



Ivida Dewi Amrih Suci, S.H., M.H.
Prof. Dr. Herowati Poesoko, S.H., M.H.

HUKUM KEPAILITAN

Kedudukan dan Hak Kreditor Separatis
atas Benda Jaminan Debitor Pailit



Editor:
Dr. Ermanto Fahamsyah, S.H., M.H.

LB

Ivda Dewi Amrih Suci, S.H., M.H.
Prof. Dr. Herowati Poesoko, S.H., M.H.

HUKUM KEPAILITAN:

Kedudukan dan Hak Kreditor Separatis
atas Benda Jaminan Apabila Debitor Pailit

Sanksi Pelanggaran Pasal 113 Undang-undang Nomor 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta, sebagaimana yang diatur dan diubah dari Undang-undang Nomor 19 Tahun 2002, bahwa:

Kutipan Pasal 113

- (1) Setiap Orang yang dengan tanpa hak melakukan pelanggaran hak ekonomi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf i untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp100.000.000,00 (seratus juta rupiah).
- (2) Setiap Orang yang dengan tanpa hak dan/atau tanpa izin Pencipta atau pemegang Hak Cipta melakukan pelanggaran hak ekonomi Pencipta sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf c, huruf d, huruf f, dan/atau huruf h untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 3 (tiga) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah).
- (3) Setiap Orang yang dengan tanpa hak dan/atau tanpa izin Pencipta atau pemegang Hak Cipta melakukan pelanggaran hak ekonomi Pencipta sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf a, huruf b, huruf e, dan/atau huruf g untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 4 (empat) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah).
- (4) Setiap Orang yang memenuhi unsur sebagaimana dimaksud pada ayat (3) yang dilakukan dalam bentuk pembajakan, dipidana dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp4.000.000.000,00 (empat miliar rupiah).

Editor:

Dr. Ermanto Fahamsyah, SH., MH.
Dosen Fakultas Hukum Universitas Jember



Perpustakaan Nasional: Katalog Dalam Terbitan (KDT)

Ivida Dewi Amrih Suci,

Hukum Kepailitan: Kedudukan dan Hak Kreditor Separatis atas Benda Jaminan Apabila Debitor Pailit/Ivida Dewi Amrih Suci, Herowati Poesoko; Editor: Ermanto Fahamsyah; Yogyakarta: LaksBang PRESSindo, 2016
213 hlm. + x ; 16 x 23 cm

Bibliografi: hlm. 207-213
ISBN: 978-602-73787-4-2

I. Kreditor
III. Ermanto

II. Judul.

**HUKUM KEPAILITAN:
Kedudukan dan Hak Kreditor Separatis
Atas Benda Jaminan Apabila Debitor Pailit**

Penulis : **Ivida Dewi Amrih Suci, S.H., M.H.**
Prof. Dr. Herowati Poesoko, S.H., M.H.

Editor : **Dr. Ermanto Fahamsyah, SH., MH.**

Sampul & Layout : **Bang Joedin HE**
Cetakan Kedua : **Juni 2016**
Kode Produksi : **LPB.06.16.00154**

Penerbit : **LaksBang PRESSindo, Yogyakarta**
(Member of LaksBang Group)
Email: laksbangyk@yahoo.com;

Perwakilan Jawa Timur
Jl. Karangrejo VIII/7
Telp. 031-71059493 Surabaya 60234
Email: laksbang_group@yahoo.com

ISBN: 978-602-73787-4-2

Hak cipta dilindungi undang-undang. Dilarang memperbanyak dalam bentuk apa pun tanpa izin penulis dan penerbit.

PENGANTAR PENULIS

Puji syukur Penulis panjatkan kehadiran Tuhan Yang Maha Kuasa, karena dengan kasih-Nya telah melimpahkan rahmat dan hidayah kepada kami. Buku ini merupakan Cetakan II dari buku sebelumnya yang berjudul: "*Hak Kreditor Separatis dalam Mengeksekusi Benda Jaminan Debitor Pailit*". Respon pembaca terhadap buku Cetakan I tersebut cukup menggembirakan, sehingga buku ini dicetak untuk kedua kalinya dengan judul: "**HUKUM KEPAILITAN: Kedudukan dan Hak Kreditor Separatis atas Benda Jaminan Apabila Debitor Pailit**".

Penyesuaian judul pada Cetakan II ini tidak mengubah substansi, karena ketentuan yang mengatur hak kreditor separatis dalam kepailitan tidak mengalami perubahan, yaitu tetap diatur dalam UU No. 37 Tahun 2004. Buku ini membahas problematika hak didahulukan yang dimiliki kreditor separatis dalam kepailitan. Terjadi inkonsistensi pemaknaan dan pengaturan hak kreditor separatis dalam UU No. 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang. Di satu sisi hak kreditor separatis diakui dan dijamin, tetapi di sisi lain hak tersebut dianulir dengan pasal yang berisi penangguhan pelaksanaan hak kreditor separatis.

Demikian pula dalam praktik peradilan, yurisprudensi belum melakukan upaya menata dan membeahahi inkonsistensi pemaknaan hak kreditor separatis tersebut. Di samping itu juga terjadi konflik penormaan hak kreditor separatis, baik konflik internal di antara pasal-pasal dalam UU No. 37 Tahun 2004, maupun konflik eksternal dengan undang-undang yang mengatur jaminan gadai, hak tanggungan dan jaminan fidusia. Buku ini mengelaborasi inkonsistensi dan konflik norma pengaturan hak kreditor separatis dalam kepailitan, serta memberikan solusi untuk mengatasi problematika pelaksanaan hak didahulukan dari kreditor separatis dalam kepailitan.

Penulis mengucapkan terima kasih yang setulus-tulusnya kepada **Prof. Dr. M. Khoidin, S.H., M.Hum., C.N.** selaku Promotor dalam penulisan Disertasi pada Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Jember. Disertasi tersebut membahas Hukum Kepailitan, yaitu mengenai Renvoi Prosedur dalam Hukum Kepailitan. Penulis juga menyampaikan rasa terima kasih kepada **Penerbit LaksBang PRESSindo, Yogyakarta**, yang telah berkenan menerbitkan ulang buku ini sehingga dapat sampai ke tangan pembaca.

Penulis menyadari sepenuhnya bahwa buku ini masih jauh dari sempurna. Oleh karena itu segala kritik dan saran dari Pembaca yang bersifat konstruktif bagi kesempurnaan buku ini akan Penulis terima dengan senang hati. Penulis berharap semoga buku ini bermanfaat bagi para pembaca baik dari kalangan akademisi, praktisi dan para pembuat kebijakan agar terketuk untuk melakukan review terhadap inkonsistensi pemaknaan dan pengaturan hak didahulukan dari kreditor separatis dalam mengeksekusi benda jaminan debitor pailit.

Jember, Akhir April 2016
Salam Penulis,

Ivida Dewi Amrih Suci, S.H., M.H. (Dr. Candidat).
Prof. Dr. Herowati Poesoko, S.H., M.H.

PENGANTAR EDITOR

Terdapat dua jenis kreditor dalam hukum jaminan apabila dilihat dari hak dan kedudukannya. Pertama adalah kreditor konkuren, yaitu kreditor yang mempunyai kedudukan yang disamakan di antara para kreditor, tidak ada yang diistimewakan. Kreditor konkuren adalah pemegang hak jaminan umum, yaitu jaminan yang tertuju pada benda-benda umum milik debitor. Kedua, kreditor preferen, yaitu kreditor yang mempunyai kedudukan diistimewakan dari kreditor konkuren. Kreditor preferen adalah kreditor pemegang hak jaminan kebendaan khusus, yaitu gadai, fidusia, hipotik dan hak tanggungan.

Istimewanya kedudukan dan hak kreditor preferen tetap diakui meski debitor berada dalam keadaan pailit. Apabila debitor dinyatakan pailit, maka kedudukan kreditor preferen tetap diistimewakan dan dipisahkan (separatis) dari kreditor lainnya dalam kepailitan debitor. Kreditor separatis tetap dapat mengeksekusi harta dan benda milik debitor pailit yang sebelumnya telah dijadikan jaminan hutang kepada kreditor separatis tersebut. Pelaksanaan hak istimewa kreditor separatis tetap dapat dilaksanakan seperti seolah-olah debitor tidak berada dalam keadaan pailit.

Dalam Pasal 55 ayat (1) UU No. 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang disebutkan:

“Setiap kreditor yang memegang hak tanggungan, hak gadai atau hak agunan atas kebendaan lainnya, dapat mengeksekusinya haknya seolah-olah tidak terjadi kepailitan”. Ironisnya hak kreditor separatis tersebut ditangguhkan pelaksanaannya selama selama 90 hari sejak tanggal putusan pernyataan pailit diucapkan (Pasal 56 ayat 1 UU Kepailitan. Ketentuan pasal 56 ayat (1) tersebut bertentangan dengan Pasal 55 ayat (1), sehingga kreditor separatis tidak dapat melaksanakan haknya mengeksekusi benda jaminan debitur pailit.

Pemberian hak istimewa kepada kreditor separatis adalah untuk memudahkan penyelesaian pembayaran piutang kreditor sebagai akibat debitur pailit. Dengan pailitnya debitur maka kreditor tetap dapat mengambil pelunasan piutang guna membiayai kegiatan bisnisnya. Apabila tidak dapat menagih piutangnya maka akan mengganggu kegiatan bisnis kreditor tersebut, yang pada skala makro dapat mempengaruhi iklim usaha. Ujung-ujungnya adalah akan terjadi ketidakpastian berusaha sebagai ketidakpastian hukum terkait pelaksanaan hak yang dimiliki kreditor separatis dalam mengeksekusi dan menjual lelang benda jaminan debitur pailit.

Buku ini membahas pelaksanaan hak kreditor separatis atas benda jaminan debitur pailit. Terjadi inkonsistensi pengaturan internal antara Pasal 55 ayat (1) dengan Pasal 56 ayat (1) UU Kepailitan, serta inkonsistensi eksternal antara UU Kepailitan dengan UU yang mengatur hak jaminan (hipotik, hak tanggungan, gadai dan fidusia). Lembaga peradilan juga memiliki persepsi yang berbeda terkait hak kreditor separatis dalam kepailitan, sehingga semakin menimbulkan ketidakpastian hukum atas hak kreditor separatis terhadap benda jaminan debitur pailit. Buku ini perlu dijadikan referensi oleh akademisi dan praktisi hukum terkait upaya mereformasi pengaturan hak kreditor separatis dalam kepailitan debitur, sehingga dapat memberikan kepastian hukum dan menunjang iklim usaha yang lebih aman dan kondusif.

Jakarta, 05 Juni 2016
Salam Editor,

Dr. Ermanto Fahamsyah, S.H., M.H.
Dosen Fakultas Hukum Universitas Jember

DAFTAR ISI

Kata Pengantar ☞ v

Pengantar Editor ☞ vii

Daftar Isi ☞ ix

BAB I PENDAHULUAN ☞ 1

1.1. Latar Belakang Masalah ☞ 1

1.2. Metode Penulisan ☞ 7

Bab II PERJANJIAN KREDIT DENGAN JAMINAN KEBENDAAN SEBAGAI PERLINDUNGAN KREDITOR ☞ 13

2.1. Perjanjian Kredit sebagai Perjanjian Obligatoir ☞ 13

2.2. Perjanjian Jaminan Kebendaan Sebagai Perjanjian Assesoir ☞ 18

2.3. Beberapa Prinsip Jaminan Kebendaan ☞ 28

2.4. Debitur Wanprestasi dan Akibat Hukumnya ☞ 57

BAB III HUKUM KEPAILITAN DI INDONESIA ☞ 63

3.1. Dasar Berlakunya Hukum Kepailitan ☞ 63

3.2. Subyek Pemohon Kepailitan ☞ 67

3.3. Pengadilan Niaga ☞ 72

**BAB IV KREDITOR SEPARATIS MENURUT HUKUM
JAMINAN DAN HUKUM KEPAILITAN ¶ 91**

- 4.1. Makna Kreditor Separatis ¶ 91
- 4.2. Kedudukan Kreditor Separatis ¶ 97
- 4.3. Hak Kreditor Separatis ¶ 110
- 4.4. Inkonsistensi Pemaknaan Hak Kreditor Separatis ¶ 117

**BAB V AKIBAT PENANGGUHAN EKSEKUSI BENDA
JAMINAN DALAM UNDANG-UNDANG
KEPAILITAN TERHADAP HAK KREDITOR:
SEPARATIS ¶ 127**

- 5.1. Penangguhan Eksekusi Menurut Hukum Acara Perdata ¶ 128
- 5.2. Eksekusi sebagai Upaya Pemenuhan Hak ¶ 133
- 5.3. Eksekusi Benda Jaminan Menurut Hukum Jaminan ¶ 141
- 5.4. Penangguhan Eksekusi Hak Kreditor Separatis dalam Undang-Undang Kepailitan ¶ 150

**BAB VI YURISPRUDENSI MAHKAMAH AGUNG REPUBLIK
INDONESIA TENTANG KREDITOR SEPARATIS
¶ 165**

- 6.1. Penemuan Hukum oleh Hakim ¶ 165
- 6.2. Hak Kreditor Separatis Lahir dari Hukum Jaminan ¶ 171
- 6.3. Yurisprudensi Mahkamah Agung Republik Indonesia tentang Kreditor Separatis ¶ 175
- 6.4. Hak Kreditor Separatis Tidak Tunduk pada Penangguhan Eksekusi dalam Undang-Undang Kepailitan ¶ 193

BAB VII PENUTUP ¶ 199

- 7.1. Kesimpulan ¶ 199
- 7.2. Saran ¶ 203

DAFTAR PUSTAKA ¶ 207



PENDAHULUAN

1.1. Latar Belakang Masalah

Pemberian utang atau kredit oleh kreditor dalam kedudukannya sebagai orang perseorangan maupun badan hukum kepada debitor, sudah lazim terjadi dalam kehidupan masyarakat. Pada jaman sekarang ini jarang menemukan seorang pengusaha yang tidak menggunakan fasilitas utang (pinjaman atau kredit) dalam bentuk utang jangka pendek, jangka menengah maupun utang jangka panjang. Utang sudah merupakan faktor yang tidak dapat dipisahkan dalam dunia ekonomi, bisnis dan perdagangan. Untuk memperoleh pinjaman dari para kreditor yang hanya dapat dilakukan apabila perlindungan hukum bagi para kreditor dalam hal debitor cidera janji tidak melunasi utang tersebut pada waktunya dapat menggunakan alternatif lain sebagai sumber pelunasan utang (pinjaman atau kredit).

Perlindungan bagi kreditor sebagai antisipasi apabila ternyata perusahaan debitor mengalami kesulitan dalam menjalankan usahanya sehingga tidak mampu membayar utang-utangnya, maka kreditor harus memperoleh kepastian bahwa hasil penjualan agunan atau

hasil likuidasi atas harta kekayaan (*asset*) perusahaan debitor tersebut dengan melalui putusan pailit dari Pengadilan Niaga yang nantinya dapat digunakan sebagai sumber pelunasan alternatif. Tentunya dari hasil penjualan agunan atau likuidasi harta kekayaan perusahaan yang dinyatakan pailit dimungkinkan juga harta kekayaan penjamin (*guarantor* atau *borg*) sebagai pihak ketiga dapat dipergunakan untuk sumber pelunasan utang perusahaan (debitor). Sumber pelunasan alternatif ini dalam dunia perbankan disebut *second way out*.

Undang-undang kepailitan dibentuk untuk memberikan perlindungan kepada para kreditor apabila debitor tidak membayar utang-utangnya, kreditor diharapkan dapat memperoleh akses terhadap harta kekayaan dari debitor yang dinyatakan pailit, hal tersebut karena debitor tidak mampu lagi membayar utang-utangnya. Namun perlindungan yang diberikan oleh Undang-Undang Kepailitan bagi kepentingan kreditor tidak boleh sampai merugikan kepentingan debitor yang bersangkutan.

Undang-undang Kepailitan yang baik haruslah berdasarkan asas pemberian perlindungan yang seimbang bagi pihak kreditor maupun bagi debitor (perusahaan). Perlunya diberikan perlindungan hukum bagi kreditor karena kepentingan bagi debitor maupun kreditor tidak berbeda, apabila ditinjau keduanya sama-sama mempunyai *stake holder*. Kreditor yang mempunyai piutang yang tidak dapat ditagih akan membuat kreditor bangkrut. Kebangkrutan kreditor secara lebih lanjut dapat menimbulkan kerugian bagi para *stake holder*. Apabila *stake holder* yang menderita kerugian tersebut merupakan investor-investor penting, maka akan sangat berpengaruh bagi kelangsungan dunia perekonomian di Indonesia. Perlindungan bagi kreditor maupun debitor yang dinyatakan pailit tersebut diatur dalam Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, sebagai Hukum Material yang didalamnya terkandung Hukum Formil.

Dalam hukum jaminan telah dinyatakan bahwa kreditor mempunyai hak eksekutorial terhadap benda jaminan jika debitor dinyatakan wanprestasi. Beberapa ketentuan hukum jaminan yang

mengatur tentang eksekusi benda jaminan adalah sebagaimana yang tercantum dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah (selanjutnya disebut Undang-Undang Hak Tanggungan), sedangkan Pasal 7 ayat (1) Undang-Undang Nomor 56 Prp. Tahun 1960 mengatur tentang gadai pada tanah pertanian. Adapun jaminan atas benda benda tidak bergerak selain tanah tetap diatur berdasarkan Pasal 1162 BW yaitu tentang hipotik untuk kapal laut dengan bobot 20 m³ (dua puluh meter kubik) atau lebih dan hipotik atas pesawat terbang. Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 Tentang Jaminan Fidusia (selanjutnya disebut Undang-Undang Fidusia) mengatur jaminan atas benda bergerak dan benda tidak bergerak tertentu yang dilakukan tanpa menguasai bendanya. Jadi, beberapa peraturan perundang-undangan tersebut merupakan perlindungan hukum terhadap kreditor selaku pemegang jaminan hak tanggungan, hak gadai, hak hipotik ataupun hak jaminan fidusia. Sebagai contoh perlindungan hukum pada hukum jaminan tersebut, kreditor juga dapat mengeksekusi hak-hak debitor seolah-olah tidak terjadi kepailitan jika debitor dinyatakan pailit.

Selanjutnya pada lembaga jaminan, selain hak untuk mengeksekusi benda jaminan apabila debitor wanprestasi, kreditor juga mendapatkan hak istimewa yang diberikan oleh undang-undang yang disebut dengan hak separatis. Hak separatis tersebut diberikan oleh hukum (undang-undang) kepada kreditor pemegang hak jaminan (hak tanggungan, hak gadai, hipotik dan fidusia) tidak termasuk dalam harta pailit. Hal tersebut sebagai perwujudan dari hak kreditor pemegang hak jaminan untuk didahulukan dari para kreditor lainnya.

Hak separatis tersebut berlaku ketika debitor dinyatakan pailit berdasarkan suatu putusan Pengadilan. Adanya hak jaminan dan pengakuan hak separatis dalam proses kepailitan, merupakan sendi-sendi yang penting sekali dalam sistem perkreditan di suatu negara, khususnya sistem kredit perbankan¹. Pasal 55 ayat (1) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan dan Penundaan

¹ M. Isnaeni, Hukum Jaminan Sebagai Sarana Pendukung Ekonomi, Hukum Ekonomi, Agustus 1995.

Pembayaran Utang (selanjutnya disebut Undang-Undang Kepailitan) menyebutkan bahwa seorang kreditor pemegang hak jaminan tidak terpengaruh oleh putusan pernyataan pailit. Ketentuan Pasal 55 ayat (1), tersebut sejalan dengan ketentuan mengenai hak kreditor separatis sehingga selaras dengan ketentuan dalam Pasal 1134 BW yang menyatakan: *“gadai dan hipotik adalah lebih tinggi dari pada hak istimewa kecuali dalam hal-hal dimana oleh undang-undang ditentukan sebaliknya”*. Maksudnya sepanjang undang-undang tidak mengatur pengecualian hak didahulukan sebagaimana dalam Pasal 1134 ayat (2) BW, maka pasal tersebut tetap berlaku.

Hak didahulukan juga diatur dalam Pasal 21 Undang-Undang Hak Tanggungan yang menyatakan: *“apabila pemberi hak tanggungan dinyatakan pailit, pemegang hak tanggungan tetap berwenang melakukan segala hak yang diperolehnya menurut ketentuan undang-undang ini”*. Selanjutnya untuk jaminan fidusia hak didahulukan dari kreditor lain diatur dalam Pasal 27 ayat (3) Undang-Undang Fidusia yang menyatakan: *“hak didahulukan dari penerima fidusia tidak hapus karena adanya kepailitan dan atau likuidasi pemberi fidusia”*. Adanya hak jaminan dan pengakuan hak kreditor separatis dalam proses kepailitan, merupakan suatu bentuk pemberian perlindungan bagi kepentingan kreditor dan debitor secara adil.

Senada dengan sebagaimana yang diatur oleh hukum jaminan tentang hak yang didahulukan tersebut diatas, ternyata Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang juga mengaturnya. Sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 55 ayat (1); *“setiap kreditor yang memegang hak tanggungan, hak gadai atau hak agunan atas kebendaan lainnya, dapat mengeksekusinya hanya seolah-olah tidak terjadi kepailitan”*. Terhadap pasal tersebut dapat dipahami bahwa seorang kreditor pemegang hak jaminan (Hak Tanggungan dan Fidusia) tidak terpengaruh oleh putusan pailit oleh pengadilan.

Apabila hanya sepiantas membaca ketentuan Pasal 55 ayat (1) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, seolah-olah pasal tersebut mengakui hak separatis dari kreditor pemegang hak jaminan, tetapi

akan menjadi kecewa ketika membaca ketentuan Pasal 56 ayat (1) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang yang menyatakan:

“Hak eksekusi kreditor sebagaimana dimaksud dalam Pasal 55 ayat (1) dan hak pihak ketiga untuk menuntut hartanya yang berada dalam penguasaan debitor pailit atau kurator, ditangguhkan untuk jangka waktu paling lama 90 (Sembilan puluh) hari sejak tanggal putusan pernyataan pailit diucapkan”.

Dapat dipahami pasal tersebut di atas, hak eksekusi kreditor pemegang hak jaminan ditangguhkan untuk jangka waktu 90 (Sembilan puluh) hari sejak tanggal putusan pernyataan pailit diucapkan. Namun, penangguhan terhadap hak eksekusi kreditor pemegang hak jaminan ternyata berlanjut dalam Pasal 228 ayat (6) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, dalam pasal tersebut dinyatakan bahwa penundaan kewajiban pembayaran utang adalah maksimum 270 (dua ratus tujuh puluh) hari. Dari uraian-uraian pasal tersebut, maka timbul norma yang inkonsisten terhadap ketentuan hukum dalam hukum jaminan (Undang-Undang Hak Tanggungan dan Undang-Undang Fidusia) maupun antara pasal-pasal dalam hukum kepailitan sendiri (Undang-Undang Kepailitan dalam Pasal 55 ayat (1) dengan Pasal 56 ayat (1) yang mengakibatkan kerancuan dalam penerapan aturan tentang kedudukan dan kewenangan kreditor separatis.

Sebagai studi kasus dapat dilihat pada putusan Pengadilan Niaga Jakarta Pusat, Nomor: 06/Pailit/1999/PN.Niaga/Jkt.Pst, tanggal 12 Februari 1999 dalam pertimbangan hukumnya dinyatakan sebagai berikut:

“Putusan Mahkamah Agung RI, tanggal 4 Februari 1999, Nomor: 07/K/N/1999, kreditor separatis yang tidak melepaskan haknya terlebih dahulu sebagai kreditor separatis, bukanlah kreditor sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998 Tentang Kepailitan”.

Jika *ratio decidendi* atau pertimbangan hukum dalam putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia memberikan penafsiran yang kurang tepat, maka dapat berakibat timbulnya ketidakkonsistenan serta kesesatan penalaran dalam putusan tersebut sehingga sangat merugikan pihak pemohon pailit atau kreditor. Akibat tidak konsistennya ketentuan pasal-pasal dalam Undang-Undang Kepailitan khususnya yang mengatur tentang hak kreditor separatis menimbulkan ketidakseimbangan kepentingan kreditor separatis pemegang hak jaminan sebagaimana telah diatur dalam Pasal 21 Undang-Undang Hak Tanggungan dan Pasal 27 ayat (3) Undang-Undang Fidusia serta diatur pula dalam Pasal 55 ayat (1) Undang-Undang Kepailitan, terlebih lagi jika dibaca dan dipahami ketentuan pasal 56 ayat (1) Undang-Undang Kepailitan.

Atas dasar pemikiran dan pertimbangan tersebut, melalui buku ini, penulis hendak mengkaji dan menganalisis kedudukan hak kreditor separatis selaku pemegang hak jaminan sesuai ketentuan Pasal 21 Undang-Undang Hak Tanggungan dan Pasal 27 ayat (3) Undang-Undang Fidusia serta Pasal 56 ayat (1) Undang-Undang Kepailitan. Berdasarkan uraian diatas, terdapat beberapa problematika hukum yang harus dijawab terkait pemaknaan dan pelaksanaan hak kreditor separatis dalam mengeksekusi benda jaminan milik debitur pailit. Buku ini membahas beberapa permasalahan dan isu hukum, yaitu: **Pertama**, perbedaan pemaknaan tentang "hak kreditor separatis" sebagaimana yang diatur dalam hukum jaminan dan hukum kepailitan bila ditinjau dari kedudukan dan kewenangan kreditor separatis untuk melaksanakan haknya manakala debitur dinyatakan pailit berdasarkan putusan pengadilan. **Kedua**, pengaturan mengenai penangguhan eksekusi atas benda jaminan oleh kreditor separatis dalam Undang-undang Kepailitan yang bertentangan dengan prinsip preferensi dalam hukum jaminan. **Ketiga**, *ratio decidendi* dalam beberapa yurisprudensi Mahkamah Agung RI tentang hak kreditor separatis terhadap benda jaminan jika debitur dinyatakan pailit.

1.2. Metode Penulisan

Penulisan buku ini didasarkan pada hasil penelitian yang telah dilaksanakan dengan menggunakan metode penelitian ilmiah menurut kaidah dan tahapan yang berlaku dalam penelitian hukum. Penelitian merupakan suatu sarana pokok dalam pengembangan ilmu pengetahuan dan teknologi. Penelitian memiliki tujuan untuk mengungkapkan kebenaran secara sistematis, metodologis dan konsisten, termasuk penelitian hukum. Penelitian hukum berbeda dengan penelitian sosial, karena hukum tidak termasuk kategori ilmu sosial. Ilmu hukum adalah *sui generis*² artinya hukum merupakan ilmu yang mempunyai jenis sendiri (*suum*: sendiri; *genus*: sendiri) dalam arti bahwa ilmu hukum tidak dapat dikelompokkan dalam salah satu cabang dari pohon ilmu (Ilmu Pengetahuan Alam, Ilmu Pengetahuan Sosial dan Humaniora). Sebagaimana pendapat Hadjon, yang menyatakan ada 4 (empat) hal yang menggambarkan hakekat ilmu hukum sebagai ilmu *sui generis*, disebabkan karena: Karakter Normatif Ilmu Hukum; Terminologi Ilmu Hukum; Jenis Ilmu Hukum dan Lapisan Ilmu Hukum.³ Hal tersebut sesuai pula dengan apa yang dikemukakan oleh Meuwissen "tidaklah tepat mengklasifikasikan ilmu hukum ke dalam ilmu sosial maupun humaniora".

Dalam hal demikian, sangat berguna untuk menganut pandangan Meuwissen tentang ilmu hukum.⁴ Meskipun Meuwissen membuat klasifikasi ilmu hukum dogmatik dan ilmu hukum empiris, Meuwissen menetapkan ilmu hukum dogmatik sebagai sesuatu yang bersifat *sui generis* artinya tidak ada bentuk ilmu lain yang dapat dibandingkan dengan ilmu hukum.⁵ Lebih lanjut Meuwissen menyatakan bahwa ilmu hukum dogmatik yang mempunyai posisi sentral dalam pendidikan universitas.⁶ Menurut buku Peter Mahmud

² Philipus M. Hadjon, Tatik Sri Djatmiati, Argumentasi Hukum, Gajah Mada University Press, Yogyakarta 2005, hal. 1

³ Philipus M. Hadjon, Ilmu Hukum Sebagai Ilmu Sui Generis, Makalah Pelatihan Hukum, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, 2005.

⁴ Peter Mahmud Marzuki, Pengantar Ilmu Hukum, Kencana Prenada Media Group, Jakarta 2008, Hal. 34

⁵ Peter Mahmud Marzuki, *ibid*, Hal. 35

⁶ *Ibid.*, hal. 35

Marzuki memang tidak dapat disangkal bahwa ilmu hukum bukan bagian dari ilmu sosial maupun humaniora, melainkan ilmu tersendiri.⁷ Menurut Jan Gijssels dan Mark van Hoecke dalam buku Peter Mahmud Marzuki, terdapat 3 (tiga) tingkatan ilmu hukum yaitu dogmatik hukum, teori hukum dan filsafat hukum.⁸ Ini berarti bahwa kedudukan sui generis tersebut berlaku untuk ketiga tingkatan itu.⁹ Karena itu pula metode penelitiannya pun berbeda dengan metode penelitian ilmu sosial pada umumnya. Diharapkan dari disiplin dan kerangka kerja yang demikian diperoleh hasil analisa hukum yang dapat dipertanggung jawabkan secara ilmiah dengan tingkat akurasi kebenaran yang maksimal.

1.2.1. Tipe Penelitian

Tipe penelitian ini tergolong yuridis normatif, dengan pengertian agar penelitian yang dilakukan dengan mengkaji dan menganalisis substansi Peraturan Perundang-undangan atas pokok permasalahan.¹⁰ Tipe penelitian yang bersifat normatif dalam bentuk mengkaji dan menganalisis Peraturan Perundang-undangan ataupun hukum positif secara instrinsik berikut menelaah secara konsisten terhadap hukum positif ditopang dengan kajian substansif atas materi guna menjawab isu hukum yang ada.

1.2.2. Pendekatan Masalah

Pendekatan yang digunakan dalam penulisan buku ini ada 4 (empat) pendekatan yaitu pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), pendekatan konseptual (*conceptual approach*), pendekatan historis berlakunya peraturan perundang-undangan (*rechts historische, historical approach*) dan pendekatan kasus (*case approach*). Pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dilakukan dengan menelaah semua undang-undang dan semua re-

⁷ *Ibid.*, hal. 35

⁸ *Ibid.*, hal. 35

⁹ *Ibid.*, hal. 35

¹⁰ M. Singarimbun dan S. Efendi, (Ed)., Metode Penelitian Survey, LP3ES, Jakarta 1984, hal. 4-14

gulasi yang bersangkutan dengan isu hukum yang hendak dijawab. Hal ini dilakukan untuk menggali konsistensi dan kesesuaian diantara Peraturan Perundang-undangan termasuk antara Undang-Undang Dasar, antara regulasi hukum dengan berbagai Peraturan Perundang-undangan.¹¹

Pendekatan konseptual (*conceptual approach*) adalah pendekatan yang dilakukan dengan cara melakukan penelusuran terhadap pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang dalam ilmu hukum yang bersumber dari pendapat para ahli ataupun perundang-undangan. Pada gilirannya akan ditemukan ide-ide yang melahirkan pengertian-pengertian hukum, konsep-konsep hukum dan asas-asas hukum yang relevan dengan isu hukum yang dihadapi.

Pendekatan historis berlakunya Peraturan Perundang-undangan (*rechts historische, historical approach*) yaitu pendekatan yang dilakukan dengan menelaah perkembangan peraturan hukum yang berlaku dikaitkan dengan isu hukum dalam penulisan ini. Pendekatan kasus (*case approach*) yaitu pendekatan yang dilakukan dengan menelaah terhadap kasus yang berkaitan dengan isu hukum, kajian pokok dalam pendekatan ini adalah penalaran hukum yang mendasarinya (*ratio decidendi*) atau *reasoning* dalam pertimbangan hukum (*ratio decidendi*) Mahkamah Agung Republik Indonesia untuk sampai pada putusnya atau putusan Pengadilan Niaga yang telah berkekuatan hukum tetap (*Inkracht van gewijsde*).

Diharapkan dengan 4 (empat) macam pendekatan tersebut akan diperoleh hasil analisa sebagai jawaban atas isu hukum dalam penulisan buku ini menyangkut konsistensi hukum dan asas-asas netralitas dalam konteks pemaknaan kreditor separatis, yang pada gilirannya melahirkan preskripsi yang kontributif dalam rangka melakukan revisi atau penyempurnaan dalam menciptakan produk hukum baru.

