3) Mediasi memberikan kesempatan para pihak untuk berpartisipasi secara langsung dan secara informal dalam menyelesaikan perselisihan mereka.

- (4) Mediasi memberikan para pihak kemampuan untuk melakukan kontrol terhadap proses dan hasilnya.
- (5) Mediasi dapat mengubah hasil, yang dalam litigasi dan arbitrase sulit diprediksi, dengan suatu kepastian melalui suatu konsensus.
- (6) Mediasi memberikan hasil yang tahan uji dan akan mampu menciptakan saling pengertian yang lebih baik di antara para pihak yang bersengketa karena mereka sendiri yang memutuskannya.
- (7) Mediasi mampu menghilangkan konflik atau permusuhan yang hampir selalu mengiringi setiap putusan yang bersifat memaksa yang dijatuhkan oleh hakim di pengadilan atau arbiter pada lembaga arbitrase.

2) Unsur – Unsur Mediasi

Berawal dari ketidakpuasan akan proses pengadilan yang memakan waktu relatif lama, biaya yang mahal, dan rasa ketidakpuasan pihak yang merasa sebagai pihak yang kalah, dikembangkan mediasi sebagai salah satu cara penyelesaian sengketa di luar pengadilan. Penerapan mediasi diberbagai negara secara umum mengandung unsur-unsur :³⁷

- (1) Sebuah proses sengketa berdasarkan perundingan.
- (2) Adanya pihak ketiga yang bersifat netral yang disebut sebagai mediator (penengah) terlibat dan diterima oleh para pihak yang bersengketa di dalam perundingan itu.

³⁷Gayuh Arya Hardika, *Quo Vadis Pengadilan Hubungan Industrial Indonesia*,(Jakarta:Trade Union Right Centre,2004),hlm.4.

(3) Mediator tersebut bertugas membantu para pihak yang bersengketa untuk mencari penyelesaian atas masalah-masalah sengketa.

(4) Mediator tidak mempunyai kewenangan membuat putusan selama proses perundingan berlangsung.

(5) Mempunyai tujuan untuk mencapai atau menghasilkan kesepakatan yang dapat diterima para pihak yang bersengketa guna mengakhiri sengketa.

3) Prinsip – Prinsip Mediasi

Ditemukan di dalam berbagai literatur sejumlah prinsip mediasi. Prinsip dasar (*basic principle*) adalah landasan filosofis dari diselenggarakannya kegiatan mediasi. Prinsip atau filosofi ini merupakan kerangka kerja yang harus diketahui oleh mediator, sehingga dalam menjalankan mediasi tidak keluar dari arah filosofi yang melatarbelakangi lahirnya institusi mediasi.³⁸

David Spencer dan Michael Brogan merujuk pada pandangan Ruth Carlton tentang lima prinsip dasar mediasi. Lima prinsip ini dikenal dengan lima dasar filsafat mediasi. Kelima prinsip tersebut adalah ; prinsip kerahasiaan (*confidentiality*), prinsip sukarela (*volunteer*), prinsip pemberdayaan (*empowerment*), prinsip netralitas (*neutrality*), dan prinsip solusi yang unik (*a unique solution*).³⁹

³⁸John Michael Hoynes, Cretchen L. Haynes dan Larry Sun Fang,*Mediation: Positive Conflict Management*,(New York: SUNY Press, 2004),hlm.16.

³⁹ David Spencer dan Micheal Brogan,*Mediation Law and Practice*,(London:Cambridge press),hlm.45.

(1) Prinsip Kerahasiaan atau *confidentiality*

Kerahasiaan yang dimaksudkan disini adalah bahwa segala sesuatu yang terjadi dalam pertemuan yang diselenggarakan oleh mediator dan pihak-pihak yang bersengketa tidak boleh disiarkan kepada publik atau pers oleh masing-masing pihak. Demikian juga sang mediator harus menjaga kerahasiaan dari isi mediasi tersebut, serta sebaiknya menghancurkan seluruh dokumen diakhir sesi yang ia lakukan. Mediator juga tidak dapat dipanggil sebagai saksi di pengadilan dalam kasus yang ia prakarsai penyelesaiannya melalui mediasi. Masing-masing pihak yang bertikai diharapkan saling menghormati kerahasiaan tiap-tiap isu dan kepentingan masing-masing pihak. Jaminan ini harus diberikan masing-masing pihak, sehingga mereka dapat mengungkapkan masalahnya secara langsung dan terbuka. Hal ini penting untuk menemukan kebutuhan dan kepentingan mereka secara nyata.

