

BAB II

TINJAUAN UMUM TENTANG PERJANJIAN PADA

UMUMNYA, GADAI GANTUNG SAWAH

JAMINAN, DAN ARBITRASE

A. Perjanjian Pada Umumnya

1. Pengertian Perjanjian

Perjanjian diatur dalam Pasal 1313 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, yang menyatakan bahwa: "Suatu perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih".

Pengertian tersebut memerlukan perubahan atau perbaikan, yaitu :

- a. Kata "seseorang atau lebih" seharusnya "dua atau lebih" karena perjanjian tidak mungkin terjadi jika pihaknya hanya satu orang, tetapi dapat terjadi jika pihaknya paling sedikit dua orang.
- b. Kata "mengikatkan dirinya" seharusnya "saling mengikatkan dirinya" dalam perjanjian. Para pihak saling mengikatkan diri, apabila hanya satu pihak yang mengikatkan diri maka perjanjian tidak akan terjadi.
- c. Perbuatan, harus diartikan sebagai perbuatan hukum, yaitu perbuatan yang bertujuan untuk menimbulkan akibat hukum.

Menurut Subekti⁶⁰ "Perjanjian adalah suatu peristiwa dimana seseorang berjanji pada orang lain atau dua orang itu saling berjanji untuk

⁶⁰ Subekti, *Hukum Perjanjian*, Intermasa, Jakarta, 2007, hlm. 1.

melaksanakan satu hal”, sedangkan menurut R. Setiawan⁶¹ “Perjanjian adalah suatu perbuatan hukum, dimana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya atau saling mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih”, jadi pengertian perjanjian adalah suatu perbuatan hukum dengan mana dua orang atau lebih saling mengikatkan dirinya terhadap dua orang atau lebih lainnya.

Pada dasarnya dalam suatu perikatan terdapat dua pihak, pihak pertama adalah pihak yang berhak menuntut sesuatu, yang dinamakan kreditur, sedangkan pihak kedua adalah pihak yang selanjutnya dinamakan debitur, tuntutan itu didalam hukum disebut sebagai “Prestasi”. Berdasarkan Pasal 1234 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, prestasi tersebut dapat berupa :

- a. Menyerahkan suatu barang atau memberikan sesuatu;
- b. Melakukan suatu perbuatan atau berbuat sesuatu;
- c. Tidak melakukan suatu perbuatan atau tidak berbuat sesuatu.

Dalam hal ini perikatan tidak hadir begitu saja, dengan kata lain ada sesuatu atau persetujuan tertentu yang melahirkan suatu perikatan. Dalam Pasal 1233 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, menyatakan bahwa perikatan dapat lahir dari suatu persetujuan (perjanjian) dan undang-undang.

Pasal 1352 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, menyatakan lebih lanjut bahwa perikatan yang lahir dari undang-undang dapat dibagi

⁶¹ R. Setiawan, *Pokok-pokok Hukum Perikatan*, Bina Cipta, Bandung, 2007, hlm. 49.

menjadi perikatan yang lahir dari undang-undang saja dan perikatan yang lahir dari undang-undang karena suatu perbuatan orang.

Pasal 1353 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, menyatakan bahwa perikatan yang lahir dari undang-undang karena perbuatan orang terbagi lagi menjadi perbuatan yang lahir dari perbuatan yang diperbolehkan (*Zaakwaarneming*) dan perikatan yang lahir dari perbuatan melawan hukum (*Onrechtmatigedaad*). Perikatan yang lahir karena undang-undang misalnya kewajiban seorang ayah untuk menafkahi anak yang dilahirkan oleh istrinya.⁶²

Pengertian perikatan, berbeda dengan pengertian perjanjian. Pengertian perjanjian mempunyai arti yang lebih luas daripada pengertian perikatan. Perikatan adalah suatu pengertian yang abstrak, sedangkan perjanjian lebih mengacu pada hal yang konkrit atau lebih mengacu pada suatu peristiwa. Kita tidak dapat melihat dengan mata kita sendiri suatu perikatan, kita hanya dapat membayangkannya dalam alam pikiran kita, tetapi kita dapat melihat atau membaca isi dari perjanjian.

Apabila dua orang melakukan suatu perjanjian maka sesungguhnya mereka atau para pihak yang bermaksud supaya diantara mereka terdapat suatu perikatan, dan selanjutnya mereka terikat oleh janji yang telah mereka berikan. Perikatan yang lahir dari perjanjian memang dikehendaki oleh para pihak yang membuat suatu perjanjian.

⁶² Budiono Kusumohamidjojo, *Dasar-dasar Merancang Kontrak*, PT.Gramedia, Jakarta, 2008, hlm.7.

Perikatan yang lahir dari undang-undang diadakan oleh undang-undang untuk tujuan tertentu, terjadi diluar kemampuan para pihak yang bersangkutan. Pada kenyataannya, yang paling banyak adalah perikatan yang dilahirkan dari perjanjian. Para pihak boleh membuat suatu perjanjian dan saling mengikatkan diri untuk melakukan atau tidak melakukan hal-hal tertentu, mereka sebenarnya menciptakan hukum yang akan berlaku secara terbatas bagi para pembuat perjanjian, hal tersebut didasarkan pada hak dan wewenang untuk membuat hukum dengan lingkup terbatas yang diberikan atau dilimpahkan oleh suatu hukum lain yang lebih mendasar dan berlaku umum. Disimpulkan bahwa menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, suatu perjanjian pada hakikatnya telah terjadi dengan adanya sepakat (*Consensus*) dari kedua belah pihak, dan mengikat mereka yang membuatnya, layaknya mengikatnya suatu undang-undang.

2. Syarat Sahnya Perjanjian

Untuk sahnya suatu perjanjian menurut Pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata ditetapkan 4 (empat) syarat, yaitu :

a. Sepakat

Sepakat pihak-pihak yang mengadakan perjanjian yang berupa kehendak untuk membuat perjanjian, dengan kata lain adanya kata sepakat dari mereka yang mengikatkan dirinya. Kata sepakat harus diberikan secara bebas walaupun syarat kata sepakat ini sudah dirasakan atau dianggap telah terpenuhi, mungkin terdapat suatu kekhilafan dimana suatu perjanjian yang telah terjadi pada dasarnya

ternyata bukan perjanjian, apabila kedua belah pihak beranggapan menghendaki sesuatu yang sama akan tetapi tidak.⁶³

b. Kecakapan Untuk Mengadakan Perjanjian

Cakap menurut Pasal 1330 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata adalah mereka yang telah berumur 21 tahun atau belum berumur 21 tahun tetapi telah pernah kawin, tidak termasuk orang-orang sakit ingatan atau pemboros yang karena itu pengalihan diputuskan berada dibawah pengampuan dan seorang perempuan yang bersuami. Menurut Pasal 50 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yang dimaksud cakap adalah mereka yang telah mencapai umur 18 tahun atau belum berumur 18 tahun tetapi telah pernah kawin. Mengenai perempuan yang bersuami menurut Pasal 31 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan mengenai hak dan kedudukan yang seimbang dengan suami, yang dapat disimpulkan bahwa seorang istri cakap hukum, sehingga dapat bebas melakukan perbuatan hukum.

c. Objek atau Hal Tertentu

Suatu hal tertentu maksudnya adalah paling tidak, macam atau jenis benda dalam perjanjian sudah ditentukan, pengertian objek disini ialah apa yang diwajibkan kepada debitur dan apa yang menjadi hak dari kreditur.

⁶³ A. Qirom Syamsudin Meliala, *Pokok-Pokok Hukum Perjanjian Beserta Perkembangannya*, Yogyakarta, Liberty, 2010, hlm. 9

d. Suatu Sebab Yang Halal

Maksud dari sebab yang halal ialah apa yang menjadi isi dari perjanjian itu tidak bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan, dan ketertiban umum.⁶⁴

Keempat syarat tersebut dapat dibagi dalam 2 (dua) kelompok, yaitu :

a. Syarat Subjektif

Syarat subjektif yaitu suatu syarat yang menyangkut subjek-subjek perjanjian itu, dengan kata lain syarat-syarat yang harus dipenuhi adalah sepakat mereka mengikatkan dirinya dan kecakapan pihak yang membuat perjanjian.

Apabila syarat kesatu dan kedua tidak dipenuhi, maka akibat hukumnya adalah perjanjian itu menjadi dapat dibatalkan. Artinya para pihak harus memenuhi unsur ini, dimana kesepakatan maupun unsur kecakapan harus dipenuhi. Dapat dibatalkan membawa konsekuensi, bahwa perjanjian itu telah membawa akibat terhadap para pihak bahwa terhadap perjanjiannya sejak adanya gugatan atau putusan pengadilan terhadap suatu perjanjian itu menjadi dapat dibatalkan, karena adanya gugatan atau putusan pengadilan tersebut, dapat dimintakan pembatalan (*cancelling*) oleh salah satu pihak, misalnya untuk yang belum cakap menurut hukum diajukan oleh orangtua atau walinya, atau ia sendiri apabila sudah cakap.