¹¹ Peter Mahmud Marzuki, Penelitian Hukum, Prenada Media, Jakarta 2005, hal. 93

1.2.3. Sumber Bahan Hukum

Terdapat 2 (dua) sumber bahan hukum yang digunakan dalam penulisan buku ini, yaitu sumber bahan hukum primer dan sumber bahan hukum sekunder. **Pertama**, sumber bahan hukum primer adalah bahan hukum yang bersifat *otoritatif* artinya memiliki otoritas yang terdiri atas Peraturan Perundang-undangan atau putusan hakim. Sumber bahan hukum primer yang dimaksudkan adalah peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan permasalahan yang dibahas dalam buku ini, yaitu:

1. Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (B.W).
2. Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan sebagaimana diubah dengan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998.
3. Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah.
4. Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999, tentang Jaminan Fidusia.
5. Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004, tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang.

Adapun bahan hukum yang menunjang bagi praktek hukum diambil dari beberapa Yurisprudensi MARI dan putusan Pengadilan Niaga yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap (*Inkracht van gewijsde*), yaitu:

1. Putusan Mahkamah Agung RI Nomor: 02/PK/N/1999 tanggal 6 April 1999.
2. Putusan Mahkamah Agung RI Nomor: 11/PK/N/1999, Juli 1999.
3. Putusan Mahkamah Agung RI Nomor: 14/K/N/2004, tanggal 10 Agustus 2004.
4. Putusan Pengadilan Niaga Jakarta Pusat Nomor: 29/Pailit/1999/PN.Niaga/Jkt.Pst, tanggal 2 Juni 1999.

Kedua, sumber bahan hukum sekunder adalah semua publikasi tentang hukum yang bukan merupakan dokumen-dokumen resmi, seperti buku teks, kamus hukum, jurnal hukum, artikel dan makalah tentang hukum serta komentar atau anotasi atas putusan pengadilan,¹² termasuk pula di dalamnya adalah sumber bahan hukum dalam bentuk publikasi dengan menggunakan media internet yang berkaitan dengan materi yang dibahas dalam buku ini.

1.2.4. Analisis Bahan Hukum

Analisis yang digunakan dalam penulisan buku ini adalah metode induktif yakni memahami fakta-fakta atau gejala kemudian diabstraksikan dan dicari prinsip-prinsip ataupun teori-teori yang berhubungan dengan isu hukum yang ada. Berikutnya analisis dengan metode deduktif berpijak dari peraturan yang bersifat umum untuk dijadikan pisau analisisnya. Namun sebelum dianalisis tentunya perlu dilakukan langkah-langkah sebagai berikut:

1. Mengidentifikasi fakta hukum.
2. Mengeliminir hal-hal yang tidak relevan untuk menetapkan isu hukum yang hendak dipecahkan.
3. Pengumpulan bahan-bahan hukum dan bahan-bahan non hukum yang sekiranya dipandang mempunyai relevansi dengan permasalahan.
4. Melakukan telaah atas isu hukum yang diajukan berdasarkan bahan-bahan yang telah dikumpulkan.
5. Menarik suatu kesimpulan dalam bentuk argumentasi yang menjawab isu hukum.
6. Langkah yang terakhir yaitu memberikan perskriptif berdasarkan argumentasi yang telah dibangun didalam kesimpulan.

Adapun tujuan analisis bahan hukum tersebut adalah untuk menemukan jawaban atas isu-isu hukum yang dibahas dengan pisau analisis melalui penggunaan metode, logika hukum, asas-asas hukum,

¹² *Ibid.*, hal. 141-163

teori hukum, penafsiran hukum dan argumentasi hukum. Jawaban atas hasil analisis tersebut kemudian disajikan dalam bentuk kesimpulan, dan dari kesimpulan tersebut diberikan rekomendasi atau saran untuk melakukan revisi atau perubahan atau langkah dan tindakan lanjutan apabila masih terdapat problematika terkait dengan pemaknaan dan pelaksanaan hak kreditor separatis dalam kepailitan.



PERJANJIAN KREDIT DENGAN JAMINAN KEBENDAAN SEBAGAI PERLINDUNGAN KREDITOR

2.1. Perjanjian Kredit Sebagai Perjanjian Obligatoir

Perjanjian kredit merupakan perjanjian yang dibuat secara khusus baik oleh bank selaku kreditor maupun nasabah (debitur), maksudnya perjanjian kredit merupakan perjanjian obligatoir.¹ Pada asanya janji menimbulkan perikatan.² Eksistensi perjanjian sebagai salah satu sumber perikatan, sekalipun Buku III B.W mengatur tentang "Perikatan", tetapi tidak satu pasal pun yang menguraikan apa yang dinamakan dengan perikatan. Demikian pula code civil Prancis maupun B.W Belanda yang merupakan konkordansi berlakunya B.W di Indonesia tidak juga menjelaskan hal tersebut.

¹ M. Isnaeni, loc cit, hal. 9

² J. Satrio, Hukum Perikatan, Perikatan Yang Lahir dari Perjanjian, Citra Aditya Bhakti, Bandung 2001, hal. 7

Menurut sejarahnya "*verbinten*" berasal dari perkataan Prancis "*obligation*" yang terdapat pada *code civil* Prancis, yang selanjutnya merupakan pula terjemahan dari perkataan "*obligation*" yang terdapat dalam Hukum Romawi *Corpus Iuris Civilis*, dimana penjelasannya terdapat dalam *Institutiones Justinianus*.³

Dalam perkembangannya pengertian perikatan tersebut, telah mengalami perubahan dan dapat dilihat dari definisi Hofman.⁴ Perikatan adalah suatu hubungan hukum antara sejumlah terbatas subyek-subyek hukum sehubungan dengan itu seorang atau beberapa orang dari padanya (debitur atau para debitur) mengikatkan dirinya untuk bersikap menurut cara-cara tertentu terhadap pihak lain, yang berhak atas sikap yang demikian itu. Menurut Pitlo⁵, perikatan adalah suatu hubungan hukum yang bersifat harta kekayaan antara dua orang atau lebih, atas dasar mana pihak yang satu berhak (kreditor) dan pihak lain berkewajiban (debitur) atas sesuatu prestasi.⁶ Dari pendapat para ahli tersebut dapat dipahami bahwa suatu perikatan, tergantung dari pada jenis perjanjian yang diadakan oleh para pihak tersebut.

Telah dikatakan sebelumnya bahwa meskipun B.W. tidak memberikan rumusan, definisi maupun arti istilah "Perikatan", namun diawali dengan ketentuan Pasal 1233 B.W menyebutkan bahwa: "tiap-tiap perikatan dilahirkan baik karena perjanjian baik karena undang-undang". Ketentuan tersebut dipertegas oleh rumusan ketentuan Pasal 1313 B.W. yang menyatakan bahwa: "suatu perjanjian adalah suatu perbuatan dimana satu orang atau lebih mengikatkan diri terhadap satu orang atau lebih". Dengan demikian jelaslah bahwa suatu perjanjian melahirkan perikatan.

³ R. Setiawan, Pokok-Pokok Hukum Perikatan, Bina Cipta, Bandung 1987, hal. 2

⁴ L.C. Hofman, Het Nederland Verbintenisrecht, eerste gedeelte Wolters-Noordhoff, NV Griningen, 1986, hal. 3

⁵ A. Pitlo, Het Verbintenisrecht naar he Nederlands Burgerlijk Wetboek, H.D Tjeenk & Zoon NV harlem, 1952, hal. 2 dalam R Setiawan, Pokok-Pokok Hukum Perikatan Bandung, Bina Cipta 1987, hal. 2

⁶ R. Setiawan, Pokok-Pokok Hukum Perikatan, Binacipta, Bandung, 1987, hal. 2

Sebagaimana yang telah disebutkan dalam Pasal 1233 B.W yang merumuskan bahwa B.W hendak menyatakan diluar perjanjian dan karena hal-hal yang ditetapkan oleh undang-undang tidak ada perikatan. Perikatan melahirkan hak dan kewajiban dalam lapangan hukum harta kekayaan, berarti perjanjian juga akan melahirkan hak dan kewajiban dalam lapangan hukum harta kekayaan bagi pihak-pihak yang membuat perjanjian. Maksudnya pembuat perjanjian atau pihak yang mengadakan perjanjian secara sukarela mengikatkan diri untuk menyerahkan sesuatu, berbuat sesuatu atau untuk tidak berbuat sesuatu guna kepentingan dan keuntungan dari pihak terhadap siapa ia telah berjanji atau mengikatkan diri, dengan jaminan atau tanggungan berupa harta kekayaan yang dimiliki dan akan dimiliki oleh pihak yang membuat perjanjian atau yang telah mengikatkan diri tersebut. Sifat sukarela perjanjian harus lahir dari kehendak dan harus dilaksanakan sesuai dengan maksud dari pihak yang membuat perjanjian.⁷

Hubungan hukum yang lahir dimaksudkan, adalah hubungan hukum di bidang hukum harta kekayaan. Rumusan tersebut memberikan arti bahwa dalam setiap perikatan terlibat dua macam hal. Pertama, menunjuk pada keadaan wajib yang harus dipenuhi oleh pihak yang berkewajiban. Kedua, berhubungan dengan pemenuhan kewajiban tersebut, yang dijamin dengan harta kekayaan pihak yang berkewajiban tersebut. Dalam persepektif ini, maka setiap hubungan hukum yang tidak membawa pengaruh terhadap pemenuhan kewajiban yang bersumber dari harta kekayaan pihak yang berkewajiban tidaklah masuk dalam pengertian dan ruang lingkup batasan hukum perikatan. Sebagai contoh, kewajiban orang tua untuk mengurus anaknya bukanlah kewajiban dalam pengertian perikatan.

Selanjutnya pernyataan "dalam lapangan harta kekayaan", dimaksudkan untuk membatasi bahwa perjanjian yang dimaksudkan disini adalah perjanjian yang berkaitan dengan harta kekayaan seseorang sebagaimana dijamin dengan ketentuan Pasal 1131 B.W. menyatakan sebagai berikut: "segala kebendaan pihak yang berhutang

⁷ Kartini Muljadi, Gunawan Widjaja, Perikatan Yang lahir Dari Perjanjian, Rajawali Pers, Jakarta, 2003, hal. 2

(debitor), baik yang bergerak maupun yang tidak bergerak, baik yang sudah maupun yang baru akan ada dikemudian hari, menjadi tanggungan untuk segala perikatan perseorangan". Ketentuan Pasal 1131 B.W ini merupakan jaminan secara umum atau jaminan yang lahir dari undang-undang. Perlindungan yang diberikan oleh undang-undang bagi semua kreditor dalam kedudukan yang sama. Setiap kreditor menikmati hak jaminan umum seperti itu, pemahaman Pasal 1131 B.W tercermin asas-asas hubungan ekstern kreditor sebagai berikut:

- a. seorang kreditor boleh mengambil pelunasan dari setiap bagian dari harta kekayaan debitor;
- b. setiap bagian kekayaan debitor dapat dijual guna pelunasan tagihan kreditor; dan
- c. hak taguhan kreditor hanya dijamin dengan harta benda debitor saja, tidak dengan "*persoon* debitor".⁸

Pada dasarnya setiap orang bertanggung jawab terhadap utangnya, tanggung jawab mana berupa menyediakan kekayaannya baik benda bergerak maupun tetap jika perlu dijual untuk melunasi hutang-hutangnya (asas *Shculd* dan *Haftung*). Menurut Mariam Darus Badruzaman asas ini sangat adil, sesuai dengan asas kepercayaan di dalam Hukum Perikatan, dimana setiap orang yang memberikan hutang kepada seseorang percaya bahwa debitor akan memenuhi prestasinya dikemudian hari. Setiap orang wajib memenuhi janjinya merupakan asas moral yang oleh pembentuk undang-undang dikuatkan sebagai norma hukum.⁹ Sehubungan posisi perjanjian kredit sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 1131 B.W. hanyalah sebagai jaminan umum yang hak kreditor bentuk prestasinya sebagai kewajiban debitor dalam menyerahkan pengembalian uang beserta bunganya kepada kreditor, masih menunggu realisasinya dikemudian hari sesuai waktu yang disepakati. Seandainya debitor tidak memenuhi kewajiban untuk melunasi hutangnya, maka posisi kreditor menjadi rawan akan kerugian yang diderita. Terlebih lagi perjanjian

⁸ J. Satrio, *op cit.*, hal. 4-5

⁹ Mariam Darus Badruzaman, *Mencari Sistem Hukum Benda Nasional*, Alumni Bandung 1997, hal. 85

kredit hanya sebagai suatu perikatan yang hanya melahirkan hak perseorangan, yang sifat relatif dan kedudukan kreditor sekedar sebagai kreditor konkuren.

Sarana perlindungan bagi para kreditor juga ditentukan didalam Pasal 1132 B.W. menyebutkan bahwa benda tersebut menjadi jaminan bersama-sama bagi semua orang yang menguntungkan padanya; pendapatan penjualan benda-benda itu dibagi-bagi menurut keseimbangan, yaitu menurut besar kecilnya piutang masing-masing, kecuali apabila di antara para pihak yang berpiutang itu ada alasan yang sah untuk didahulukan. Ketentuan ini merupakan jaminan umum yang timbul dari undang-undang yang berlaku umum bagi semua kreditor, sifat umum dari hak jaminan diartikan tidak ada perbedaan atau prioritas bagi kreditor tertentu berlaku asas *paritas creditorum*, dimana pembayaran atau pelunasan hutang kepada para kreditor dilakukan secara berimbang. Maksudnya dalam hal seorang debitor mempunyai beberapa kreditor, maka kedudukan para kreditor ini adalah sama, namun jika kekayaan debitor tidak mampu untuk dipergunakan melunasi hutang debitor dengan sempurna, maka para kreditor ini dibayar berdasarkan asas keseimbangan, yang masing-masing memperoleh piutangnya seimbang dengan piutang kreditor lain (asas *non-pondgewijs*).

Adapun yang dimaksud dengan perkecualian dalam Pasal 1132 B.W adalah bahwa undang-undang mengadakan penyimpangan terhadap asas keseimbangan ini, jika ada perjanjian atau jika undang-undang menentukan lain. Penyimpangan terjadi melalui perjanjian jika ada perjanjian jaminan kebendaan, sedangkan penyimpangan karena undang-undang dinamakan *privilege* yang hanya merupakan hak untuk lebih mendahulukan dalam pelunasan/pembayaran piutang, tetapi *privilege* itu bukan merupakan hak kebendaan.

Sehubungan jaminan umum yang tertera dalam Pasal 1131 B.W ada kelemahannya, semisal debitor cidera janji dan tidak memenuhi pembayaran kembali jaminannya, kemudian atas permintaan para kreditor kepada yang berwenang untuk menjual lelang harta benda debitor, ternyata hasil lelang tak mencukupi untuk membayar kembali jumlah pinjamannya kepada kreditor, karena banyaknya

kreditor yang memperebutkan hasil lelang, hal tersebut tentunya sangat merugikan kepada kreditor. Posisi kreditor dalam perjanjian yang bersifat umum tersebut hanya menduduki sebagai kreditor konkruen yang tidak memiliki preferensi, sehingga apabila debitur cidera janji, para kreditor akan bersaing satu sama lain untuk memperoleh pembayaran dari lelang hasil harta benda debitur. Untuk mengatasi persaingan tersebut, maka dalam B.W pun terdapat ketentuan yang memungkinkan adanya kreditor yang mendapat hak didahulukan daripada kreditor-kreditor lainnya.

2.2. Perjanjian Jaminan Kebendaan Sebagai Perjanjian Assesoir

Jaminan adalah suatu tanggungan yang diberikan oleh seorang debitur dan atau pihak ketiga kepada kreditor untuk menjamin kewajibannya dalam suatu perikatan. Lembaga jaminan ini di berikan untuk kepentingan kreditor guna menjamin dananya melalui suatu perikatan khusus yang bersifat assesoir dari perjanjian pokok (perjanjian kredit atau pembiayaan) oleh debitur dengan kreditor.¹⁰ Apabila didefinisikan yang dimaksud dengan perjanjian jaminan khusus, adalah perjanjian yang dibuat oleh kreditor atau bank dengan debitur atau pihak ketiga yang membuat suatu janji yang mengikatkan benda tertentu atau kesanggupan pihak ketiga dengan tujuan memberikan pelaksanaan perjanjian pokok.¹¹ Penyebutan jaminan yang diikat dengan benda tertentu yang diperjanjikan antara kreditor dengan debitur dan atau pihak ketiga, dapat dipahami sebagai konsekuensi logis atas pembagian benda yakni benda bergerak dan tidak bergerak.

Gerald G. Thain¹² memberikan pengertian perjanjian jaminan (*secured transaction*):

¹⁰ Mariam Darus Badruzaman, *op cit.*, hal. 12

¹¹ Djuhaendah Hasan, *op cit.*, hal. 236

¹² Gerald G Thain, A Basic Outline of The Law of Secured Transaction, Artikel dalam: Seri dasar Hukum ekonomi 4 – Hukum Jaminan Indonesia, Penerbit Proyek Elips, Jakarta 1998. Hal. 153

“As an arrangement in which a party, either an individual or a business organization makes alone, or gives credit, to another party with the expaction that the loan will be repaid with appropriate interest and that, if the terms of the loan transaction are not met, the secured party the party to whom the obligation is owed will be able to assert rights in collateral”

(Perjanjian jaminan adalah suatu kesepakatan dimana suatu pihak baik sebagai individu/pribadi atau sebagai badan usaha (organisasi bisnis), memberikan pinjaman atau kredit kepada pihak lain dengan harapan bahwa pinjaman tersebut akan dibayar kembali dengan bunga yang sesuai dan jika syarat-syarat dalam transaksi pemberian kredit (hutang) tersebut tidak dipenuhi, maka pihak terjamin (kreditor) pihak yang kepada siapa kewajiban harus dipenuhi akan dapat menuntut haknya atas barang jaminan).

Pengertian perjanjian jaminan oleh Thain tersebut masih merupakan perjanjian yang bersifat umum, karena tidak menentukan benda atau barang tertentu sebagai kewajiban yang harus dipenuhi.

Pada bagian lain Thain mengatakan bahwa:¹³

“A secured transaction is a matter in which there is a loan in which the Creditor/Secured Party is given rights in collateral that secures the loan and there rights can be enforced in the event the loan is not repaid according to its term. If the loan is repaid according to its terms, then the Secured Party's ability to claim an interest in the collateral is extinguished”

(Perjanjian jaminan adalah suatu kondisi yang mana terdapat suatu pinjaman dimana Kreditor/Pihak Terjamin memperoleh hak-hak atas barang jaminan yang akan menjamin hutang tersebut dan hak-hak ini dapat dipaksakan berlakunya apabila hutang tersebut tidak dibayar kembali sesuai dengan yang diperjanjikan, jika hutang sudah dibayar kembali sesuai perjanjian, maka kemampuan kreditor untuk mengajukan tuntutan atas kepentingannya terhadap jaminan menjadi hapus).

¹³ Gerald G Thain, *ibid.*, hal 153

Penafsiran Thain apabila perjanjian jaminan dibuat memberikan konsepnya bahwa hak atas barang jaminan tetap dimiliki oleh debitor, sedang kreditor hanya memiliki hak jaminan atas harta kekayaan debitor berdasarkan perjanjian jaminan yang dibuat bersama. Kreditor berhak menjual barang-barang jaminan tersebut jika debitor mengalami kegagalan (*default*) dalam pembayaran hutang-hutang dan bunganya kepada kreditor.¹⁴ Bahkan hak-hak yang diperoleh kreditor tersebut dapat dipaksakan.

Selanjutnya mengenai pengertian barang jaminan (*collateral*) Thain mengatakan:¹⁵

“Collateral is something of value that the Debitor has included in the transaction in order to secure debt. Without the involvement of collateral, there would simply be a contract for loan or debt and an obligation to repay it”

(Barang jaminan adalah sesuatu yang mempunyai nilai dari debitor yang disertakan dalam perjanjian, dalam rangka untuk menjamin hutangnya. Tanpa disertai barang jaminan, maka yang akan terjadi semata-mata hanyalah suatu kontrak atas hutang atau atas piutang dan suatu kewajiban untuk memenuhinya).

Menjaminkan suatu benda berarti melepaskan sebagian kekuasaan atas benda tersebut. Kekuasaan yang dilepaskan tersebut adalah kekuasaan dalam rangka untuk menjamin hutangnya. Sedangkan pengertian barang jaminan menurut Thain, tidak membedakan antara benda tetap dan benda bergerak, melainkan barang debitor yang mempunyai nilai ekonomis. Adapun dalam perjanjian jaminan sebagaimana yang dimaksudkan oleh Thain, memberikan persyaratan yang harus ada dalam perjanjian jaminan sehingga dapat dipahami bahwa didalamnya terkandung unsur-unsur antara lain: adanya suatu hutang; seorang debitor; seorang kreditor yang menjadi pihak terjamin; harta kekayaan menjadi jaminan (barang jaminan) dan suatu perjanjian

¹⁴ *Ibid.*, hal. 154

¹⁵ *Ibid.*, hal. 153

yang menjamin bahwa kreditor akan memiliki kepentingan atas jaminan pada barang jaminan.

Sedangkan persyaratan dalam perjanjian jaminan, dimaksudkan apabila debitor tidak dapat memenuhi syarat-syarat dalam perjanjian, maka kreditor akan tetap terjamin, yaitu kreditor akan mempunyai hak untuk menguasai barang jaminan dan menetapkan barang jaminan sebagai suatu pembayaran atas hutang-hutang debitor. Apabila dicermati, maka kegunaan dari barang-barang jaminan itu adalah:

- a. untuk memberikan hak dan kekuasaan kepada bank untuk mendapatkan pelunasan dengan barang-barang jaminan tersebut bilamana nasabah bercidera janji; yaitu tidak membayar kembali hutangnya pada waktunya yang telah ditetapkan perjanjian.
- b. memberikan dorongan kepada debitor agar:
 - 1). Betul-betul menjalankan usaha/proyeknya yang dibiayai dengan kredit bank, karena kalau hal tersebut diabaikannya risikonya adalah hak miliknya yang dijaminkannya akan hilang;
 - 2). Betul-betul memenuhi ketentuan-ketentuan yang tercantum dalam perjanjian kredit.¹⁶

Dalam praktek perbankan perjanjian jaminan dikonstruksikan sebagai perjanjian yang bersifat *accessoir* dari suatu perjanjian pokok yang berupa perjanjian kredit. Menurut Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992, tentang Perbankan yang dirubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1998 Tentang Perubahan Undang-Undang Perbankan, memberikan rumusan mengenai pengertian kredit. Kredit berdasarkan persetujuan atau kesepakatan pinjam meminjam antara Bank dengan pihak lain yang mewajibkan meminjam untuk melunasi hutangnya setelah jangka waktu tertentu dengan jumlah bunga, imbalan atau pembagian hasil keuntungan (Pasal 1 butir 12). Dari pengertian kredit tersebut, maka elemen-elemen kredit adalah:

¹⁶ H.A Chalik-Marhainis Abdul Hay, *Beberapa Segi Hukum di Bidang Perkreditan*, Badan Penerbit Unit Penerbitan Yayasan Pembinaan Keluarga UPN Veteran, Jakarta 1982, hal. 67

1. Kredit mempunyai arti khusus yaitu meminjamkan uang;
2. Penyedia/pemberi pinjaman uang khusus terjadi didunia perbankan;
3. Berdasarkan perjanjian pinjam meminjam sebagai acuan dari perjanjian kredit;
4. Dalam jangka waktu tertentu;
5. Adanya prestasi dari pihak peminjam untuk mengembalikan utang disertai jumlah bunga atau imbalan. Bagi Bank Syariah atau Bank Muamalat pengembalian utang disertai imbalan atau adanya pembagian keuntungan tetapi bukan bunga.¹⁷

Dalam membuat perjanjian kredit terdapat berbagai judul, dalam praktek perbankan tidak sama satu sama lain, ada yang menggunakan judul perjanjian kredit, akad kredit, persetujuan pinjam uang, persetujuan membuka kredit dan lain sebagainya, dalam bentuk akta otentik menggunakan nama Pengakuan Hutang. Meskipun judul dari perjanjian pinjam meminjam uang itu berbeda-beda tetapi secara yuridis isi perjanjian pada hakekatnya sama yaitu memberikan pinjaman bentuk uang.¹⁸ Maksudnya segala pinjaman dapat dinilai dengan sejumlah uang. Namun penulis tidak sependapat apabila Akta Pengakuan Hutang di samakan dengan perjanjian kredit atau perjanjian utang piutang atau istilah lain yang pada dasarnya sebagai perjanjian pokok, sedangkan Pengakuan Hutang terutama yang dibuat oleh Notaris sebagai Akta Otentik yang bertitik demi keadilan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa yang tunduk pada Pasal 224 HIR/Pasal 284 Rbg yang konsekuensi yuridisnya berbeda dengan Pengakuan Hutang yang di buat secara dibawah tangan tersebut, hanya merupakan pengakuan sepihak dari debitur jadi bukan merupakan perjanjian yang dihasilkan dari kesepakatan.

Walaupun dalam B.W maupun Undang-Undang Perbankan tidak diwajibkan adanya pemberian kredit dengan jaminan, namun dalam praktek pemberian kredit hampir tidak ada Bank yang berani

¹⁷ Sutarno, *Aspek Aspek Hukum Perkreditan Pada Bank*, Alfabeta, Bandung 2003, hal. 95-96

¹⁸ Sutarno, *Ibid.*, hal. 97

memberikan kredit tanpa jaminan. Hal itu dilakukan untuk menjamin keamanan agar terhindar dari resiko kehilangan dana yang telah disalurkan, yang disebabkan oleh debitur tidak membayar utangnya. Oleh karena itu dengan adanya jaminan dalam usaha perbankan merupakan salah satu upaya agar pinjaman yang diberikan kepada debitur dibayarkan kembali sesuai dengan jangka waktu yang telah diperjanjikan dengan mendapatkan hasil berupa laba dari usaha tersebut, serta diharapkan sebagai pengaman dan pendukung penyaluran kredit bank, terlebih lagi secara yuridis diharapkan adanya kepastian hukum akan hutang dilunasi oleh debitur, sebab kepastian hukum sebagai salah satu sendi utama dari aturan perundangan di samping aspek keadilan dan aspek manfaat, yang memiliki kaitan erat dengan pelaku ekonomi, bahkan sebagai acuan baginya yang sering kali menggunakan jasa hukum dalam berbagai transaksinya.

Perjanjian jaminan merupakan perjanjian yang bersifat tambahan atau ikutan (*accessoir*). Artinya keberadaan perjanjian jaminan tidak dapat dilepaskan dari adanya perjanjian pokok atau jaminan yang timbul karena adanya perjanjian pokok. Perjanjian jaminan mengabdikan kepada perjanjian pokok dan memberikan kedudukan kuat dan aman bagi para kreditor. Perjanjian pokok yang mendahului lahirnya perjanjian jaminan umumnya berupa perjanjian kredit, perjanjian pinjam meminjam atau perjanjian utang piutang. Berkaitan dengan sifat *accessoir* dari perjanjian jaminan, A.S v Nierop mengatakan bahwa tanpa ada hak tagih maka tidak ada hak jaminan. Peralihan hak jaminan, apabila perjanjian pokoknya beralih, tidak perlu dipenuhi syarat peralihan pada umumnya seperti yang ditentukan dalam undang-undang.¹⁹ Senada dengan Nierop, Pitlo juga mengatakan bahwa hak jaminan tidak dapat dipindah tangankan tersendiri terlepas dari perjanjian pokoknya.²⁰ Jadi suatu perjanjian jaminan tidak mungkin ada apabila tidak ada perjanjian pokoknya, karena perjanjian jaminan tidak dapat berdiri sendiri.

¹⁹ A.S. v Nierop, *Hipotikrecht*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1937, hal. 27

²⁰ A. Pitlo, *Het Zakenrecht Naar Het Nederlands Burgerlijk Wetboek*, Tjeenk Willink & Zoon, Harleem, 1949, hal. 463

Adanya perjanjian obligatoir antara debitor dan kreditor maka kegunaan perjanjian adalah untuk mengamankan kreditor manakala debitor wanprestasi, benda jaminan itulah sebagai penjaminnya. Oleh karenanya perjanjian jaminan merupakan perjanjian khusus yang dibuat oleh kreditor bersama debitor atau dengan pihak ketiga yang membuat suatu janji dengan mengikatkan benda tertentu atau kesanggupan pihak ketiga dengan tujuan memberikan keamanan dan kepastian hukum pengembalian kredit atau pelaksanaan perjanjian pokok.²¹

Berkaitan dengan perjanjian jaminan telah ada Putusan Mahkamah Agung yang intinya perjanjian jaminan (hipotik) tidak dapat berdiri sendiri melainkan selalu dikaitkan dengan perjanjian pokok (perjanjian hutang piutang). Dalam sebuah kasus tentang hipotik, Mahkamah Agung Republik Indonesia menyatakan bahwa hipotik merupakan perjanjian *accessoir*, oleh karena itu didalam akta hipotik dan kuasa memasang hipotik harus disebut dengan jelas bahwa kredit (perjanjian pokok) yang dijamin dengan hipotik tersebut. Apabila tidak disebutkan maka pemasangan hipotik tersebut adalah tidak sah dan batal demi hukum.²²

Menurut Steven Emanuel²³, di Amerika Serikat, hipotik yang diberikan (dibebankan) melalui pembuatan perjanjian jaminan untuk menjamin suatu hutang tertentu tidak dapat dipindahkan secara tersendiri. Setiap transaksinya yang memindahkan hipotik tanpa perjanjian pokoknya adalah tidak berlaku. Pada bagian ini Steven Emanuel mengatakan bahwa:

"The mortgage is generally in the form an outright conveyance, together with a defeasance clause which provides that if the mortgagor pays the principal and meets all other obligation of the note, the conveyance to the mortgage will become void."

²¹ Djuhaendah Hasan II, *op cit.*, hal. 236

²² Putusan MA Nomor 860 K/Pdt/1997, tanggal 29 September 1999, dalam Varia Peradilan Th XV Nomor 177, Juni 2000, hal. 15-23

²³ Steven Emanuel, 1993, *Property*, Emanuel Law Outlines, inc., Found Edition 1865 Palmer Aveneu-Larchmont, New York, hal. 332. Lihat M. Khoidin, *Kekuatan Eksekutorial Sertifikat Hak Tanggungan*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, 2004, hal. 35.

The mortgage follows the debt, so that sale of the note result in a automatic transfer of the mortgage"

(Penjamin adalah sebetuk pengalihan hak, dengan kondisi apabila si terjamin telah membayar si berpiutang sesuai dengan kewajiban tertulisnya, maka pengalihan haknya secara otomatis menjadi nihil. Penjamin ini mengikuti utangnya, sehingga jika piutangnya diperjual belikan, maka otomatis hak pertanggungjawabannya juga beralih kepihak yang mendapatkan pengalihan hak tagih).

Menurut penulis, penjaminan merupakan pengalihan hak atas benda jaminan dari debitor ke kreditor hanya sementara sepanjang piutang kreditor belum lunas. Apabila piutang tersebut lunas, maka posisi hak tersebut kembali kepada debitor, namun sebaliknya apabila debitor wanprestasi, kreditor diberi hak untuk menjual benda jaminan itu guna pelunasan hutang debitor.

Adapun benda yang dapat menjadi obyek perjanjian jaminan adalah benda dalam perdagangan, sedangkan benda diluar perdagangan tidak dapat menjadi obyek perjanjian jaminan. Benda dalam perdagangan itu dapat berupa tanah dan benda bukan tanah baik yang tetap maupun yang bergerak. Mengingat fungsi jaminan secara yuridis adalah adanya kepastian hukum bagi pelunasan hutang debitor atau pelaksanaan suatu prestasi, maka jelas sekali benda yang dapat dijamin itu harus dapat diuangkan, karena jaminan kebendaan merupakan tindakan preverentif dalam pengamanan kredit, maka tidak mungkin menjamin sesuatu yang tidak dapat dicairkan atau diuangkan.²⁴ Oleh karena bendayang dijamin harus dapat dialihkan dan mempunyai nilai ekonomis.

Selanjutnya apabila para pihak sepakat bahwa pinjaman itu dijamin dengan hak atas tanah, berarti mereka harus mengadakan perjanjian jaminan untuk membebani hak atas tanah dengan Hak Tanggungan sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996, maksudnya hak jaminan tersebut diberikan untuk menjamin suatu hutang tertentu.