(2) Prinsip *volunteer* (sukarela)

Masing-masing pihak yang bertikai datang ke mediasi atas keinginan dan kemauan mereka sendiri secara sukarela dan tidak ada paksaan dan tekanan dari pihak-pihak lain atau pihak luar. Prinsip kesukarelaan ini dibangun atas dasar bahwa orang akan mau bekerja sama untuk menemukan jalan keluar dari persengketaan mereka, bila mereka datang ke tempat perundingan atas pilihan mereka sendiri.

(3) Prinsip Pemberdayaan atau *empowerment*

Prinsip ini didasarkan pada asumsi bahwa orang yang mau datang ke mediasi sebenarnya mempunyai kemampuan untuk menegosiasikan masalah mereka sendiri dan dapat mencapai kesepakatan yang mereka inginkan. Kemampuan mereka dalam hal ini harus diakui dan dihargai, dan oleh karena itu setiap solusi dan jalan penyelesaiannya sebaiknya tidak dipaksakan dari luar.

Penyelesaian sengketa harus muncul dari pemberdayaan terhadap masing-masing pihak, karena hal itu akan lebih memungkinkan para pihak untuk menerima solusinya.

(4) Prinsip Netralitas (*neutrality*)

Peran seorang mediator hanya memfasilitasi prosesnya saja, dan isinya tetap menjadi milik para pihak yang bersengketa. Mediator hanyalah berwenang mengontrol proses berjalan atau tidaknya mediasi. Dalam mediasi, seorang mediator tidak bertindak layaknya seorang hakim atau juri yang memutuskan salah atau benarnya salah satu pihak atau mendukung pendapat dari salah satunya, atau memaksakan pendapat dan penyelesaiannya kepada kedua belah pihak.

(5) Prinsip Solusi yang unik (*a unique solution*)

Bahwasannya solusi yang dihasilkan dari proses mediasi tidak harus sesuai dengan standar legal, tetapi dapat dihasilkan dari proses kreativitas. Oleh karena itu, hasil mediasi akan lebih banyak

mengikuti keinginan kedua belah pihak, yang terkait erat dengan konsep pemberdayaan masing-masing pihak.

4) Jenis – Jenis Mediasi

(1) Mediasi di Pengadilan

Mediasi di Pengadilan sudah sejak lama dikenal, para pihak yang mengajukan perkaranya ke pengadilan, diwajibkan untuk menempuh prosedur mediasi terlebih dahulu sebelum dilakukan pemeriksaan pokok perkara.

(2) Mediasi di Luar Pengadilan

Mediasi Perbankan : Suatu Bank tentunya memiliki sistem yang sudah standar terhadap pelayanan yang dilakukan terhadap nasabahnya. Namun, tidak tertutup kemungkinan pelayanan yang diberikan Bank kepada nasabahnya tidak memberikan hasil yang memuaskan bagi nasabahnya sehingga sering kali nasabah merasa dirugikan. Nasabah sering kali menjadi tidak berdaya pada saat harus berhadapan dengan Bank di Pengadilan dan hanya bisa pasrah apabila bersengketa dengan Bank. Agar nasabah dapat terlindung hak-haknya, dibentuklah mediasi perbankan yang berfungsi sebagai lembaga penyelesaian sengketa.

Mediasi Hubungan Industrial : Sering kali pihak pekerja ketika berhadapan dengan pengusaha berada dalam posisi yang lemah

yang disebabkan oleh berbagai macam faktor. Oleh karena itu, diperlukan suatu cara yang dapat mengakomodasi kepentingan para pihak, dengan harapan dapat diambil suatu keputusan yang dapat diterima oleh masing-masing pihak sehingga dibentuklah mediasi untuk perselisihan hubungan industrial.