⁶⁴ *Ibid*, hlm. 11

b. Syarat Objektif

Syarat objektif adalah syarat yang menyangkut objek perjanjian itu, meliputi suatu hal tertentu dan suatu sebab yang halal. Syarat yang ketiga dan syarat yang keempat merupakan syarat objektif, syarat objektif tidak dipenuhi, maka perjanjian itu akibatnya batal demi hukum. Ini membawa konsekuensi bahwa dari sejak semula perjanjian itu menjadi tidak membawa akibat hukum apa-apa, karena perjanjian ini telah bertentangan dengan undang-undang, ketertiban umum, dan kesusilaan. Jadi secara yuridis dari semula tidak ada suatu perjanjian dan tidak ada pula suatu perikatan antara orang-orang yang bermaksud membuat perjanjian. Dengan demikian tidaklah dapat pihak yang satu menuntut pihak lain di depan hakim, karena dasar hukumnya tidak ada.⁶⁵

3. Asas-Asas Perjanjian

a. Asas Konsensual

Dalam hukum perjanjian berlaku suatu asas yang dinamakan asas konsensualisme. Asas konsensualisme ini tersirat dalam ketentuan Pasal 1320 Ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, perikatan ini berasal dari kata latin "*Consensus*" yang berarti untuk suatu perjanjian disyaratkan adanya kesepakatan. Arti asas konsensualisme adalah pada dasarnya perjanjian sudah lahir sejak dari terciptanya kesepakatan.

⁶⁵ N. Ike Kusmiati, 2016, Undue Influence Sebagai Faktor Penyebab Cacat Kehendak diluar Kuhperdata, dalam Upaya Mengisi Kekosongan Hukum, Jurnal ilmu Hukum Litigasi, Vo. 17, No. 1.

b. Asas Kebebasan Berkontrak

Hukum perjanjian Indonesia menganut sistem terbuka, hal ini berarti hukum memberikan kebebasan untuk mengadakan perjanjian yang dikehendaki asal tidak bertentangan dengan undang-undang, ketertiban umum, dan kesusilaan.⁶⁶ Dengan diaturnya sistem terbuka, maka hukum perjanjian menyiratkan asas kebebasan berkontrak yang dapat disimpulkan dari Pasal 1338 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, yang menyatakan : “Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya”.

Perjanjian yang disebut, juga mengikat para pihak sebagaimana mengikatnya sebuah Undang-Undang yang dapat diartikan bahwa para pihak harus tunduk pada perjanjian yang telah mereka buat, sama seperti mereka tunduk pada Ketentuan Undang-Undang.

c. Asas Kekuatan Mengikatnya Perjanjian

Asas ini dapat disimpulkan dari Pasal 1338 Ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, yang menerangkan : “Segala perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya”. Sebenarnya yang dimaksudkan oleh pasal tersebut, tidak lain dari pernyataan bahwa tiap perjanjian mengikat kedua belah

⁶⁶ Subekti, *Op Cit*, hlm. 13

pihak,⁶⁷ yang tersirat pula ajaran asas kekuatan mengikat yang dikenal juga adagium “*Pacta sunt servanda*” yang berarti janji yang mengikat.

d. Asas Itikad Baik

Asas ini dimuat dalam Pasal 1338 Ayat (3) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, suatu asas yang mengajarkan bahwa para pihak yang membuat perjanjian harus benar-benar mempunyai maksud untuk mentaati dan memenuhi perjanjian dengan sebaik-baiknya. Menurut Subekti⁶⁸, pengertian Itikad baik dapat ditemui dalam hukum benda (pengertian subjektif) maupun dalam hukum perjanjian seperti yang diatur dalam Pasal 1338 Ayat (3) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (pengertian objektif), itikad baik dalam pelaksanaan kontrak adalah berarti kepatuhan, yaitu penilaian terhadap tindak tanduk suatu pihak dalam hal melaksanakan apa yang telah dijanjikan dan bertujuan untuk mencegah kelakuan yang tidak patut dan sewenang-wenang dari salah satu pihak.

e. Asas Kepercayaan

Asas kepercayaan ini mengandung pengertian bahwa setiap orang yang akan mengadakan perjanjian akan memenuhi setiap prestasi yang diadakan di antara mereka di belakang hari.

f. Asas Keseimbangan

Asas keseimbangan adalah suatu asas yang menghendaki kedua belah pihak memenuhi dan melaksanakan perjanjian. Kreditur mempunyai

⁶⁷ Subekti, *Pokok-pokok Hukum Perdata*, PT. Intermasa, Jakarta, 2010, hlm. 27.

⁶⁸ Subekti, *op.cit*, hlm. 27

kekuatan untuk menuntut prestasi dan jika diperlukan dapat menuntut pelunasan prestasi melalui kekayaan debitur, namun debitur memikul pula kewajiban untuk melaksanakan perjanjian itu dengan itikad baik.

g. Asas Kepatutan

Asas ini dituangkan dalam Pasal 1339 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, dimana berkaitan dengan ketentuan mengenai isi perjanjian.

h. Asas Kebiasaan

Asas ini dipandang sebagai bagian dari perjanjian. Suatu perjanjian tidak hanya mengikat untuk apa yang secara tegas diatur, akan tetapi juga hal-hal yang menurut kebiasaan lazim diikuti. Diatur dalam Pasal 1339 jo. Pasal 1347 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

Pasal 1339 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, dinyatakan :

Suatu perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan didalamnya, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat perjanjian, diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan, atau undang-undang.

Pasal 1347 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, menyatakan:

“Hal-hal yang, menurut kebiasaan selamanya diperjanjikan, dianggap secara diam-diam dimasukkan dalam perjanjian, meskipun tidak dengan tegas dinyatakan”.

4. Wanprestasi

Wanprestasi artinya tidak memenuhi kewajiban sebagaimana ditetapkan dalam perikatan atau perjanjian. Tidak dipenuhinya

kewajiban dalam suatu perjanjian, dapat disebabkan 2 (dua) hal yaitu.⁶⁹

- a. Karena kesalahan debitur, baik dengan sengaja tidak dipenuhi kewajiban maupun karena kelalaian;
- b. Karena keadaan memaksa (*Overmacht, Force majeure*), jadi diluar kemampuan debitur, artinya debitur tidak bersalah.

Untuk menentukan apakah seorang debitur lalai melakukan prestasi, perlu ditentukan dalam keadaan bagaimana debitur dikatakan sengaja atau lalai tidak memenuhi prestasi ada 3 (tiga) kejadian, yaitu:⁷⁰

- a. Debitur tidak memenuhi prestasi sama sekali

Dalam hal ini debitur tidak memenuhi kewajiban yang telah disanggupinya untuk dipenuhi dalam suatu perjanjian, atau tidak memenuhi kewajiban yang ditetapkan undang-undang dalam perikatan yang timbul karena undang-undang.

- b. Debitur memenuhi prestasi tetapi tidak baik atau keliru

Debitur melaksanakan atau memenuhi apa yang telah diperjanjikan atau apa yang telah ditentukan undang-undang, tetapi tidak sebagaimana mestinya menurut kualitas yang ditentukan dalam perjanjian atau menurut kualitas yang ditetapkan undang-undang.

⁶⁹ Djaja S. Meliala, *Hukum Perdata dalam Perspektif BW*, Nuansa Aulia, Bandung, 2014, hlm. 177

⁷⁰ Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perdata Indonesia*, Citra Aditya, Bandung, 2011, hlm. 20.

c. Debitur memenuhi prestasi tetapi tidak tepat waktunya

Debitur memenuhi prestasinya tetapi terlambat, waktu yang ditetapkan dalam perjanjian tidak dipenuhi. Untuk mengetahui sejak kapan debitur itu dalam keadaan wanprestasi perlu diperhatikan apakah dalam perikatan itu ditentukan tenggang pelaksanaan pemenuhan prestasi atau tidak. Dalam perjanjian untuk memberikan sesuatu, atau untuk melakukan sesuatu, pihak-pihak menentukan atau tidak menentukan tenggang waktu pelaksanaan pemenuhan prestasi oleh debitur.

Apabila debitur wanprestasi, kreditur dapat memilih diantara beberapa kemungkinan tuntutan sebagaimana disebut dalam Pasal 1267

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, yaitu :

Pihak terhadap siapa perikatan tidak dipenuhi, dapat memilih apakah ia, jika hal itu masih dapat dilakukan, akan memaksa pihak yang lain untuk memenuhi perjanjian, atautkah ia akan menuntut pembatalan perjanjian, disertai penggantian biaya, kerugian, dan bunga.

Berdasarkan isi Pasal 1267 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata terdapat 5 (Lima) poin yaitu :

- 1) Pemenuhan prestasi
- 2) Ganti rugi
- 3) Pemenuhan perjanjian ditambah ganti rugi
- 4) Pembatalan
- 5) Pembatalan perjanjian dan ganti rugi

Menurut Pasal 1243 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, menyatakan :

Penggantian biaya, rugi, dan bunga karena tak terpenuhinya suatu perikatan, barulah mulai diwajibkan, apabila si berutang, setelah dinyatakan lalai memenuhi perikatannya, tetap melalaikannya, atau jika sesuatu yang harus diberikan atau dibuatnya, hanya dapat diberikan atau dibuat dalam tenggang waktu yang telah dilampaukannya.