²⁴ Djuhaendah Hasan II, *op cit.*, hal. 294

Penegasan perjanjian pemberian Hak Tanggungan merupakan suatu perjanjian yang bersifat *accessoir* secara lengkap diatur dalam Penjelasan Umum Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 butir 8 disebutkan:

“Oleh karena hak tanggungan menurut sifatnya merupakan ikutan atau *accessoir* pada suatu piutang tertentu, yang didasarkan pada suatu perjanjian hutang-piutang atau perjanjian lain, maka kelahiran dan keberadaannya ditentukan oleh adanya piutang yang dijamin pelunasannya. Apabila piutang tersebut beralih kepada kreditor lain, maka hak tanggungan yang menjamin karena hukum-ikut beralih pula pada kreditor tersebut. Demikian pula jika Hak Tanggungan tersebut hapus karena hukum-karena pelunasan atau sebab-sebab lain maka piutang yang dijaminnya menjadi hapus”.²⁵

Kedudukan perjanjian penjaminan yang dikonstruksikan sebagai perjanjian *accessoir* itu menjamin kuatnya lembaga jaminan tersebut bagi keamanan pemberian kredit oleh kreditor. Konsekuensi perjanjian yang bersifat *accessoir* sebagaimana yang dimaksud dalam Penjelasan Umum butir 8 UUHT mempunyai akibat-akibat hukum yakni:

1. Adanya tergantung pada perjanjian pokok;
2. ikut beralih dengan beralihnya perjanjian pokok;
3. hapusnya tergantung pada perjanjian pokok;

Untuk memperjelas keberadaan hak tanggungan sebagai hak jaminan tergantung pada perjanjian kredit selaku perjanjian pokok, maksudnya pembuatan perjanjian jaminan atas tanah selalu dikaitkan dengan adanya suatu hutang tertentu. Artinya hak jaminan tersebut diberikan untuk menjamin suatu hutang tertentu. Untuk itulah perjanjian jaminan tidak dapat berdiri sendiri melainkan selalu dikaitkan dengan perjanjian pokok (biasanya berupa hutang-piutang).

²⁵ Selengkapnya lihat Penjelasan Umum Undang-Undang Nomor 4/ 1996 butir 8 tentang Hak Tanggungan

Sifat *accessoir* dari Hak Tanggungan sebagaimana disebutkan dalam Penjelasan Umum butir 8 UUHT tersebut kemudian dijabarkan dalam Pasal 10 ayat (1) UUHT yang menentukan bahwa:

“Pemberian Hak Tanggungan didahului dengan janji untuk memberikan Hak Tanggungan sebagai jaminan pelunasan hutang tertentu, yang dituangkan didalam dan merupakan bagian tak terpisahkan dari perjanjian hutang piutang yang bersangkutan atau perjanjian lainnya yang menimbulkan hutang tersebut.”

Maksud dari perjanjian jaminan (*zekerheids overenkomsten*) merupakan perjanjian untuk menimbulkan hak-hak jaminan dan khususnya hak-hak jaminan kebendaan, yang memberikan kepada kreditor suatu kedudukan yang lebih baik, dalam arti ia didahulukan dan di mudahkan dalam mengambil pelunasan, atas tagihannya, dari hasil penjualan benda tertentu atau sekelompok benda tertentu. Dengan demikian dalah logis, kalau dikatakan, bahwa perjanjian penjaminan mengabdikan kepada perikatan pokoknya, untuk mana diberikan jaminan.²⁶

Menurut Sutan Remy Sjahdeini, ketentuan Pasal 10 ayat (1) UUHT, bahwa timbulnya Hak Tanggungan hanyalah dimungkinkan apabila sebelumnya akan diberikan haknya Hak Tanggungan itu telah diperjanjikan di dalam perjanjian hutang-piutang (perjanjian kredit) yang menjadi dasar pemberian hutang (kredit) yang dijamin dengan Hak Tanggungan itu. Sedangkan pemberian Hak Tanggungan itu sendiri nantinya dilakukan dengan pembuatan perjanjian tersendiri oleh PPAT ayang disebut Akta Pemberian Hak Tanggungan (Pasal 10 ayat (2) UUHT). Ketentuan ini tidak ada sebelumnya di dalam hipotik. Pemberian hipotik tidak perlu didahului dengan janji didalam perjanjian hutang-piutangnya bahwa untuk menjamin pelunasan hutang dari debitur itu akan diberikan jaminan berupa hipotik.²⁷

²⁶ J. Satrio, *op cit.*, hal. 206

²⁷ Sutan Remy Sjahdeini, Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan yang Seimbang Bagi Para Pihak Dalam Perjanjian Bank Indonesia, Institute Bankir Indonesia (IBI) Cetakan pertama, Jakarta 1993, hal 17

Sebagai konsekuensi dari perjanjian jaminan yang dikonstruksikan sebagai perjanjian yang bersifat *accessoir*, maka keberadaan perjanjian jaminan mempunyai akibat-akibat hukum sebagai berikut: **Pertama**, adanya (lahirnya) bergantung pada perjanjian pokok; **Kedua**, hapusnya juga bergantung kepada perjanjian pokok; **Ketiga**, jika perjanjian pokoknya batal, maka perjanjian ikutannya juga batal. **Keempat**, apabila perjanjian pokoknya beralih, maka perjanjian ikutannya beralih pula.

Perjanjian jaminan termasuk Hak Tanggungan, akan melahirkan hak-hak istimewa yang nyaris unggul untuk dimiliki kreditor, sehingga posisinya menjadi relative aman dalam transaksi yang dibuatnya dengan pihak debitur. Hasil seperti itu maka dapat dipahami bahwa peran perjanjian jaminan dalam bidang perekonomian dapat memberikan rambu pengaman yang memadai bagi pelaku-pelaku bisnis.²⁸ Oleh karenanya, kendati perjanjian jaminan termasuk Hak Tanggungan, sekedar sebagai perjanjian tambahan (*accessoir*) namun mampu mendongkrak perjanjian pokok sehingga kreditor memperoleh keutamaan-keutamaan yang berbobot mantab. Sudah barang tentu cara demikian ini dapat menaikkan pamor hukum secara positif dalam perjamuan dunia perdagangan.

2.3. Beberapa Prinsip Jaminan Kebendaan

Menurut Mahadi²⁹ kata prinsip atau asas identik dengan *principle* dalam bahasa Inggris yang erat kaitannya dengan istilah *principium* (kata latin). *Principium* berarti permulaan, awal; mula sumber; asal; pangkal; pokok; dasar; sebab. Adapun prinsip atau asas adalah sesuatu yang dapat kita jadikan alas, sebagai dasar, sebagai tumpuan, sebagai tempat untuk menyandarkan, untuk mengembalikan sesuatu hal, yang hendak kita jelaskan. Dalam arti tersebut, kata *principle* difahamkan sebagai sumber yang abadi dan tetap dari banyak hal, aturan atau dasar bagi tindakan seseorang,

²⁸ M. Isnaeni, *op cit.*, hal. 83-84

²⁹ Mahadi, *Falsafah Hukum Suatu Pengantar*, Citra Aditya Bahkti, Bandung 1989, hal. 119

suatu pernyataan (hukum, aturan, kebenaran) yang dipergunakan sebagai dasar untuk menjelaskan sesuatu peristiwa.

Pada umumnya asas hukum berubah mengikuti kaedah hukumnya, sedangkan kaedah hukum akan berubah mengikuti perkembangan masyarakat, sehingga terpengaruh oleh waktu dan tempat³⁰. Pembentukan hukum praktis perlu berorientasi pada asas-asas hukum tersebut, sebab asas hukum sebagai dasar-dasar atau petunjuk arah dalam pembentukan hukum positif. Pembaharuan hukum dalam bidang hukum jaminan mutlak dilakukan. Terlebih lagi dalam masa pembangunan dewasa ini memerlukan perangkat hukum jaminan yang baru yang lebih memadai dan sesuai dengan perkembangan pembangunan. Keberadaan hukum jaminan baru yang memadai merupakan penunjang yang kuat agar tujuan pembangunan dapat lebih mencapai sasaran.³¹ Untuk itu perlu meinjau kembali apa yang dimaksudkan dengan hukum jaminan.

Berangkat dari istilah hukum jaminan berasal dari terjemahan *zekerheids stelling* atau *security of law*. Pengertian hukum jaminan sendiri tidak dapat ditemukan dalam peraturan maupun dalam literatur-literatur yang ada. Dalam Seminar Badan Pembinaan Hukum Nasional tentang Lembaga Hipotek dan Jaminan lainnya, yang diselenggarakan di Yogyakarta, pada tanggal 20 sampai dengan 30 Juli 1977, disebutkan bahwa hukum jaminan, meliputi pengertian, baik jaminan kebendaan, maupun jaminan perorangan. Pengertian hukum jaminan ini mengacu pada jenis jaminan, bukan pengertian hukum jaminan. Definisi penggolongan jaminan. Sri Soedewi Masjchoen Sofwan,³² 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, bank dari dalam negeri maupun luar negeri. Adanya lembaga jaminan dan lembaga demikian, kiranya

³⁰ Sudikno Mertokusumo, *op cit.*, hal. 32

³¹ Djuhaendah Hasan II, *op cit.*, hal. 37

³² Sri Soedewi Masjchoen Sofwan I, *op cit.*, hal. 5

harus dibarengi dengan adanya lembaga kredit dengan jumlah, besar, dengan jangka waktu yang lama dan bunga yang relative rendah”.

Sebenarnya, apa yang dikemukakan oleh Sri Soedewi Masjchoen Sofwan ini merupakan sebuah konsep yuridis yang berkaitan dengan penyusunan peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang jaminan pada masa yang akan datang. Sedangkan saat ini telah dibuat berbagai peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan jaminan, J Satrio³³ mengartikan hukum jaminan adalah: “Peraturan Hukum yang mengatur jaminan-jaminan piutang seorang kreditor terhadap debitor”.

Untuk menemukan rumusan hukum jaminan oleh Djuhaendah Hasan³⁴ ditelaah dari arti dan fungsi jaminan itu sendiri, yang kemudian dirumuskan sebagai: “Perangkat hukum yang mengatur tentang jaminan dari pihak debitor atau dari pihak ketiga bagi kepastian pelunasan piutang kreditor atau pelaksanaan suatu prestasi.” Di dalam rumusan ini tercakup pengertian jaminan kebendaan, dan jaminan perorangan (jaminan pihak ketiga).

Hukum jaminan dalam perkembangannya di Indonesia mulai dari jaman pemerintahan Hindia Belanda diatur di dalam Buku II B.W., adapun ketentuan-ketentuan hukum yang berkaitan dengan hukum jaminan adalah gadai (*pand*). *Pand* diatur dalam Pasal 1150 B.W sampai dengan Pasal 1160 B.W., sedangkan hipotik diatur dalam Pasal 1162 B.W sampai dengan Pasal 1170 B.W, Pasal 1173 B.W sampai dengan 1185 B.W, Pasal 1189 B.W sampai dengan Pasal 1194 B.W dan Pasal 1198 B.W sampai dengan Pasal 1232 B.W.

Dalam Pasal 314 W.v.K., Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1992 tentang Pelayaran beserta PP Nomor 23 Tahun 1985 (selanjutnya disebut Undang-Undang Pelayaran) bagi Hipotik Kapal, dan dalam Pasal 12 ayat (2) Undang-Undang Nomor 15 Tahun 1992, tentang Penerbangan (selanjutnya disebut dengan Undang-Undang Penerbangan) bagi Hipotik Pesawat. *Credietverband* diatur dalam Stb.

³³ J. Satrio I, *op cit.*, hal. 3

³⁴ Djuhaendah Hasan II, *op cit.*, hal. 231.

1937 Nomor 190, tentang *Credietverband*, merupakan ketentuan hukum yang berkaitan dengan pembebanan jaminan bagi orang bumi putra (Indonesia Asli). Ahak atas tanah yang dapat dibebani *credietverband* adalah hak milik, Hak Guna Bangunan (HGB) dan Hak Guna Usaha (HGU), sedangkan bagi orang Eropa dan diper-samakan dengan itu, berlaku ketentuan-ketentuan hukum yang berkaitan dengan hipotik. Perkembangan selanjutnya setelah berlakunya Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996, tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah yang dikenal dengan Hak Tanggungan dan Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia.

Pada dasarnya hukum jaminan merupakan bagian dari hukum benda. Hukum Jaminan di Indonesia pertama kali diatur dalam *Burgerlijk Wetboek* yang selanjutnya disebut dengan B.W. Pengaturan Umum tentang Lembaga Jaminan dalam ketentuan Pasal 1131 B.W. menyatakan bahwa “Segala benda pihak yang berutang (debitor), baik yang bergerak maupun yang tidak bergerak, baik yang sudah ada maupun yang baru aka nada dikemudian hari, menjadi tanggungan untuk segala perikatan perseorangan”. Ketentuan Pasal 1131 B.W ini merupakan jaminan secara umum atau jaminan yang lahir dari Undang-Undang. Disini kreditor dalam kedudukan yang sama. Setiap kreditor menikmati hak jaminan umum seperti itu. Dari Pasal 1131 B.W. dapat disimpulkan asas-asas hubungan ekstern kreditor sebagai berikut:

- a. seorang kreditor boleh mengambil pelunasan dari setiap bagian dari harta kekayaan debitor;
- b. setiap bagian kekayaan debitor dapat dijual guna pelunasan tagihan kreditor; dan
- c. hak tagihan kreditor hanya dijamin dengan harta benda debitor saja, tidak dengan “person debitor”.³⁵

Asas bahwa setiap orang bertanggung jawab terhadap hutangnya, tanggung jawab mana berupa menyediakan kekayaannya baik benda bergerak maupun tetap jika perlu dijual untuk melunasi hutang-

³⁵ J. Satrio I, *op cit.*, hal. 4-5

hutangnya (asas *Schuld* dan *Haftung*). Menurut Mariam Daruz Badruzaman³⁶ asa ini sangat adil, sesuai dengan asas kepercayaan dalam Hukum Perikatan, dimana setiap orang memberikan hutang kepada seseorang percaya bahwa debitur akan memenuhi prestasinya kemudian hari. Setiap orang wajib memenuhi janjinya merupakan asas moral yang oleh pembentuk undang-undang dikuatkan sebagai norma hukum.

Sarana perlindungan selanjutnya kepada para kreditor juga ditentukan didalam Pasal 1132 B.W. yang menyebutkan bahwa kebendaan tersebut menjadi jaminan bersama-sama bagi semua orang yang menguntungkan padanya; pendapatan penjualan benda-benda itu dibagikan menurut keseimbangan, yaitu menurut besar kecilnya piutang masing-masing, kecuali apabila di antara yang berpiutang itu ada alasan yang sah untuk didahulukan. Ketentuan ini merupakan jaminan umum yang timbul dari undang-undang yang berlaku umum bagi semua kreditor, sifat umum dari hak jaminan diartikan tidak ada perbedaan atau prioritas bagi kreditor tertentu berlaku asas *paritas creditorum*, dimana pembayaran atau pelunasan hutang kepada para kreditor dilakukan secara berimbang. Maksudnya dalam hal seorang debitur mempunyai beberapa kreditor, maka kedudukan para kreditor ini adalah sama, namun jika kekayaan debitur tidak mampu untuk digunakan melunasi hutang debitur dengan sempurna, maka para kreditor ini dibayar berdasarkan asas keseimbangan, yang masing-masing memperoleh piutangnya seimbang dengan piutang kreditor lain (asas *non-pondspondsgewijs*).

Adapun dimaksud pengecualian dalam Pasal 1132 B.W. adalah bahwa undang-undang mengadakan penyimpangan terhadap asas keseimbangan ini, jika ada perjanjian atau jika undang-undang menentukan. Penyimpangan yang terjadi melalui perjanjian ialah jika ada perjanjian jaminan kebendaan sedangkan penyimpangan karena undang-undang dinamakan *privilege*. *Privilege* itu bukan merupakan hak kebendaan, hanya merupakan hak untuk lebih mendahulukan dalam pelunasan/pembayaran piutang.

³⁶ Mariam Darus Badruzaman, *op cit*, hal. 85

Sehubungan jaminan umum yang tertera dalam Pasal 1131 B.W. ada kelemahannya, semisal debitur cidera janji dan tidak memenuhi pembayaran kembali pinjamannya, kemudian atas permintaan para kreditor kepada yang berwenang untuk menjual lelang harta benda debitur, ternyata hasil lelang tidak mencukupi untuk membayar kembali jumlah pinjamannya kepada kreditor, karena banyaknya kreditor yang memperebutkan hasil lelang, hal tersebut tentunya sangat merugikan kepada kreditor. Posisi kreditor dalam perjanjian yang bersifat umum tersebut hanya menduduki sebagai kreditor konkuren yang tidak memiliki preferensi, sehingga apabila debitur cidera janji, para kreditor akan bersaing satu sama lain untuk memperoleh pembayaran dari hasil lelang harta benda debitur. Untuk mengatasi persaingan tersebut, maka di dalam B.W pun terdapat ketentuan yang memungkinkan adanya kreditor yang mendapat hak di dahulukan dari kreditor-kreditor lainnya.

Hak didahulukan ini dapat diperoleh dengan adanya perjanjian khusus antara debitur dan kreditor, yang akan dijadikan landasan bagi sahnya hak didahulukan dari pada kreditor-kreditor yang lain. Dilakukannya ketentuan yang mengatur hak didahulukan bagi kreditor, karena menyadari kelemahan jaminan umum yang ada dalam Pasal 1131 B.W tersebut, maka pembentuk undang-undang menyiapkan pula alternatif perangkat jaminan lainnya yang lebih mantap, yakni jaminan khusus yang obyeknya juga benda milik debitur, hanya saja sudah ditunjuk secara tertentu dan diperuntukkan bagi kreditor tertentu pula. Karena obyeknya benda maka ketentuan jaminan khusus ini pengaturannya dikelompokkan menjadi satu ke dalam Hukum Benda yang diatur Buku II B.W.

Dengan disediakannya ketentuan jaminan kebendaan ini, sebenarnya secara implicit pembentuk undang-undang berpesan pada pelaku ekonomi, bahwa kalau memberikan kredit, janganlah hanya didasarkan pada kepercayaan belaka. Sebab secara factual untuk mengetahui jumlah harta benda debitur itu tidak gampang, begitu pula teramat sulit untuk melacak fluktuasi harta debitur pada masa-masa mendatang. Didorong alasan itu, para pelaku ekonomi disarankan untuk mendayagunakan ketentuan-ketentuan jaminan kebendaan yang disediakan, demi menangkal resiko yang muncul

di kemudian hari pada saat sedini mungkin.³⁷ Mengingat B.W ini mengenal bermacam-macam pembagian benda, dan yang terpenting adalah pembagian jenis benda bergerak- benda tidak bergerak, maka untuk lembaga jaminan khusus inipun digantungkan pada jenis pembagian benda tersebut.

Pengaturan ketentuan tentang jaminan yang bersifat khusus antara lain; untuk jaminan benda bergerak adalah Gadai yang diatur dalam Pasal 1150-1161 B.W.; untuk benda tidak bergerak adalah Hipotik yang diatur dengan Pasal 1162-1178 B.W. Khusus mengenai hipotik sepanjang yang menyangkut dengan tanah dan diganti dengan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda Yang Berkaitan Dengan Tanah dan Fidusia yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999.

Pada dasarnya janji menimbulkan perikatan,³⁸ terutama adanya kesepakatan kehendak yang dilakukan oleh para pihak dalam suatu perjanjian akan menimbulkan suatu hubungan hukum yang mempunyai akibat hukum bagi para pihak tersebut. Akibat hukumnya bagi masing-masing para pihak selain terikat kepada janjinya, juga menimbulkan hak dan kewajiban bagi para pihak secara timbal balik, maka perjanjian demikian itu termasuk kategori perjanjian obligatoir dan karenanya melahirkan hak perorangan yang diatur dalam Buku III B.W.

Hak kreditor yang bentuknya prestasi sebagai kewajiban debitur dalam menyerahkan pengembalian uang beserta bunganya kepada kreditor, masih menunggu realisasinya dikemudian hari sesuai waktu yang disepakati. Seandainya debitur tidak memenuhi kewajiban untuk melunasi hutangnya, maka posisi kreditor menjadi rawan, akan kerugian yang diderita. Terlebih lagi perjanjian kredit hanya sebagai suatu perikatan yang hanya melahirkan hak perseorangan, yang sifatnya relatif dan kedudukan kreditor sekedar sebagai kreditor konkuren. Posisi perjanjian kredit demikian ini hanyalah sebagai jaminan umum yang diatur dalam Pasal 1131 B.W. tentunya

³⁷ M. Isnaeni, *Hukum Jaminan Sebagai Sarana Pendukung Ekonomi*, Hukum Ekonomi, Agustus 1995, hal. 7

bank (kreditor) sebagai pelaku ekonomi bertindak hati-hati dan menghindar sebagai kreditor konkuren, perlu mendayagunakan ketentuan-ketentuan tentang lembaga jaminan, guna mengantisipasi resiko manakala debitur tidak memenuhi prestasinya.

Ada beberapa prinsip yang berlaku bagi Hak Jaminan, seperti pada Gadai, Hipotik, Hak Tanggungan dan Fidusia. Berkaitan dengan pembahasan sub bab di bawah ini, sebagai titik tolak untuk mengenal prinsip hukum jaminan akan diperbandingkan prinsip yang terdapat dalam Hak Tanggungan dengan prinsip yang terdapat dalam hipotik. Sebagai alasannya, karena Hak Tanggungan adalah sebagai pengganti hipotik yang khususnya mengatur tentang hak atas tanah dan *credietverband* yang dimungkinkan ada persamaan prinsip-prinsip yang mendasari Hak Tanggungan tersebut. Hukum Jaminan merupakan bagian dari hukum benda yang juga mengacu pada hak kebendaan sebagai asas organik yang bersifat umum konkrit, terdiri atas asas sistem tertutup, asas absolute, asas mengikuti benda, asas publisitas, asas spesialisitas, asas totalitas, asas esensi perlekatan, asas konsistensi, asas pemisahan horizontal dan asas perlindungan hukum.³⁹ Oleh karena itu perlu adanya pembahasan terhadap prinsip-prinsip Hak Tanggungan tersebut mendasarkan pada prinsip Hukum Jaminan.

a. Prinsip Absolut/Mutlak

Jaminan yang diatur dalam perundang-undangan di Indonesia secara garis besar mempunyai sejumlah asas yang antara lain mempunyai sifat hak kebendaan sebagaimana diatur dalam Pasal 528 B.W. dimaksud dengan hak kebendaan (*Zakelijkrecht*), ialah hak mutlak atas sesuatu benda dimana hak itu memberikan kekuasaan langsung atas sesuatu benda dan dapat dipertahankan terhadap siapapun juga.⁴⁰ Menurut Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, hak kebendaan ini adalah absolute. Artinya hak ini dapat dipertahankan terhadap setiap orang. Pemegang hak itu berhak menuntut (*vorderen*)

³⁸ J. Satrio, *Hukum Perikatan, Perikatan Yang Labir Dari Perjanjian*, Citra Aditya Bakti, Bandung 2001, hal. 7

³⁹ Mariam Daruz Badruzaman, *op cit*, hal. 12

⁴⁰ Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, *Hukum Jaminan di Indonesia Pokok-Pokok Hukum Jaminan dan Jaminan Perorangan*, Liberty, Yogyakarta 1980, hal. 24

setiap orang yang mengganggu haknya. Dilihat secara pasif, setiap orang wajib menghormati hak itu.⁴¹

Berbeda dengan hak perorangan yang adalah relatif, artinya hak itu hanya dapat dipertahankan terhadap debitor tertentu, dan hanya dapat dipertahankan melakukan tuntutan (*vordering*) terhadap debitor tertentu wajib melakukan prestasi terhadap pemilik hak (*persoonlijk gerechtigde*).⁴²

Pada kenyataannya bahwa suatu hak kebendaan yang mempunyai hubungan atas suatu benda, tidak menentukan pembedaan antara hak pribadi dengan hak kebendaan. Seperti halnya dalam hubungannya untuk pembatasan dari hak-hak kebendaan yang merupakan hak yang bersifat absolute yang bukan kebendaan. Hak mengarang (*auteursrecht*), hak cipta (*octooirrecht*) dan lain-lain yang sama, adalah mutlak, akan tetapi bukanlah hak-hak kebendaan, oleh karena yang menjadi sarannya bukanlah benda, akan tetapi suatu hasil kesusastran, ilmu pengetahuan atau seni (*kunsts*) dan suatu penemuan cara kerja baru atau produk baru.⁴³ Oleh karenanya semua hak-hak kebendaan adalah absolute, tetapi dalil ini tidak dapat dibalik (*onkeerbaar*); tidak semua hak-hak absolute adalah hak kebendaan.⁴⁴

Berkaitan dengan UUHT tergolong sebagai hak kebendaan yang mempunyai sifat absolute tau bukan, maka perlu mengetahui apa yang dimaksudkan dengan Hak Tanggungan. Pada Pasal 1 ayat (1) UUHT, yang menyebutkan:

“Hak Tanggungan atas tanah berserta benda-benda yang berkaitan dengan tanah, yang selanjutnyadisebut Hak Tanggungan adalah hak jaminan yang dibebankan pada hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, berikut atau tidak berikut benda-benda lain yang merupakan

⁴¹ *Ibid*, hal. 17

⁴² *Ibid*, hal. 17

⁴³ R. Soetojo Prawirohamidjojo, Marthalena Pohan, *Bab-Bab Tentang Hukum Benda*, Bina Ilmu Surabaya, 1984 hal. 12

⁴⁴ *Ibid*

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

Singkatnya yang dimaksud dengan Hak Tanggungan adalah hak jaminan atas tanah untuk pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan diutamakan kepada kreditor tertentu terhadap kreditor-kreditor lain. Berdasarkan ketentuan Pasal 1 angka 1 tersebut, terdapat unsur-unsur esensial, yang merupakan sifat dan ciri-ciri dari Hak Tanggungan, yaitu:

- lembaga hak jaminan untuk pelunasan utang tertentu;
- pembebanannya pada hak atas tanah;
- berikut atau tidak berikut benda-benda yang lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah;
- memberikan kedudukan yang preferent kepada kreditornya.

Bahwa dari pasal tersebut ternyata tidak secara tegas menyebutkan adanya hak kebendaan. Hal ini dapat dipahami karena UUPA dijiwai oleh hukum adat yang tidak mengenal pembedaan antara hak kebendaan dan hak perorangan. Namun, oleh Budi Harsono⁴⁵ dikatakan bahwa meskipun UUPA tidak mengenal sifat kebendaan tapi sifat kebendaan itu dapat diberikan kepada hak-hak atas tanah yang terdapat didalam UUPA. Sedangkan Gouw Giok Siong⁴⁶ menyatakan bahwa sifat kebendaan itu ada karena pemilik hak-hak tersebut mempunyai wewenang untuk mengalihkan atau mengasingkan. Oleh Mariam Darus Badruzaman⁴⁷ ditambahkan, bahwa UUPA mengenal hak kebendaan bukan hanya pemilik mempunyai wewenang untuk mengalihkan atau mengasingkan tetapi hak-hak juga itu tunduk pada pendaftaran.

Lembaga pendaftaran inilah yang menjadi ukuran bagi lahirnya hak kebendaan. Pendaftaran tanah dalam UUPA menunjukkan sifat

⁴⁵ Boedi Harsono II, *op cit.*, hal. 57

⁴⁶ Gouw Giok Siong, lihat *Tafsiran Undang-Undang Pokok Agraria*, Keng Po, Jakarta 1963, hal. 27

⁴⁷ Mariam Darus Badruzaman, *op cit*, hal. 19

kebendaan itu merupakan bawaan lahir dari UUPA dan bukan sifat yang diberikan. Selanjutnya dikatakan bahwa dan sifat kebendaan dalam UUPA mengakibatkan tidak ada masalah kalau *hak hipotik* sesudah berlakunya UUPA merupakan hak kebendaan, sebab baik UUPA maupun *hipotik*, kedua-duanya mengenal sifat hak kebendaan. Oleh karena itu, dapat disimpulkan sifat-sifat umum *hipotik* sebelum UUPA dapat diambil alih sebagai sifat-sifat umum *hipotik sesudah UUPA*.⁴⁸

Pendapat Mariam Darus Badruzaman mendasarkan pada Pasal 528 B.W. yang menyatakan “*atas sesuatu kebendaan, seseorang dapat mempunyai kedudukan berkuasa hak milik, hak waris, hak pakai hasil, hak pengalihan tanah, hak gadai tanah, hak gadai atau hipotik*”. Untuk itulah Hak Tanggungan dapat dikatakan mempunyai sifat hak kebendaan, karena ciri-ciri/sifat hak kebendaan pada Hak Tanggungan memang sengaja diberikan oleh pembentuk UUHT. Hal tersebut dapat diketahui manakala diperbandingkan antara hipotik dengan Hak Tanggungan. bahwa dari beberapa pendapat ahli hukum tersebut dapat dipahami meskipun UUPA tidak mengenal sifat kebendaan, tetapi sifat kebendaannya dapat diberikan pada hak-hak atas tanah. Meskipun tanpa menyebut sifat-sifat kebendaan, tetapi pemilik hak-hak atas tanah tersebut diberi wewenang untuk mengalihkan, menjaminkan bahkan mendaftarkan terhadap hak-hak atas tanah tersebut, sehingga hak-hak atas tanah tersebut bersifat hak kebendaan. Oleh karenanya UUHT merupakan Hak Kebendaan, maka mempunyai sifat yang absolut.

b. Prinsip *Droit de Suite*

Hak kebendaan itu mempunyai *zaaksgesvolg* atau *droit de suite* (hak yang mengikuti). Artinya hak itu terus mengikuti bendanya dimanapun juga (dalam tangan, siapapun juga) barang itu berada. Hak itu terus saja mengikuti orang yang mempunyainya.⁴⁹ *Droit de Suite* merupakan salah satu prinsip dari hak kebendaan yang memang pada dasarnya dikenal oleh B.W., dan sebaliknya tidak dikenal oleh

⁴⁸ *Ibid.*, hal. 19

⁴⁹ Sri Soewedi Masjchoen Sofwan, *Hukum Perdata: Hukum Benda*, hal. 25.

Hukum Adat. Bahwasannya sistem Hukum Adat tidak mengenal hak kebendaan antara lain dapat simak dari karya Mahadi⁵⁰ yang menyatakan bahwa hak kebendaan seperti yang dimaksud B.W itu tidak ada dalam sistem Hukum Adat. Lalu ciri Hak Tanggungan sebagai suatu jaminan yang mempunyai preferensi dan berasas *droit de suite*, berakar dari mana, selaknyanya pantas dipertanyakan. Atau sifat yang ditetapkan demikian itu semata dilandaskan pada soal kewenangan yang dimiliki oleh pembentuk undang-undang. Sesungguhnya problema dasar ini memerlukan kajian byektif yang sehat.⁵¹ Pendapat tersebut sangatlah beralasan sebab UUPA yang dijiwai oleh Hukum Adat tidak mengenal asas-asas yang mencerminkan sifat hak kebendaan. Sedangkan UUPA sebagai landasan lahirnya UUHT tidak secara tegas menyebutkan adanya hak kebendaan.

Namun prinsip *droit de suite* Nampak jelas terdapat dalam Pasal 7 UUHT, yang menyatakan: sifat Hak Tanggungan itu tetap mengikuti obyeknya dalam tangan siapapun obyek tersebut berada (*droit de suite*). Sifat ini merupakan salah satu jaminan khusus bagi kepentingan pemegang Hak Tanggungan. Walaupun obyek Hak Tanggungan itu sudah berpindah tangan menjadi milik pihak lain, kreditor masih tetap dapat menggunakan haknya melakukan eksekusi, jika debitor cidera janji dalam berprestasi. Oleh sebab itu, walaupun obyek Hak Tanggungan itu sudah berpindah tangan dan menjadi hak milik orang lain, namun Hak Tanggungan itu selalu mengikuti di dalam tangan siapapun obyek Hak Tanggungan berpindah, yang berprinsip *droit de suite* tersebut terdapat dalam UUHT.

c. Prinsip *Droit de Preference*

Pada prinsipnya hak jaminan kebendaan memberikan kedudukan didahulukan bagi kreditor pemegang Hak Jaminan terhadap kreditor lainnya. Untuk menganalisis prinsip *droit de preference* selain mendasarkan pada Buku II B.W. yang mengatur tentang jaminan

⁵⁰ Mahadi, *Hukum Benda Dalam Sistem Hukum Perdata Nasional*, Bina cipta Jakarta, 1983 hal. 28

⁵¹ M. Isnaeni, *Hukum Jaminan Sebagai Sarana Pendukung Ekonomi*, Hukum Ekonomi, Agustus 1995, hal. 79-80

juga mendasarkan pada UUHT. Tentang kedudukan yang diutamakan dalam B.W. dapat dilihat dalam Pasal 1133 ayat (1) B.W. yang menyatakan bahwa: "*Hak untuk didahulukan diantara orang-orang berpiutang terbit dari hak istimewa, dari gadai dan hipotik*".