Mediasi Asuransi : Asuransi berperan untuk mengalihkan risiko yang seharusnya ditanggung oleh nasabah asuransi. Masyarakat seringkali mengetahui asuransi hanya dari sisi manfaatnya, tetapi tidak mengetahui secara detail akan asuransi itu sendiri dan seringkali mengakibatkan terjadinya sengketa yang berbelit-belit antara perusahaan asuransi dan nasabahnya. Agar sengketa dalam bidang asuransi dapat diselesaikan dengan baik dan dapat mengakomodasi kepentingan dari masing-masing pihak, dibentuklah lembaga mediasi asuransi.

5) Tata Cara Mediasi

Tata cara mediasi dibagi menjadi beberapa tahapan, secara terperinci Gary Goodpaster mengemukakan bahwa proses pelaksanaan mediasi itu berlangsung melalui empat jenjang tahapan, yaitu :⁴⁰

Tahap Pertama : Menciptakan forum , kegiatan yang dilakukan dalam tahap ini adalah :

- (1) “Mengadakan pertemuan bersama.

⁴⁰ Gary Goodpaster, *Seri Dasar Hukum Ekonomi 9, Panduan Negoisasi dan Mediasi*, (Jakarta:Elips), hlm.241-242.

- (2) Pernyataan pembukaan mediator.
- (3) Membimbing para pihak.
- (4) Menetapkan aturan dasar perundingan.
- (5) Mengembangkan hubungan dan kepercayaan antara para pihak.
- (6) Pernyataan-pernyataan para pihak.
- (7) Para pihak melakukan “hearing” dengan mediator.
- (8) Mengembangkan, menyampaikan dan melakukan klarifikasi informasi.
- (9) Menciptakan interaksi model dan disiplin.”

“*Tahap Kedua* : Pengumpulan dan pembagian informasi , dalam tahap ini mediator akan mengadakan pertemuan – pertemuan secara terpisah , guna :⁴¹

- (1) Mengembangkan informasi lanjutan.
- (2) Melakukan eksplorasi yang mendalam mengenai keinginan atau kepentingan para pihak.
- (3) Membantu para pihak dalam menaksir dan menilai kepentingan.
- (4) Membimbing para pihak dalam mencari solusi penyelesaian masalah.”

“*Tahap Ketiga* : Penyelesaian masalah, dalam tahap ini mediator dapat mengadakan pertemuan-pertemuan secara bersama atau terpisah sebagai kelanjutan dari pertemuan sebelumnya , dengan maksud untuk :⁴²

⁴¹ Gary Goodpaster, loc Cit.

- (1) Menyusun dan menetapkan agenda.
- (2) Merumuskan kegiatan-kegiatan penyelesaian masalah.
- (3) Meningkatkan kerja sama.
- (4) Melakukan identifikasi dan klarifikasi masalah.
- (5) Mengadakan pilihan penyelesaian masalah.
- (6) Membantu melakukan pilihan penaksiran.
- (7) Membantu para pihak dalam menaksir, menilai dan membuat prioritas kepentingan-kepentingan para pihak.”

“*Tahap Keempat* : Pengambilan keputusan , dalam rangka pengambilan keputusan kegiatan – kegiatan yang dilakukan adalah :⁴³

- (1) Mengadakan *caucus-caucus* dan pertemuan bersama.
- (2) Melokasikan peraturan, mengambil sikap dan membentuk para pihak mengevaluasi paket-paket pemecahan masalah.
- (3) Membantu para pihak untuk memperkecil perbedaan-perbedaan.
- (4) Mengkonfirmasi dan mengklarifikasikan perjanjian.
- (5) Membantu para pihak untuk membandingkan proposal penyelesaian masalah dengan pilihan di luar pengadilan.
- (6) Medorong dan mendesak para pihak untuk menerima pemecahan masalah.
- (7) Memikirkan solusi pemecahan masalah yang *win-win* dan menyelamatkan muka (*face saving*).”