Ganti rugi menurut Pasal 1243 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dirinci dalam 3 (Tiga) unsur yaitu :

- 1) Biaya adalah segala pengeluaran atau perongkosan yang nyata-nyata sudah dikeluarkan oleh satu pihak. Contohnya jika seorang sutradara mengadakan suatu perjanjian dengan pemain sandiwara untuk mengadakan suatu pertunjukan dan pemain tersebut tidak datang sehingga pertunjukan terpaksa dibatalkan, maka yang termasuk biaya adalah ongkos cetak iklan, sewa gedung, sewa kursi dan lain-lain.
- 2) Rugi adalah kerugian karena kerusakan barang-barang kepunyaan kreditur yang diakibatkan oleh kelalaian si debitur. Misalnya rumah yang baru diserahkan oleh pemborong ambruk karena salah konstruksinya, hingga merusak perabot rumah.
- 3) Bunga adalah kerugian yang berupa kehilangan keuntungan yang sudah dibayangkan atau dihitung oleh kreditur. Misalnya, dalam hal jual beli barang, jika barang tersebut sudah mendapat tawaran yang lebih tinggi dari harga pembeliannya.

Pengertian mengenai wanprestasi belum mendapat keseragaman, masih terdapat bermacam-macam istilah yang dipakai untuk wanprestasi, sehingga tidak terdapat kata sepakat untuk menentukan istilah mana yang hendak dipergunakan. Istilah mengenai wanprestasi ini terdapat di berbagai istilah yaitu ingkar janji, cidera janji, melanggar janji, dan lain sebagainya.⁷¹

Dengan adanya bermacam-macam istilah mengenai wanprestasi ini, telah menimbulkan kesimpang siuran dengan maksud aslinya yaitu “wanprestasi”. Ada beberapa sarjana yang tetap menggunakan istilah “wanprestasi” dan memberi pendapat tentang pengertian mengenai wanprestasi tersebut.

Wirjono Prodjodikoro mengatakan bahwa wanprestasi adalah ketiadaan suatu prestasi didalam hukum perjanjian, berarti suatu hal yang harus dilaksanakan sebagai isi dari suatu perjanjian. Barangkali dalam Bahasa Indonesia dapat dipakai istilah “pelaksanaan janji untuk prestasi dan ketiadaan pelaksanaannya janji untuk wanprestasi”.⁷²

R. Subekti mengemukakan bahwa “wanprestasi” itu adalah kelalaian atau kealpaan yang dapat berupa 4 macam yaitu :⁷³

- a. Tidak melakukan apa yang telah disanggupi akan dilakukannya.
- b. Melaksanakan apa yang telah diperjanjikannya, tetapi tidak sebagaimana yang diperjanjikan.

⁷¹ Abdul R Saliman, *Esensi Hukum Bisnis Indonesia*, Kencana, Jakarta, 2004, hlm. 15.

⁷² Wirjono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Perjanjian*, Sumur, Bandung, 2003, hlm.

⁷³ Subekti, *op.cit*, hlm. 50.

- c. Melakukan apa yang diperjanjikan tetapi terlambat.
- d. Melakukan suatu perbuatan yang menurut perjanjian tidak dapat dilakukan.

Yahya Harahap mendefinisikan wanprestasi sebagai pelaksanaan kewajiban yang tidak tepat pada waktunya atau dilakukan tidak menurut selayaknya. Sehingga menimbulkan keharusan bagi pihak debitur untuk memberikan atau membayar ganti rugi (*schadevergoeding*), atau dengan adanya wanprestasi oleh salah satu pihak, pihak yang lainnya dapat menuntut pembatalan perjanjian.⁷⁴

Hal ini mengakibatkan apabila salah satu pihak tidak memenuhi atau tidak melaksanakan isi perjanjian yang telah mereka sepakati atau yang telah mereka buat maka yang telah melanggar isi perjanjian tersebut telah melakukan perbuatan wanprestasi. Dari uraian tersebut di atas kita dapat mengetahui maksud dari wanprestasi itu, yaitu pengertian yang mengatakan bahwa seorang dikatakan melakukan wanprestasi bilamana “tidak memberikan prestasi sama sekali, terlambat memberikan prestasi, melakukan prestasi tidak menurut ketentuan yang telah ditetapkan dalam perjanjian”.

Faktor waktu dalam suatu perjanjian adalah sangat penting, karena dapat dikatakan bahwa pada umumnya dalam suatu perjanjian kedua belah pihak menginginkan agar ketentuan perjanjian itu dapat terlaksana secepat mungkin, karena penentuan waktu pelaksanaan perjanjian itu sangat

⁷⁴ M. Yahya Harahap, *op.cit*, hlm. 67

penting untuk mengetahui tibanya waktu yang berkewajiban untuk menepati janjinya atau melaksanakan suatu perjanjian yang telah disepakati.

Dengan demikian bahwa dalam setiap perjanjian prestasi merupakan suatu yang wajib dipenuhi oleh debitur dalam setiap perjanjian. Prestasi merupakan isi dari suatu perjanjian, apabila debitur tidak memenuhi prestasi sebagaimana yang telah ditentukan dalam perjanjian maka dikatakan wanprestasi.

B. Gadai Gantung Sawah

1. Pengertian Gadai

Gadai ialah suatu yang diperoleh seseorang berpiutang atas suatu barang bergerak yang diserahkan kepadanya oleh seorang berhutang atau oleh seorang yang lain atas namanya dan yang memberikan kekuasaan kepada si berpiutang itu untuk mengambil pelunasan dari barang tersebut secara didahulukan dari pada orang-orang berpiutang lainnya, dengan kekecualian hanya untuk melelang barang tersebut dan biaya yang telah dikeluarkan untuk menyelamatkannya setelah barang itu digadaikan, biaya-biaya mana yang harus didahulukan.⁷⁵ Hak gadai diadakan untuk mencegah debitur untuk mengubah barang yang digadaikan, yang mana akan merugikan bagi pihak pemegang gadai.⁷⁶

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata tentang gadai dalam Pasal 1150, menjelaskan bahwa Gadai adalah suatu hak yang diperoleh kreditur

⁷⁵ Elise T. Sulisteni dan Rudi T. Erwin, op.cit, hlm. 159

⁷⁶ Ibid

atas suatu barang bergerak, yang diserahkan kepadanya oleh kreditur, atau oleh kuasanya, sebagai jaminan atas utangnya, dan yang memberi wewenang kepada kreditur untuk mengambil pelunasan piutangnya dan barang itu dengan mendahului kreditur-kreditur lain; dengan pengecualian biaya penjualan sebagai pelaksanaan putusan atas tuntutan mengenai pemilikan atau penguasaan, dan biaya penyelamatan barang itu, yang dikeluarkan setelah barang itu sebagai gadai dan yang harus didahulukan.⁷⁷

Hak gadai yang definisinya diberikan, adalah sebuah hak atas benda bergerak milik orang lain, yang maksudnya bukanlah untuk memberikan kepada orang yang berhak gadai itu (disebut : penerima gadai atau pemegang gadai) manfaat dari benda tersebut, tetapi hanyalah untuk memberikan kepadanya suatu jaminan tertentu bagi pelunasan suatu piutang (yang bersifat apapun juga) dan itu ialah jaminan yang lebih kuat dari pada jaminan yang memilikinya.⁷⁸

2. Rukun Dan Syarat Gadai

a. Rukun gadai antara lain :⁷⁹

- 1) Adanya orang yang melakukan perjanjian yaitu : penggadai dan penerima gadai.
- 2) Adanya barang jaminan.
- 3) Ada perjanjian, baik melalui lisan maupun tulisan.
- 4) Adanya utang

⁷⁷ R. Subekti dan R. Tjitrosudibio, *op.cit*, hlm. 297

⁷⁸ H.F.A. Vollmar, *Pengantar Studi Hukum Perdata*, Rajawali, Jakarta, 2002, hlm. 310.

⁷⁹ Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *op.cit*, hlm. 101.

b. Syarat gadai antara lain :⁸⁰

- 1) Syarat yang berkaitan dengan perjanjian, yaitu kreditur dan debitur tidak saling merugikan.
- 2) Syarat yang berkaitan dengan yang menggadaikan dan penerima gadai, yaitu kedua belah pihak yang berjanji masing-masing dari mereka sudah dewasa dan berakal.
- 3) Syarat yang berkaitan dengan benda yang digadaikan, yaitu:
 - a) Peggadai punya hak kuasa atas benda yang digadaikan.
 - b) Benda gadai bukan benda yang mudah rusak.
 - c) Benda gadai dapat diambil manfaatnya
- 4) Syarat yang berkaitan dengan perjanjian yaitu tidak di syaratkan apa-apa, oleh karenanya bentuk perjanjian gadai itu dapat bebas tidak terikat oleh suatu bentuk yang tertentu artinya perjanjian bisa diadakan secara tertulis ataupun secara lisan saja, dan yang secara tertulis itu bisa diadakan dengan akte notaris, bisa juga diadakan dengan akte dibawah tangan saja.
- 5) Syarat yang berkaitan dengan hutang-piutang, yaitu hutangnya keadaan tetap, keadaan pasti dan keadaan jelas.