Ternyata sistem hukum kita mengenal pemberian perlindungan yang istimewa bagi kreditor atau para debitur. Perlindungan istimewa tersebut tertera di dalam Pasal 1133 B.W. yakni hak untuk didahulukan diantara para kreditor yang timbul dari: Hak Istimewa, Gadai dan Hipotik. Selanjutnya menurut Pasal 1134 B.W., Hak istimewa ialah suatu hak yang oleh undang-undang diberikan kepada seorang kreditor sehingga tingkatan kreditor tersebut lebih tinggi dari kreditor lainnya, semata-mata berdasarkan sifat piutang kreditor tersebut. Perlindungan istimewa tersebut dapat diberikan apabila kreditor pemegang hak jaminan atas benda tertentu milik debitur, dalam perkembangan hukum di Indonesiaselain Gadai dan Hipotik, Hak Istimewa tersebut berlaku bagi Hak Tanggungan (Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996) dan Fidusia (Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999).

Jaminan tersebut merupakan jaminan kebendaan. Kedudukan hak jaminan terhadap Hak Istimewa, menurut Pasal 1134 ayat (2) B.W., lebih tinggi daripada Hak Istimewa, kecuali hal-hal dimana oleh undang-undang ditentukan sebaliknya. Hak istimewa yang lebih tinggi daripada hak jaminan, termasuk biaya perkara yang semata-mata disebabkan karena suatu penghukuman untuk melelang baik untuk benda bergerak maupun benda tidak bergerak. Biaya tersebut dibayar dari hasil penjualan benda tersebut sebelum dibayarkan kepada kreditor lainnya, termasuk kepada kreditor pemegang hak jaminan.

Dalam UUHT tentang kedudukan yang diutamakan kepada kreditor tertentu terhadap kreditor-kreditor lain, semula ditentukan pada Pasal 1 ayat (1) UUHT yang antara lain menyebutkan bahwa Hak Tanggungan adalah Hak Jaminan yang dibebankan pada hak atas tanah yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditor tertentu terhadap kreditor-kreditor lainnya. Penjabaran lebih lanjut tentang kedudukan diutamakan tidak dijumpai dalam penjelasan

Pasal 1 UUHT, melainkan dijumpai dalam Penjelasan Umum Angka 4 Alenia 2 UUHT, yang menyatakan:

"Hak Tanggungan adalah hak jaminan atas tanah untuk pelunasan hutang tertentu, yang memberikan kedudukan diutamakan kepada kreditor tertentu terhadap kreditor-kreditor lain. Dalam arti, bahwa jika debitur cidera janji, kreditor pemegang Hak Tanggungan berhak menjual melalui pelelangan umum tanah yang dijadikan jaminan menurut ketentuan peraturan perundang-undangan yang bersangkutan, dengan hak mendahului daripada kreditor-kreditor yang lain. Kedudukan diutamakan tersebut sudah barang tentu tidak mengurangi preferensi piutang-piutang Negara menurut ketentuan-ketentuan hukum yang berlaku".

Bahwa yang dimaksudkan dengan memberikan kedudukan diutamakan kepada kreditor tertentu terhadap kreditor lain adalah: "*Bahwa jika debitur cidera janji, kreditor pemegang Hak Tanggungan berhak menjual melalui pelelangan umum tanah yang dijadikan jaminan menurut ketentuan peraturan perundang-undangan yang bersangkutan, dengan hak mendahului dari pada kreditor lain*". Jadi hak mendahului yang dimaksudkan adalah bahwa kreditor pemegang Hak Tanggungan didahulukan dalam mengambil pelunasan atas hasil penjualan eksekusi obyek Hak Tanggungan.

Kedudukan diutamakan tersebut sudah barang tentu tidak mengurangi preferensi piutang-piutang Negara menurut ketentuan-ketentuan hukum yang berlaku.⁵² Kedudukan preferenberkaitan dengan hasil eksekusi, hal ini nampak jelas bila dihubungkan dengan Pasal 1132 B.W. yang pada dasarnya para kreditor berbagi *pond's-pond's* atas hasil eksekusi harta benda milik debitur. Dengan adanya pembebanan Hak Tanggungan maka kreditor menjadi preferen atas hasil penjualan benda tertentu milik debitur, maka ia berhak mengambil lebih dahulu uang hasil eksekusi Hak Tanggungan.

⁵² J. Satrio, Hukum Jaminan, Hak Jaminan Kebendaan, Hak Tanggungan, Buku I, Citra Aditya Bakti, Bandung 2002, hal. 97

Meskipun pada Penjelasan Umum UUHT tersebut tidak disebutkan apakah piutang-piutang Negara yang berkaitan dengan obyek Hak Tanggungan yang bersangkutan saja, ataukah mengenai semua piutang-piutang Negara yang menjadi kewajiban debitur yang bersangkutan. Obyek Hak Tanggungan dijual melalui pelelangan umum menurut tata cara yang ditentukan dalam peraturan perundang-undangan untuk pelunasan piutang pemegang Hak Tanggungan dengan Hak mendahului daripada kreditor-kreditor lainnya. Berdasarkan Penjelasan Umum UUHT dapat diketahui bahwa hak kreditor yang menjadi pemegang Hak Tanggungan tersebut, sekalipun diutamakan terhadap hak tagihan kreditor-kreditor lain, tetapi harus mengalah terhadap piutang-piutang negara lebih utama dari kreditor pemegang Hak Tanggungan.

Piutang-piutang negara yang lebih didahulukan dari kreditor pemegang hak jaminan, dapat dilihat dalam Pasal 1137 ayat 91) B.W., yang menyatakan: "*Hak daripada Kas Negara, Kantor Lelang, dan lain-lain badan umum yang dibentuk oleh Pemerintah untuk didahulukan, tertibnya melaksanakan hak itu, dan jangka waktu berlangsungnya hak tersebut, diatur dalam berbagai undang-undang khusus mengenai hal itu*". Dengan demikian jenis piutang negara smana saja yang harus didahulukan dari Gadai, Hipotik dan Hak Tanggungan dalam suatu undang-undang tertentu sebagaimana yang disyaratkan oleh pasal tersebut. Berkaitan dengan hak untuk didahulukan dari kas negara, maka pertama perlu meninjau dalam Undang-Undang Nomor 49 Prp Tahun 1960, tentang Panitia Urusan Piutang Negara, ternyata dalam undang-undang tersebut tidak dijumpai ketentuan yang menentukan mengenai didahulukannya piutang negara dari gadai dan Hipotik dan Hak Tanggungan.

Selanjutnya hak mendahului ditinjau dari Undang-Undang Nomor 9 Tahun 1994, tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 6 Tahun 1983, tentang Ketentuan Umum dan tata Cara Perpajakan, ternyata dapat dijumpai ketentuan yang menentukan tagihan pajak mempunyai hak mendahului melebihi hak mendahului lainnya, hal tersebut tersirat dalam Pasal 21 ayat (3) Undang-Undang tersebut ditetapkan bahwa hak mendahului tagihan pajak melebihi segala hak mendahului lainnya, kecuali terhadap: Biaya perkara yang semata-

mata disebabkan suatu penghukuman untuk melelang suatu barang; biaya yang telah dikeluarkan untuk menyelamatkan suatu barang; biaya perkara yang semata-mata disebabkan pelelangan dan penyelesaian sesuatu warisan. Kalau demikian tagihan pajak sebagai salah satu jenis piutang negara berkedudukan lebih tinggi dari Gadai, Hipotik dan Hak Tanggungan. Sedangkan dalam Pasal 24 *Vendu Reglement* (S. 1908 Nomor 159), menyatakan bahwa tegihan biaya lelang: a). Berkedudukan diatas hak istimewa yang diatur dalam Pasal 1139 butir 3 B.W., dimaksudkan adalah harga pembelian benda-benda bergerak yang belum dibayar; b). Berkedudukan dibawah hak istimewa yang diatur dalam Pasal 1149 B.W.,⁵³. Dari ketentuan tersebut dapat dipahami bahwa hak Gadai, Hipotik dan Hak Tanggungan lebih didahulukan dari biaya lelang.

Berdasarkan uraian tersebut ternyata dalam UUHT terkandung prinsip *droit de preference* seperti pada hukum jaminan sebelumnya, hal tersebut sangat menguntungkan bagi kreditor pemegang Hak Tanggungan. Adapun dengan berpedoman kepada ketentuan Pasal 1137 B.W., piutang negara yang kedudukannya lebih tinggi dari Hak Tanggungan sebagaimana dimaksud dalam Angka 4 Penjelasan Umum UUHT dimaksudkan adalah dibatasi hanya pada tagihan pajak saja.

d. Prinsip Spesialitas

Asas ini menghendaki bahwa Hak Tanggungan hanya dapat dibebankan atas tanah yang ditentukan secara spesifik. Asas ini dalam hipotik diatur oleh ketentuan Pasal 1174 B.W.. Dianutnya asas spesialitas oleh Hak Tanggungan dapat disimpulkan dari ketentuan Pasal 8 UUHT Pasal 11 ayat (1) huruf e UUHT. Karena Pasal 8 UUHT menentukan bahwa pemberi Hak Tanggungan harus mempunyai kewenangan untuk melakukan perbuatan hukum terhadap Obyek Hak Tanggungan yang bersangkutan (Pasal 8 ayat (1) UUHT) dan kewenangannya tersebut harus ada pada saat

⁵³ Priyo Handoko, *Lembaga Jaminan Hak Tanggungan Atas Tanah Sebagai Pengaman Dalam Perjanjian Kredit Bank*, Disertasi, universitas Airlangga Surabaya, 2003, hal. 134

pendaftaran Hak Tanggungan dilakukan (Pasal 8 ayat (2) UUHT), ketentuan tersebut hanya mungkin terpenuhi apabila obyek Hak Tanggungan telah adad dan telah tertentu pula tanah itu tanah yang mana. selanjutnya pula karena Pasal 11 ayat (1) huruf e menentukan bahwa didalam akta pemberian Hak Tanggungan wajib dicantumkan uraian yang jelas mengenai obyek Hak Tanggungan, tidaklah mungkin untuk memberikan uraian yang jelas sebagaimana yang dimaksud itu apabila obyek Hak Tanggungan belum ada dan belum diketahui ciri-cirinya. Kata-kata "uraian yang jelas mengenai obyek Hak Tanggungan" dalam Pasal 11 ayat (1) huruf (e) menunjukkan, bahwa obyek Hak Tanggungan harus secara spesifik dapat ditunjukkan dalam Akta Pemberian Hak Tanggungan yang bersangkutan.

Walaupun demikian, sepanjang dibebankan atas "benda-benda yang berkaitan dengan tanah tersebut", Hak Tanggungan dapat dibebankan atas "benda-benda yang berkaitan dengan tanah tersebut" yang baru akan ada, sepanjang hal itu telah diperjanjikan secara tegas. Karena belum dapat diketahui apa wujud dari benda-benda yang berkaitan dengan tanah itu, juga karena baru akan ada di kemudian hari, hal itu berarti asas spesialitas tidak berlaku sepanjang mengenai "benda-benda yang berkaitan dengan tanah".⁵⁴

Berdasarkan UUHT, proses pembebanan Hak Tanggungan dilaksanakan melalui 2 (dua) tahap kegiatan, yaitu: tahap pemberian Hak Tanggungan dan tahap pendaftaran Tanggungan. UUHT pada Pasal 10 ayat (2) menyebutkan pemberian Hak Tanggungan dilakukan dengan pembuatan Akta Pemberian Hak Tanggungan oleh Pejabat Pembuat Akta Tanah sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Pejabat Pembuat Akta Tanah adalah pejabat umum yang berwenang membuat akta pemindahan hak atas tanah dan akta lain dalam rangka pembebanan hak atas tanah, sebagai bukti dilakukannya perbuatan hukum tertentu mengenai tanah yang terletak dalam daerah kerjanya masing-masing. Dalam kedudukan yang demikian itu, maka akta-akta yang dibuat oleh Pejabat Pembuat Akta Tanah tersebut merupakan akta otentik.

⁵⁴ Sutan Remy Sjahdeini, Hak Tanggungan Asas-Asas, Ketentuan-Ketentuan Pokok dan Masalah yang Dihadapi Oleh Perbankan, Alumni Bandung, 1999, hal. 42-43

Seperti halnya pembebanan hipotik menurut Pasal 1171 B.W., harus dilakukan dengan suatu akta otentik. Dulu akta pembebanan hipotik dan *credietverband* dibuat oleh dan dihadapan Pejabat Pembuat Akta Tanah yang berwenang, yakni: Notaris, Wedana/Camat dan beberapa pejabat lainnya yang telah diangkat oleh Menteri Agraria yang daerah kerjanya meliputi daerah tempat letak tanah yang bersangkutan. Jika hipotik dibebankan atas lebih dari satu bidang tanah, yang tidak semuanya terletak didaerah kerja seorang Pejabat Pembuat Akta Tanah, maka dengan persetujuan Kepala Kantor Pertanahan yang bersangkutan, pejabat tersebut berwenang pula untuk membuat akta mengenai tanah-tanah yang terletak diluar daerah kerjanya itu.

Selanjutnya UUHT menetapkan isi yang sifatnya wajib untuk bahnya Akta Pemberian Hak Tanggungan. Dengan tidak dicantumkannya secara lengkap hal-hal yang disebut dalam Akta Pemberian Hak Tanggungan, maka mengakibatkan Akta yang bersangkutan batal demi hukum. Dalam UUHT pada Pasal 11 ayat (1) disebutkan hal-hal yang wajib dicantumkan dalam Akta Pemberian Hak Tanggungan itu:

- a. nama dan identitas pemegang dan pemberi Hak Tanggungan. Apabila Hak Tanggungannya dibebankan pula pada benda-benda yang merupakan satu kesatuan dengan tanah milik orang perseorangan atau badan hukum lain daripada pemegang hak atas tanah, pemberi Hak Tanggungan adalah pemegang hak atas tanah bersama-sama pemilik benda tersebut.
- b. domisili pihak-pihak pemegang dan pemberi Hak Tanggungan, dan apabila di antara mereka ada yang berdomisili diluar Indonesia, baginya harus pula dicantumkan suatu domisili pilihan di Indonesia, dan dalam hal domisili pilihan itu tidak dicantumkan, kantor Pejabat Pembuat Akta Tanah tempat pembuatan Akta Pemberian Hak Tanggungan dianggap sebagai domisili yang dipilih.
- c. penunjukan secara jelas hutang atau hutang-hutang yang dijamin pelunsannya dengan Hak Tanggungan dan meliputi juga nama dan identitas debitur yang bersangkutan.

- d. nilai tanggungan; dan
- e. uraian yang jelas mengenai obyek Hak Tanggungan, yakni meliputi rincian mengenai sertifikat hak atas tanah yang bersangkutan atau bagi tanah yang belum terdaftar sekurang-kurangnya memuat uraian mengenai kepemilikan, letak, batas-batas dan luas tanahnya.

Selain itu dalam Akta Pemberian Hak Tanggungan dapat dicantumkan janji-janji yang sifatnya fakultatif dan tidak mempunyai pengaruh terhadap sahnya Akta Pemberian Hak Tanggungan. Dengan dimuatnya janji-janji itu dalam Akta Pemberian Hak Tanggungan yang kemudian didaftar pada Kantor Pertanahan, maka janji-janji tersebut juga mempunyai kekuatan mengikat terhadap pihak ketiga. Janji-janji yang dimaksud disebutkan dalam Pasal 11 ayat (2) UUHT, yaitu:

- a. janji yang membatasi kewenangan pemberi Hak Tanggungan untuk menyewakan obyek Hak Tanggungan dan/atau menerima uang sewa di muka, kecuali dengan persetujuan tertulis lebih dahulu dari pemegang Hak Tanggungan.
- b. janji yang membatasi kewenangan pemberi Hak Tanggungan untuk mengubah bentuk atau susunan obyek Hak Tanggungan kecuali dengan persetujuan tertulis terlebih dahulu dari pemegang Hak Tanggungan.
- c. janji yang memberikan kewenangan kepada pemegang Hak Tanggungan untuk mengelola obyek Hak Tanggungan berdasarkan penetapan Ketua Pengadilan Negeri yang daerah hukumnya meliputi letak obyek Hak Tanggungan apabila debitur sungguh-sungguh cidera janji;
- d. janji yang memberikan kewenangan kepada pemegang Hak Tanggungan untuk menyelamatkan obyek Hak Tanggungan, jika hal itu diperlukan untuk pelaksanaan eksekusi atau hak untuk mencegah menjadi hapusnya atau dibatalkannya hak yang menjadi obyek Hak Tanggungan karena tidak dipenuhi atau dilanggarnya ketentuan undang-undang.
- e. janji bahwa pemegang Hak Tanggungan pertama mempunyai hak untuk menjual atas kekuasaan sendiri obyek Hak Tanggungan apabila debitur cidera janji.

- f. janji yang diberikan oleh pemegang Hak Tanggungan pertama bahwa obyek Hak Tanggungan tidak akan dibersihkan dari Hak Tanggungan.
- g. janji pemberi Hak Tanggungan tidak akan melepaskan haknya atas obyek Hak Tanggungan tanpa persetujuan tertulis terlebih dahulu dari pemegang Hak Tanggungan.
- h. janji bahwa pemegang Hak Tanggungan akan memperoleh seluruh atau sebagian dari ganti rugi yang diterima pemberi Hak Tanggungan untuk pelunasan piutangnya apabila obyek Hak Tanggungan dilepaskan haknya oleh pemberi Hak Tanggungan atau dicabut haknya untuk kepentingan umum.
- i. janji bahwa pemegang Hak Tanggungan akan memperoleh seluruh atau sebagian dari uang asuransi yang diterima pemberi Hak Tanggungan untuk pelunasan piutangnya, jika obyek Hak Tanggungan diasuransikan.
- j. janji bahwa pemberi Hak Tanggungan akan mengosongkan obyek Hak Tanggungan pada waktu eksekusi Hak Tanggungan; dan
- k. janji bahwa sertifikat atas tanah yang telah dibubuhi catatan pembebanan Hak Tanggungan tetap berada di tangan kreditor sampai seluruh kewajiban debitur dipenuhi sebagaimana mestinya.

Demikian juga dalam pembebanan hipotik, untuk melindungi kepentingan kreditor, maka dalam akta hipotik dicantumkan janji janji, yakni:

- janji untuk menjual atas kekuasaan sendiri (Pasal 1178 ayat (2) B.W.)
- janji untuk tidak menyewakan (Pasal 1185 B.W.)
- janji untuk tidak dibersihkan (Pasal 1210 ayat (2) B.W.)
- janji asuransi (Pasal 297 B.W.)

Dalam akta hipotik dilarang memuat klausula milik *beding* seperti tersebut dalam Pasal 1178 ayat (1) B.W., yang antara lain menyatakan segala janji dengan mana kreditor dikuasakan memiliki benda yang

diberikan dalam hipotik adalah batal. Hal ini pun dicantumkan dalam Pasal 12 UUHT yang menyatakan janji yang memberikan kewenangan kepada pemegang Hak Tanggungan untuk memiliki obyek Hak Tanggungan apabila debitur cidera janji, batal demi hukum. Sedang penjelasannya menyatakan ketentuan ini diadakan dalam rangka melindungi kepentingan debitur dari pemberi Hak Tanggungan lainnya, terutama jika nilai obyek Hak Tanggungan melebihi besarnya utang yang dijamin. Pemegang Hak Tanggungan dilarang secara serta merta menjadi pemilik obyek Hak Tanggungan, karena debitur cidera janji. Walaupun demikian tidaklah dilarang bagi pemegang Hak Tanggungan untuk menjai pembeli obyek Hak Tanggungan asalkan melalui prosedur yang diatur dalam Undang-Undang Hak Tanggungan.

Setelah mengetahui ciri-ciri Hak Tanggungan, fungsi pendaftaran Hak Tanggungan dan kedudukan kreditor pemegang Hak Tanggungan serta janji-janji yang tersurat dalam APHT, terasa bahwa Hak Tanggungan merupakan hak kebendaan. Sebagai lembaga jaminan yang mempunyai ciri-ciri yang menunjukkan sifat hak kebendaan, maka Hak Tanggungan diharapkan sebagai lembaga jaminan Hak Tanggungan yang mampu melindungi para pihak dan lembaga tersebut sehingga diharapkan kedudukan danaperkreditan yang didukung oleh lembaga jaminan Hak Tanggungan sebagaimana yang diatur dalam UUHT, dapat mewujudkan perkembangan pembangunan ekonomi yang sebagai bagian dari pembangunan nasional.

e. Prinsip Publisitas

Terhadap Hak Tanggungan berlaku asas publisitas atas asas keterbukaan. Hal ini ditentukan dalam Pasal 13 UUHT. Menurut Pasal 13 UUHT itu, pemberian Hak Tanggungan wajib didaftarkan pada Kantor Pertanahan. Pendaftaran pemberian Hak Tanggungan merupakan syarat mutlak untuk lahirnya Hak Tanggungan tersebut dan mengikatnya Hak Tanggungan terhadap pihak ketiga (penjelasan Pasal 13 ayat (1) UUHT).

Tidak adil bagi pihak ketiga untuk terkait dengan pembebanan suatu Hak Tanggungan atas suatu obyek Hak Tanggungan apabila

pihak ketiga tidak dimungkinkan untuk mengetahui tentang pembebanan Hak Tanggungan itu. Hanya dengan cara pencatatan atau pendaftaran yang terbuka bagi umum yang memungkinkan pihak ketiga dapat mengetahui tentang adanya pembebanan Hak Tanggungan atas suatu hak atas tanah.

Asas publisitas ini juga merupakan asas hipotik sebagaimana ternyata dalam Pasal 1179 B.W. menurut Pasal tersebut, pembukuan hipotik harus dilakukan dalam register-register umum yang memang khusus disediakan untuk itu. Jika pembukuan demikian tidak dilakukan Hipotik yang bersangkutan tidak mempunyai kekuatan terhadap kreditor-kreditor preferen (yang tidak dijamin dengan hipotik).⁵⁵

Untuk mencapai tujuan kepastian hukum, maka dalam UUPA berlaku prinsip, pendaftaran semua hak-hak atas tanah. Untuk itu dikantor pertanahan setempat disediakan buku tanah yang mencatat tanah-tanah yang didaftar. Karena pekerjaan tersebut merupakan pekerjaan yang sangat besar, maka pelaksanaannya dilakukan dengan cara bertahap. Selanjutnya dilakukan tata usaha pendaftaran tanah, sehingga perkembangan dari tanah-tanah yang sudah didaftarkan akan dipantau terus dalam buku tanah yang bersangkutan. Setiap perubahan yang penting mengenai tanah yang bersangkutan akan dicatat dalam buku tanah, maka dengan melihat buku tanah, diharapkan orang dapat tahu riwayat tanah yang bersangkutan. Selanjutnya perlu dikemukakan, bahwa pendaftaran tanah menurut UUPA menganut asas publisitas dan spesialisitas.⁵⁶

Pada mulanya terhadap asas-asas tersebut akan dijabarkan lebih lanjut pada uraian berikutnya pada sub bab ini. Lembaga pendaftaran pertama sekali dikenal di Mesir dan kemudian berkembang ke negara Barat (Perancis tahun 1790, Nederland tahun 1811). Istilah kadaster berasal dari bahasa latin "*Catalis*", yang dalam bahasa Perancis disebut "*Cadaster*". Kadaster berarti suatu daftar yang melukiskan semua persil tanah yang ada dalam suatu daerah berdasarkan pemetaan dan pengukuran yang cermat.

⁵⁵ *Ibid.*, hal 43-44

⁵⁶ J. Satrio, *Hukum Jaminan, Hak Jaminan Kebendaan, Hak Tanggungan*, Buku I, Citra Aditya Bakti, Bandung 2002. Hal 43

Semula tujuan pendaftaran adalah untuk kepentingan pajak (*fiskale kadaster*) akan tetapi kemudian ditujukan juga untuk kepastian hak-hak atas tanah (*rechts kadaster*). Oleh karena syarat-syarat yang diperlukan untuk *rechtskadaster* berlainan dengan *fiskale kadaster*, maka pendaftaran untuk dua jenis kebutuhan ini lalu dipisahkan. Untuk menjamin kepastian hukum oleh Pemerintah diadakan pendaftaran tanah di seluruh wilayah Republik Indonesia menurut ketentuan-ketentuan yang diatur dengan Peraturan Pemerintah (Pasal 19 ayat (1) UUPA). Pendaftaran tersebut meliputi: Pengukuran per-petaan dan pembukuan tanah, Pendaftaran hak-hak atas tanah dan peralihan hak-hak tersebut, Pemberian surat-surat tanda buku hak yang berlaku sebagai alat pembuktian yang kuat. di dalam PP Nomor 10/1961 diuraikan lebih lanjut bahwa yang didaftar itu adalah hak, peralihan hak dan penghapusannya serta pencatatan beban-beban atas hak dalam daftar buku tanah (Buku III).⁵⁷ Sekarang PP Nomor 10/1961 telah diganti dengan PP Nomor 24/1997 tentang Pendaftaran Tanah.

Gerhard Larsson⁵⁸ dalam bukunya "*Land Registration and Cadastral System*" menguraikan tentang kadaster sebagai berikut:

"Cadastral is a methodically arranged public inventory of data on the properties within a certain country or district based on a survey of their boundaries; such properties are systematically identified by means of some separate designation. The outlines of the property and the parcel identifier are normally shown on large-scale maps".

Dalam buku *Land Administration Guidelines* yang ditulis *Economic Commission of Europe* terdapat pengertian kadaster sebagai berikut:

"A Cadastral is similar to land register in that it contains a set of records about land. Cadastrals are based either on the pro-

⁵⁷ Mariam Darus Badruzaman, *Mencari Sistem Hukum Benda Nasional*, Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman, Alumni Bandung 1997, 57-58

⁵⁸ Gerhard Larsson, *Land Registration and Cultural System*, Longman Group United Kingdom, Malaysia 1996, hal. 16

*prietary land parcel, which is the area defined by ownership; or on taxable area of land which may be different from the extent of what is owned; or on areas defined by land use rather than by land ownership. Cadastrals may support either of property rights, or the taxation of land, or recording of lands use. The cadastre is an information system consisting of two parts: a series of maps or plans showing the size and location of all land parcels together with text records that describe the attributes of the land"*⁵⁹

Menurut kamus hukum yang disusun oleh Prof. R. Subekti dan R. Tjitrosoedibyo⁶⁰, pengertian kadaster adalah:

"Pendaftaran tanah, suatu lembaga yang ditugaskan menyelenggarakan pendaftaran tanah dengan maksud untuk menetapkan identifikasi tiap-tiap potongan tanah (persil) dan mencatat tiap-tiap pergantian pemilik (pemindahan Hak Milik), begitu pula hak-hak kebendaan yang membebani tanah-tanah itu, seperti hipotik, pengabdian tanah dan lain-lain; juga hak-hak kebendaan lainnya atas tanah; guna bangunan, guna usaha dan lain-lain".

Kadaster merupakan suatu rekaman yang menunjukkan letak, luas, nilai dan kepemilikan terhadap suatu bidang tanah. Kadaster merupakan alat yang tepat yang memberikan uraian dan identifikasi dari lahan tersebut dan sebagai rekaman yang berkesinambungan dari hak atas tanah. Disebabkan oleh perkembangan perekonomian yang pesat dan banyaknya tanah yang tersangkut dalam kegiatan ekonomi, misalnya jual beli, sewa menyewa, pembebanan hipotik atas tanah yang dijadikan jaminan karena adanya pemberian kredit, maka oleh pembuat UUPA dianggap perlu adanya jaminan kepastian hukum dan kepastian hak dalam bidang agraria. Oleh karena itu fungsi pendaftaran tanah sangat penting demi dan untuk kepastian

⁵⁹ Economic Commission for Europe, *Land Administration Guidelines* Geneva: United Nations, 1996, hal. 4

⁶⁰ Subekti, Tjitrosoedibyo, *Kamus Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta 1969, hal. 65

hukum, terhadap hak-hak tanah, perhatian ataupun untuk menguatkan status tanah sebagai hak kebendaan yang dapat dibebani tanah-tanah tersebut.

Kepastian tentang obyek tanah apabila telah didaftarkan tersebut sangat berguna bagi masyarakat pengguna khususnya yang berkaitan dengan kepemilikan ataupun manakala tanah tersebut akan dijamin. Pendaftaran hak-hak atas tanah dilakukan dengan mencatat secara rinci identitas subyek pemilik dan obyek haknya, termasuk cara perolehannya, riwayat peralihan dan pembebanan haknya serta royanya. Kemudian obyek juga disebutkan jenis haknya, lamanya/umur haknya dan dalam daftar surat ukur digambarkan secara rinci luas dan batas-batasnya. Kesemuanya itu tidak dapat dilepaskan dari upaya UUPA untuk memberikan kepastian hukum atas hak-hak atas tanah. Prinsip seperti itu mestinya mempunyai efeknya pada pelaksanaan pendaftaran Hak Tanggungan.⁶¹ Bahkan menurut UUPA jo PP Nomor 10 tahun 1961 fungsi pendaftaran tanah, yaitu: menciptakan alat bukti yang kuat (Pasal 19,23 ayat (2), pasal 32 ayat (3) dan Pasal 38 ayat (2) UUPA bagi umum; menciptakan kepastian hukum.⁶² Sedangkan PP Nomor 10 Tahun 1961 telah diganti dengan PP Nomor 24 Tahun 1997 yang dalam Pasal 3 PP Nomor 24 Tahun 1997, tentang Pendaftaran tanah secara jelas menyebutkan bahwa pendaftaran tanah bertujuan:

- “(1) untuk memberikan kepastian hukum dan perlindungan kepada pemegang hak atas suatu bidang tanah, satuan rumah susun dan hak-hak lain yang terdaftar agar dengan mudah dapat membuktikan dirinya sebagai pemegang hak yang bersangkutan;
- (2) untuk menyediakan informasi kepada pihak-pihak yang berkepentingan termasuk Pemerintah agar dengan mudah dapat memperoleh data yang diperlukan dalam mengadakan perbuatan hukum mengenai bidang-bidang tanah dan satuan-satuan rumah susun yang sudah terdaftar;
- (3) untuk terselenggaranya tertib administrasi pertanahan.”

⁶¹ J. Satrio, *op cit.*, hal. 43

⁶² Mariam Darus Badruzaman, *op cit.*, hal. 67

Salah satu perwujudan pemberian kepastian hukum, sebagaimana yang disebutkan dalam bagian menimbang pada pembukaan UUHT, adalah adanya kewajiban pendaftaran Hak Tanggungan sebagai perwujudan dari asas publisitas, walaupun prinsip yang sama juga sudah diterapkan pada hipotik.⁶³ Oleh karena itu di daftarkannya pemberian merupakan syarat mutlak untuk lahirnya Hak Tanggungan tersebut dan mengikat Hak Tanggungan terhadap pihak ketiga.

Pada tahap pemberian Hak Tanggungan oleh pemberi Hak Tanggungan kepada kreditor, Hak Tanggungan yang bersangkutan belum lahir Hak Tanggungan itu baru lahir pada saat dibukukannya dalam daftar umum di Kantor Pertanahan. Saat tersebut bukan saja menentukan kedudukannya yang diutamakan terhadap kreditor-kreditor lainnya yang juga pemegang Hak Tanggungan, dengan tanah yang sama sebagai jaminannya. Oleh karena kepastian mengenai saat didaftarnya Hak Tanggungan tersebut adalah sangat penting bagi kreditor. Hal tersebut merupakan salah satu perwujudan pemberian kepastian hukum, sebagaimana yang disebutkan dalam bagian menimbang pada pembukaan UUHT, yakni adanya kewajiban pendaftaran Hak Tanggungan sebagai perwujudan dari asas publisitas. Walaupun prinsip tersebut juga diterapkan pada hipotik, namun ada perbedaannya dengan Hak Tanggungan. Perbedaannya dalam UUHT ditetapkan batas waktu pelaksanaan pendaftaran tersebut, yakni paling lambat 7 (tujuh) hari setelah penandatanganan APHT: Kewajiban pendaftaran pada Pejabat Pembuat Akta Tanah (PPAT), yang apabila dilanggar akan menimbulkan akibat hukum administratif sebagaimana yang disebutkan dalam Pasal 23 UUHT.

Pendaftaran sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 13 UUHT menegaskan pemberian Hak Tanggungan wajib didaftarkan pada Kantor Pertanahan. Oleh karena itu didaftarkannya pemberian Hak Tanggungan pada Kantor Pertanahan merupakan syarat mutlak untuk adanya Hak Tanggungan yang member kedudukan yang diutamakan bagi kreditor tadi, maka ditentukan pula bahwa Akta Pemberian Hak Tanggungan pemegang Hak Tanggungan dan sekaligus

⁶³ J. Satrio, *Hukum Perikatan, Perikatan Yang Lahir Dari Perjanjian*, Citra Aditya Bakti, Bandung 2001, hal. 303-304.

mengikatnya Hak Tanggungan tersebut terhadap pihak ketiga. Untuk memperoleh kepastian mengenai kedudukan yang diutamakan bagi kreditor tadi, maka ditentukan pula bahwa Akta Pemberian Hak Tanggungan yang bersangkutan beserta warkah lain yang diperlukan bagi pendaftarannya, wajib dikirimkan oleh Pejabat Pembuat Akta Tanah kepada Kantor Pertanahan selambat-lambatnya 7 (tujuh) hari kerja setelah penandatanganan Akta Pemberian Hak Tanggungannya.