⁴² Gary Goodpaster, loc Cit.

⁴³ Gary Goodpaster, loc Cit.

(8) Membantu para pihak melakukan mufakat dengan pemberi kuasa mereka.

(9) Membantu para pihak dalam membuat perjanjian.

b. Pengertian Mediasi Perbankan

Setiap terjadi sengketa, berbagai cara dapat digunakan untuk menyelesaikannya. Bahkan, saat ini marak adanya kecenderungan masyarakat untuk menggunakan kekerasan sebagai penyelesaian sengketa. Masyarakat memandang bahwa dengan melakukan kekerasan, sengketa yang terjadi akan dapat diselesaikan. Penyelesaian sengketa dengan cara kekerasan tidak akan pernah dapat diselesaikan karena masing-masing pihak akan berusaha untuk membalas kekalahan kepada pihak lainnya. Mediasi Perbankan adalah proses penyelesaian sengketa yang melibatkan mediator untuk membantu para pihak yang bersengketa guna mencapai penyelesaian dalam bentuk kesepakatan sukarela terhadap sebagian ataupun seluruh permasalahan yang disengketakan.

Perlindungan konsumen merupakan rangkaian kebijakan dan pelaksanaan kegiatan yang mencakup edukasi, pelayanan informasi, dan pengaduan serta fasilitasi penyelesaian Sengketa bagi konsumen sektor jasa keuangan dan masyarakat pengguna jasa keuangan. Penyelesaian pengaduan di sektor jasa keuangan ditempuh melalui 2 (dua) tahapan yaitu penyelesaian pengaduan *internal dispute resolution* dan *external dispute resolution*.

1) *Internal dispute resolution*

Internal Dispute Resolution adalah penyelesaian pengaduan nasabah yang dilakukan oleh bank. POJK No.1/2013 mewajibkan setiap bank untuk memiliki unit yang dibentuk secara khusus di setiap kantor bank untuk menangani dan menyelesaikan pengaduan yang diajukan oleh konsumen tanpa dipungut bayaran, kewajiban tersebut berdasarkan Berdasarkan pada Pasal 32 Ayat (1) Peraturan Otoritas Jasa Keuangan yang menentukan :

“Pelaku Usaha Jasa Keuangan wajib memiliki dan melaksanakan mekanisme pelayanan dan penyelesaian pengaduan bagi konsumen. Pengaduan adalah penyampaian ungkapan ketidakpuasan konsumen yang disebabkan oleh adanya kerugian atau potensi kerugian finansial pada konsumen yang diduga terjadi karena kesalahan atau kelalaian Lembaga Jasa Keuangan dalam kegiatan penempatan dana oleh konsumen pada Lembaga Jasa Keuangan dan/atau pemanfaatan pelayanan dan/atau produk Lembaga Jasa Keuangan.”

Setelah menerima pengaduan nasabah, bank wajib melakukan pemeriksaan internal atas pengaduan secara kompeten, benar, dan obyektif, melakukan analisis untuk memastikan kebenaran pengaduan, dan menyampaikan pernyataan maaf dan menawarkan ganti rugi (*redress/remedy*) atau perbaikan produk dan/atau layanan jika pengaduan nasabah benar. Sengketa baru muncul apabila tidak berhasilnya proses pengaduan nasabah ini. Pengaduan tersebut dapat dilakukan baik secara tertulis maupun secara lisan, pada setiap kantor bank terlepas dari apakah

kantor bank tersebut merupakan kantor bank tempat konsumen membuka rekening dan/atau melakukan transaksi keuangan. Atas pengaduan yang dilakukan secara lisan, bank wajib menyelesaikannya dalam jangka waktu dua hari kerja terhitung sejak tanggal pencatatan pengaduan.