3. Subjek Perjanjian Gadai

Perjanjian timbul, disebabkan oleh adanya hubungan hukum kesepakatan antara dua orang atau lebih. Pendukung hukum perjanjian sekurang-kurangnya harus ada dua orang tertentu, masing-masing orang

⁸⁰ *Ibid*, hlm. 101

itu menduduki tempat yang berbeda. Satu orang menjadi pihak kreditur, dan yang seorang lagi sebagai pihak debitur.⁸¹

Kreditur dan debitur itulah yang menjadi subjek perjanjian, kreditur mempunyai hak atas prestasi dan debitur wajib memenuhi pelaksanaan prestasi. Maka sesuai dengan teori dan praktek hukum, *kreditur* terdiri dari:

a. Individu sebagai *persoon* yang bersangkutan.

- 1) *Natuurlijke Persoon* atau manusia tertentu.
- 2) *Rechts Persoon* atau badan hukum

Jika badan hukum menjadi subjek, perjanjian yang diikat bernama “perjanjian atas nama” dan kreditur yang bertindak sebagai penuntut disebut “tuntutan atas nama”.

b. Seseorang atas keadaan tertentu mempergunakan kedudukan atau hak orang lain tertentu.

misalnya, seorang *bezitter* kapal. *Bezitter* kapal ini dapat bertindak sebagai kreditur dalam suatu perjanjian. Kedudukannya sebagai subjek kreditur bukan atas nama pemilik kapal *inpersoon*. Tapi atas nama *persoon* tadi sebagai *bezitter*. Contoh lain, seorang menyewa rumah A, penyewa bertindak atas keadaan dan kedudukannya sebagai penyewa rumah A, bukan atas nama A *inpersoon*, tapi atas nama A sebagai pemilik sesuai dengan keadaannya sebagai penyewa. Lebih nyata dapat kita lihat ketentuan

⁸¹ Riduan Syahrani, *op.cit*, hlm. 145.

Pasal 1576 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, sekalipun rumah telah dijual oleh pemilik semula, atau pemilik semula meninggal dunia, perjanjian sewa-menyewa tetap berjalan atas nama “pemilik semula”, kepada pemilik yang baru atau kepada ahli waris pemilik semula.

c. *Persoon* yang dapat diganti.

Mengenai *persoon* kreditur yang “dapat diganti”, berarti kreditur yang menjadi subjek semula, telah ditetapkan dalam perjanjian sewaktu-waktu dapat diganti kedudukannya dengan kreditur baru.⁸²

Perjanjian yang dapat diganti ini, dapat dijumpai dalam bentuk perjanjian “*aanorder*” atau perjanjian atas *order*/atas perintah. Demikian juga dalam perjanjian “*aantooorder*”, perjanjian “atas nama” atau “kepada pemegang/pembawa” pada surat-surat tagihan hutang.

Tentang siapa-siapa yang menjadi debitur, sama keadaannya dengan orang-orang yang dapat menjadi kreditur yaitu :

- a. Individu sebagai *persoon* yang bersangkutan.
- b. Seorang atas kedudukan atau keadaan tertentu bertindak atas orang tertentu.
- c. Seorang yang dapat diganti menggantikan kedudukan *debitur* semula, baik atas dasar bentuk perjanjian maupun izin dan persetujuan *kreditur*.⁸³

⁸² M. yahya Harahap, *op.cit.* hlm. 15.

⁸³ *Ibid*, hlm. 16.

4. Pemanfaatan Barang Yang Dijadikan jaminan

Menyangkut pemanfaatan barang gadai menurut ketentuan hukum perdata tetap merupakan hak-hak kesepakatan dalam terjadinya penggadaian, hak gadai terjadi karena :

- a. Karena adanya persetujuan gadai ialah suatu kehendak bersama untuk mengadakan hubungan hukum gadai satu sama lainnya.
- b. Penyerahan benda bergerak yang dijadikan jaminan.

Gadai dalam kitab Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, pada dasarnya adalah merupakan sebuah jaminan hutang dari sejumlah uang yang dipinjam (Pasal 1150 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata) dengan kedudukannya sebagai jaminan, maka barang tersebut harus berada pada kekuasaan penerima gadai, bentuk penyerahan bukan suatu keharusan pada zat barang tersebut, melainkan penyerahan dapat berupa penyerahan hak milik secara kepercayaan, yang lazim dinamakan *Fiduciaire eigendom*.⁸⁴

Penyerahan hak milik atas barang-barang yang dipertanggungjawabkan dengan perjanjian bahwa penyerahan hak milik itu hanya untuk jaminan atas pembayaran kembali uang pinjaman. Dalam Kitab Undang Undang Hukum Perdata, setiap transaksi gadai, pemberi gadai selalu dibebani oleh adanya bunga (tambahan pembayaran dari uang pokok yang dipinjamkan), pembebasan bunga dalam transaksi gadai dilegalitaskan sebagaimana

⁸⁴ Elise T. Sulisteni dan Rudi T. Erwin, op.cit, hlm. 161.

dijelaskan pada Pasal 1156 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, yang dinyatakan :

Bagaimanapun, apabila si berhutang atau pemberi gadai bercidera janji, si berpiutang dapat menuntut dimuka hakim supaya barang gadai dijual menurut yang ditentukan oleh hakim untuk melunasi hutang beserta bunga dan biaya, atau hakim atas tuntutan orang yang berpiutang dapat mengabulkan bahwa barang gadai tetap berada pada orang yang berpiutang untuk suatu jumlah yang akan ditetapkan dalam putusan sehingga sebesar hutangnya beserta biaya dan bunganya

Sebagaimana diatur dalam Pasal 1150 sampai 1160 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, pemanfaatan barang jaminan, pemegang gadai mempunyai hak-hak dan kewajiban-kewajiban terhadap barang jaminan tersebut :

a. Hak-hak seorang pemegang gadai

- 1) Ia berhak untuk menahan barang yang dipertanggungkan selama hutang-hutang, bunga dan biaya-biaya yang belum dilunasi.
- 2) Bila tidak ada ketentuan lain, pemegang gadai setelah waktu yang ditentukan telah lampau atau tidak ditetapkan waktunya, setelah mengadakan somasi, dapat melelang barang yang digadaikan dimuka umum.⁸⁵
- 3) Ia berhak untuk minta digantikan biaya-biaya yang telah dikeluarkan oleh pemegang gadai untuk menyelamatkan barang yang dipertanggungkannya itu.

⁸⁵ Subekti, *op.cit*, hlm. 81.

- 4) Ia berhak untuk menggadaikan lagi barang tanggungannya itu apabila hak itu sudah menjadi kebiasaan (seperti halnya dengan penggadaian surat-surat sero atau obligasi).
 - 5) Bila hutang-hutang tidak dibayar sepenuhnya maka pemegang gadai tidak berkewajiban mengembalikan barang yang dipertanggungkan itu (gadai disini tidak dapat dibagi-bagi, hutangnya sendiri dapat dibagi-bagi)
- b. kewajiban-kewajiban seorang pemegang gadai
- 1) Ia bertanggung jawab terhadap kerugian, apabila karena kesalahannya barang yang dipertanggungkan menjadi hilang atau kemunduran harga barang tanggungannya.
 - 2) Ia harus memberitahukan kepada orang yang berhutang apabila ia hendak menjual atau melelang barang tanggungannya.
 - 3) Ia harus memberikan perhitungan tentang pendapatan penjualan itu, dan kelebihan dari pada pelunasan hutang, bunga dan biaya-biaya lelang harus diserahkan kembali ke si berhutang.
 - 4) Ia harus mengembalikan barang yang dipertanggungkan apabila hutang pokok, bunga, biaya untuk menyelamatkan atau merawat barang tanggungan telah dibayar lunas.⁸⁶

⁸⁶ Riduan Syahrani. *op.cit*, hlm. 147.

5. Barang Yang Dijadikan Jaminan

Menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, dalam suatu perjanjian, obyek yang diperjanjikan tersebut harus memenuhi syarat-syarat sebagai berikut :

- a. Barang tersebut dapat diperjual-belikan (bernilai), sebagaimana dijelaskan pada Pasal 1332 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang dinyatakan : “bahwa hanya barang-barang yang dapat diperdagangkan saja yang dapat menjadi objek dari suatu perjanjian”.
- b. Barang tersebut harus tertentu, dalam Pasal 1333 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dinyatakan : “bahwa suatu perjanjian harus mempunyai pokok suatu barang yang paling sedikit ditentukan jenisnya”.⁸⁷

Adapun barang yang dapat dijadikan jaminan yaitu semua benda yang berwujud atau tidak berwujud yang ada dibawah kekuasaan peminjam (debitur) yaitu :

- a. Benda berharga yang berwujud antara lain yakni, seperti mobil, sepeda motor, rumah, tanah, perhiasan, dll.
- b. Benda berharga yang tak berwujud antara lain yakni, seperti surat utang (obligasi), surat efek (saham-saham), surat akte dan surat berharga lainnya.⁸⁸

⁸⁷ R. Subekti dan R. Tjitrosudibio, *op. cit* hlm. 131

⁸⁸ Sri Soedewi Masjchoen, *op.cit*, hlm. 98.