Dengan pengiriman oleh Pejabat Pembuat Akta Tanah, berarti warkah dan akta lain yang diperlukan itu disampaikan ke Kantor Pertanahan melalui petugasnya atau dikirim melalui pos tercatat. Untuk itu Pejabat Pembuat Akta Tanah wajib menggunakan cara yang paling baik dan aman dengan memperhatikan kondisi daerah dan fasilitas yang ada, serta selalu berpedoman pada tujuan untuk didaftarnya Hak Tanggungan itu secepat mungkin. Pejabat Pembuat Akta Tanah wajib melaksanakan ketentuan ini karena jabatannya. Sanksi atas pelanggarannya akan ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan yang mengatur jabatan Pejabat Pembuat Akta Tanah. Ketentuan tersebut menuntut kesigapan setiap Pejabat Pembuat Akta Tanah agar jangan lalai memenuhi ketentuan tersebut.

Pendaftaran Hak Tanggungan sebagaimana dimaksud diatas, dilakukan oleh Kantor Pertanahan dengan membuat buku tanah Hak Tanggungan dan mencatatnya dalam buku tanah hak atas tanah yang menjadi obyek Hak Tanggungan serta menyalin catatan tersebut pada sertifikat hak atas tanah yang bersangkutan. Agar pembuatan buku tanah Hak Tanggungan tersebut tidak berlarut-larut sehingga dapat merugikan pihak-pihak yang berkepentingan dan mengurangi jaminan kepastian hukum, maka UUHT menetapkan satu tanggal yang pasti sebagai tanggal buku tanah itu, yaitu tanggal hari ketujuh dihitung dari hari dipenuhinya persyaratan berupa surat-surat untuk pendaftarannya secara lengkap dan jika hari ketujuh itu jatuh pada hari libur, buku tanah yang bersangkutan diberi tanggal hari kerja berikutnya. Dengan demikian Kantor Pertanahan berkewajiban untuk memeriksa memberitahukan mengenai kekurangan surat-surat yang diperlukan bagi pendaftaran Hak Tanggungan tersebut selama waktu 7 (tujuh) hari kerja setelah tanggal penerimaan.

Pada Pasal 13 ayat (4) UUHT dengan jelas mengatakan, bahwa Hak Tanggungan lahir pada hari tanggal buku tanah. Hak tanggungan, dan syarat kewenangan mengambil tindakan pemilikan atas persil jaminan harus ada pada saat pendaftaran. Namun sekali lagi, berdasarkan prinsip UUHT, yang mau memberikan perlindungan huku kepada para pihak – i.c. kreditor pemegang Hak Tanggungan – demi memberikan kedudukan yang kuat dan kepastian hukum akan hak-hak para pihak, maka kiranya dapat menerima penafsiran luas tindakan “membebaskan” seperti tersebut diatas⁶⁴

Menurut pendapat A.P. Parlindungan⁶⁵, barangkali yang dapat menunda pendaftaran Hak Tanggungan tersebut kalau ada sanggahan dari pihak ketiga, ataupun dijatuhkan sita sebelum pendaftaran atau ditarik kembali oleh kreditor. Dengan sendirinya Hak Tanggungan itu lahir pada hari tanggal buku tanah Hak Tanggungan dibuat oleh Kantor Pertanahan. Sesuai dengan ketentuan itu, jangkauan asas *droit de suite*, hak privilese (*a peculiar right*) dan hak preferen terhadap pihak ketiga diperoleh pada saat didaftarkannya Akta Pemberian Hak Tanggungan itu dalam buku tanah di Kantor Pertanahan, bukan pada saat pembuatan Akta pemberian Hak Tanggungan oleh Pejabat Pembuat Akta Tanah.

Dalam hal ada lebih dari satu Hak Tanggungan yang didaftarkan pada hari yang sama, maka tingkat Hak Tanggungan ditentukan oleh tanggal pemberian Hak Tanggungan, yang mempunyai tanggal yang lebih muda didahulukan pendaftarannya daripada yang lebih tua tanggalnya (Pasal 5 ayat (3) UUHT). Dengan demikian, pemberian tingkat-tingkatan Hak Tanggungan yang dikaitkan dengan sat pendaftarannya, merupakan konsekuensi logis daripada sifat Hak Kebendaan, yang mengatakan, bahwa hak kebendaan yang lahir lebih dahulu mempunyai kedudukan yang lebih tinggi daripada yang lahir kemudian,⁶⁶ oleh sebab itu fungsi pendaftaran Hak Tanggungan sebagai berikut:

⁶⁴ J. Satrio, *op cit.*, hal. 149

⁶⁵ A.P. Parlindungan, *op cit.*, hal. 55

⁶⁶ J. Satrio, *op cit.*, hal. 204

1. untuk membuktikan saat lahirnya dan mengikatnya Hak Tanggungan terhadap para pihak dan pihak ketiga;
2. untuk menciptakan alat bukti adanya hak bagi yang berhak/berwenang, bahwa tanah tersebut telah dibebankan dengan Hak Tanggungan;
3. Hak Tanggungan yang lahir lebih dahulu merupakan kedudukan yang lebih tinggi daripada yang lahir kemudian;
4. untuk menciptakan kepastian hukum bagi kreditor bahwa manakala debitur cidera janji, maka kreditor mendapatkan hak preferen sehingga mendahului dari kreditor-kreditor yang lain.
5. untuk menciptakan perlindungan hukum bagi kreditor terhadap gangguan pihak ketiga. Dan
6. apabila Akta Pemberian Hak Tanggungan itu didaftarkan dalam register umum, maka janji yang terdapat dalam Akta Pembebanan Hak Tanggungan mempunyai daya berlaku kebendaandan juga berkekuatan terhadap seorang pemegang/pemilik baru.

Melihat fungsi pendaftaran Hak Tanggungan tersebut diatas melambangkan bahwa kreditor pemegang Hak Tanggungan mendapatkan perlindungan serta kepastian hukum bahwa tanah yang dijaminan oleh pemberi jaminan kepada pemegang jaminan mempunyai kekuatan mengikat bagi para pihak dan pihak ketiga, serta merupakan alat bukti bagi pemegang hak bahwa tanah yang telah dibebankan dengan Hak Tanggungan mempunyai kedudukan yang lebih tinggi daripada yang lahir kemudian. Sehingga pemegang Hak Tanggungan dijamin dan terjamin oleh hukum. Mengingat UUHT merupakan peraturan yang mengatur tentang jaminan kebendaan khususnya jaminan atas tanah, yang didalamnya terkandung prinsip-prinsip hukum jaminan, yang adalah: prinsip absolut/mutlak, prinsip *droit de suite*, prinsip *droit de preference*, prinsip prioritas, dan prinsip publisitas, maka secara Yuridis UUHT dapat memberikan kepastian hukum bagi kreditor pemegang Hak Tanggungan.

2.4. Debitur Wanprestasi dan Akibat Hukumnya

Setiap perikatan yang lahir dari perjanjian memuat seperangkat hak dan kewajiban yang harus dilaksanakan atau ditepati oleh para pihak dinamakan sebagai prestasi. Menepati (*nakoming*) berarti memenuhi isi perjanjian, atau dalam arti yang lebih luas "melunasi" (*betaling*) pelaksanaan perjanjian, yaitu memenuhi dengan sempurna segala isi, tujuan dan ketentuan sesuai dengan kehendak yang telah disetujui oleh para pihak.⁶⁷ Jika diperhatikan dengan seksama rumusan yang diberikan dalam Pasal 1234 B.W. dinyatakan bahwa "*Tiap-tiap perikatan adalah untuk memberikan sesuatu, untuk berbuat sesuatu, atau untuk tidak berbuat sesuatu*", maka dapat dilihat bahwa B.W. sangat menekankan pada kewajiban pemenuhan perikatan, yang dikelompokkan menjadi 3 (tiga) macam, yaitu dalam bentuk kewajiban untuk memberikan sesuatu, melakukan sesuatu dan atau untuk tidak melakukan sesuatu.

Pentingnya penentuan kewajiban yang harus dipenuhi oleh pihak yang berkewajiban. Kewajiban untuk memberikan sesuatu, melakukan sesuatu dan atau tidak untuk melakukan sesuatu tersebut disebut dengan prestasi. Prestasi untuk melaksanakan kewajiban tersebut diatas memiliki 2 (dua) unsur penting. **Pertama**, berhubungan dengan persoalan tanggung jawab hukum atas pelaksanaan prestasi tersebut oleh pihak yang berkewajiban. **Kedua**, berkaitan dengan tanggung jawab pemenuhan kewajiban dari harta kekayaan pihak yang berkewajiban tersebut, tanpa memperhatikan siapa yang berkewajiban untuk memenuhi kewajiban tersebut. Sebaliknya kalau debitur tidak memenuhi prestasi, maka dikenal sebagai wanprestasi.

Pengertian wanprestasi atau *breach of contract*, menurut Subekti adalah "*Apabila si berutang (debitur) tidak melakukan apa yang dijanjikannya, maka dikatakan ia melakukan "wanprestasi", artinya debitur alpa atau lalai atau ingkar janji atau melanggar perjanjian, bila ia melakukan atau berbuat sesuatu yang tidak boleh dilakukannya*"⁶⁸ Sedangkan menurut Yahya Harahap, yang dimaksud

⁶⁷ M.Yahya Harahap, *Segi-segi Hukum Perjanjian*, Alumni Bandung 1986, hal. 56

⁶⁸ Subekti, *Hukum Perjanjian*, Intermedia Jakarta 1984, hal. 1

dengan wanprestasi adalah: "Pelaksanaan Kewajiban yang tidak tepat pada waktunya atau dilakukan tidak menurut selayaknya. Seorang debitor disebutkan dan berada dalam keadaan wanprestasi, apabila dia dalam melakukan pelaksanaan perjanjian telah lalai sehingga "terlambat" dari jadwal waktu yang ditentukan atau dalam melaksanakan prestasi tidak menurut sepatutnya/selayaknya."⁶⁹ Menurut *Black's Law Dictionary*, pengertian *breach of contract* adalah:

"Failure, without legal excuse, to perform any promise which forms the whole or part of a contract. Prevention or hindrance by party to contract of any occurrence or performance requisite under the contract for the creation or continuance of a right in favor of the other party or the discharge of a duty by him. Unequivocal, distinct and absolute refusal to perform agreement."⁷⁰

(kegagalan untuk melaksanakan janji yang telah diadakan, tanpa disertai alasan yang dapat diterima oleh hukum. Hal ini mencegah para pihak yang telah bersepakat untuk meninggalkan kewajiban yang dipersyaratkan, yang telah dituangkan secara tertulis dan jelas jika salah satu pihak menolak melaksanakan kesepakatan tersebut).

Wanprestasi dianggap sebagai suatu kegagalan untuk melaksanakan janji yang telah disepakati disebabkan debitor tidak melaksanakan kewajiban tanpa alasan yang dapat diterima oleh hukum. Adapun bentuk wanprestasi yang dilakukan oleh debitor dapat berupa 4 (empat) macam, yaitu: tidak melakukan apa yang disanggupi akan dilakukannya; melaksanakan apa yang dijanjikannya, tetapi tidak sebagaimana dijanjikan; melakukan apa yang dijanjikannya tetapi terlambat; melakukan sesuatu yang menurut perjanjian yang tidak boleh dilakukannya.⁷¹ Atau dapat dikatakan bahwa sama sekali

⁶⁹ Yahya Harahap, *op cit.*, hal. 60

⁷⁰ Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, Sixth Edition, St Paul Minn: West Publishing Co., 1990, hal. 189. Dalam Johannes Ibrahim, *Cross Default & Cross Collateral, Sebagai upaya Penyelesaian Kredit Bermasalah*, Refika Aditama, Bandung 2004, hal. 54-55.

⁷¹ Subekti, *op cit.*, hal. 45

tidak memenuhi prestasi; tidak tunai memenuhi prestasi; terlambat memenuhi prestasi; keliru memenuhi prestasi. Sejak kapan seorang debitor dikatakan wanprestasi. Persoalan ini sangat penting karena wanprestasi mempunyai akibat-akibat hukum tertentu bagi debitor yang bersangkutan.

Dalam praktek hukum di masyarakat, untuk menentukan sejak kapan debitor wanprestasi kadang-kadang tidak selalu mudah, karena kapan debitor harus memenuhi prestasi tidak selalu ditentukan dalam perjanjian. Dalam perjanjian yang prestasinya untuk member sesuatu atau untuk berbuat sesuatu yang tidak menetapkan kapan debitor harus memenuhi prestasi itu, sehingga untuk pemenuhan prestasi tersebut debitor harus lebih dahulu diberi teguran (*sommatie ingebrekestelling*) agar debitor memenuhi kewajibannya.

Kelalaian atau kegagalan merupakan suatu situasi yang terjadi karena salah satu pihak tidak melakukan kewajibannya atau membiarkan suatu keadaan berlangsung sedemikian rupa (*non performance*), sehingga pihak lainnya dirugikan secara tidak adil karena tidak dapat menikmati haknya berdasarkan kontrak yang telah disepakati bersama. Karena itu, biasanya cedera janji dirumuskan secara aktif dalam arti bahwa cedera janji terjadi jika pihak yang berkewajiban tidak melaksanakan kewajibannya atau secara pasif dengan membiarkan keadaan (yang seharusnya dicegah) sebagaimana yang dirumuskan dalam ketentuan-ketentuan tertentu.⁷² Biasanya tercermin dalam klausula-klausula yang terdapat dalam perjanjian antara kreditor dengan debitor.

Adapun dimaksud dengan "berada dalam keadaan lalai" adalah peringatan atau pernyataan dari kreditor tentang saat selambat-lambatnya debitor wajib memenuhi prestasi. Apabila saat itu dilampauinya, maka debitor ingkar janji (wanprestasi).⁷³ Dalam hal debitor dinyatakan dalam kondisi lalai (*ingebreken*) diatur dalam Pasal 1238 B.W., yang isinya "Si berutang adalah lalai, apabila ia dengan surat perintah

⁷² Budiono Kusumohamidjojo, *Panduan Untuk Merancang Kontrak*, Grasindo Jakarta 2001, hal. 70-71

⁷³ Mariam Darus Badrulzaman, *Kompilasi Hukum Perikatan*, Citra Aditya Bakti Bandung 2001, hal. 19

atau dengan sebuah akta sejenis itu telah dinyatakan lalai atau demi perikatannya sendiri, ialah jika ia menetapkan bahwa yang berutang akan harus dianggap lalai dengan lewatnya waktu yang ditentukan". Jadi pernyataan lalai (*ingebrekestelling*) adalah upaya hukum (*rechtmidde*) dengan mana kreditor memberitahukan, menegur, memperingatkan (*anmaning, sommatie, kenningsgeving*) debitor saat selambat-lambatnya ia wajib memenuhi prestasi dan apabila itu dilampau, maka debitor dinyatakan ingkar janji (wanprestasi).⁷⁴

Akibat tidak dipenuhinya perikatan, kreditor dapat meminta ganti rugi dan bunga yang dideritanya. Untuk adanya kewajiban ganti rugi bagi debitor, maka undang-undang menentukan bahwa debitor harus terlebih dahulu dinyatakan dalam keadaan lalai (*ingebrekestelling*). Lembaga "pernyataan lalai" ini adalah merupakan upaya hukum untuk sampai pada suatu fase, dimana debitor dinyatakan ingkar janji (wanprestasi).⁷⁵ Maka penetapan lalai tidak diperlukan apabila dalam perjanjian ditentukan *verval termijn*; debitor mengakui bahwa ia dalam keadaan lalai, sehubungan ketentuan penetapan lalai merupakan peraturan yang bersifat mengatur dan dibuat untuk kepentingan debitor.

Penetapan lalai harus dituangkan dalam bentuk perintah atau akta yang sejenis dengan itu, demikianlah ketentuan Pasal 1238 B.W. Adapun yang dimaksud dengan perintah oleh undang-undang dalam suatu *exploit* dari juru sita, yaitu suatu pesan lisan; suatu salinan daripada tulisan yang telah dipersiapkan terlebih dahulu oleh juru sita dan diserahkan kepada yang bersangkutan. Dalam praktek tulisan semacam itu seringkali disebut *exploit*. Pada pokoknya pemberitahuan juru sita. Pemberitahuan tersebut harus ternyata kehendak yang sungguh-sungguh daripada kreditor.⁷⁶ Adanya somasi tersebut, maka menurut hukum bahwa debitor telah dinyatakan wanprestasi.

⁷⁴ H. Mashudi, Mohamad Chidir Ali, *Bab-bab Hukum Perikatan (Pengertian-pengertian Elementer)*, Mandar Maju Bandung 1995, hal. 66

⁷⁵ Johannes Ibrahim, *Cross Default & Cross Collateral*, Sebagai upaya Penyelesaian Kredit Bermasalah, Refika Aditama, Bandung 2004, hal. 52

⁷⁶ R. Setiawan, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*, Binacipta Bandung 1987, hal. 19-21

Apabila terjadi wanprestasi, kreditor dapat menuntut ganti rugi dan pembatalan. Ketentuan ganti rugi yang mengatur tentang perikatan-perikatan untuk memberikan sesuatu, tercantum dalam Pasal 1236 B.W., yang menetapkan:

Si berutang adalah berwajib memberikan ganti biaya, rugi dan bunga kepada si berpiutang, apabila ia telah membawa dirinya dalam keadaan tidak mampu untuk menyerahkan kebendaannya, atau telah tidak merawat sepatutnya guna menyelamatkannya"

Sedangkan dalam Pasal 1239 B.W. mengatur tentang perikatan-perikatan untuk berbuat sesuatu atau untuk tidak berbuat sesuatu, yang menetapkan:

"Tiap-tiap perikatan untuk berbuat sesuatu, atau untuk tidak berbuat sesuatu, apabila si berutang tidak memenuhi kewajibannya, mendapatkan penyelesaiannya dalam kewajiban memberikan penggantian biaya, rugi dan bunga".

Berdasarkan Pasal 1236 B.W. dan 1239 B.W. bila debitor wanprestasi, wajib memberikan ganti biaya, rugi dan bunga. Pengertian rugi (*schade*) menurut undang-undang, dimaksud adalah sebagai kerugian nyata (*feitelijknadee*) yang dapat diduga atau diperkirakan pada saat perikatan itu diadakan, yang timbul akibat ingkar janji.⁷⁷ Dari beberapa ketentuan tersebut diatas memberikan perlindungan hukum bagi para pihak seperti halnya kalau debitor dianggap wanprestasi maka harus ada somasi sebagai bentuk peringatan bahwa debitor dalam keadaan wanprestasi, maksud agar debitor segera memenuhi prestasinya, sebaliknya dengan adanya somasi, debitor tidak memenuhi prestasinya, maka debitor diwajibkan selain memenuhi prestasinya sebagaimana dalam perihal biaya, rugi dan keuangan, hal tersebut dimasukkan agar kreditor tidak dirugikan oleh ulah debitor.

⁷⁷ Mariam Darus Badruzaman, *op cit.*, hal. 21



BAB
III

HUKUM KEPAILITAN DI INDONESIA

3.1. Dasar Berlakunya Hukum Kepailitan

Bila ditelusuri secara lebih mendasar, bahwa istilah “pailit” dijumpai didalam perbendaharaan bahasa Belanda, Perancis, Latin dan Inggris, dengan istilah yang berbeda-beda. Didalam bahasa Perancis, istilah “*faillite*” artinya pemogokan atau kemacetan dalam melakukan pembayaran. Oleh sebab itu orang yang mogok atau macet atau berhenti membayar utangnya didalam bahasa Perancis disebut *le faillit*. Untuk arti yang sama di dalam bahasa Belanda digunakan istilah *failliet*. Sedangkan dalam bahasa Inggris dikenal istilah “*failure*”, dan di dalam bahasa latin dipergunakan istilah “*fallire*”.¹

Kepailitan merupakan suatu proses dimana seorang debitor yang mempunyai kesulitan keuangan untuk membayar utangnya

¹ Zainal Asikin, *Hukum Kepailitan dan Penundaan Pembayaran di Indonesia*, Edisi Revisi, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta 1994, hal. 24

c. Kejaksanaan (Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Kepailitan)

Apabila permohonan pernyataan pailit yang mengandung unsur alasan untuk kepentingan umum tidak dipenuhi oleh kejaksanaan, permohonan pernyataan pailit itu harus ditolak.¹¹ Kepentingan umum dapat diinterpretasikan sebagai kepentingan bangsa dan Negara dan/atau kepentingan masyarakat luas, misalnya:

- 1). Debitur melarikan diri;
- 2). Debitur menggelapkan bagian dari harta kekayaan;
- 3). Debitur mempunyai utang kepada BUMN atau Badan Usaha lain yang menghimpun dana dari masyarakat;
- 4). Debitur mempunyai utang yang berasal dari penghimpunan dana dari masyarakat luas;
- 5). Debitur tidak beritikad baik atau tidak kooperatif dalam menyelesaikan masalah utang piutang yang telah jatuh waktu; atau
- 6). Dalam hal lainnya yang menurut kejaksanaan merupakan kepentingan umum.¹²

Selain harus memenuhi alasan untuk kepentingan umum, juga harus memenuhi unsur (i) debitur memiliki dua atau lebih kreditor yang mempunyai utang dan telah jatuh waktu dan dapat ditagih, (ii) tidak ada pihak lain yang mengajukan permohonan pailit (Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2004 tentang Kejaksanaan).

d. Bank Indonesia (Pasal 2 ayat (3) Undang-Undang Kepailitan)

Bank Indonesia adalah salah satunya yang dapat mengajukan permohonan pailit jika debitornya adalah suatu bank.¹³ (Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2004 tentang Bank Indonesia).

¹¹ Dalam Penjelasan Pasal 1 Peraturan Pemerintah Nomor 17 Tahun 2000

¹² Jono, Hukum Kepailitan, Sinar Grafika, Jakarta 2007, hal 12

¹³ Pasal 2 ayat (3) UUK

e. Badan Pengawas Pasar Modal

Badan Pengawas Pasar Modal adalah satu-satunya yang dapat mengajukan permohonan pailit jika debitornya adalah perusahaan efek.

f. Menteri Keuangan

Menteri Keuangan merupakan satu-satunya pihak yang dapat mengajukan permohonan pailit terhadap asuransi, perusahaan reasuransi, dana pension dan badan usaha milik Negara yang bergerak dibidang kepentingan publik.

Dengan disahkannya Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004, sebagai pengganti Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998 telah terdapat kepastian mengenai pengertian "kreditor" sebagaimana dijelaskan dalam Penjelasan Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan yang menyatakan:

"Yang dimaksud dengan "kreditor" dalam ayat ini adalah baik kreditor konkuren, kreditor separatis maupun kreditor preferen. Khusus mengenai kreditor separatis dan kreditor preferen, mereka dapat mengajukan permohonan pernyataan pailit tanpa kebilangan hak agunan atas kebendaan yang mereka miliki terhadap harta debitur dan haknya untuk didabuhikan"

Dengan penjelasan dari Pasal 2 ayat (1) diatas, jelaslah bahwa Undang-Undang Kepailitan memperbolehkan seorang kreditor separatis untuk mengajukan permohonan pailit kepada debitur tanpa harus melepaskan hak agunan atas kebendaan. Hal tersebut tampak lebih jelas lagi dalam Pasal 138 Undang-Undang Kepailitan, yaitu:

"Kreditor yang piutangnya dijamin dengan gadai, jaminan fidusia, hak tanggungan, hipotik, hak agunan atas kebendaan lainnya, atau yang mempunyai hak yang di istimewaikan atas suatu benda tertentu dalam harta pailit dan dapat membuktikan bahwa sebagian piutangnya tersebut kemungkinan tidak akan dapat dihunasi dari hasil penjualan benda yang menjadi agunan, dapat meminta diberikan hak-hak yang dimiliki"

kreditor konkuren atas bagian piutang tersebut, tanpa mengurangi hak untuk didabuhikan atas benda yang menjadi agunan atas piutangnya"

Dari paparan diatas tentang siapa yang dapat mengajukan permohonan kepailitan, dapat ditarik suatu pemahaman bahwa Undang-Undang Kepailitan tidak mempersoalkan kebangsaan seorang kreditor. Seorang kreditor asing, sebagaimana kreditor Indonesia dapat mengajukan permohonan kepailitan.¹⁴ Untuk diketahui juga bahwa peranan advokat yang hanya memiliki ijin praktek (advokat) menjadi sangat penting, sebab segala permohonan dan upaya hukum yang berkaitan dengan kepailitan harus diajukan oleh seorang advokat kecuali permohonan sebagaimana diatur dalam Pasal 7 ayat (2) Undang-Undang Kepailitan.¹⁵

Selanjutnya akibat hukum dari permohonan pailit dari pihak sebagaimana telah diuraikan diatas, hak dan kewajiban si pailit beralih kepada kurator untuk mengurus dan menguasai boedelnya. Akan tetapi si pailit berhak melakukan tindakan-tindakan atas harta kekayaannya, sepanjang tindakan itu membawa /memberikan keuntungan/manfaat bagi boedelnya. Sebaliknya tindakan yang tidak memberikan manfaat bagi boedel, tidak mengikat boedel tersebut.¹⁶

Secara umum akibat pernyataan pailit adalah sebagai berikut¹⁷:

- 1). Kekayaan debitor pailit yang masuk harta pailit merupakan sitaan umum atas harta pihak yang dinyatakan pailit. Menurut Pasal 21 Undang-Undang Kepailitan, harta pailit meliputi seluruh kekayaan debitor pada waktu putusan pailit diucapkan serta segala kekayaan yang diperoleh debitor pailit selama kepailitan;
- 2). Kepailitan semata-mata hanya mengenai harta pailit dan tidak mengenai diri pribadi debitor pailit. Misalnya seseorang dapat

¹⁴ Jerry Hoff, *Indonesian Bankruptcy Law*, Tatanusa Jakarta 1999, hal. 34

¹⁵ Pasal 7 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang

¹⁶ Lee A.Weng, dalam Imran Nating, *ibid*, hal 40

¹⁷ Sutan Remy Sjahdeini, dalam Imran Nating, *ibid*, hal 40

tetap melangsungkan pernikahan meskipun ia dinyatakan pailit;

- 3). Debitor pailit demi hukum kehilangan hak untuk mengurus dan menguasai kekayaannya yang termasuk harta pailit sejak hari putusan pailit diucapkan (Pasal 24 UUK);
- 4). Segala perikatan debitor yang timbul sesudah putusan pailit diucapkan, tidak dapat dibayar dari harta pailit kecuali jika menguntungkan harta pailit (Pasal 25 UUK);
- 5). Harta pailit diurus dan dikuasai kurator untuk kepentingan semua para kreditor dan debitor dan hakim pengawas memimpin dan mengawasi pelaksanaan jalannya kepailitan;
- 6). Tuntutan dan gugatan mengenai hak dan kewajiban harta pailit harus diajukan oleh atau terhadap kurator (Pasal 26 ayat (1) UUK);
- 7). Semua tuntutan atau yang bertujuan mendapatkan pelunasan suatu perikatan dari harta pailit, dan dari harta debitor sendiri selama kepailitan harus diajukan dengan cara melaporkannya untuk dicocokkan (Pasal 27 UUK);
- 8). Dengan memperhatikan ketentuan Pasal 56, Pasal 57 dan Pasal 58 UUK, kreditor pemegang hak gadai, jaminan fidusia, hak tanggungan, hipotek atau hak agunan atas kebendaan lainnya, dapat mengeksekusi haknya seolah-olah tidak ada kepailitan (Pasal 51 ayat (1) UUK). Pihak kreditor yang berhak menahan barang kepunyaan debitor hingga dibayar tagihan kreditor tersebut (hak retensi), tidak kehilangan hak untuk menahan barang tersebut meskipun ada putusan pailit (Pasal 61 UUK);
- 9). Hak eksekusi kreditor yang dijamin sebagaimana disebut dalam Pasal 55 ayat (1) UUK, dan pihak ketiga untuk menuntut hartanya yang berada dalam penguasaan debitor pailit atau kurator, ditangguhkan maksimum untuk 90 hari setelah putusan pailit diucapkan (Pasal 56 ayat (1) UUK);

Niaga dalam memeriksa dan memutus perkara kepailitan atau PKPU pada tingkat pertama dilakukan oleh hakim majelis. Dalam hal perniagaan, Ketua Mahkamah Agung dapat menetapkan jenis dan nilai perkara yang ada pada tingkat pertama diperiksa dan diputus oleh hakim tunggal.

Hakim Pengadilan Niaga diangkat melalui Keputusan Ketua Mahkamah Agung. Adapun syarat untuk dapat diangkat sebagai hakim Pengadilan Niaga, antara lain sebagai berikut:

1. telah berpengalaman sebagai hakim di lingkungan Peradilan Umum;
2. mempunyai dedikasi dan menguasai pengetahuan dibidang masalah-masalah yang menjadi lingkup kewenangan Pengadilan Niaga;
3. berwibawa, jujur, adil dan berkelakuan baik; dan
4. telah berhasil menyelesaikan program pelatihan khusus sebagai hakim pada Pengadilan.

Dilihat dari syarat-syarat untuk menjadi hakim Pengadilan Niaga sebagaimana telah diuraikan diatas (khususnya point 1), sudah dapat dipastikan haruslah hakim karier. Namun demikian, ternyata Undang-Undang Kepailitan memberikan peluang dimungkinkannya **adanya hakim Ad Hoc** dengan syarat-syarat sebagai berikut:²¹

1. mempunyai keahlian;
2. mempunyai dedikasi dan menguasai pengetahuan dibidang masalah-masalah yang menjadi lingkup kewenangan Pengadilan Niaga;
3. berwibawa, jujur, adil dan berkelakuan tidak tercela; dan
4. telah berhasil menyelesaikan program pelatihan khusus sebagai hakim pada Pengadilan.

Berbeda dengan hakim karier, pengangkatan hakim *Ad Hoc* tersebut berdasarkan Keputusan Presiden atas usul Ketua Mahkamah Agung baik pada pengadilan tingkat pertama, kasasi maupun penin-

²¹ Jono, Hukum Kepailitan, Sinar Grafika, Jakarta 2007, hal. 85-86

jauan kembali. Dalam menjalankan tugasnya, hakim Pengadilan Niaga dibantu oleh seorang panitera atau seorang panitera pengganti atau juru sita.

Bagaimanakah hukum acara yang berlaku pada Pengadilan Niaga? "pada prinsipnya" hukum acara yang berlaku bagi Pengadilan Niaga adalah hukum acara perdata yang berlaku secara umum, yaitu hukum acara perdata yang berdsarkan HIR/Rbg. Dikatakan "pada prinsipnya", karena perkecualian tersebut ditetapkan dengan suatu perundang-undangan. Khusus untuk perkara-perkara kepailitan/penundaan pembayaran, maka perkecualian-perkecualian terhadap hukum acara yang berlaku umum, antara lain adalah sebagai berikut:

1. Hanya pengadilan khusus yang berwenang, yaitu Pengadilan Niaga;
2. Hakim khusus;
3. Karena jangka waktu proses peradilan yang terbatas, mau tidak mau prosedur berperkara dan pembuktiannya lebih simpel;
4. Jangka waktu yang berbeda dan lebih pasti untuk tindakan-tindakan prosedural;
5. Tidak mengenal lembaga Banding, tetapi langsung Kasasi dan Peninjauan Kembali;
6. Para pihak khusus dan eksklusif untuk pemohon pailit tertentu. Misalnya, hanya Bank Indonesia yang dapat mengajukan permohonan pailit jika debitur pailitnya adalah Bank, atau hanya BAPEPAM yang dapat mengajukan permohonan pailit jika debitur pailitnya adalah perusahaan efek dan lain-lain;
7. Adanya lembaga hakim pengawas dan kurator;
8. Prinsip "presumsi mengetahui" (presumption of knowledge) dan asas pembuktian terbalik terhadap pengalihan harta debitur dalam hal-hal tertentu;
9. Penangguhan hak eksekusi pemegang hak jaminan hutang tertentu; dan

10. Penggugat wajib diwakili oleh advokat²²

Lebih lanjut mengenai prosedur permohonan pailit pada Pengadilan Niaga sebagaimana disebutkan dalam Pasal 4 Perpu Nomor 1 Tahun 1998 menyatakan bahwa:

- 1). Permohonan pernyataan pailit diajukan kepada Pengadilan melalui panitera;
- 2). Panitera mendaftarkan permohonan pernyataan pailit pada tanggal permohonan yang bersangkutan diajukan, dan kepada pemohon diberikan tanda terima tertulis yang ditanda tangani panitera dengan tanggal yang sama dengan tanggal pendaftaran;
- 3). Panitera menyampaikan permohonan pernyataan pailit kepada Ketua Pengadilan Niaga dalam jangka waktu paling lambat 1 x 24 jam terhitung sejak tanggal permohonan didaftarkan;
- 4). Dalam jangka waktu paling lambat 2 x 24 jam terhitung sejak tanggal permohonan pernyataan pailit didaftarkan, pengadilan mempelajari permohonan dan menetapkan hari sidang;
- 5). Sidang pemeriksaan atas permohonan pernyataan pailit diselenggarakan dalam jangka waktu paling lambat 20 (dua-puluh) hari terhitung sejak tanggal permohonan didaftarkan;
- 6). Atas permohonan debitur dan berdasarkan alasan yang cukup, Pengadilan dapat menunda penyelenggaraan sidang sebagaimana dimaksud dalam ayat (5) sampai dengan paling lama 25 (dua puluh lima) hari terhitung sejak tanggal permohonan didaftarkan;
- 7). Permohonan pernyataan pailit terhadap suatu firma harus memuat nama dan kediaman masing-masing persero yang secara tanggung renteng terikat untuk seluruh utang firma.