Diperkirakan apabila memerlukan waktu lebih lama, maka petugas unit penanganan dan penyelesaian pengaduan pada kantor bank pengaduan lisan tersebut disampaikan meminta konsumen untuk mengajukan pengaduan secara tertulis. Setelah menerima pengaduan tertulis dari nasabah, bank wajib menyelesaikan pengaduan terkait paling lambat 20 hari kerja sejak tanggal penerimaan pengaduan tertulis oleh bank, dan dapat diperpanjang sampai dengan paling lama 20 hari kerja lagi dalam kondisi tertentu. Kondisi tertentu tersebut seperti: pengaduan tertulis disampaikan pada kantor bank yang berbeda dengan kantor bank tempat terjadinya permasalahan yang diadukan sehingga terdapat kendala komunikasi di antara kedua kantor bank tersebut; transaksi keuangan yang diadukan konsumen memerlukan penelitian khusus terhadap dokumen-dokumen bank; atau terdapat hal-hal lain di luar kendali bank.

Sesuai dengan Surat Edaran Bank Indonesia No.1/2014, Penyelesaian pengaduan konsumen sesuai dengan dapat berupa pernyataan maaf atau ganti rugi kepada konsumen. Ganti rugi diberikan untuk kerugian yang bersifat material, dengan ketentuan, di antaranya :

- (1) “Konsumen telah memenuhi kewajibannya.

(2) Terdapat ketidaksesuaian antara produk dan/atau layanan bank yang diterima dengan yang diperjanjikan.

(3) Pengaduan diajukan paling lama 30 hari sejak diketahuinya produk dan/atau layanan yang tidak sesuai dengan perjanjian.

(4) Kerugian berdampak langsung pada Konsumen. Ganti rugi yang ditetapkan maksimum sebesar nilai kerugian konsumen.”

Penyelesaian sengketa perbankan oleh bank bertujuan untuk memaksa seluruh bank agar bersedia dan peduli dalam menyelesaikan seluruh sengketa yang terjadi dengan nasabah kecil, dengan maksud memberikan pelayanan sehingga dapat berpotensi meningkatkan reputasi pelayanan sebuah bank menjadi lebih baik.

2) *External dispute resolution*

External dispute resolution adalah penyelesaian Sengketa melalui lembaga peradilan atau lembaga di luar peradilan. Penyelesaian sengketa dapat ditempuh melalui dua acara, yaitu:

(1) Litigasi Penyelesaian sengketa secara litigasi adalah suatu penyelesaian sengketa yang dilakukan melalui pengadilan. Penyelesaian sengketa melalui litigasi dapat dikatakan sebagai penyelesaian sengketa yang memaksa salah satu pihak untuk menyelesaikan sengketa dengan perantara pengadilan. Penyelesaian sengketa melalui litigasi tentu harus mengikuti persyaratan-persyaratan dan prosedur-prosedur formal di

pengadilan dan sebagai akibatnya jangka waktu untuk menyelesaikan suatu sengketa menjadi lebih lama.⁴⁴

- (2) Non Litigasi Penyelesaian sengketa di luar pengadilan adalah penyelesaian sengketa yang dilakukan berdasarkan kesepakatan para pihak dan prosedur penyelesaian atas suatu sengketa diserahkan sepenuhnya kepada para pihak yang bersengketa. Penyelesaian sengketa perbankan di luar pengadilan dapat dilakukan melalui berbagai cara, yaitu salah satu nya ialah :

Mediasi Perbankan yang difasilitasi oleh Otoritas Jasa Keuangan berdasarkan

Peraturan Otoritas Jasa Keuangan No.1/07/2014 Tentang Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa di Sektor Lembaga Jasa Keuangan

Penyelesaian sengketa dibidang perbankan ketika pihak yang bersengketa sepakat untuk menyelesaikan sengketa salah satunya melalui mediasi perbankan.

Mediasi pada dasarnya adalah negosiasi yang melibatkan pihak ketiga yang memiliki keahlian mengenai prosedur mediasi yang efektif. Kedudukan dari pihak ketiga tersebut netral dan tidak memihak kepada salah satu pihak, masuk dan melibatkan diri kedalam sengketa yang sedang berlangsung guna membantu dan memfasilitasi para pihak dalam menyelesaikan sengketa itu secara damai, pihak ketiga tersebut biasa disebut dengan istilah mediator. Selain untuk menyelesaikan sengketa, mediasi juga bertujuan untuk menjaga hubungan baik yang telah ada di

⁴⁴Jimmy Joses Sembiring,*Cara Menyelesaikan Sengketa di Luar Pengadilan; Negosiasi, Mediasi, Ajudikasi, & Arbitrase*,(Jakarta: Visimedia,2011),hlm.9-10.

antara para pihak, sehingga jika terjadi sengketa saat ini hubungan baik dapat dijaga berkesinambungan.