6. Gadai Gantung Sawah

Gadai gantung adalah gadai dimana pemberi gadai (pemilik sawah) meminjam uang kepada penerima gadai dengan perjanjian sawah tetap digarap oleh pemberi gadai dan setiap tahun pemberi gadai harus membayar uang sewa kepada penerima gadai (atas dasar asumsi bahwa penerima gadai menyewakan sawah kepada penggadai) yang nilainya telah disepakati sebelumnya sampai pemberi gadai bisa membayar pokok pinjamannya. Jika pemberi gadai tidak mampu membayar uang sewa kepada penerima gadai, maka sawah diambil alih (digarap) oleh penerima gadai sampai pemberi gadai bisa membayar uang sewa.

C. Jaminan

1. Pengertian Jaminan

Istilah jaminan merupakan terjemahan dari bahasa Belanda, yaitu *zekerheid* atau *cautie*. *Zekerheid* atau *cautie* mencakup secara umum cara-cara kreditur menjamin dipenuhinya tagihannya, disamping pertanggungjawaban umum debitur terhadap barang-barangnya. Selain istilah jaminan, dikenal juga dengan agunan. Istilah agunan dapat dibaca dalam Pasal 1 angka 23 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan. Pasal 1 angka 23 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan, dinyatakan :
“Jaminan tambahan diserahkan nasabah debitur kepada bank dalam rangka

mendapatkan fasilitas kredit atau pembiayaan berdasarkan prinsip Syariah.”

Perjanjian hutang piutang dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata tidak diatur secara terperinci, namun bersirat dalam Pasal 1754 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata tentang perjanjian pinjaman pengganti yakni dikatakan bahwa bagi mereka yang meminjam harus mengembalikan dengan bentuk dan kualitas yang sama. Pelunasan hutang adalah terdiri dari pelunasan bagi jaminan yang bersifat umum dan jaminan yang bersifat khusus.

Pelunasan hutang dengan jaminan umum didasarkan pada Pasal 1131 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dan Pasal 1132 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Pasal 1131 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dinyatakan bahwa segala kebendaan debitur baik yang ada maupun yang akan ada baik bergerak maupun yang tidak bergerak merupakan jaminan terhadap pelunasan hutang yang dibuatnya. Sebagaimana Pasal 1131 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata menyatakan : “Segala kebendaan si berutang, baik yang bergerak maupun yang tak bergerak, baik yang sudah ada maupun baru akan ada di kemudian hari, menjadi tanggungan untuk segala perikatan perseorangan”

Pasal 1132 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata menyebutkan harta kekayaan debitur menjadi jaminan secara bersama-sama bagi semua kreditur yang memberikan hutang kepadanya.. Sebagaimana Pasal 1132 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata menyatakan :

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 di antara para berpiutang itu ada alasan-alasan yang sah untuk didahulukan.

Benda yang dapat dijadikan pelunasan jaminan umum apabila telah memenuhi persyaratan antara lain :

- a. Benda tersebut bersifat ekonomis (dapat dinilai dengan uang).
- b. Benda tersebut dapat dipindah tangankan haknya kepada pihak lain.

Pelunasan hutang dengan jaminan khusus merupakan hak khusus pada jaminan tertentu. Sebagaimana dijelaskan Pasal 1134 Ayat (1) Kitab

Undang-Undang Hukum Perdata yang menyatakan :

Hak istimewa ialah hak yang oleh undang-undang diberikan kepada seorang berpiutang sehingga tingkatnya lebih tinggi daripada orang berpiutang lainnya, semata-mata berdasarkan sifat piutangnya.

Hak kebendaan ialah hak mutlak atas sesuatu benda dimana hak itu memberikan kekuasaan langsung atas sesuatu benda dan dapat dipertahankan terhadap siapapun juga.⁸⁹

Hak kebendaan memiliki sifat-sifat, sifat-sifat dari hak kebendaan yaitu :

- a. Merupakan hak mutlak. Dapat dipertahankan terhadap siapapun juga.
- b. Mempunyai hak yang mengikuti. Artinya hak itu terus mengikuti bendanya di manapun juga barang itu berada.

⁸⁹ Sri Soedewi Maschjoen Sofwan, *op.cit*, hlm. 24

- c. Mempunyai sistem. Sistem yang terdapat dalam hak kebendaan ialah mana yang lebih dulu terjadinya, tingkatnya lebih tinggi daripada yang terjadi kemudian.
- d. Mempunyai hak yang lebih didahulukan daripada hak lainnya.
- e. Mempunyai macam-macam *actie* (penuntutan kembali jika terjadi gangguan atas haknya).
- f. Mempunyai cara pemindahan yang berlainan

Agunan merupakan jaminan tambahan (*accessoir*). Tujuan agunan adalah untuk mendapatkan fasilitas dari bank. Jaminan ini diserahkan oleh debitur kepada bank. Unsur-unsur agunan, yaitu :⁹⁰

- a. Jaminan Tambahan.
- b. Diserahkan Oleh Debitur Kepada Bank.
- c. Untuk Mendapatkan Fasilitas Kredit atau Pembiayaan.

Didalam Seminar Badan Pembina Hukum Nasional yang diselenggarakan di Yogyakarta, dari tanggal 20 s.d. 30 Juli 1977 disimpulkan pengertian jaminan. Jaminan adalah “menjamin dipenuhinya kewajiban yang dapat dinilai dengan uang yang timbul dari suatu perikatan hukum. Oleh karena itu, hukum jaminan erat sekali dengan hukum benda”.⁹¹

Konstruksi jaminan dalam definisi ini ada kesamaan dengan yang dikemukakan Hartono Hadisoeparto dan M. Bahsan. Hartono Hadisoeparto berpendapat bahwa jaminan adalah “Sesuatu yang diberikan kepada kreditur untuk menimbulkan keyakinan bahwa debitur

⁹⁰ H. Salim HS, *op.cit*, hlm. 22.

⁹¹ Mariam Darus Badruzaman, *op.cit*, hlm. 227

akan memenuhi kewajiban yang dapat dinilai dengan uang yang timbul dari suatu perikatan”.⁹² Kedua definisi jaminan yang dipaparkan tersebut adalah :

- a. Difokuskan pada pemenuhan kewajiban kepada kreditur (bank).
- b. Wujudnya jaminan ini dapat dinilai dengan uang (jaminan materiil).
- c. Timbulnya jaminan karena adanya perikatan antara kreditur dengan debitur.

Istilah yang digunakan oleh M.Bahsan adalah jaminan. Ia berpendapat bahwa jaminan adalah “Segala sesuatu yang diterima kreditur dan diserahkan debitur untuk menjamin suatu utang piutang dalam masyarakat”.⁹³ Alasan digunakan istilah jaminan karena :

- a. Telah lazim digunakan dalam bidang Ilmu Hukum, dalam hal ini berkaitan dengan penyebutan-penyebutan, seperti hukum jaminan, lembaga jaminan, jaminan kebendaan, jaminan perorangan, hak jaminan, dan sebagainya.
- b. Telah digunakan dalam beberapa peraturan perundang-undangan tentang lembaga jaminan, seperti yang tercantum dalam Undang-Undang Hak Tanggungan dan Jaminan Fidusia.

2. Pengaturan Tentang Jaminan

Pada zaman pemerintah Hindia Belanda, ketentuan hukum yang mengatur tentang hukum jaminan dapat dikaji dalam Buku II Kitab

⁹² Hartono Hadisoeperto, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan dan Hukum Jaminan*, Liberty, Yogyakarta, 2004, hlm. 50.

⁹³ M. Bahsan, *Penilaian Jaminan Kredit Perbankan Indonesia*, Rejeki Agung, Jakarta, 2002, hlm. 148.

Undang-Undang Hukum Perdata dan Stb. 1908 Nomor 542 sebagaimana telah diubah menjadi Stb. 1937 Nomor 190 tentang *Credietverband*. Dalam Buku II Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, ketentuan-ketentuan hukum yang berkaitan dengan hukum jaminan adalah gadai (*pand*) dan hipotek. *Pand* diatur dalam Pasal 1150 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata sampai dengan Pasal 1160 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, sedangkan hipotek diatur dalam Pasal 1162 sampai dengan Pasal 1232 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

Pada zaman Jepang, ketentuan hukum jaminan tidak berkembang, karena pada zaman ini ketentuan-ketentuan hukum yang diberlakukan dalam pembebanan jaminan didasarkan pada ketentuan hukum yang tercantum dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dan *Credietverband*, hal ini dapat kita ketahui dari bunyi Pasal 3 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1942 tentang Bala Tentara Jepang, yang menyatakan :”Semua badan-badan pemerintah, kekuasaannya, hukum dan undangundang dari pemerintah terdahulu, tetap diakui buat sementara waktu asal saja tidak bertentangan dengan Pemerintahan Militer”.

Berdasarkan ketentuan ini, jelaslah bahwa hukum dan undang-undang yang berlaku pada zaman Hindia Belanda masih tetap diakui sah oleh Dai Nippon. Tujuan adanya ketentuan ini untuk mencegah terjadi kekosongan hukum (*rechtvacuum*).