Hukum acara perdata yang berlaku pada peradilan umum berlaku juga pada Pengadilan Niaga kecuali Undang-Undang menentukan lain (Pasal 284 ayat (1) Undang-Undang Kepailitan). Dengan demikian berarti bahwa HIR dan Rbg tetap berlaku pada Pengadilan

²² *Ibid*, hal 21-22

Niaga akan tetapi apabila Undang-Undang Kepailitan mengatur secara lebih khusus dari ketentuan-ketentuan HIR dan Rbg yang berlaku umum, maka berlakulah asas *lex specialist derogate lex generalis*. Ketentuan-ketentuan khusus tersebut antara lain berupa tata cara pemeriksaan, upaya hukum dan kuasa pihak berperkara.²³

Dalam Pasal 300 ayat (1) Undang-Undang Kepailitan secara tegas dinyatakan:

“Pengadilan sebagaimana dimaksud dalam undang-undang ini, selain memeriksa dan memutus permohonan pernyataan pailit dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, berwenang pula memeriksa dan memutus perkara lain di bidang perniagaan yang penetapannya dilakukan dengan undang-undang”

Hal ini berarti Pengadilan Niaga selain mempunyai kewenangan absolut untuk memeriksa setiap permohonan pernyataan pailit dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (PKPU), juga berwenang untuk memeriksa perkara lain yang ditetapkan dengan undang-undang.²⁴

Selain itu, Undang-Undang Kepailitan juga mempertegas kewenangan Pengadilan Niaga yang terkait dengan perjanjian yang memuat klausul arbitrase, yaitu pada Pasal 303 Undang-Undang Kepailitan berbunyi:

“Pengadilan tetap berwenang memeriksa dan menyelesaikan permohonan pernyataan pailit dari para pihak yang terikat perjanjian yang memuat klausul arbitrase, sepanjang utang yang menjadi dasar permohonan pernyataan pailit telah memenuhi ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (1) undang-undang ini”

Pasal 303 ini memberikan penegasan bahwa meskipun dalam suatu perjanjian (utang piutang) mengandung suatu klausul arbitrase,

²³ Prawoto Wingjosumarto *opcit.*, hal. 104

²⁴ Jono, *Hukum Kepailitan*, Sinar Grafika Jakarta 2008 hal. 84

pengadilan niaga tetap berwenang untuk memeriksa dengan syarat bahwa utang yang menjadi dasar permohonan pernyataan pailit telah memenuhi ketentuan yaitu adanya dua atau lebih kreditor dan tidak membayar lunas sedikitnya satu utang yang telah jatuh waktu dan dapat ditagih.²⁵

Pemeriksaan perkara dalam Pengadilan Niaga khususnya yang berhubungan dengan masalah permohonan pernyataan pailit dan penundaan kewajiban pembayaran utang dalam tingkat pertama akan diperiksa oleh Majelis Hakim, sedangkan dalam perkara lainnya Ketua Mahkamah Agung akan menetapkan jenis dan nilai perkara pada tingkat pertama dapat diperiksa oleh Hakim Tunggal.²⁶ Hukum Acara yang berlaku sepanjang tidak ditentukan lain oleh Undang-Undang Kepailitan menggunakan Hukum Acara Perdata.²⁷

3.4. Kurator

Diputuskannya seorang debitur menjadi debitur pailit oleh Pengadilan Niaga membawa konsekuensi hukum, yaitu bagi debitur dijatuhkan sita umum terhadap seluruh harta debitur pailit dan hilangnya kewenangan debitur pailit untuk menguasai dan mengurus harta pailitnya. Sementara itu bagi kreditor, akan mengalami ketidakpastian tentang hubungan hukum antara kreditor dengan debitur pailit. Oleh karena kemudian Undang-Undang Kepailitan menentukan pihak yang akan mengurus persoalan kreditor dengan debitur tersebut, yaitu kurator yang akan melakukan pengurusan dan pemberesan atas harta pailit serta penyelesaian hubungan hukum antara debitur pailit dengan para kreditornya.²⁸

Kurator merupakan salah satu pihak yang cukup memegang peranan dalam suatu proses perkara pailit. Oleh karena peranannya yang besar dan tugasnya yang berat, tidak sembarangan orang dapat menjadi pihak kurator. Karena itu, persyaratan dan prosedur untuk

²⁵ *Ibid.*, hal. 85

²⁶ Pasal 301 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004

²⁷ Pasal 299 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004.

²⁸ Imran Nating, *Peranan dan Tanggung Jawab Kurator dalam Pengurusan dan Pemberesan Harta Pailit*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta 2005, hal 57

dapat menjadi kurator ini oleh Undang-Undang Kepailitan diatur secara relatif ketat.²⁹

Dari Pasal 15 ayat (1) Undang-Undang Kepailitan, dapat diketahui bahwa pengangkatan kurator adalah wewenang hakim pengadilan niaga. Pihak debitur, kreditor atau pihak yang berwenang (Bapepam, Menteri Keuangan, Kejaksaan, Bank Indonesia) hanya mempunyai hak untuk mengajukan usul pengangkatan kurator kepada pengadilan niaga. Usulan tersebut apakah diterima atau tidak adalah diskresi hakim. Apabila pihak debitur, kreditor atau pihak yang berwenang tersebut tidak mengajukan usulan mengenai pengangkatan kurator, maka secara otomatis Balai Harta Peninggalan (BHP) diangkat sebagai kurator. Pengangkatan kurator didasarkan pada putusan pernyataan pailit, dalam arti bahwa dalam putusan pernyataan pailit harus dinyatakan adanya pengangkatan kurator (Pasal 15 ayat (1) Undang-Undang Kepailitan).³⁰

Perlu dicermati apakah pengadilan niaga boleh mengangkat pihak lain sebagai kurator bukan dari calon-calon kurator yang diusulkan oleh debitur atau kreditor. Undang-Undang Kepailitan tidak memberikan ketentuan tegas yang melarang hal tersebut. Seyogianya apabila pengadilan tidak mengangkat selain calon-calon kurator yang diusulkan oleh debitur atau kreditor. Alasannya adalah untuk menghindari KKN (Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme) antara Hakim dan kurator yang diangkat oleh hakim, selain juga agar pengadilan tidak dicerna apabila ternyata kurator yang bersangkutan dalam menjalankan tugasnya tidak bertindak independen dan atau bertindak dengan itikad baik.³¹

Tidak semua orang dapat menjadi kurator. Menurut Undang-Undang Kepailitan yang lama, kewajiban ini secara khusus dilakukan oleh Balai Harta Peninggalan (BHP). Balai Harta Peninggalan adalah suatu badan khusus dari Departemen Kehakiman (yang dinamakan demikian karena ia juga bertanggung jawab mengenai masalah pengampunan).³² Balai Harta Peninggalan bertindak melalui kuasa

²⁹ Munir fuady, *op cit.*, hal. 38

³⁰ Jono, *op cit.*, hal 141

³¹ Imran Nating, *op cit.*, hal. 58-59

³² *Ibid*, hal 59

perwakilannya yang terletak dalam yurisdiksi pengadilan yang telah menyatakan debitur pailit. Sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan, maka yang dapat bertindak sebagai kurator sebagaimana diatur dalam Pasal 70 UUK adalah:

- a. Balai Harta Peninggalan; atau
- b. Kurator lainnya.

Lebih lanjut dalam Pasal tersebut juga dijelaskan tentang apa yang dimaksud dengan kurator lainnya adalah:

- a. orang atau perseorangan yang berdomisili di Indonesia, yang memiliki keahlian khusus yang dibutuhkan dalam rangka mengurus dan atau membereskan harta pailit; dan
- b. telah terdaftar pada Departemen Kehakiman.

Selanjutnya, pada saat penunjukan kurator, debitur dan kreditor dapat mengusulkan kepada Pengadilan untuk menunjuk seorang kurator tertentu yang independen dan tidak memiliki benturan kepentingan. Undang-Undang Kepailitan telah memberikan penjelasan tentang apa yang dimaksud dengan independen dan tidak mempunyai benturan kepentingan sebagai berikut: "*Bahwa kelangsungan keberadaan kurator tidak tergantung pada debitur atau kreditor, dan kurator tidak memiliki kepentingan ekonomis yang sama dengan kepentingan ekonomis kreditor dan debitur*".³³

Kode Etik Profesi Asosiasi Kurator dan Pengurus³⁴ menyebutkan bahwa benturan kepentingan adalah keterkaitan antara kurator atau pengurus dengan debitur, kreditor dan/atau pihak lain yang dapat menghalangi pelaksanaan tugasnya dengan penuh tanggung jawab sesuai peraturan perundang-undangan yang berlaku. Sebelum menerima penunjukan, kurator yang diusulkan wajib secara jujur mempertimbangkan dan memastikan bahwa yang bersangkutan³⁵:

- a). memiliki keahlian yang diperlukan;
- b). memiliki sumber daya dan kapasitas yang cukup untuk me-

³³ Imran Nating, *op cit.*, hal. 63

³⁴ *Ibid*, hal 63

³⁵ *Ibid*, hal 64

laksanakan penunjukan tersebut secara efektif, efisien dan profesional;

Jika kurator merasa tidak dapat memenuhi salah satu atau lebih faktor diatas, kurator tersebut wajib menolak usulan tersebut.

Apabila setelah adanya penunjukan kurator terjadi penggantian kurator, maka terlebih dahulu kurator harus mengajukan permohonan penggantian kurator tersebut ke Pengadilan Niaga, dan atas permohonan tersebut Pengadilan Niaga kemudian memanggil dan mendengar kurator bersangkutan untuk selanjutnya mengangkat kurator baru sebagai penggantinya. Sebagaimana telah diatur dalam Pasal 71 Undang-Undang Kepailitan tentang penggantian kurator menentukan bahwa pengadilan setiap saat dapat mengabulkan usul penggantian kurator setelah memanggil dan mendengar yang diusulkan untuk diganti, dan mengangkat kurator lain dan/atau mengangkat kurator tambahan atas:

- a). permohonan kurator sendiri;
- b). permohonan kurator lainnya jika ada;
- c). usul hakim pengawas;
- d). permintaan debitur pailit.³⁶

Terhadap penunjukan kurator baru Pengadilan harus memberhentikan atau mengangkat kurator atas permintaan atau atas usul kreditor konkuren berdasarkan keputusan rapat kreditor³⁷, dengan persyaratan putusan tersebut harus diambil berdasarkan suara setuju lebih dari seperdua jumlah kreditor konkuren atau kuasanya yang hadir dalam rapat dan yang mewakili lebih dari seperdua jumlah piutang kreditor konkuren atau kuasanya yang hadir dalam rapat tersebut³⁸.

³⁶ Pasal 71 ayat (1) UUK

³⁷ Rapat Kreditor adalah rapat para kreditor yang dipimpin oleh hakim pengawas. Pelaksanaan rapat kreditor untuk pertama kalinya harus dilaksanakan paling lambat 30 (tigapuluh) hari terhitung sejak tanggal putusan pailit ditetapkan. Kurator diwajibkan hadir dalam rapat para kreditor (lih. Pasal 86 UUK)

³⁸ Pasal 71 ayat (2) UUK

Rapat kreditor sebagaimana dimaksud diatas, dapat dilaksanakan jika³⁹:

- a). diwajibkan oleh Undang-Undang Kepailitan;
- b). hakim pengawas menganggap hal itu perlu;
- c). diminta oleh panitia para kreditor berdasarkan alasan kuat; dan
- d). diminta oleh paling sedikit lima orang kreditor yang mewakili seperlima piutang yang telah diakui atau diterima dengan syarat.

Adapun masa tugas seorang kurator dihitung sejak tanggal putusan pailit ditetapkan dan tugas kurator berakhir jika:

1. akur yang telah di homologasikan⁴⁰ dan mempunyai kekuatan hukum tetap⁴¹;
2. fase insolvensi daftar pembagian terakhir mempunyai kekuatan hukum tetap⁴²
3. kepailitan dicabut karena boedel sangat sedikit bahkan nihil⁴³

Lebih lanjut mengenai tugas dan wewenang kurator, Jerry Hoff menyatakan: tujuan kepailitan adalah untuk membayar hak para kreditor yang harusnya mereka peroleh sesuai dengan tingkat urutan tuntutan mereka⁴⁴. Oleh karena itu, kurator harus bertindak untuk kepentingan yang terbaik bagi kreditor dengan tetap memperhatikan kepentingan debitur yang pailit. Kepentingan itu sama sekali tidak boleh diabaikan. Untuk melaksanakan tugas dan kewenangannya, kurator perlu memilah kewenangan yang dimilikinya berdasarkan Undang-Undang Kepailitan⁴⁵.

Wewenang Kurator merupakan hak, dalam arti kekuasaan yang diberikan oleh undang-undang untuk menjalankan tugasnya.

³⁹ Lihat Pasal 90 UUK

⁴⁰ Tercapai Perdamaian

⁴¹ Pasal 166 ayat (1) UUK

⁴² Pasal 202 ayat (1) UUK

⁴³ Pasal 18 ayat (1) UUK

⁴⁴ Jerry Hoff, dalam Imran Nating, Ibid, hal 71

⁴⁵ Lihat Pasal 69 ayat (2) dan ayat (3) UUK

Wewenang selalu terkait dengan tugas (kewajiban) yang dibebankan terhadap seseorang. Pemberian wewenang harus sesuai dengan tugas yang dibebankan. Secara umum, kurator mempunyai wewenang untuk melaksanakan tugas pengurusan dan/atau pemberesan atas harta pailit sejak tanggal putusan pailit diucapkan meskipun terhadap putusan tersebut diajukan kasasi atau peninjauan kembali (Pasal 16 ayat (1) Undang-Undang Kepailitan).⁴⁶ Kewenangan untuk melaksanakan pengurusan dan pemberesan harta debitur pailit ada pada kurator, karena sejak adanya pernyataan pailit, debitur demi hukum kehilangan haknya untuk menguasai dan mengurus kekayaannya yang dimaksudkan dalam kepailitan.⁴⁷

Seorang kurator mempunyai tugas yang cukup berat, yaitu melakukan pengurusan dan pemberesan harta pailit. Oleh karena itu, kurator juga mempunyai tanggung jawab yang cukup berat atas pengurusan dan pemberesan harta pailit yang ia lakukan. Segala perbuatan hukum yang telah dilakukan oleh kurator dalam melakukan pengurusan dan pemberesan harta pailit tidak dapat dipulihkan ke keadaan semula dan mengikat terhadap semua pihak. Apabila dirinci tentang kewenangan, tugas, tanggung jawab, serta kewajiban dan hak kurator yang diatur oleh Undang-Undang Kepailitan antara lain sebagai berikut:

1. Tugas kurator secara umum adalah melakukan pengurusan dari/atau pemberesan harta pailit (Pasal 69 ayat (1)). Tugas ini sudah dapat dijalankannya, sejak tanggal putusan pernyataan pailit dijatuhkan. Meskipun putusan tersebut belum *in kracht*, yakni meskipun terhadap putusan tersebut masih diajukan kasasi dan/atau peninjauan kembali (Pasal 16 ayat (1)).
2. Seorang kurator yang ditunjuk untuk tugas khusus berdasarkan putusan pernyataan pailit, berwenang untuk bertindak sendiri sebatas tugasnya (Pasal 73 ayat (3)).
3. Dapat melakukan pinjaman (mengambil loan) dari pihak ketiga dengan syarat bahwa pengambilan pinjaman tersebut semata-mata dilakukan dalam rangka meningkatkan harta pailit

⁴⁶ Jono, *op cit.*, hal. 58-59

⁴⁷ Pasal 24 Undang-Undang Kepailitan

- (Pasal 69 ayat (2)).
4. Terhadap pengambilan pinjaman dari pihak ketiga, dengan persetujuan Hakim Pengawas, pihak kurator berwenang pula untuk membebani harta pailit dengan hak tanggungan, gadai dan hak agunan lainnya (Pasal 69 ayat (3)).
 5. Kurator dapat menghadap pengadilan dengan siizin hakim pengawas kecuali untuk hal-hal tertentu (Pasal 69 ayat (3)).
 6. Kewenangan yang dimaksud dalam Pasal 36 (Perjanjian timbal balik).
 7. Kewenangan untuk menjual agunan dari kreditor separatis setelah 2 (dua) bulan insolvensi (Pasal 59 ayat (1)) atau kurator menjual barang bergerak dalam masa *stay* (Pasal (56 ayat (3)). Ataupun membebaskan barang agunan dengan membayar kepada kreditor separatis yang bersangkutan jumlah terkecil antara harga pasar dan jumlah hutang yang dijamin dengan barang agunan tersebut (Pasal 59 ayat (3)).
 8. Kewenangan untuk melanjutkan usaha debitur yang dinyatakan pailit (atas persetujuan panitia kreditor atau hakim pengawas jika tidak ada panitia kreditor) walaupun terhadap putusan pernyataan pailit tersebut diajukan kasasi atau peninjauan kembali (Pasal 104).]
 9. Kurator berwenang untuk mengalihkan harta pailit sebelum verifikasi (atas persetujuan hakim pengawas) (Pasal 107 ayat (1)).
 10. Kewenangan untuk menerima atau menolak permohonan pihak kreditor atau pihak ketiga untuk mengangkat penanguhan atau mengubah syarat-syarat penanguhan pelaksanaan hak eksekusi hak tanggungan, gadai atau hak agunan lainnya (Pasal 57 ayat (2)).
 11. Membuat uraian mengenai harta pailit (Pasal 100).
 12. Mencocokkan piutang dan membuat daftar piutang (Pasal 116 *juncto* Pasal 117).
 13. Melaksanakan pembayaran kepada kreditor dalam proses pemberesan (Pasal 201).

14. Melakukan tuntutan berdasarkan pranata hukum *actio paulina* (Pasal 41 *Juncto* 47 ayat (1)) atau tindakan pembatalan lainnya (Pasal 45 *Juncto* Pasal 47 ayat (1)).
15. Membebaskan barang yang menjadi agunan dengan membayar kepada kreditor yang bersangkutan jumlah terkecil antara harga pasar barang agunan dan jumlah uang yang dijamin dengan barang agunan tersebut (Pasal 59 ayat (3)).
16. Hak kurator atas imbalan jasa (*fee*) yang ditetapkan dalam putusan pernyataan pailit oleh hakim yang berdasarkan pada pedoman yang ditetapkan oleh Menteri Kehakiman (Pasal 75 *juncto* Pasal 76).
17. Kurator bertanggung jawab terhadap kesalahan atau kelalaiannya dalam melaksanakan tugas-tugas pengurusan dan/atau pemberesan yang menyebabkan kerugian terhadap harta pailit (Pasal 72).
18. Kurator harus independen dan terbebas dari setiap benturan kepentingan dengan debitur atau kreditor dan tidak boleh sekaligus memegang lebih dari 3 (tiga) kasus kepailitan/PKPU (Pasal 15 ayat (3)).
19. Kewajiban menyampaikan laporan 3 (tiga) bulanan kepada hakim pengawas mengenai keadaan harta pailit dan pelaksanaan tugasnya (Pasal 74 ayat (1)).
20. Apabila telah ditetapkan hari pelelangannya, pelelangan dilanjutkan oleh kurator atas beban harta pailit dengan kuasa dari hakim pengawas (Pasal 33).
21. Kurator dapat menghentikan ikatan sewa-menyewa (Pasal 38). Sewa-menyewa yang dapat dihentikan karena debitur dinyatakan pailit adalah jika debitur pailit tersebut menyewa suatu barang dari pihak lain. Dalam hal ini, baik kurator ataupun pihak yang menyewakan barangnya sama-sama dapat memutuskan hubungan sewa-menyewa tersebut. Untuk hal tersebut Undang-undang mensyaratkan agar dilakukan suatu pemberitahuan pengakhiran sewa (*notice*), dengan jangka waktu sebagai berikut:

- a. Jangka waktu dilihat pada kebiasaan setempat, dan
- b. Jangka waktu dilihat pada pengaturannya dalam kontrak, atau
- c. Jangka waktu dilihat pada kelaziman untuk kontrak seperti itu, atau;
- d. setidaknya-tidaknya jangka waktu 90 (sembilan puluh) hari dianggap sudah cukup.

Akan tetapi, jika sudah dibayar uang sewa dimuka, sewa-menyewa tersebut tidak dapat diakhiri sampai dengan berakhirnya jumlah uang sewa yang dibayar dimuka tersebut.

Sejak pernyataan pailit, segala uang sewa yang harus dibayar oleh debitor merupakan hutang harta pailit (*estate debt*). Lihat Pasal 38 ayat (4) Undang-Undang Kepailitan.

Ketentuan sewa-menyewa di atas berlaku jika yang menyewa barang tersebut adalah debitor pailit. Namun, jika debitor pailit justru sebagai pihak yang menyewakan barangnya, tidak ada pengaturannya dalam Undang-Undang Kepailitan, sehingga yang berlaku adalah kontrak yang bersangkutan dan pengaturan sewa-menyewa pada umumnya.

22. Kurator dapat memutuskan hubungan kerja dengan karyawan (Pasal 39). Jika setelah diputuskan pernyataan pailit, ada karyawan yang berkerja pada debitor pailit, baik karyawan maupun kurator sama-sama berhak untuk memutuskan hubungan kerja. Namun demikian, untuk pemutusan hubungan kerja tersebut diperlukan suatu pemberitahuan PHK (*notice*) dengan jangka waktu pemberitahuan sebagai berikut:
 - a. Jangka waktu Pemberitahuan PHK yang sesuai dengan perjanjian kerja, atau
 - b. Jangka waktu tersebut sesuai dengan perundang-undangan yang berlaku di bidang ketenagakerjaan, atau
 - c. Dapat di-PHK dengan pemberitahuan minimal dalam jangka waktu 45 (empat puluh lima) hari.

Disamping itu, sama dengan uang sewa yang belum dibayar, maka sejak dinyatakan debitor pailit, upah karyawan dianggap hutang harta pailit (*estate debt*), sebagaimana diatur dalam Pasal 39 ayat (2) Undang-Undang Kepailitan.

Ketentuan tentang PHK seperti tersebut diatas hanya berlaku jika pihak karyawan yang berkerja pada debitor pailit. Jika debitor pailit yang menjadi karyawan pada pihak lain, tidak ada pengaturannya dalam perundang-undangan tentang kepailitan, sehingga untuk hal yang demikian sepenuhnya berlaku perjanjian kerja dan perundang-undangan dibidang ketenaga kerjaan.

23. Kurator dapat menerima warisan, tetapi jika menguntungkan harta pailit (Pasal 40 ayat (1)).
24. Kurator dapat menolak warisan dengan izin dari hakim pengawas (Pasal 40 ayat (2)).
25. Barang-Barang Berharga Milik Debitur Pailit Disimpan oleh kurator. Adalah wajar jika kurator sangat berkepentingan terhadap barang-barang berharga milik debitor pailit. Karena itu, kurator berwenang untuk menyimpannya dengan cara yang dianggap paling aman. Misalnya, emas, berlian, atau surat berharga disimpan oleh kurator dalam *safe deposit* pada bank-bank. Akan tetapi, hakim pengawas berwenang pula untuk menentukan cara-cara penyimpanan oleh kurator tersebut, *vide* Pasal 108 Undang-Undang Kepailitan.
26. Kurator berkewajiban menjual harta dalam rangka pemberesan. Menjual aset-aset debitor pailit sebenarnya merupakan salah satu tugas utama dari kreditor sesuai dengan prinsip *Cash is the King*. Penjualan aset debitor ini (setelah insolvensi dan tidak dilakukan pengurusan harta debitor) tidak memerlukan persetujuan siapa-siapa. Lihat Pasal 164 ayat (1), Pasal 16 ayat (1), dan Pasal 69 ayat (2) Undang-Undang Kepailitan. Kecuali ditentukan lain dalam undang-undang, seperti yang terdapat dalam Pasal 107 ayat (1) Undang-Undang Kepailitan. Pasal 107 ayat (1) ini mensyaratkan adanya persetujuan hakim

pengawas dalam hal pengalihan aset debitor pailit untuk tujuan-tujuan tertentu dalam masa sebelum insolvensi.⁴⁸

Selanjutnya untuk membahas tentang kewenangan kurator, perlu terlebih dahulu dijelaskan definisi wewenang. Adapun wewenang diartikan sebagai berikut:⁴⁹

1. hak dan kekuasaan untuk bertindak; kewenangan;
2. kekuasaan membuat keputusan, memerintah dan melimpahkan tanggung jawab kepada orang lain;
3. fungsi yang boleh tidak dilaksanakan.

Menurut hukum publik, dirumuskan pengertian wewenang sebagai kekuasaan yuridis dari suatu jabatan. Karena sifat jabatan terletak dalam hukum publik, ia melahirkan kewenangan publik yaitu kewenangan untuk melakukan tindakan hukum publik. Korelatif dari kekuasaan adalah pertanggung jawaban atau kekurangan (*liability*). Dengan demikian wewenang merupakan kekuasaan yuridis dibidang publik. Wewenang juga dapat diartikan sebagai hak. Menurut Salmon, hak mempunyai pengertian sebagai berikut:

1. hak dalam arti sempit;
2. kemerdekaan;
3. kekuasaan;
4. imunitas.

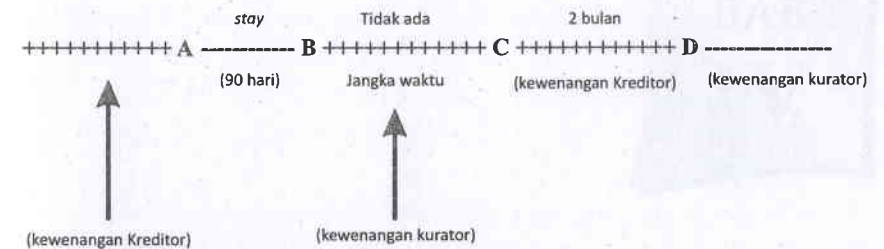
Wewenang kurator merupakan hak, dalam arti kekuasaan yang diberikan oleh Undang-Undang untuk menjalankan tugasnya. Wewenang selalu terkait dengan tugas (kewajiban) yang dibebankan terhadap seseorang. Secara umum, kurator mempunyai wewenang untuk melaksanakan tugas pengurusan dan/atau pemberesan harta pailit sejak tanggal putusan pailit diucapkan meskipun terhadap putusan tersebut diajukan kasasi atau peninjauan kembali.⁵⁰

⁴⁸ Munir Fuady, *Hukum Pailit dalam Teori dan Praktek.*, Citra Aditya Bakti Bandung 2005, hal 44-48

⁴⁹ Kamus Besar Bahasa Indonesia, Edisi Kedua, Cet. ke-4, Tahun 1995, Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, Balai Pustaka

⁵⁰ Pasal 16 ayat (1) UUK

Selanjutnya, tentang kewenangan mengeksekusi jaminan hutang tersebut dapat dilihat dalam diagram berikut ini.



Keterangan Diagram:

- ++++++ : Kewenangan eksekusi oleh kreditor preferens.
 ----- : Kreditor preferens tidak punya kewenangan eksekusi.

- A Putusan pailit (tingkat pertama) oleh pengadilan niaga.
- B Masa *stay* berakhir, yaitu dalam waktu maksimum 90 (sembilan puluh hari) setelah putusan pengadilan niaga tingkat pertama.
- C Insolvensi, yakni debitor pailit berada dalam keadaan tidak mampu membayar hutang.
- D Habisnya masa kewenangan kreditor preferens 2 (dua) bulan setelah insolvensi. Setelah fase D ini, berlaku ketentuan sebagai berikut:
 1. Kreditor preferens tidak berwenang lagi mengeksekusi hak jaminannya;
 2. Kewenangan tersebut diambil alih oleh kurator;
 3. Kreditor preferens, meskipun dia akan mendapatkan seluruh hak-haknya, tetapi mesti menunggu sampai dilakukan pembagian harta pailit;
 4. Terkena kewajiban pembayaran biaya kepailitan secara proporsional.⁵¹

⁵¹ *Ibid.*, hal. 104



KREDITOR SEPARATIS MENURUT HUKUM JAMINAN DAN HUKUM KEPAILITAN

4.1. Makna Kreditor Separatis

Sebagaimana telah dijelaskan pada bab sebelumnya, Aulis Aarnio menyatakan bahwa ilmu hukum adalah ilmu tentang makna-makna¹, menentukan makna dari sesuatu adalah menginterpretasikan sesuatu itu. Dengan demikian memaparkan aturan hukum adalah menafsirkan atauran hukum. Pada pemaparan hukum yang terjadi adalah kegiatan menentukan isi aturan hukum setepat mungkin.

Kegiatan menetapkan isi aturan hukum, artinya menetapkan apa yang menjadi akedah hukumnya, pada dasarnya adalah merumuskan hipotesis tentang makna aturan hukum atau teks undang-undang. Karena itu, pemaparan aturan hukum akan sangat tergantung

¹ Aulis Aarnio, *A Hermeneutik Approach In Legal Theory*, dalam *Philosophical perspective In Jurisprudence*, Helsinki, 1983 hal. 64, dalam Benard Arief Sidharta, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum*, Mandar Maju Bandung 1999, hal. 149.

pada teori interpretasi yang dianut ilmuwan hukum. Penggunaan teori interpretasi ini dapat menghasilkan lebih dari satu hipotesis tentang makna aturan hukum yang ditelaah. Maka ilmuwan hukum dalam kerangka teori interpretasi yang dianutnya akan terus memilih dari berbagai makna aturan hukum yang mungkin itu, satu makna yang paling optimal dengan mempertimbangkan berbagai faktor lain.

Demikian pula hukum mengandung suatu tegangan antara idea hukum pada satu sisi dan bentuknya pada sisi lainnya. Dapat dikatakan juga bahwa pada suatu sisi terdapat idea hukum dan pada sisi lain Perundang-undangan, peradilan, Negara (*instrumentarium juridis*) dan dengan bantuan sarana (*instrumentarium*) tersebut idea hukum harus (dapat) diwujudkan. Ini mengandung arti bahwa hukum positif itu adalah sesuatu yang lebih ketimbang apa yang terdapat dalam undang-undang atau vonis-vonis (*arrest*). Gejala-gejala ini adalah ungkapan (perwujudan) dan suatu asas pra-positif (diatas atau mendahului yang positif).

Dari asas itulah hukum positif itu memperoleh "makna hukum"nya². Untuk memaknai Hak Separatis, maka peneliti perlu mengetahui asas pra positif yang terkandung dalam kedudukan dan kewenangan kreditor dalam Hukum Jaminan dan Undang-Undang Kepailitan agar Nampak kepastian hukum hak kreditor yang mendapatkan hak separatis.

Hukum jaminan mengenal istilah "kreditor separatis", dikatakan "separatis" yang berkonotasi "pemisahan" karena kedudukan kreditor tersebut memang dipisahkan dari kreditor lainnya, dalam arti kreditor dapat menjual sendiri dan mengambil sendiri dari hasil penjualan, yang terpisah dengan harta pailit pada umumnya.³ Menurut Kamus Hukum separatis diartikan bahwa "dalam hal adanya kepailitan ada penagih yang berhak mendahului menagih piutangnya"⁴.

² Meuwissen, *Teori Hukum*, Majalah Hukum Pro Justitia, Tahun XII, Nomor 2 April 1994, hal. 24

³ *Ibid.*, hal. 99

⁴ Yan Pramadya Puspa, Kamus Hukum Edisi lengkap Bahasa Belanda Indonesia, Inggris, CV. Aneka Ilmu, Semarang 1977, hal. 767

Selanjutnya menurut Setiawan, hak separatis adalah: "hak yang diberikan oleh hukum kepada kreditor pemegang hak jaminan, bahwa barang jaminan (agunan) yang dibebani dengan hak jaminan (hak agunan) tidak termasuk harta pailit"⁵. Sedangkan menurut Elijana: "kreditor separatis adalah kreditor yang tidak terkena akibat kepailitan, artinya para kreditor separatis tetap dapat melaksanakan hak-hak eksekusinya meskipun debitor nya telah dinyatakan pailit.⁶ Karena hak separatis adalah hak yang diberikan oleh hukum kepada kreditor pemegang jaminan, bahwa barang jaminan (agunan) yang dibebani hak jaminan (agunan) adalah tidak termasuk harta pailit⁷ tentunya bertujuan untuk memberikan perlindungan kepada kreditor manakala debitor pailit.