Sejalan dengan amanat Pasal 34 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2004 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1999 Tentang Bank Indonesia maka dibentuk lembaga pengawas pada jasa keuangan melalui Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2011 Tentang Otoritas Jasa Keuangan. Setelah disahkan dan diundangkan pada tanggal 22 November 2011, maka terjadi transformasi yang menyeluruh dan sistematis didalam sistem pengaturan dan pengawasan didalam sektor jasa keuangan di Indonesia. Hal ini berdasarkan ketentuan peralihan Pasal 55 Ayat (1) Undang-Undang Otoritas Jasa Keuangan yang menentukan bahwa :

“Sejak tanggal 31 Desember 2012, fungsi, tugas dan wewenang pengaturan dan pengawasan kegiatan jasa keuangan di sektor Pasar Modal, Peransuransian, Dana Pensiun, Lembaga Pembiayaan, dan Lembaga Jasa Keuangan Lainnya beralih dari Menteri Keuangan dan Badan Pengawasan Pasar Modal dan Lembaga Keuangan ke Otoritas Jasa Keuangan. Dengan demikian, seluruh kegiatan jasa keuangan sektor Perbankan termasuk mediasi perbankan ada didalam kewenangan Otoritas Jasa Keuangan.”

Sebenarnya Otoritas Jasa Keuangan tidak menggunakan kata mediasi, melainkan menggunakan kata memfasilitasi. Pengertian memfasilitasi terdapat pada, Pasal 42 Peraturan Otoritas Jasa Keuangan No. 1/07/2013, yang menentukan bahwa :

“pemberian fasilitas penyelesaian pengaduan yang dilaksanakan oleh Otoritas Jasa Keuangan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 41 merupakan upaya mempertemukan Konsumen dan Pelaku Usaha Jasa Keuangan untuk mengkaji ulang permasalahan secara mendasar dalam rangka memperoleh kesepakatan penyelesaian.”

Lebih lanjut jika pengaduan konsumen tidak dapat diselesaikan oleh bank, maka nasabah dapat mengajukan penyelesaian sengketa melalui fasilitas Otoritas Jasa Keuangan. Berdasarkan Peraturan Bank Indonesia No. 8/5/PBI/2006 jo. Peraturan Otoritas Jasa Keuangan No.1/2013, sengketa yang dapat diajukan penyelesaiannya melalui Otoritas Jasa Keuangan adalah sengketa keperdataan dengan nilai tuntutan sengketa yang diajukan maksimum sebesar Rp 500.000.000.- (*Lima ratus juta rupiah*). Jumlah maksimum nilai sengketa sebagaimana dimaksud sebelumnya dapat berupa nilai kumulatif dari kerugian finansial yang telah terjadi pada nasabah

C. Landasan Yuridis

- 1) Peraturan Otoritas Jasa Keuangan No. 01/ POJK.07 / 2014 Tentang Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa

(1) Pasal 2 ayat (1), (2), dan (3) POJK No.1/POJK.07/2014 menjelaskan bahwa :

“Setiap bentuk pengaduan wajib diselesaikan terlebih dahulu oleh Lembaga Jasa Keuangan, apabila dalam hal ini tidak tercapai kesepakatan penyelesaian pengaduan sebagaimana dimaksud dalam

ayat (1) , konsumen dan Lembaga Jasa Keuangan dapat melakukan penyelesaian sengketa di luar pengadilan atau melalui pengadilan, namun pada ayat (3) menjelaskan bahwa penyelesaian sengketa di luar pengadilan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) dilakukan melalui Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa.”