Sejak zaman kemerdekaan sampai dengan saat ini (1945-2003) telah banyak ketentuan hukum tentang jaminan yang telah disahkan

menjadi undang-undang. Pada zaman ini dapat dipilah menjadi 2 era, yaitu era sebelum reformasi dan sesudah reformasi. Pada era sebelum reformasi, ketentuan hukum yang mengatur tentang jaminan adalah Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria. Dalam ketentuan ini juga merujuk pada berbagai peraturan perundang-undangan lainnya.

Pada konsideran Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria yang mencabut berlakunya Buku II Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Indonesia mengenai bumi, air, serta kekayaan alam yang terkandung di dalamnya, kecuali ketentuan-ketentuan mengenai *hypotheek* yang masih berlaku sejak berlakunya undang-undang ini. Walaupun pada zaman kemerdekaan sampai dengan saat ini, pemerintah kita telah banyak menetapkan undang-undang yang berkaitan dengan jaminan, namun kita masih memberlakukan ketentuan-ketentuan hukum yang tercantum dalam Buku II Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Ketentuan hukum yang masih berlaku dalam Buku II Kitab Undang-Undang Hukum Perdata adalah yang berkaitan dengan gadai (*pand*) dan hipotek, terutama yang berkaitan dengan pembebanan atas hipotek kapal laut yang beratnya 20m³ dan pesawat udara. Sedangkan hal-hal yang berkaitan dengan hak atas tanah berlaku ketentuan hukum yang tercantum dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan. Dan pada era reformasi juga telah diundangkannya Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia.

3. Istilah dan Pengertian Hukum Jaminan

Istilah hukum jaminan berasal dari terjemahan *zakerheidsstelling* atau *security of law*. Sri Soedewi Masjhoen Sofwan, mengemukakan bahwa hukum jaminan adalah :

Mengatur konstruksi yuridis yang memungkinkan pemberian fasilitas kredit, dengan menjaminkan benda-benda yang dibelinya sebagai jaminan. Peraturan demikian harus cukup meyakinkan dan memberikan kepastian hukum bagi lembaga-lembaga kredit, baik dari dalam negeri maupun luar negeri. Adanya lembaga jaminan dan lembaga demikian, kiranya harus dibarengi dengan adanya lembaga kredit dengan jumlah, besar, dengan jangka waktu yang lama dan bunga yang relative rendah.⁹⁴

Pernyataan ini merupakan sebuah konsep yuridis yang berkaitan dengan penyusunan peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang jaminan pada masa yang akan datang. Saat ini telah dibuat berbagai peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan jaminan. J.Satrio mengartikan hukum jaminan adalah “Peraturan hukum yang mengatur jaminan-jaminan piutang seorang kreditur terhadap debitur”.⁹⁵ Definisi ini difokuskan pada pengaturan pada hak-hak kreditur semata-mata, tetapi tidak memperhatikan hak-hak debitur. Dari berbagai kelemahan definisi tersebut, maka definisi-definisi tersebut perlu dilengkapi dan disempurnakan, bahwa hukum jaminan adalah : “Keseluruhan dari kaidah-kaidah hukum yang mengatur hubungan hukum antara pemberi dan

⁹⁴ Sri Soedewi Masjhoen Sofwan, *Hukum Jaminan di Indonesia Pokok-pokok Hukum dan Jaminan Perorangan*, BPHN Departemen Kehakiman RI, Jakarta, 2000, hlm. 5.

⁹⁵ J. Satrio, *op.cit*, hlm. 3.

penerima jaminan dalam kaitannya dengan pembebanan jaminan untuk mendapatkan fasilitas kredit”.

Unsur-unsur yang tercantum dalam definisi ini adalah :

a. Adanya Kaidah Hukum

Kaidah hukum dalam bidang jaminan, dapat dibedakan menjadi 2 (dua) macam, yaitu kaidah hukum jaminan tertulis dan kaidah hukum jaminan tidak tertulis.

b. Adanya Pemberi dan Penerima Jaminan

Pemberi jaminan adalah orang-orang atau badan hukum yang menyerahkan barang jaminan kepada penerima jaminan (debitur).

Penerima jaminan adalah orang atau badan hukum yang menerima barang jaminan dari pemberi jaminan (orang atau badan hukum).

Badan hukum adalah lembaga yang memberikan fasilitas kredit, dapat berupa lembaga perbankan dan atau lembaga keuangan nonbank.

c. Adanya Jaminan

Jaminan yang diserahkan kepada kreditur adalah jaminan materiil dan imateriil. Jaminan materiil merupakan jaminan yang berupa hak-hak kebendaan, seperti jaminan atas benda bergerak dan benda tidak bergerak. Jaminan imateriil merupakan jaminan nonkebendaan.

d. Adanya Fasilitas Kredit

Pembebanan jaminan yang dilakukan oleh pemberi jaminan bertujuan untuk mendapatkan fasilitas kredit dari bank atau lembaga keuangan nonbank. Pemberian kredit merupakan pemberian uang berdasarkan

kepercayaan, dalam arti bank atau lembaga keuangan nonbank percaya bahwa debitur sanggup untuk mengembalikan pokok pinjaman dan bunganya.

4. Objek dan Ruang Lingkup Kajian Hukum Jaminan

Objek kajian merupakan sasaran di dalam penyelidikan atau pengkajian hukum jaminan. Objek itu dibagi menjadi 2 macam, yaitu objek materiil dan objek forma. Objek materiil hukum jaminan adalah manusia. Objek forma, yaitu sudut pandang tertentu terhadap objek materiilnya. Jadi objek forma hukum jaminan adalah bagaimana subjek hukum dapat membebankan jaminannya pada lembaga perbankan atau lembaga keuangan nonbank.

Ruang lingkup kajian hukum jaminan meliputi jaminan umum dan jaminan khusus. Jaminan khusus dibagi menjadi dua (2) macam, yaitu :

b. Jaminan Perorangan

Hak jaminan perorangan timbul dari perjanjian jaminan antara kreditur (bank) dan pihak ketiga. Perjanjian jaminan perorangan merupakan hak relatif, yaitu hak yang hanya dapat dipertahankan terhadap orang tertentu yang terikat dalam perjanjian.⁹⁶ Jaminan perorangan meliputi: *borg*, tanggung-menanggung (tanggung renteng), dan garansi bank. Sebagaimana diatur didalam Pasal 1820 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang menyatakan :

⁹⁶ Djuhaendah Hasan dan Salmidjas Salam, *Aspek Hukum Hak Jaminan Perorangan dan Kebendaan*, Jakarta, 2010, hlm. 210

Penanggungan adalah suatu perjanjian dengan mana seorang pihak ketiga, guna kepentingan si berpiutang, mengikatkan diri untuk memenuhi perikatan si berutang manakala orang ini sendiri tidak memenuhinya

c. Jaminan Kebendaan

Jaminan kebendaan merupakan hak mutlak (absolut) atas suatu benda tertentu yang menjadi objek jaminan suatu hutang, yang suatu waktu dapat diuangkan bagi pelunasan hutang debitur apabila debitur ingkar janji. Dengan mempunyai berbagai kelebihan, yaitu sifat-sifat yang dimilikinya, antara lain sifat absolut dimana setiap orang harus menghormati hak tersebut, memiliki *droit de preference*, *droit de suite*, serta asas-asas yang terkandung padanya, seperti asas spesialitas dan publisitas telah memberikan kedudukan dan hak istimewa bagi pemegang hak tersebut/kreditur, sehingga dalam praktik lebih disukai pihak kreditur daripada jaminan perorangan.⁹⁷ Jaminan kebendaan mempunyai cirri-ciri "kebendaan" dalam arti mempunyai sifat melekat dan mengikuti benda yang bersangkutan dimanapun berada (*droit de suite*), dan memberikan hak revindikasi. Jaminan kebendaan dapat digolongkan menjadi 5 (lima) macam yaitu :⁹⁸

- 1) Gadai (pand) yang diatur dalam Bab 20 Buku II Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.
- 2) Hipotik kapal yang diatur dalam Bab 21 Buku II Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

⁹⁷ *Ibid*, hlm. 214.

⁹⁸ <http://kuliahade.wordpress.com/2010/03/13/hukum-jaminan-pengantar>. Diakses pada Rabu 27 September 2017 pukul 14.00 WIB.

- 3) Credietverband yang diatur dalam Stb.1908 no.542 sebagaimana telah diubah dengan Stb. No.1937 no.190
- 4) Hak tanggungan sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun.1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah
- 5) Jaminan fidusia sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia

Menurut sifatnya, jaminan kebendaan dibagi menjadi dua (2), yaitu :

- 1) Jaminan Dengan Benda Berwujud (materiil)

Benda berwujud dapat berupa benda/barang bergerak dan atau benda/barang tidak bergerak. Yang termasuk dalam jaminan benda bergerak meliputi: gadai dan fidusia, sedangkan jaminan benda tidak bergerak meliputi: hak tanggungan, fidusia, khususnya rumah susun, hipotek kapal laut dan pesawat udara.