Munir Fuady menyebutkan bahwa kreditor separatis adalah kreditor yang memiliki jaminan hutang kebendaan (Hak Jaminan), seperti pemegang hak tanggungan, hipotik, gadai, fidusia dan lain-lain (Pasal 55 Undang-undang Nomor 34 Tahun 2007 tentang Kepailitan dan Penundaan Pembayaran Utang). Kreditor dengan jaminan yang bukan jaminan kebendaan yang (seperti garansi termasuk garansi bank) bukan merupakan kreditor separatis.⁸ Pemahaman yang dimasukdkan dengan hak kreditor separatis adalah hak yang diberikan oleh hukum kepada kreditor pemegang hak jaminan untuk tetap dapat melaksanakan hak-hak eksekusinya meskipun debitor telah dinyatakan pailit. Sedangkan menurut Sri Soedewi, Hak Kreditor separatis para pemegang gadai dan pemegang hipotik dapat melaksanakan haknya dengan cepat/mudah, tidak terpengaruh dengan adanya kepailitan.⁹ Kekuatan hak kreditor separatis pada hak

⁵ Setiawan, Hak Tanggungan dan Masalah Eksekusinya, Varia Peradilan, Majalah Hukum Tahun XI Nomor 131, Agustus 1977

⁶ Elijana, Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1998 Tentang Perubahan Atas Undang-undang Kepailitan, Makalah Dalam Seminar UU Kepailitan di Jakarta, Juni 1998.

⁷ Setiawan, Kepailitan: Konsep-Konsep dasar serta Pengertiannya, Varia Peradilan Nomor 156 hal. 98-99

⁸ Munir Fuady, *op cit.*, hal. 99

⁹ Sri Soedewi Masjshoen Sofwan, hukum Jaminan di Indonesia Pokok-Pokok Hukum Jaminan dan Jaminan Perorangan, Liberty, Yogyakarta 1980, hal. 77-78

gadai dan hak hipotik menurut B.W. dapat dimaknai sebagai kreditor yang terkuat dan diutamakan dari kreditor lainnya, apabila diantara para berpiutangnya itu ada alasan-alasan yang sah untuk didahulukan. Selanjutnya pengaturan tersebut dipertegas dengan pengaturan pada Pasal 1134 B.W yang dinyatakan sebagai berikut:

“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. Gadai dan Hipotik adalah lebih tinggi daripada hak istimewa, kecuali dalam hal-hal dimana oleh undang-undang ditentukan sebaliknya”

Pasal 1134 B.W ini sangat jelas mengatur bahwa adanya seseorang yang mempunyai piutang atau dapat disebut dengan kreditor, yang berdasarkan sifat piutangnya memiliki kedudukannya lebih tinggi daripada yang lainnya serta lebih tinggi daripada hak istimewa (*hak privilege*).

Tujuan dibentuknya Pasal 1133 B.W. dan 1134 B.W. untuk menjamin kepastian hukum terhadap kreditor yang telah diikat dengan hak jaminan berupa gadai dan hipotik lebih tinggi dari kreditor lainnya karena sifat piutangnya. Meskipun *hak privilege* dan hak yang dipunyai gadai dan hipotik sama-sama mempunyai hak yang diutamakan, tetapi menurut ketentuan dalam Undang-Undang (Pasal 1134 B.W) hak gadai dan hak hipotik mempunyai kedudukan yang diutamakan dari *hak privilege* kecuali undang-undang menentukan lain. Oleh karenanya dapat dipahami bahwa para kreditor pemegang hak gadai dan hipotik mempunyai kedudukan yang terkuat, dibandingkan dengan para kreditor konkuren yang kedudukannya sama dengan kreditor lainnya.

Berdasarkan uraian tersebut diatas, dapat dipahami bahwa hak didahulukan (hak preferen) diberikan kepada kreditor yang mempunyai hak jaminan kebendaan. Adapun yang dimaksud dengan hak di dahulukan dari kreditor konkuren, apabila kreditor tersebut mempunyai hak jaminan kebendaan dan debitur telah dinyatakan wanprestasi dan atau debitur dinyatakan pailit, maka kreditor tersebut

dapat melaksanakan eksekusinya. Sebagai salah satu perwujudan dari kedudukan diutamakan dari kreditor-kreditor lainnya terbaca dalam Pasal 1155 B.W tentang Gadai dan Pasal 1178 B.W. tentang Hipotik.

Apabila ditelusuri tentang pengaturan hak kreditor separatis dalam hukum jaminan diluar B.W. diatur dalam Pasal 21 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan, yang dinyatakan: “Apabila pemberi hak tanggungan dinyatakan pailit, pemegang hak tanggungan tetap berwenang melakukan segala hak yang diperolehnya menurut ketentuan Undang-Undang ini”. Pembuat Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996, memberikan penafsiran otentiknya sebagaimana dalam penjelasan Pasal 21 tersebut menyatakan bahwa ketentuan Pasal ini lebih memantapkan kedudukan diutamakan pemegang hak tanggungan dengan mengecualikan berlakunya akibat kepailitan pemberi hak tanggungan terhadap obyek hak tanggungan serta pemegang hak jaminan berwenang untuk melakukan segala hak yang diperolehnya menurut ketentuan Undang-Undang.

Selanjutnya terhadap hak kreditor separatis dalam hukum jaminan yang diikat dengan jaminan fidusia diatur pada Pasal 27 ayat (3) Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang jaminan fidusia, yang dinyatakan sebagai berikut: “hak yang didahulukan dari penerima fidusia tidak hapus karena adanya kepailitan dan atau likuidasi pemberi fidusia”. Pada Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Fidusia, pembuat undang-undang memberi penafsirannya sebagaimana dalam penjelasan Pasal 27 ayat (3) yang menentukan ketentuan dalam ayat ini berhubungan dengan ketentuan bahwa jaminan fidusia merupakan hak agunan atas kebendaan bagi pelunasan hutang.

Berdasarkan uraian diatas, maka yang terkandung adalah pemegang hak jaminan baik itu pemegang hak tanggungan, gadai dan hipotik dapat melakukan segala hak yang diperoleh termasuk hak untuk diutamakan bagi kreditornya. Adapun yang dimaksud dengan “melaksanakan hak-hak” nya dalam pasal ini adalah tidak lain melaksanakan penjualan.¹⁰ Sedangkan menurut J.Satrio, kreditor

¹⁰ A.S.v. Nierop, dalam J.Satrio, Hukum Jaminan, Hak Jaminan Kebendaan, Hak Tanggungan, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung 1998, hal. 286.

dapat melaksanakan hak-haknya dalam Undang-Undang Hak Tanggungan seakan-akan tidak ada kepailitan atau seakan-akan tagihan kreditor berada diluar kepailitan dan atau diluar sitaan umum. Oleh karenanya kreditor seperti itu disebut "Kreditor separatis".¹¹

Bahwa dari berbagai pendapat para ahli dan berbagai peraturan tentang hukum jaminan kebendaan (gadai, hipotik, hak tanggungan dan fidusia) sebagaimana yang terurai diatas, maka dapat dipahami yang dimaksudkan dengan hak kreditor separatis terkandung unsur-unsur sebagai berikut:

1. Kreditor diberi hak secara *ex lege*;
2. Hak timbul dari hak jaminan kebendaan;
3. Kreditor memiliki hak jaminan kebendaan;
4. Kreditor mempunyai kedudukan didahulukan dari kreditor konkuren;
5. Debitur telah dinyatakan pailit;
6. Kreditor tidak terkena akibat debitur pailit;
7. Hak jaminan tidak termasuk harta pailit;
8. Kreditor dapat melaksanakan eksekusinya terhadap benda jaminan;
9. Kreditor mempunyai kewenangan untuk menjual sendiri dan menerima hasil penjualannya yang terpisah dari harta pailit.
10. Wilayah Pengadilan yang berwenang menerima, memeriksa, memutuskan adalah Pengadilan Niaga.

Unsur-unsur yang dikemukakan diatas merupakan makna yang terkandung sebagai kreditor separatis atau dengan kata lain bahwa kreditor dapat sebagai kreditor separatis apabila unsur-unsur tersebut diatas terpenuhi.

¹¹ J. Satrio, *ibid*, hal. 284.

4.2. Kedudukan Kreditor Separatis

Pada dasarnya kedudukan para kreditor adalah sama (*paritas creditorium*) dan karenanya mereka mempunyai hak yang sama atas hasil eksekusi boedel pailit sesuai dengan besarnya tagihan mereka masing-masing (*pari passu pro rata parte*). Namun demikian asas tersebut mengenal pengecualian yaitu golongan kreditor yang memegang hak agunan atas kebendaan dan golongan kreditor yang haknya didahulukan berdasarkan Undang-Undang Kepailitan dan peraturan perundang-undangan lainnya. Dengan demikian, asas *paritas creditorium* berlaku bagi para kreditor konkuren saja.¹²

Kreditor yang memiliki jaminan kebendaan dalam hukum Kepailitan dikualifikasikan sebagai kreditor separatis. Penggunaan istilah pailit dalam bahasa Belanda, Perancis, Latin maupun Inggris berbeda-beda. Bahasa Perancis menggunakan istilah *faillite* yang artinya pemogokan atau kemacetan dalam melakukan pembayaran. Orang yang mogok atau macet atau berhenti membayar hutang nya dalam bahasa Perancis disebut *le faillie*. Istilah pailit dalam bahasa Belanda adalah *failliet*, dalam bahasa Inggris digunakan istilah *failure*, sedangkan dalam bahasa latin digunakan istilah *fallire*¹³.

Kreditor separatis adalah kreditor pemegang hak jaminan kebendaan yang dapat bertindak sendiri. Golongan kreditor ini tidak terkena akibat putusan pernyataan pailit debitur, artinya hak-hak eksekusi mereka tetap dapat dijalankan seperti tidak ada kepailitan debitur.¹⁴ Kreditor golongan ini dapat menjual sendiri barang-barang yang menjadi jaminan, seolah-olah tidak terjadi kepailitan. Dari hasil penjualan tersebut, mereka (kreditor separatis) mengambil sebesar piutangnya, sedangkan jika ada sisanya disetorkan ke kas kurator

¹² Fred B.G Tumbuan, Pokok-Pokok Undang-Undang tentang Kepailitan sebagaimana diubah oleh Perpu Nomor: 1/1998, dalam Penyelesaian Utang Piutang melalui Pailit atau Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, Editor: Rudhi A.Lontoh, Alumni Bandung, 2001, Hal. 128

¹³ Zainal Asikin, *Hukum Kepailitan dan Penundaan Pembayaran di Indonesia*, Bina Ilmu Surabaya 1990, hal. 22-23

¹⁴ Ellijana, Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1998 Tentang Perubahan Atas Undang-undang Kepailitan, Makalah Dalam Seminar UU Kepailitan di Jakarta, Juni 1998

sebagai boedel pailit. Sebaliknya bila hasil penjualan tersebut ternyata tidak mencukupi, kreditor tersebut untuk tagihan yang belum terbayar dapat memasukkan kekurangannya sebagai kreditor bersaing (konkuren).¹⁵

Akan tetapi, jika terdapat kreditor diistimewakan yang tingkatannya diatas tingkatan kreditor separatis, *vide* Pasal 1134 ayat (2) B.W, kurator dan kreditor diistimewakan tersebut dapat meminta kreditor separatis agar hasil penjualan harta jaminan hutang tersebut diserahkan kepada kurator dan kreditor diistimewakan sejumlah yang sama dengan piutang yang diistimewakan tersebut (Pasal 60 ayat (2) UUK). Hanya saja meskipun kreditor separatis dapat mengeksekusi dan mengambil sendiri hasil penjualan hak jaminan, tetapi kreditor separatis tunduk pada hukum tentang penangguhan eksekusi untuk masa tertentu, yakni selama maksimum 90 (sembilanpuluh) hari untuk kepailitan dan maksimum 270 (duaratus tujuh puluh) hari untuk penundaan kewajiban pembayaran hutang, *vide* Pasal 228 ayat (6) UUK. Dengan demikian, dalam hubungan dengan aset-aset yang dijamin tersebut, kedudukan kreditor separatis sangat tinggi, lebih tinggi dari kreditor yang diistimewakan lainnya (Pasal 1139 dan Pasal 1149 B.W). Dengan kata lain, kedudukan kreditor separatis adalah yang tertinggi dibandingkan kreditor lainnya, kecuali Undang-Undang menentukan sebaliknya. Lihat Pasal 1134 ayat (2) B.W.¹⁶

Hak jaminan kebendaan yang memberikan hak menjual sendiri secara lelang dan untuk memperoleh pelunasan secara mendahului terdiri dari hal-hal berikut:¹⁷

- 1). **Gadai** yang diatur dalam Bab XX Buku III B.W untuk kebendaan bergerak dengan cara melepaskan kebendaan yang dijamin tersebut dari penguasaan pihak yang memberikan jaminan kebendaan berupa gadai tersebut;
- 2). **Hipotek** yang diatur dalam Bab XXI Buku III B.W yang menurut Pasal 314 Kitab Undang-Undang Hukum Dagang

¹⁵ Erman Rajagukguk, dalam Imran Nating, *opcit*, hal 48

¹⁶ Munir Fuady, *opcit*, hal 100

¹⁷ Kartini Muljadi dan Gunawan Widjaja, *Pedoman Menangani Perkara Kepailitan*, RajaGrafindo Persada, Jakarta 2003, hal 107

berlaku untuk kapal laut yang memiliki ukuran sekurang-kurangnya 20 m³ (dua puluh meter kubik) dan didaftar di syahbandar Direktorat Jenderal Perhubungan Laut Departemen Perhubungan sehingga memiliki kebangsaan sebagai kapal Indonesia dan diperlakukan sebagai benda tidak bergerak. Sementara itu, yang tidak terdaftar dianggap sebagai benda bergerak sehingga padanya berlaku ketentuan Pasal 1977 B.W;

3). **Hak Tanggungan** sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 yang mengatur mengenai penjaminan atas hak-hak tanah tertentu berikut kebendaan yang dianggap melekat dan diperuntukkan untuk dipergunakan secara bersama-sama dengan bidang tanah yang diatasnya terdapat hak-hak atas tanah yang dapat dijamin dengan Hak Tanggungan.¹⁸ Ada beberapa unsur pokok dari hak tanggungan yang termuat dalam definisi diatas, antara lain sebagai berikut:¹⁹

- a). hak tanggungan adalah hak jaminan pelunasan utang;
- b). obyek hak tanggungan adalah hak atas tanah sesuai dengan UUPA;
- c). hak tanggungan dapat dibebankan atas tanahnya (hak atas tanah) saja, tetapi dapat pula dibebankan berikut benda-benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu;
- d). utang yang dijamin harus utang tertentu;
- e). memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditor tertentu terhadap kreditor-kreditor lain.

4). **Jaminan Fidusia** yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999, Undang-Undang tersebut tidak memberikan rumusan positif mengenai kebendaan yang dapat dijamin

¹⁸ Lihat ketentuan Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan atas Tanah Beserta Benda-Benda yang Berkaitan dengan Tanah

¹⁹ Sutan Remy Sjahdeini, *Hak Tanggungan Asas-Asas, Ketentuan-Ketentuan Pokok dan Masalah yang Dihadapi Oleh Perbankan*, Alumni Bandung, 1999, hal 11

secara fidusia. Pasal 3 Undang-Undang Jaminan Fidusia menetapkan bahwa jaminan fidusia tidak berlaku terhadap:

- a). hak tanggungan yang berkaitan dengan tanah dan bangunan, sepanjang peraturan perundang-undangan yang berlaku menentukan jaminan atas benda-benda tersebut wajib didaftar. Kendati demikian, bangunan diatas tanah milik orang lain yang tidak dibebani hak tanggungan berdasarkan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan dapat dijadikan obyek Jaminan Fidusia;
- b). hipotek atas kapal yang terdaftar dengan isi kotor berukuran 20 m³ (dua puluh meter kubik) atau lebih;
- c). hipotek atas pesawat terbang; dan
- d). gadai.

Penggunaan istilah kepailitan bermula pada saat debitur²⁰ tidak mampu memenuhi jadwal pembayaran utangnya atau ketika proyeksi arus kas perusahaan menunjukkan bahwa dalam waktu dekat kewajiban-kewajiban pembayaran tidak akan dapat dipenuhi.²¹ Ketika perusahaan dalam keadaan berhenti membayar utang-utangnya, maka harus diputuskan apakah perusahaan tersebut akan dimohonkan untuk dinyatakan pailit, ataukah tetap dipertahankan hidup melalui restukturisasi. Keputusan ini pada dasarnya sangat bergantung pada pilihan mana yang terbaik, dalam arti tindakan mana yang akan memberikan nilai terbesar bagi kreditor²² dan debitur²³. Namun bagaimanapun bilaman debitur dinyatakan pailit maka kerugian moril maupun materiil berdampak pada nama debitur sendiri, karena Bank (kreditor) lain pasti akan enggan memberikan kredit lagi manakala debitur tersebut pernah dinyatakan pailit, maka jika debitur akan membuka usaha maka peluang untuk mendapatkan kredit dari Bank sangat sulit sebab debitur telah tercantum dalam daftar hitam kreditor.

²⁰ Secara umum debitur adalah seorang yang memiliki kewajiban untuk memenuhi prestasi di dalam suatu perikatan

²¹ J. Fred Weston dan Eugene F. Brigham, penerjemah Alfonsus Srinita, Dasar-dasar keuangan Manajemen, Erlangga, Jakarta 1994, hal. 320.

Hukum kepailitan merupakan aturan yang mempunyai tujuan untuk melakukan pembagian harta pailit kepada para kreditornya dengan melakukan sita umum terhadap seluruh harta debitor/debitur pailit, selanjutnya dibagikan kepada kreditor/para kreditor sesuai dengan proposinya. Ketentuan kepailitan merupakan pelaksanaan lebih dari ketentuan Pasal 1131 B.W. yang menentukan bahwa seluruh harta benda debitor baik yang telah ada sekarang maupun yang akan datang, baik benda bergerak maupun tidak bergerak, menjadi jaminan bagi seluruh perikatannya dan di dalam hukum kepailitan dikenal dengan adanya asas *paritas creditorium*. Sedangkan pada Pasal 1132 B.W. menentukan bahwa harta kekayaan debitor merupakan jaminan bersama untuk para kreditor dan hasilnya harus dibagikan secara proposional di antara mereka, yang merupakan penjabaran dari asas *pari passu prorata parte*.

Selain pasal tersebut diatas mengatur tentang kreditor yang memiliki alasan sah untuk didahulukan (kreditor preferen), pengaturan tentang klasifikasi atau pengelompokan kreditor (kreditor preferen dan kreditor konkuren) dalam hukum kepailitan mengandung asas *structured creditors*. Adapun prinsip *structured creditors* adalah prinsip yang mengklasifikasikan dan mengelompokkan berbagai macam kreditor sesuai dengan kelasnya masing-masing. Dalam kepailitan, kreditor diklasifikasikan menjadi 3 (tiga) macam, yaitu: 1) Kreditor separatis; 2). Kreditor preferen; 3). Kreditor Konkuren.²⁴ Pembagian kreditor menjadi tiga klasifikasi tersebut diatas berbeda dengan pembagian kreditor pada rezim hukum perdata umum.

Adapun pembagian kreditor dalam hukum perdata umum pembedaan kreditor hanya dibedakan dari kreditor preferen dengan kreditor konkuren. Kreditor preferen dalam hukum perdata umum dapat mencakup kreditor yang memiliki hak jaminan kebendaan dan kreditor yang menurut undang-undang harus didahulukan

²² Kreditor adalah seseorang yang memiliki hak untuk menuntut pemenuhan suatu prestasi dari debitur dalam suatu perjanjian.

²³ J. Fred Weston dan Eugene F. Brigham, *op cit* hal. 321

²⁴ M. Hadi Shubhan, Hukum Kepailitan, Norma, Prinsip dan Praktek di Peradilan, Kencana Jakarta 2008, hal. 32

pembayaran piutangnya. Akan tetapi, dalam kepailitan, yang dimaksud kreditor preferen hanya kreditor yang menurut undang-undang harus didahulukan piutangnya, seperti pemegang *hak privilege*, pemegang hak retensi dan lain sebagainya. Sedangkan kreditor yang memiliki jaminan kebendaan, dalam hukum kepailitan diklasifikasikan dengan kreditor separatis.²⁵ Ketiga kreditor tersebut diakui eksistensinya.

Dalam Undang-Undang Kepailitan Belanda tidak terdapat keraguan terhadap hak kreditor separatis dan preferen untuk mengajukan kepailitan (HR 18 Juni 1982, NJ/Nederland Yurisprudensi 1983,1). Hal ini juga dikemukakan oleh Abdul Hakim Garuda Nusantara yang menyitir pendapat Polak, bahwa kreditor-kreditor tersebut tidak hilang kewenangannya untuk mengajukan permohonan kepailitan atas debitor yang berada dalam keadaan berhenti membayar.²⁶

Sekalipun undang-undang telah menyediakan perlindungan hukum kepada para kreditor sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1132 dan Pasal 1133 B.W. tersebut, tetapi perlindungan tersebut belum tentu meyakinkan para calon kreditor untuk memberikan utang kepada calon debitor. Tentu saja akan lebih menguntungkan bagi calon kreditor apabila hukum menyediakan perlindungan hukum yang lebih baik daripada sekedar perlindungan hukum berupa memperoleh pelunasan secara proposional dari hasil penjualan harta debitor sebagai Hak istimewa.

Hak Istimewa yang dimaksudkan ialah suatu hak yang diperoleh Undang-Undang diberikan kepada seorang kreditor sehingga tingkatan kreditor tersebut lebih tinggi daripada kreditor lainnya (kreditor konkuren), semata-mata berdasarkan sifat piutang kreditor tersebut (*vide* Pasal 1134 B.W.). sistem hukum di Indonesia mengenal pemberian perlindungan yang istimewa seperti itu di bagi kreditor-kreditor. Perlindungan istimewa tersebut hanya dapat diberikan apabila dipenuhi ketentuan-ketentuan tertentu dan ditempuh proses tertentu yang ditentukan oleh Undang-Undang.

²⁵ *Ibid.*, hal. 33

²⁶ J. Djohansah, dalam M. Hadi Shubhan, *ibid.*, hal. 33

Perlindungan istimewa tersebut dapat diberikan apabila kreditor tersebut memegang hak jaminan atas benda tertentu milik debitor. Benda tersebut dapat berupa benda bergerak maupun benda tidak bergerak. Adanya pemberian perlindungan istimewa telah diisyaratkan oleh Pasal 1132 B.W. sebagaimana telah dikemukakan diatas. Pasal tersebut menyebutkan bahwa seorang kreditor dapat diberikan hak untuk didahulukan dari kreditor-kreditor lain. Selain diatur pada Pasal 1132 B.W., pemberian perlindungan istimewa terhadap kreditor juga diatur oleh Pasal 1133 B.W., yaitu hak untuk didahulukan diantara para kreditor timbul dari hak istimewa, gadai dan hipotik.²⁷ Hak-hak tersebut merupakan prinsip perlindungan hak bagi kreditor pemegang hak jaminan kebendaan.

Seperti halnya pada gadai dan hipotik disebut hak jaminan, pengaturan tentang hak gadai dalam Pasal 1150 sampai dengan Pasal 1160 B.W. Setelah berlakunya Undang-Undang Hak Tanggungan dan Undang-Undang Fidusia, maka selain gadai dan hipotik, hak tanggungan atas tanah beserta benda-benda yang berkaitan dengan tanah dan hak jaminan fidusia juga merupakan hak-hak jaminan²⁸. Lebih tepatnya hak jaminan kebendaan.

Kreditor yang memiliki jaminan kebendaan dalam hukum kepailitan, diklasifikasikan dengan sebutan kreditor separatis. Adapun kedudukan kreditor separatis kemudian diatur dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996, tentang Hak Tanggungan pada Pasal 21 yang menyatakan:

“Apabila pemberi hak tanggungan dinyatakan pailit, pemegang hak tanggungan tetap berwenang melakukan segala hak yang diperolehnya menurut ketentuan Undang-Undang ini”

Pembentuk Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan memberikan penafsiran otentik sebagaimana dalam Penjelasan Pasal 21 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 yang menyatakan:

²⁷ Zainal Asikin, *Hukum Kepailitan dan Penundaan Pembayaran di Indonesia*, Bina Ilmu Surabaya 1990, hal. 22-23

²⁸ Sutan Remy Sjahdeini, *op cit.*, hal. 6

“bahwa kedudukan diutamakan pemegang hak jaminan lebih dimantapkan dengan mengecualikan berlakunya akibat kepailitan pemberi hak tanggungan terhadap obyek hak tanggungan”.

Penjelasan Pasal 21 tersebut dapat dipahami bahwa kedudukan kreditor separatis terhadap obyek jaminan lebih diutamakan meskipun adanya akibat debitur pailit.

Hal tersebut tercermin dalam Pasal 27 ayat (3) Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Fidusia yang menyatakan: *“Hak didahulukan dari penerima fidusia tidak hapus karena adanya kepailitan dan atau likuidasi pemberi fidusia”*, pasal tersebut menjelaskan bahwa kedudukan kreditor separatis dengan hak-hak yang dipunyai tidak berubah meskipun terjadi kepailitan dan kreditor tetap memiliki kedudukan diatas serta tidak dapat dikalahkan oleh kreditor lain. Selanjutnya kedudukan kreditor separatis juga diatur dalam ketentuan Pasal 1132 B.W., dalam pasal ini ditentukan bahwa ada alasan yang sah bagi para kreditor untuk didahulukan dari kreditor lain. Dengan demikian kedudukan didahulukan dari kreditor memang jelas pengaturannya dan diberikan oleh Undang-Undang.

Penegasan tentang aturan kreditor yang memiliki kedudukan lebih tinggi dari kreditor lain juga merupakan cerminan dari Pasal 1134 B.W., dimana dalam Pasal tersebut ditentukan bahwa undang-undang memberikan kedudukan yang lebih tinggi bagi kreditor (pemegang hak gadai dan hipotik seperti yang ditentukan Pasal 1133 B.W.) dari pada kreditor lainnya. Selain itu Pasal 1134 B.W. ini mengatur dengan jelas dan tegas bahwa kedudukan gadai dan hipotik lebih tinggi dari hak-hak lainnya kecuali ditentukan lain oleh Undang-Undang. Oleh karenanya pengaturan tentang kreditor separatis ini sangatlah jelas, dimana kedudukannya lebih tinggi daripada kreditor lain, karena kreditor separatis adalah pemegang hak gadai, hipotik dan fidusia.

Selain dalam hukum jaminan, pengaturan tentang kedudukan kreditor separatis juga diatur dalam hukum kepailitan, sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 1, Pasal 56, Pasal 57 dan Pasal 58 Peraturan Kepailitan *Staatsblad* 1905 Nomor 217 *Juncto Staatsblad* 1906 Nomor 348. Namun berkaitan dengan kedudukan hak kreditor separatis,

penulis membatasi dan mengemukakan Pasal 1 Peraturan Kepailitan, yang substansinya sebagai berikut:

Pasal 1:

“Setiap debitor yang tidak mampu membayar utangnya yang berada dalam keadaan berhenti membayar kembali utang tersebut, baik atas permintaan sendiri atau permintaan kreditor atau beberapa orang kreditor, dapat diadakan putusan oleh hukum yang menyatakan bahwa debitor yang bersangkutan dalam keadaan pailit”

Selanjutnya pada Pasal 56 ayat (1) dan ayat (3) dinyatakan sebagai berikut:

“(1).Kreditor pemegang hipotik, yang telah membuat perikatan dimaksud dalam Pasal 1178 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, begitu pula pemegang gadai, boleh mengajukan tuntutan atasnya seolah-olah tidak terjadi kepailitan.

(3).Begitu pula pemegang panenan berdasarkan perikatan yang ada, dapat mengajukan tuntutan atas haknya, seolah-olah tidak ada kepailitan.”

Ketentuan dari Pasal 1 Peraturan Kepailitan yang tidak menganut prinsip *paritas creditorium* merupakan kelalaian Undang-Undang. Argumentasinya adalah sebagai berikut bahwa filosofi kepailitan adalah merupakan pranata hukum untuk menghindari *unlawful execution* akibat berebutnya para kreditor untuk memperoleh pembayaran piutangnya dari debitur dimana hal itu akan merugikan baik debitur sendiri maupun kreditor yang datang terakhir atau kreditor yang “lemah” dari proporsi inilah maka diperlukan lembaga kepailitan untuk mengalaborasikan prinsip *paritas creditorium*. Dengan demikian, sungguh sangat tepat revisi Undang-Undang Kepailitan baik melalui Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998, maupun Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004, dimana disyaratkan bahwa untuk mengajukan kepailitan harus terdapat dua atau lebih kreditor.²⁹

²⁹ M. Hadi Shubhan, *op cit.*, hal. 74-75

Selanjutnya dalam Pasal 55 ayat (1) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, dinyatakan sebagai berikut:

“Dengan tetap memperhatikan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 56, Pasal 57 dan Pasal 58, setiap kreditor pemegang gadai, jaminan fidusia, hak tanggungan, hipotik atau hak tanggungan atas kebendaan lainnya, dapat mengeksekusi haknya seolah-olah tidak terjadi kepailitan”.

Ketentuan Pasal 55 ayat (1) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang tersebut mengandung pengertian bahwa seorang kreditor pemegang hak tanggungan sebagaimana dimaksudkan dalam pasal tersebut, tidak terpengaruh oleh putusan pernyataan pailit. Bahkan ketentuan Pasal 55 ayat (1) tersebut sejalan dengan ketentuan mengenai hak kreditor separatis sehingga dengan demikian mengakui adanya hak separatis dari pemegang hak jaminan sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1134 ayat (2) B.W. yang berbunyi: *“Gadai dan Hipotik adalah lebih tinggi daripada hak istimewa kecuali dalam hal-hal dimana oleh undang-undang ditentukan sebaliknya”.*

Pencantuman ketentuan Pasal 55 ayat (1) ini sangat penting bagi kepentingan dan pemberian perlindungan kepada kreditor. Perlindungan hukum istimewa tersebut dapat diberikan apabila kreditor tersebut pemegang hak jaminan atas benda tertentu milik debitur, baik berupa benda bergerak maupun benda tidak bergerak sebagaimana dinyatakan oleh Pasal 1132 B.W. dan Pasal 1133 B.W. diatas.

Dalam hubungannya dengan asset-aset yang digunakan, kedudukan kreditor pemegang hak jaminan (*preferen*) sangat tinggi, bahkan lebih dari kreditor yang di istimewakan lainnya (Pasal 1139 dan Pasal 1149 B.W). sebagaimana dinyatakan oleh Pasal 1132 B.W, kedudukan kreditor *preferen* adalah yang tertinggi dibandingkan dengan kreditor lainnya, kecuali undang-undang menentukan sebaliknya.

Sebaliknya ada Undang-Undang yang menentukan adanya kreditor lain yang memiliki kedudukan lebih tinggi dari kreditor

pemegang hak jaminan (kreditor separatis), sebagaimana yang diatur dalam:

1. Pasal 1149 ayat (1) B.W.
Bahwa biaya-biaya perkara semata-mata disebabkan pelepasan dan penyelesaian suatu warisan.
2. Pasal 21 Undang-Undang Nomor 9 Tahun 1994 tentang Perpajakan.
Bahwa hutang pajak lebih tinggi kedudukannya dari hutang lain termasuk hutang dengan hak jaminan.
3. Undang-Undang Ketenagakerjaan.
Tagihan yang merupakan hak-hak pekerja lebih tinggi kedudukannya dari tagihan biasa termasuk tagihan yang dijamin dengan jaminan hutang. Akan tetapi, B.W (Pasal 1149 ayat (4)) mengkategorikan tagihan tenaga kerja tersebut sebagai *general statutory priority*, sehingga kedudukannya dibawah kreditor separatis;
4. Pasal 23 Peraturan Pemerintah Nomor 68 Tahun 1996 tentang Likuidasi Bank.
Peraturan Pemerintah Nomor 68 Tahun 1996 ini berlaku untuk likuidasi bank, bukan untuk kepailitan bank. Jadi, jika bank tersebut pailit, yang berlaku adalah tetap Undang-Undang Kepailitan dan B.W., seperti juga perusahaan-perusahaan lain.³⁰

Sebagai perbandingan dalam menentukan kedudukan kreditor dapat ditinjau Peraturan Pemerintah Nomor 68 Tahun 1996 tentang Likuidasi Bank, dalam peraturan tersebut ditentukan urutan-urutan kreditor secara khusus untuk likuidasi bank yang diuraikan pada Pasal 23, yaitu sebagai berikut:

1. Gaji pegawai yang terhutang;
2. Biaya perkara di pengadilan;
3. Biaya lelang yang terhutang;
4. Pajak yang terhutang, yang berupa pajak bank-bank dan pajak yang dipotong oleh bank;

³⁰ Munir Fuady, *op cit.*, hal. 100-101

sebagaimana diatur pada Pasal 1132 B.W, 1134 B.W, Pasal 21 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan, Pasal 27 ayat (3) Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia dan Pasal 55 ayat (1) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang. Bahkan selama dalam masa penangguhan 90 (sembilanpuluh) hari dan maksimal 270 (duaratus tujuh puluh) hari, kedudukan kreditor separatis menjadi setara dengan kedudukan kreditor konkuren. Berpijak dari aturan-aturan tersebut maka kedudukan kreditor separatis pada Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tidak konsisten bahkan bertentangan dengan hukum jaminan.