(2) Pasal 12 ayat 1 menjelaskan bahwa :

“Pelaku Usaha Jasa Keuangan dan/atau pihak yang melanggar ketentuan dalam Peraturan Otoritas Jasa Keuangan ini dikenakan sanksi administratif, antara lain berupa:

- Peringatan tertulis.
- Denda yaitu kewajiban untuk membayar sejumlah uang tertentu.
- Pembatasan kegiatan usaha.
- Pembekuan kegiatan usaha.
- Pencabutan izin kegiatan usaha.”

2) Peraturan Otoritas Jasa Keuangan No. 01/ POJK. 07/ 2013 Tentang Perlindungan Konsumen Sektor Jasa Keuangan

(1) Pasal 39 ayat 1 menjelaskan bahwa:

“Dalam hal tidak tercapainya kesepakatan penyelesaian pengaduan, konsumen dapat melakukan penyelesaian sengketa di luar pengadilan atau melalui pengadilan.”

(2) Pasal 39 ayat 2 menjelaskan:

“Penyelesaian sengketa di luar pengadilan sebagaimana yang dimaksud pada ayat (1) dilakukan melalui lembaga alternatif penyelesaian sengketa.”

(3) Pasal 41 Huruf A angka 1 menjelaskan:

“Sengketa yang dapat diajukan penyelesaiannya melalui Otoritas Jasa Keuangan adalah dengan nilai batasan tuntutan maksimum yang bisa diajukan adalah Rp. 500.000.000 (Lima ratus juta rupiah).”

(4) Pasal 46 ayat 1 menjelaskan:

“Kesepakatan antara konsumen dan pelaku usaha jasa keuangan yang dihasilkan dari proses fasilitasi dituangkan dalam akta kesepakatan yang ditandatangani oleh konsumen dan pelaku usaha jasa keuangan.”

(5) Pasal 53 ayat 1 menjelaskan:

“Pelaku Usaha Jasa Keuangan dan/atau pihak yang melanggar ketentuan dalam Peraturan Otoritas Jasa Keuangan ini dikenakan sanksi administratif, antara lain berupa:

- *Peringatan tertulis.*
- *Denda yaitu kewajiban untuk membayar sejumlah uang tertentu.*
- *Pembatasan kegiatan usaha.*
- *Pembekuan kegiatan usaha.*
- *Pencabutan izin kegiatan usaha.”*

3) Peraturan Bank Indonesia No. 8/5/PBI/2006 Tentang Mediasi Perbankan

(1) Pasal 1 angka 8 menjelaskan:

“Akta Kesepakatan adalah dokumen tertulis yang memuat Kesepakatan yang bersifat final dan mengikat bagi Nasabah dan Bank.”

(2) Pasal 6 ayat 1 menjelaskan:

“Mediasi perbankan sebagaimana dimaksud dilaksanakan untuk setiap Sengketa yang memiliki nilai tuntutan finansial paling banyak Rp.500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah).”

4) Peraturan Bank Indonesia No. 7/7/PBI/2005 Tentang Penyelesaian Pengaduan Nasabah

(1) Pasal 4 ayat 1 menjelaskan:

“Bank wajib memiliki unit dan atau fungsi yang dibentuk secara khusus di setiap Kantor Bank untuk menangani dan menyelesaikan Pengaduan yang diajukan oleh Nasabah dan atau Perwakilan Nasabah.”

5) Kitab Undang- Undang Hukum Perdata

(1) Pasal 1320 menjelaskan:

“Tentang syarat sah suatu perjanjian,yang dimana terdapat empat syarat yang harus terpenuhi,yaitu :

- *Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya*

- *Kecakapan untuk membuat suatu perikatan*
- *Suatu hal tertentu*
- *Suatu sebab yang halal.”*

(2) Pasal 1858 ayat (1) menjelaskan:

“Terkait kekuatan hukum dari suatu perdamaian, di antara pihak-pihak yang bersangkutan, suatu perdamaian mempunyai kekuatan seperti suatu keputusan Hakim pada tingkat akhir. Perdamaian itu tidak dapat dibantah dengan alasan bahwa terjadi kekeliruan mengenai hukum atau dengan alasan bahwa salah satu pihak dirugikan.”