- 2) Jaminan Dengan Benda Tidak Berwujud (imateriil)

Benda/barang tidak berwujud yang lazim diterima oleh bank sebagai jaminan kredit adalah berupa hak tagih debitur terhadap pihak ketiga.

Mariam Darus Badruzaman mengemukakan asas-asas hukum jaminan.

Asas-asas itu meliputi :⁹⁹

- a. Asas Filosofis

⁹⁹ Mariam Darus Badruzaman, *Benda-Benda Yang Dapat Diletakkan Sebagai Objek Hak Tanggungan dalam Persiapan Pelaksanaan Hak Tanggungan di Lingkungan Perbankan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2008, hlm. 23.

yaitu asas dimana semua peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia harus didasarkan pada falsafah yang dianut oleh bangsa Indonesia, yaitu Pancasila.

b. Asas Konstitusional

yaitu asas dimana semua peraturan perundang-undangan dibuat dan disahkan oleh pembentuk undang-undang harus didasarkan pada hukum dasar (konstitusi). Hukum dasar yang berlaku di Indonesia, yaitu Undang-Undang Dasar 1945.

c. Asas Politis

yaitu asas dimana segala kebijakan dan teknik di dalam penyusunan peraturan perundang-undangan didasarkan pada Tap MPR.

d. Asas Operasional (konkret)

merupakan asas yang dapat digunakan dalam pelaksanaan pembebanan jaminan.

Tempat pengaturan hukum jaminan dapat dibedakan menjadi 2 tempat, yaitu (1) di dalam Buku II Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dan (2) di luar Buku II Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Ketentuan-ketentuan hukum yang erat kaitannya dengan hukum jaminan, yang masih berlaku dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, adalah gadai (Pasal 1150 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata sampai Pasal 1161 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata) dan Hipotek (Pasal 1162 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata sampai dengan Pasal 1232 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata).

Ketentuan hukum jaminan yang terdapat di luar Kitab Undang-Undang Hukum Perdata merupakan ketentuan-ketentuan hukum yang tersebar di luar Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Ketentuan-ketentuan hukum itu, meliputi:

- a. Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang UUPA.
- b. Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan.
- c. Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia.
- d. Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2008 tentang Pelayaran.
- e. Buku III tentang van Zaaken (hukum benda) NBW Belanda.

5. Jenis-Jenis Jaminan

Jaminan diperlukan untuk menanggung pembayaran kredit macet. Calon debitur umumnya diminta untuk menyediakan jaminan berupa agunan yang berkualitas tinggi nilainya minimal sebesar jumlah kredit atau pembiayaan yang diterimanya. Agunan berfungsi sebagai jaminan tambahan. Menurut sifatnya lembaga jaminan dapat dibedakan dalam bentuk, yaitu :¹⁰⁰

- a. Jaminan materil (kebendaan), yaitu jaminan kebendaan; dan
- b. Jaminan imateriil (perorangan), yaitu jaminan perorangan.

Jaminan kebendaan mempunyai ciri-ciri “kebendaan” dalam arti memberikan hak mendahului di atas benda-benda tertentu dan mempunyai sifat melekat dan mengikuti benda yang bersangkutan. Yang dimaksud dengan “benda” dalam hal ini adalah segala sesuatu yang mempunyai

¹⁰⁰ H. Salim H.S, op.cit, hlm. 23.

harga dan yang dapat dikuasai oleh manusia, dan merupakan suatu kesatuan.¹⁰¹ Misalnya, ialah hawa, matahari dan sebagiannya adalah bukan benda dalam arti hukum, tetapi hawa dikapal selam merupakan benda. Benda itu selalu dapat dihargakan dengan uang, tetapi cukup pula kiranya benda itu memiliki harga yang bersifat efektif. Menurut hukum, benda dapat dibedakan dengan berbagai cara, terdapat di dalam Pasal 503, 504, 505 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, yaitu:

- a. Benda bergerak yang dibedakan menjadi :
 - 1) Benda yang dapat dihabiskan
 - 2) Benda yang tidak dapat dihabiskan, yaitu karena dipakai dapat menjadi habis.
- b. Benda tidak bergerak.

Menurut Sri Soedewi Masjchoen Sofwan membedakan macam-macam benda menjadi :¹⁰²

- a. Benda yang berwujud dan benda yang tidak berwujud
- b. Benda yang bergerak dan benda yang tidak bergerak
- c. Benda yang dapat dipakai habis dan benda yang tidak dapat dipakai habis
- d. Benda yang sudah ada dan benda yang masih akan ada. Benda yang masih akan ada dibagi menjadi 2, yaitu :

¹⁰¹ Chidir Ali, *Hukum Benda*, Tarsito, Bandung, 2009, hlm. 52.

¹⁰² Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *op.cit*, hlm. 19

- 1) Benda yang akan ada absolut, yaitu benda yang pada saat itu sama sekali belum ada, misalnya: hasil panen pada musim panen yang akan datang
 - 2) Benda yang akan ada relatif, yaitu benda yang pada saat itu sudah ada, tetapi bagi orang-orang tertentu belum ada. Misalnya barang-barang yang sudah dibeli namun belum diserahkan.
- e. Benda dalam perdagangan dan benda yang diluar perdagangan.
- f. Benda yang dapat dibagi dan benda yang tidak dapat dibagi.

Berdasarkan macam-macam benda diatas, yang terpenting adalah pembedaan antara benda bergerak dan benda tidak bergerak.¹⁰³ Benda bergerak dapat dibedakan menjadi :

- a. Benda bergerak karena sifatnya. Menurut Pasal 509 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata adalah benda-benda yang dapat berpindah atau dapat dipindahkan.
- b. Benda bergerak karena ketentuan Undang-Undang. Menurut Pasal 511 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, hak-hak atas benda yang bergerak misalnya hak memungut hasil atas benda bergerak, hak pemakaian atas benda bergerak, dan lain-lain.

Benda tidak bergerak dapat dibedakan menjadi :

- a. Benda tidak bergerak karena sifatnya, yaitu tanah dan segala sesuatu yang melekat diatasnya misalnya, pohon.
- b. Benda tidak bergerak karena tujuannya, misalnya mesin pabrik

¹⁰³ *Ibid.*, hal. 20-21

- c. Benda tidak bergerak menurut ketentuan Undang-Undang yaitu, hak atas benda-benda yang tidak bergerak, misalnya hak memungut hasil atas benda tidak bergerak, hak memakai atas benda tidak bergerak, dan hipotek.

Jaminan perorangan tidak memberikan hak mendahului atas benda-benda tertentu, tetapi hanya dijamin oleh harta kekayaan seseorang lewat orang yang menjamin pemenuhan perikatan yang bersangkutan.

Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, mengemukakan pengertian jaminan materiil (kebendaan) dan jaminan perorangan. Jaminan materiil adalah :

Jaminan yang berupa hak mutlak atas suatu benda, yang mempunyai ciri-ciri mempunyai hubungan langsung atas benda tertentu, dapat dipertahankan terhadap siapa pun, selalu mengikuti bendanya dan dapat dialihkan. Sedangkan jaminan imateriil (perorangan) adalah jaminan yang menimbulkan hubungan langsung pada perorangan tertentu, hanya dapat dipertahankan terhadap debitur tertentu, terhadap harta kekayaan debitur umumnya.¹⁰⁴

Dari uraian di atas, maka dapat dikemukakan unsur-unsur yang tecantum pada jaminan materiil, yaitu :¹⁰⁵

- a. Hak mutlak atas suatu benda.
- b. Cirinya mempunyai hubungan langsung atas benda tertentu.
- c. Dapat dipertahankan terhadap siapa pun.
- d. Selalu mengikuti bendanya.
- e. Dapat dialihkan kepada pihak lainnya.

Unsur jaminan perorangan, yaitu :

¹⁰⁴ Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *op.cit*, hlm 46

¹⁰⁵ H. Salim H.S, *op.cit*, hlm. 24.

- a. Mempunyai hubungan langsung pada orang tertentu.
- b. Hanya dapat dipertahankan terhadap debitur tertentu.
- c. Terhadap harta kekayaan debitur umumnya.

Jaminan kebendaan dapat digolongkan menjadi 5 macam, yaitu :

- a. Gadai (*pand*), yang diatur dalam Bab 20 Buku II Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.
- b. Hipotek, yang diatur dalam Bab 21 Buku II Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.
- c. *Credietverband*, yang diatur dalam Stb. 1908 Nomor 542 sebagaimana telah diubah dengan Stb. 1937 Nomor 190.
- d. Hak tanggungan, sebagaimana yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996.
- e. Jaminan fidusia, sebagaimana yang diatur di dalam Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999.

Yang termasuk jaminan perorangan adalah :

- a. Penanggungan (*borg*), adalah orang lain yang dapat ditagih.
- b. Tanggung-menanggung, yang serupa dengan tanggung renteng.
- c. Perjanjian garansi.

Dari kedelapan jenis jaminan diatas, maka yang masih berlaku adalah:¹⁰⁶

- a. Gadai.
- b. Hak tanggungan.

¹⁰⁶ *Ibid*, hlm. 30.

- c. Jaminan fidusia.
- d. Hipotek atas kapal laut dan pesawat udara.
- e. *Borg*.
- f. Tanggung-menanggung.
- g. Perjanjian garansi.

Pembebanan hak atas tanah yang menggunakan lembaga hipotek dan *credietverband* sudah tidak berlaku lagi karena telah dicabut dengan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan, sedangkan pembebanan jaminan atas kapal laut dan pesawat udara masih tetap menggunakan lembaga hipotek.

Di luar negeri, lembaga jaminan dibagi menjadi 2 macam, yaitu :

- a. Lembaga jaminan dengan menguasai bendanya (*possessory security*).
- b. Lembaga jaminan tanpa menguasai bendanya.¹⁰⁷

Lembaga jaminan dengan menguasai bendanya adalah suatu lembaga jaminan, dimana benda yang dijamin berada pada penerima jaminan. Lembaga jaminan ini dibagi menjadi 6 macam, yaitu :

- a. *Pledge or pawn*, yaitu benda yang dijadikan jaminan berada di tangan penerima gadai.
- b. *Lien*, yaitu hak untuk menguasai bendanya sampai hutang yang berkaitan dengan benda tersebut dibayar lunas.

¹⁰⁷ Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *op.cit*, hlm. 25.

- c. *Mortgage with possession*, yaitu pembebanan jaminan (hipotek) atas benda bergerak. Lembaga ini belum dikenal di Indonesia.
- d. *Hire purchase*, yaitu perjanjian antara penjual sewa dan pembeli sewa, di mana hak milik atas barang tersebut baru beralih setelah pelunasan terakhir.
- e. *Conditional sale* (pembelian bersyarat), yaitu perjanjian jual beli dengan syarat bahwa pemindahan hak atas barang baru terjadi setelah syarat dipenuhi, misalnya jika harga dibayar lunas.
- f. *Credit sale*, ialah jual beli di mana peralihan hak telah terjadi pada saat penyerahan meskipun harga belum di bayar lunas.

Lembaga jaminan dengan menguasai bendanya adalah suatu lembaga jaminan, di mana benda yang menjadi objek jaminan tidak berada atau tidak dikuasai oleh penerima jaminan. Yang termasuk lembaga jaminan ini adalah:

- a. *Mortgage*, yaitu pembebanan atas benda tak bergerak atau sama dengan hipotek.
- b. *Chattel mortgage*, yaitu *mortgage* atas benda-benda bergerak. Umumnya ialah *mortgage* atas kapal laut dan kapal terbang dengan tanpa menguasai bendanya.
- c. *Fiduciary transfer of ownership*, yaitu perpindahan hak milik atas kepercayaan yang dipakai jaminan hutang.

- d. *Leasing*, yaitu suatu perjanjian di mana si peminjam (*lessee*) menyewa barang modal untuk usaha tertentu dan jaminan angsuran tertentu.

Penggolongan ini dimaksudkan untuk mempermudah pihak debitur untuk membebani hak-hak yang akan digunakan dalam pemasangan jaminan, apakah yang bersangkutan menggunakan hak tanggungan, fidusia, gadai, atau hipotek kapal laut untuk mendapatkan fasilitas kredit pada lembaga perbankan atau penggadaian.

D. Arbitrase

1. Pengertian Arbitrase

Kata arbitrase berasal dari kata *arbitrare* (latin), *arbitrage* (belanda), *arbitration* (inggris), *schiedspruch* (jerman), dan *arbitrage* (prancis), yang berarti kekuasaan untuk menyelesaikan sesuatu menurut kebijaksanaan atau damai oleh arbiter atau wasit pengertian arbitrase adalah cara-cara penyelesaian hakim partikular yang tidak terkait dengan dengan berbagai formalitas, cepat dan memberikan keputusan, karena dalam instansi terakhir serta mengikat, yang mudah untuk melaksanakan karena akan di taati para pihak.¹⁰⁸

Arbitrase adalah suatu prosedur yang oleh para pihak yang berselisih secara suka rela setuju untuk terikat pada putusan pihak ketiga yang netral diluar proses peradilan yang normal. Logika dan kesederhanaan dari arbitrase mendapat pujian bahwa proses tersebut

¹⁰⁸ R. Subekti, *kumpulan karangan hukum perakitan, Arbitrase, dan peradilan*, Alumni, Bandung, 1998, hlm. 1.

ditujukan untuk manusia sejak abad permulaan. Untuk alasan yang sama pula arbitrase secara luas diterimasebagai pelengkap dari hukum formildari orang-orang romawi dan lebih di sukai sebagai alat penyelesaian perselisihan komersil pada abad pertengahan.¹⁰⁹ sementara itu, menurut Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa Pasal 1 angka 1, arbitrase adalah: “cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar peradilan umum yang di dasarkan pada perjanjian arbitraseyang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa”.

Menurut R. Subekti arbitrase adalah “penyelesaiain suatu perselisihan (perkara) oleh seseorang atau beberapa orang wasit (Arbiter) yang bersama sama di tunjuk oleh para pihak yang berperkara dengan tidak di selesaikan lewat pengadilan. Berdasarkan pendapat ke dua ahli tersebut, dapat di simpulkan pengertian arbitrase, yaitu: proses penyelesaian diantara para pihak yang mengadakan perjanjian untuk menunjukan seseorang atau lebih sebagai arbiter dalam memutus perkara yang sifat putusannya adalah final dan mengikat”.¹¹⁰

2. Asas-Asas Arbitrase

Menurut H. Sudarto arbitrase memiliki asas-asas, asas-asas, asas-asas tersebut adalah :¹¹¹

¹⁰⁹ Sudargo Gautama, *kontrak dagang internasional*, Alumni, Bandung, 2001, hlm. 5.

¹¹⁰ Subekti, *op.cit*, hlm. 5

¹¹¹ H. Sudarto dan Zacni Asyhadie, *Mengenal Arbitrase Salah Satu Alternatif Penyelesaian Sengketa Bisnis*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2005, hlm. 32

- a. Asas kesepakatan adalah kesepakatan para pihak untuk menyelesaikan perselisihannya melalui pihak ke tiga atau di luar pengadilan
- b. Asas musyawarah adalah setiap perselisihan diupayakan diselesaikan secara musyawarah melalui seorang arbiter
- c. Asas final mengikat adalah putusan arbitrase bersifat final dan tidak dapat dilakukan lagi upaya hukum lainnya.

3. Syarat-Syarat Arbitrase

Para pihak dapat menyetujui suatu sengketa yang terjadi atau yang akan terjadi akan diselesaikan melalui arbitrase jika arbitrase diadakan tanpa kesepakatan kedua belah pihak maka itu bukan perjanjian arbitrase dengan adanya perjanjian arbitrase maka pengadilan negeri tidak berwenang mengadili perkara tersebut, dalam hal para pihak memilih penyelesaian sengketa melalui arbitrase setelah sengketa terjadipersetujuan mengenai hal tersebut harus dibuat dalam suatu perjanjian tertulis yang ditanda tangani kedua belah pihak.¹¹²

4. Prosedur Arbitrase

Bila terjadi perselisihan yang penyelesaiannya disepakati untuk diselesaikan melalui arbitrase, prosedur yang harus ditempuh adalah sebagai berikut :¹¹³

a. Permohonan Arbitrase

Tahap pertama berarbitrase harus dimulai dengan mengajukan permohonan arbitrase. Pada surat permohonan harus dilampirkan

¹¹² Paustinus Siburian, *Arbitrase Online Alternatif Penyelesaian Sengketa Perdagangan Secara Elektronik*, Djambatan, Jakarta, 2004, hlm. 42.

¹¹³ *Ibid*, hlm. 44.

salinan naskah atau akta perjanjian yang secara khusus menyerahkan pemutusan sengketa kepada arbiter atau majlis arbitrase (akta kopromis); atau perjanjian yang memuat klausula bahwa sengketa yang akan timbul dari perjanjian tersebut akan diputus oleh arbiter atau majlis arbitrase (*Pactum The Compromitendo*).

Berdasarkan Pasal 38 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa dalam surat permohonan paling tidak harus memuat :

- 1) Nama lengkap dan tempat tinggal atau tempat kedudukan para pihak
- 2) Uraian singkat tentang sengketa disertai dengan lampiran bukti-bukti dan
- 3) Isi tuntutan yang jelas

b. Para pihak tidak menunjuk arbiter

Apabila para pihak tidak menunjuk arbiter, maka oleh ketua arbitrase yang dipilih akan menunjuk (membentuk) suatu tim yang terdiri atas tiga orang arbiter yang akan akan memeriksa dan memutuskan sengketa. Jika sengketa itu dianggapnya sederhana dan mudah, akan ditunjuk seorang arbiter tunggal untuk memeriksa dan memutuskan perkaranya.

c. Proses pemeriksaan dan tenggang waktu yang diperlukan menurut Undang-Undang Uomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa

Para pihak dalam suatu perjanjian yang tegas dan tertulis, bebas untuk menentukan cara (proses pemeriksaan) arbitrase yang dipergunakan dalam sidang sepanjang tidak bertentangan dengan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tersebut. Demikian juga, para pihak bebas menentukan jangka waktu dan tempat diselenggarakannya pemeriksaan atau persidangan, termasuk arbiter dan majelis arbitrase.