4.3. Hak Kreditor Separatis

Adanya kewenangan kreditor pemegang hak jaminan dalam hukum jaminan sebagaimana ditentukan pada Pasal 14 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda yang Berkaitan Dengan Tanah (Selanjutnya disebut Undang-Undang Hak Tanggungan) dan Pasal 15 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia (selanjutnya disebut Undang-Undang Fidusia), member kewenangan kepada kreditor pemegang hak jaminan untuk mengeksekusi benda jaminan jika debitur tidak dapat melakukan kewajiban-kewajiban yang harus dilakukan atas utangnya. Sebagaimana dinyatakan oleh Pasal 14 ayat (2) Undang-Undang Hak Tanggungan, kewenangan kreditor ini diberikan atas dasar irah-irah sebagaimana ditentukan dalam Pasal 14 ayat (2) Undang-Undang Hak Tanggungan yang menuatakan: *“Sertifikat Hak Tanggungan sebagaimana yang dimaksudkan pada ayat (1) memuat irah-irah dengan kata-kata “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”*. Lebih jelas pengaturan tentang kewenangan kreditor pemegang hak jaminan dalam hukum jaminan diatur dalam ketentuan Pasal 14 ayat (3) Undang-Undang Hak Tanggungan yang menyatakan:

“Sertifikat Hak Tanggungan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) mempunyai kekuatan eksekutorial yang sama dengan

putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap dan berlaku sebagai pengganti grosse acte hypotheek sepanjang mengenai hak atas tanah”

Selanjutnya apabila dibandingkan pada penafsiran oetntik Pembentuk Undang-Undang Hak Tanggungan sebagaimana yang tersirat pada Penjelasan Pasal 14 ayat (2) Undang-Undang Hak Tanggungan yang menyatakan:

“irah-irah yang dicantumkan pada sertifikat Hak Tanggungan dan ketentuan pada ayat ini, dimaksudkan untuk menegaskan adanya kekuatan eksekutorial pada Sertifikat Hak Tanggungan, sehingga apabila debitur cidera janji, maka debitur siap untuk dieksekusi seperti halnya suatu putusan pengadilan yang memperoleh kekuatan hukum tetap, melalut tata cara dan dengan menggunakan lembaga parate executie sesuai dengan peraturan Hukum Acara Perdata”.

Demikian pula pengaturan kewenangan kreditor pada jaminan fidusia sebagaimana yang ditentukan pada Pasal 15 ayat (1) Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Fidusia yang menyatakan:

“Dalam Sertifikat Jaminan Fidusia sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 14 ayat (1) dicantumkan kata-kata “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”

Selanjutnya pengaturan kewenangan kreditor pemegang hak jaminan dipertegas dengan Pasal 15 ayat (2) Undang-Undang Fidusia yang menyatakan: *“Sertifikat Jaminan Fidusia sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) mempunyai kekuatan yang sama dengan Putusan Pengadilan yang memperoleh kekuatan hukum tetap”*.

Bahkan dicantumkannya irah-irah *“Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”* dalam sertifikat hak tanggungan maupun sertifikat jaminan fidusia, hal tersebut menunjukkan bahwa Sertifikat Hak Tanggungan dan Sertifikat Jaminan Fidusia mempunyai kekuatan hukum yang sama dengan Putusan Hakim yaitu telah mempunyai kekuatan hukum yang tetap (*in kracht van gewijsde*)

Niaga dalam memeriksa dan memutus perkara kepailitan atau PKPU pada tingkat pertama dilakukan oleh hakim majelis. Dalam hal perniagaan, Ketua Mahkamah Agung dapat menetapkan jenis dan nilai perkara yang ada pada tingkat pertama diperiksa dan diputus oleh hakim tunggal.

Hakim Pengadilan Niaga diangkat melalui Keputusan Ketua Mahkamah Agung. Adapun syarat untuk dapat diangkat sebagai hakim Pengadilan Niaga, antara lain sebagai berikut:

1. telah berpengalaman sebagai hakim di lingkungan Peradilan Umum;
2. mempunyai dedikasi dan menguasai pengetahuan dibidang masalah-masalah yang menjadi lingkup kewenangan Pengadilan Niaga;
3. berwibawa, jujur, adil dan berkelakuan baik; dan
4. telah berhasil menyelesaikan program pelatihan khusus sebagai hakim pada Pengadilan.

Dilihat dari syarat-syarat untuk menjadi hakim Pengadilan Niaga sebagaimana telah diuraikan diatas (khususnya point 1), sudah dapat dipastikan haruslah hakim karier. Namun demikian, ternyata Undang-Undang Kepailitan memberikan peluang dimungkinkannya **adanya hakim Ad Hoc** dengan syarat-syarat sebagai berikut:²¹

1. mempunyai keahlian;
2. mempunyai dedikasi dan menguasai pengetahuan dibidang masalah-masalah yang menjadi lingkup kewenangan Pengadilan Niaga;
3. berwibawa, jujur, adil dan berkelakuan tidak tercela; dan
4. telah berhasil menyelesaikan program pelatihan khusus sebagai hakim pada Pengadilan.

Berbeda dengan hakim karier, pengangkatan hakim *Ad Hoc* tersebut berdasarkan Keputusan Presiden atas usul Ketua Mahkamah Agung baik pada pengadilan tingkat pertama, kasasi maupun penin-

²¹ Jono, Hukum Kepailitan, Sinar Grafika, Jakarta 2007, hal. 85-86

jauan kembali. Dalam menjalankan tugasnya, hakim Pengadilan Niaga dibantu oleh seorang panitera atau seorang panitera pengganti atau juru sita.

Bagaimanakah hukum acara yang berlaku pada Pengadilan Niaga? "pada prinsipnya" hukum acara yang berlaku bagi Pengadilan Niaga adalah hukum acara perdata yang berlaku secara umum, yaitu hukum acara perdata yang berdsarkan HIR/Rbg. Dikatakan "pada prinsipnya", karena perkecualian tersebut ditetapkan dengan suatu perundang-undangan. Khusus untuk perkara-perkara kepailitan/penundaan pembayaran, maka perkecualian-perkecualian terhadap hukum acara yang berlaku umum, antara lain adalah sebagai berikut:

1. Hanya pengadilan khusus yang berwenang, yaitu Pengadilan Niaga;
2. Hakim khusus;
3. Karena jangka waktu proses peradilan yang terbatas, mau tidak mau prosedur berperkara dan pembuktiannya lebih simpel;
4. Jangka waktu yang berbeda dan lebih pasti untuk tindakan-tindakan prosedural;
5. Tidak mengenal lembaga Banding, tetapi langsung Kasasi dan Peninjauan Kembali;
6. Para pihak khusus dan eksklusif untuk pemohon pailit tertentu. Misalnya, hanya Bank Indonesia yang dapat mengajukan permohonan pailit jika debitur pailitnya adalah Bank, atau hanya BAPEPAM yang dapat mengajukan permohonan pailit jika debitur pailitnya adalah perusahaan efek dan lain-lain;
7. Adanya lembaga hakim pengawas dan kurator;
8. Prinsip "presumsi mengetahui" (presumption of knowledge) dan asas pembuktian terbalik terhadap pengalihan harta debitur dalam hal-hal tertentu;
9. Penangguhan hak eksekusi pemegang hak jaminan hutang tertentu; dan

10. Penggugat wajib diwakili oleh advokat²²

Lebih lanjut mengenai prosedur permohonan pailit pada Pengadilan Niaga sebagaimana disebutkan dalam Pasal 4 Perpu Nomor 1 Tahun 1998 menyatakan bahwa:

- 1). Permohonan pernyataan pailit diajukan kepada Pengadilan melalui panitera;
- 2). Panitera mendaftarkan permohonan pernyataan pailit pada tanggal permohonan yang bersangkutan diajukan, dan kepada pemohon diberikan tanda terima tertulis yang ditanda tangani panitera dengan tanggal yang sama dengan tanggal pendaftaran;
- 3). Panitera menyampaikan permohonan pernyataan pailit kepada Ketua Pengadilan Niaga dalam jangka waktu paling lambat 1 x 24 jam terhitung sejak tanggal permohonan didaftarkan;
- 4). Dalam jangka waktu paling lambat 2 x 24 jam terhitung sejak tanggal permohonan pernyataan pailit didaftarkan, pengadilan mempelajari permohonan dan menetapkan hari sidang;
- 5). Sidang pemeriksaan atas permohonan pernyataan pailit diselenggarakan dalam jangka waktu paling lambat 20 (dua-puluh) hari terhitung sejak tanggal permohonan didaftarkan;
- 6). Atas permohonan debitur dan berdasarkan alasan yang cukup, Pengadilan dapat menunda penyelenggaraan sidang sebagaimana dimaksud dalam ayat (5) sampai dengan paling lama 25 (dua puluh lima) hari terhitung sejak tanggal permohonan didaftarkan;
- 7). Permohonan pernyataan pailit terhadap suatu firma harus memuat nama dan kediaman masing-masing persero yang secara tanggung renteng terikat untuk seluruh utang firma.

Hukum acara perdata yang berlaku pada peradilan umum berlaku juga pada Pengadilan Niaga kecuali Undang-Undang menentukan lain (Pasal 284 ayat (1) Undang-Undang Kepailitan). Dengan demikian berarti bahwa HIR dan Rbg tetap berlaku pada Pengadilan

²² *Ibid*, hal 21-22

Niaga akan tetapi apabila Undang-Undang Kepailitan mengatur secara lebih khusus dari ketentuan-ketentuan HIR dan Rbg yang berlaku umum, maka berlakulah asas *lex specialist derogate lex generalis*. Ketentuan-ketentuan khusus tersebut antara lain berupa tata cara pemeriksaan, upaya hukum dan kuasa pihak berperkara.²³

Dalam Pasal 300 ayat (1) Undang-Undang Kepailitan secara tegas dinyatakan:

“Pengadilan sebagaimana dimaksud dalam undang-undang ini, selain memeriksa dan memutus permohonan pernyataan pailit dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, berwenang pula memeriksa dan memutus perkara lain di bidang perniagaan yang penetapannya dilakukan dengan undang-undang”

Hal ini berarti Pengadilan Niaga selain mempunyai kewenangan absolut untuk memeriksa setiap permohonan pernyataan pailit dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang (PKPU), juga berwenang untuk memeriksa perkara lain yang ditetapkan dengan undang-undang.²⁴

Selain itu, Undang-Undang Kepailitan juga mempertegas kewenangan Pengadilan Niaga yang terkait dengan perjanjian yang memuat klausul arbitrase, yaitu pada Pasal 303 Undang-Undang Kepailitan berbunyi:

“Pengadilan tetap berwenang memeriksa dan menyelesaikan permohonan pernyataan pailit dari para pihak yang terikat perjanjian yang memuat klausul arbitrase, sepanjang utang yang menjadi dasar permohonan pernyataan pailit telah memenuhi ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (1) undang-undang ini”

Pasal 303 ini memberikan penegasan bahwa meskipun dalam suatu perjanjian (utang piutang) mengandung suatu klausul arbitrase,

²³ Prawoto Wingjosumarto *opcit.*, hal. 104

²⁴ Jono, *Hukum Kepailitan*, Sinar Grafika Jakarta 2008 hal. 84

pengadilan niaga tetap berwenang untuk memeriksa dengan syarat bahwa utang yang menjadi dasar permohonan pernyataan pailit telah memenuhi ketentuan yaitu adanya dua atau lebih kreditor dan tidak membayar lunas sedikitnya satu utang yang telah jatuh waktu dan dapat ditagih.²⁵

Pemeriksaan perkara dalam Pengadilan Niaga khususnya yang berhubungan dengan masalah permohonan pernyataan pailit dan penundaan kewajiban pembayaran utang dalam tingkat pertama akan diperiksa oleh Majelis Hakim, sedangkan dalam perkara lainnya Ketua Mahkamah Agung akan menetapkan jenis dan nilai perkara pada tingkat pertama dapat diperiksa oleh Hakim Tunggal.²⁶ Hukum Acara yang berlaku sepanjang tidak ditentukan lain oleh Undang-Undang Kepailitan menggunakan Hukum Acara Perdata.²⁷

3.4. Kurator

Diputuskannya seorang debitur menjadi debitur pailit oleh Pengadilan Niaga membawa konsekuensi hukum, yaitu bagi debitur dijatuhkan sita umum terhadap seluruh harta debitur pailit dan hilangnya kewenangan debitur pailit untuk menguasai dan mengurus harta pailitnya. Sementara itu bagi kreditor, akan mengalami ketidakpastian tentang hubungan hukum antara kreditor dengan debitur pailit. Oleh karena kemudian Undang-Undang Kepailitan menentukan pihak yang akan mengurus persoalan kreditor dengan debitur tersebut, yaitu kurator yang akan melakukan pengurusan dan pemberesan atas harta pailit serta penyelesaian hubungan hukum antara debitur pailit dengan para kreditornya.²⁸

Kurator merupakan salah satu pihak yang cukup memegang peranan dalam suatu proses perkara pailit. Oleh karena peranannya yang besar dan tugasnya yang berat, tidak sembarangan orang dapat menjadi pihak kurator. Karena itu, persyaratan dan prosedur untuk

²⁵ *Ibid.*, hal. 85

²⁶ Pasal 301 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004

²⁷ Pasal 299 Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004.

²⁸ Imran Nating, *Peranan dan Tanggung Jawab Kurator dalam Pengurusan dan Pemberesan Harta Pailit*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta 2005, hal 57

dapat menjadi kurator ini oleh Undang-Undang Kepailitan diatur secara relatif ketat.²⁹

Dari Pasal 15 ayat (1) Undang-Undang Kepailitan, dapat diketahui bahwa pengangkatan kurator adalah wewenang hakim pengadilan niaga. Pihak debitur, kreditor atau pihak yang berwenang (Bapepam, Menteri Keuangan, Kejaksaan, Bank Indonesia) hanya mempunyai hak untuk mengajukan usul pengangkatan kurator kepada pengadilan niaga. Usulan tersebut apakah diterima atau tidak adalah diskresi hakim. Apabila pihak debitur, kreditor atau pihak yang berwenang tersebut tidak mengajukan usulan mengenai pengangkatan kurator, maka secara otomatis Balai Harta Peninggalan (BHP) diangkat sebagai kurator. Pengangkatan kurator didasarkan pada putusan pernyataan pailit, dalam arti bahwa dalam putusan pernyataan pailit harus dinyatakan adanya pengangkatan kurator (Pasal 15 ayat (1) Undang-Undang Kepailitan).³⁰

Perlu dicermati apakah pengadilan niaga boleh mengangkat pihak lain sebagai kurator bukan dari calon-calon kurator yang diusulkan oleh debitur atau kreditor. Undang-Undang Kepailitan tidak memberikan ketentuan tegas yang melarang hal tersebut. Seyogianya apabila pengadilan tidak mengangkat selain calon-calon kurator yang diusulkan oleh debitur atau kreditor. Alasannya adalah untuk menghindari KKN (Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme) antara Hakim dan kurator yang diangkat oleh hakim, selain juga agar pengadilan tidak dicerna apabila ternyata kurator yang bersangkutan dalam menjalankan tugasnya tidak bertindak independen dan atau bertindak dengan itikad baik.³¹

Tidak semua orang dapat menjadi kurator. Menurut Undang-Undang Kepailitan yang lama, kewajiban ini secara khusus dilakukan oleh Balai Harta Peninggalan (BHP). Balai Harta Peninggalan adalah suatu badan khusus dari Departemen Kehakiman (yang dinamakan demikian karena ia juga bertanggung jawab mengenai masalah pengampunan).³² Balai Harta Peninggalan bertindak melalui kuasa

²⁹ Munir fuady, *op cit.*, hal. 38

³⁰ Jono, *op cit.*, hal 141

³¹ Imran Nating, *op cit.*, hal. 58-59

³² *Ibid*, hal 59

perwakilannya yang terletak dalam yurisdiksi pengadilan yang telah menyatakan debitur pailit. Sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan, maka yang dapat bertindak sebagai kurator sebagaimana diatur dalam Pasal 70 UUK adalah:

- a. Balai Harta Peninggalan; atau
- b. Kurator lainnya.

Lebih lanjut dalam Pasal tersebut juga dijelaskan tentang apa yang dimaksud dengan kurator lainnya adalah:

- a. orang atau perseorangan yang berdomisili di Indonesia, yang memiliki keahlian khusus yang dibutuhkan dalam rangka mengurus dan atau membereskan harta pailit; dan
- b. telah terdaftar pada Departemen Kehakiman.

Selanjutnya, pada saat penunjukan kurator, debitur dan kreditor dapat mengusulkan kepada Pengadilan untuk menunjuk seorang kurator tertentu yang independen dan tidak memiliki benturan kepentingan. Undang-Undang Kepailitan telah memberikan penjelasan tentang apa yang dimaksud dengan independen dan tidak mempunyai benturan kepentingan sebagai berikut: "*Bahwa kelangsungan keberadaan kurator tidak tergantung pada debitur atau kreditor, dan kurator tidak memiliki kepentingan ekonomis yang sama dengan kepentingan ekonomis kreditor dan debitur*".³³

Kode Etik Profesi Asosiasi Kurator dan Pengurus³⁴ menyebutkan bahwa benturan kepentingan adalah keterkaitan antara kurator atau pengurus dengan debitur, kreditor dan/atau pihak lain yang dapat menghalangi pelaksanaan tugasnya dengan penuh tanggung jawab sesuai peraturan perundang-undangan yang berlaku. Sebelum menerima penunjukan, kurator yang diusulkan wajib secara jujur mempertimbangkan dan memastikan bahwa yang bersangkutan³⁵:

- a). memiliki keahlian yang diperlukan;
- b). memiliki sumber daya dan kapasitas yang cukup untuk me-

³³ Imran Nating, *op cit.*, hal. 63

³⁴ *Ibid.*, hal 63

³⁵ *Ibid.*, hal 64

laksanakan penunjukan tersebut secara efektif, efisien dan profesional;

Jika kurator merasa tidak dapat memenuhi salah satu atau lebih faktor diatas, kurator tersebut wajib menolak usulan tersebut.

Apabila setelah adanya penunjukan kurator terjadi penggantian kurator, maka terlebih dahulu kurator harus mengajukan permohonan penggantian kurator tersebut ke Pengadilan Niaga, dan atas permohonan tersebut Pengadilan Niaga kemudian memanggil dan mendengar kurator bersangkutan untuk selanjutnya mengangkat kurator baru sebagai penggantinya. Sebagaimana telah diatur dalam Pasal 71 Undang-Undang Kepailitan tentang penggantian kurator menentukan bahwa pengadilan setiap saat dapat mengabulkan usul penggantian kurator setelah memanggil dan mendengar yang diusulkan untuk diganti, dan mengangkat kurator lain dan/atau mengangkat kurator tambahan atas:

- a). permohonan kurator sendiri;
- b). permohonan kurator lainnya jika ada;
- c). usul hakim pengawas;
- d). permintaan debitur pailit.³⁶

Terhadap penunjukan kurator baru Pengadilan harus memberhentikan atau mengangkat kurator atas permintaan atau atas usul kreditor konkuren berdasarkan keputusan rapat kreditor³⁷, dengan persyaratan putusan tersebut harus diambil berdasarkan suara setuju lebih dari seperdua jumlah kreditor konkuren atau kuasanya yang hadir dalam rapat dan yang mewakili lebih dari seperdua jumlah piutang kreditor konkuren atau kuasanya yang hadir dalam rapat tersebut³⁸.

³⁶ Pasal 71 ayat (1) UUK

³⁷ Rapat Kreditor adalah rapat para kreditor yang dipimpin oleh hakim pengawas. Pelaksanaan rapat kreditor untuk pertama kalinya harus dilaksanakan paling lambat 30 (tigapuluh) hari terhitung sejak tanggal putusan pailit ditetapkan. Kurator diwajibkan hadir dalam rapat para kreditor (lih. Pasal 86 UUK)

³⁸ Pasal 71 ayat (2) UUK

Rapat kreditor sebagaimana dimaksud diatas, dapat dilaksanakan jika³⁹:

- a). diwajibkan oleh Undang-Undang Kepailitan;
- b). hakim pengawas menganggap hal itu perlu;
- c). diminta oleh panitia para kreditor berdasarkan alasan kuat; dan
- d). diminta oleh paling sedikit lima orang kreditor yang mewakili seperlima piutang yang telah diakui atau diterima dengan syarat.

Adapun masa tugas seorang kurator terhitung sejak tanggal putusan pailit ditetapkan dan tugas kurator berakhir jika:

1. akur yang telah di homologasikan⁴⁰ dan mempunyai kekuatan hukum tetap⁴¹;
2. fase insolvensi daftar pembagian terakhir mempunyai kekuatan hukum tetap⁴²
3. kepailitan dicabut karena boedel sangat sedikit bahkan nihil⁴³

Lebih lanjut mengenai tugas dan wewenang kurator, Jerry Hoff menyatakan: tujuan kepailitan adalah untuk membayar hak para kreditor yang harusnya mereka peroleh sesuai dengan tingkat urutan tuntutan mereka⁴⁴. Oleh karena itu, kurator harus bertindak untuk kepentingan yang terbaik bagi kreditor dengan tetap memperhatikan kepentingan debitur yang pailit. Kepentingan itu sama sekali tidak boleh diabaikan. Untuk melaksanakan tugas dan kewenangannya, kurator perlu memilah kewenangan yang dimilikinya berdasarkan Undang-Undang Kepailitan⁴⁵.

Wewenang Kurator merupakan hak, dalam arti kekuasaan yang diberikan oleh undang-undang untuk menjalankan tugasnya.

³⁹ Lihat Pasal 90 UUK

⁴⁰ Tercapai Perdamaian

⁴¹ Pasal 166 ayat (1) UUK

⁴² Pasal 202 ayat (1) UUK

⁴³ Pasal 18 ayat (1) UUK

⁴⁴ Jerry Hoff, dalam Imran Nating, Ibid, hal 71

⁴⁵ Lihat Pasal 69 ayat (2) dan ayat (3) UUK

Wewenang selalu terkait dengan tugas (kewajiban) yang dibebankan terhadap seseorang. Pemberian wewenang harus sesuai dengan tugas yang dibebankan. Secara umum, kurator mempunyai wewenang untuk melaksanakan tugas pengurusan dan/atau pemberesan atas harta pailit sejak tanggal putusan pailit diucapkan meskipun terhadap putusan tersebut diajukan kasasi atau peninjauan kembali (Pasal 16 ayat (1) Undang-Undang Kepailitan).⁴⁶ Kewenangan untuk melaksanakan pengurusan dan pemberesan harta debitur pailit ada pada kurator, karena sejak adanya pernyataan pailit, debitur demi hukum kehilangan haknya untuk menguasai dan mengurus kekayaannya yang dimaksudkan dalam kepailitan.⁴⁷

Seorang kurator mempunyai tugas yang cukup berat, yaitu melakukan pengurusan dan pemberesan harta pailit. Oleh karena itu, kurator juga mempunyai tanggung jawab yang cukup berat atas pengurusan dan pemberesan harta pailit yang ia lakukan. Segala perbuatan hukum yang telah dilakukan oleh kurator dalam melakukan pengurusan dan pemberesan harta pailit tidak dapat dipulihkan ke keadaan semula dan mengikat terhadap semua pihak. Apabila dirinci tentang kewenangan, tugas, tanggung jawab, serta kewajiban dan hak kurator yang diatur oleh Undang-Undang Kepailitan antara lain sebagai berikut:

1. Tugas kurator secara umum adalah melakukan pengurusan dari/atau pemberesan harta pailit (Pasal 69 ayat (1)). Tugas ini sudah dapat dijalankannya, sejak tanggal putusan pernyataan pailit dijatuhkan. Meskipun putusan tersebut belum *in kracht*, yakni meskipun terhadap putusan tersebut masih diajukan kasasi dan/atau peninjauan kembali (Pasal 16 ayat (1)).
2. Seorang kurator yang ditunjuk untuk tugas khusus berdasarkan putusan pernyataan pailit, berwenang untuk bertindak sendiri sebatas tugasnya (Pasal 73 ayat (3)).
3. Dapat melakukan pinjaman (mengambil loan) dari pihak ketiga dengan syarat bahwa pengambilan pinjaman tersebut semata-mata dilakukan dalam rangka meningkatkan harta pailit

⁴⁶ Jono, *op cit.*, hal. 58-59

⁴⁷ Pasal 24 Undang-Undang Kepailitan

- (Pasal 69 ayat (2)).
4. Terhadap pengambilan pinjaman dari pihak ketiga, dengan persetujuan Hakim Pengawas, pihak kurator berwenang pula untuk membebani harta pailit dengan hak tanggungan, gadai dan hak agunan lainnya (Pasal 69 ayat (3)).
 5. Kurator dapat menghadap pengadilan dengan siizin hakim pengawas kecuali untuk hal-hal tertentu (Pasal 69 ayat (3)).
 6. Kewenangan yang dimaksud dalam Pasal 36 (Perjanjian timbal balik).
 7. Kewenangan untuk menjual agunan dari kreditor separatis setelah 2 (dua) bulan insolvensi (Pasal 59 ayat (1)) atau kurator menjual barang bergerak dalam masa *stay* (Pasal (56 ayat (3)). Ataupun membebaskan barang agunan dengan membayar kepada kreditor separatis yang bersangkutan jumlah terkecil antara harga pasar dan jumlah hutang yang dijamin dengan barang agunan tersebut (Pasal 59 ayat (3)).
 8. Kewenangan untuk melanjutkan usaha debitur yang dinyatakan pailit (atas persetujuan panitia kreditor atau hakim pengawas jika tidak ada panitia kreditor) walaupun terhadap putusan pernyataan pailit tersebut diajukan kasasi atau peninjauan kembali (Pasal 104).]
 9. Kurator berwenang untuk mengalihkan harta pailit sebelum verifikasi (atas persetujuan hakim pengawas) (Pasal 107 ayat (1)).
 10. Kewenangan untuk menerima atau menolak permohonan pihak kreditor atau pihak ketiga untuk mengangkat penangguhan atau mengubah syarat-syarat penangguhan pelaksanaan hak eksekusi hak tanggungan, gadai atau hak agunan lainnya (Pasal 57 ayat (2)).
 11. Membuat uraian mengenai harta pailit (Pasal 100).
 12. Mencocokkan piutang dan membuat daftar piutang (Pasal 116 *juncto* Pasal 117).
 13. Melaksanakan pembayaran kepada kreditor dalam proses pemberesan (Pasal 201).

14. Melakukan tuntutan berdasarkan pranata hukum *actio paulina* (Pasal 41 *Juncto* 47 ayat (1)) atau tindakan pembatalan lainnya (Pasal 45 *Juncto* Pasal 47 ayat (1)).
15. Membebaskan barang yang menjadi agunan dengan membayar kepada kreditor yang bersangkutan jumlah terkecil antara harga pasar barang agunan dan jumlah uang yang dijamin dengan barang agunan tersebut (Pasal 59 ayat (3)).
16. Hak kurator atas imbalan jasa (*fee*) yang ditetapkan dalam putusan pernyataan pailit oleh hakim yang berdasarkan pada pedoman yang ditetapkan oleh Menteri Kehakiman (Pasal 75 *juncto* Pasal 76).
17. Kurator bertanggung jawab terhadap kesalahan atau kelalaiannya dalam melaksanakan tugas-tugas pengurusan dan/atau pemberesan yang menyebabkan kerugian terhadap harta pailit (Pasal 72).
18. Kurator harus independen dan terbebas dari setiap benturan kepentingan dengan debitur atau kreditor dan tidak boleh sekaligus memegang lebih dari 3 (tiga) kasus kepailitan/PKPU (Pasal 15 ayat (3)).
19. Kewajiban menyampaikan laporan 3 (tiga) bulanan kepada hakim pengawas mengenai keadaan harta pailit dan pelaksanaan tugasnya (Pasal 74 ayat (1)).
20. Apabila telah ditetapkan hari pelelangannya, pelelangan dilanjutkan oleh kurator atas beban harta pailit dengan kuasa dari hakim pengawas (Pasal 33).
21. Kurator dapat menghentikan ikatan sewa-menyewa (Pasal 38). Sewa-menyewa yang dapat dihentikan karena debitur dinyatakan pailit adalah jika debitur pailit tersebut menyewa suatu barang dari pihak lain. Dalam hal ini, baik kurator ataupun pihak yang menyewakan barangnya sama-sama dapat memutuskan hubungan sewa-menyewa tersebut. Untuk hal tersebut Undang-undang mensyaratkan agar dilakukan suatu pemberitahuan pengakhiran sewa (*notice*), dengan jangka waktu sebagai berikut:

- a. Jangka waktu dilihat pada kebiasaan setempat, dan
- b. Jangka waktu dilihat pada pengaturannya dalam kontrak, atau
- c. Jangka waktu dilihat pada kelaziman untuk kontrak seperti itu, atau;
- d. setidaknya-tidaknya jangka waktu 90 (sembilan puluh) hari dianggap sudah cukup.

Akan tetapi, jika sudah dibayar uang sewa dimuka, sewa-menyewa tersebut tidak dapat diakhiri sampai dengan berakhirnya jumlah uang sewa yang dibayar dimuka tersebut.

Sejak pernyataan pailit, segala uang sewa yang harus dibayar oleh debitor merupakan hutang harta pailit (*estate debt*). Lihat Pasal 38 ayat (4) Undang-Undang Kepailitan.

Ketentuan sewa-menyewa di atas berlaku jika yang menyewa barang tersebut adalah debitor pailit. Namun, jika debitor pailit justru sebagai pihak yang menyewakan barangnya, tidak ada pengaturannya dalam Undang-Undang Kepailitan, sehingga yang berlaku adalah kontrak yang bersangkutan dan pengaturan sewa-menyewa pada umumnya.

22. Kurator dapat memutuskan hubungan kerja dengan karyawan (Pasal 39). Jika setelah diputuskan pernyataan pailit, ada karyawan yang berkerja pada debitor pailit, baik karyawan maupun kurator sama-sama berhak untuk memutuskan hubungan kerja. Namun demikian, untuk pemutusan hubungan kerja tersebut diperlukan suatu pemberitahuan PHK (*notice*) dengan jangka waktu pemberitahuan sebagai berikut:
 - a. Jangka waktu Pemberitahuan PHK yang sesuai dengan perjanjian kerja, atau
 - b. Jangka waktu tersebut sesuai dengan perundang-undangan yang berlaku di bidang ketenagakerjaan, atau
 - c. Dapat di-PHK dengan pemberitahuan minimal dalam jangka waktu 45 (empat puluh lima) hari.

Disamping itu, sama dengan uang sewa yang belum dibayar, maka sejak dinyatakan debitor pailit, upah karyawan dianggap hutang harta pailit (*estate debt*), sebagaimana diatur dalam Pasal 39 ayat (2) Undang-Undang Kepailitan.

Ketentuan tentang PHK seperti tersebut diatas hanya berlaku jika pihak karyawan yang berkerja pada debitor pailit. Jika debitor pailit yang menjadi karyawan pada pihak lain, tidak ada pengaturannya dalam perundang-undangan tentang kepailitan, sehingga untuk hal yang demikian sepenuhnya berlaku perjanjian kerja dan perundang-undangan dibidang ketenaga kerjaan.

23. Kurator dapat menerima warisan, tetapi jika menguntungkan harta pailit (Pasal 40 ayat (1)).
24. Kurator dapat menolak warisan dengan izin dari hakim pengawas (Pasal 40 ayat (2)).
25. Barang-Barang Berharga Milik Debitur Pailit Disimpan oleh kurator. Adalah wajar jika kurator sangat berkepentingan terhadap barang-barang berharga milik debitor pailit. Karena itu, kurator berwenang untuk menyimpannya dengan cara yang dianggap paling aman. Misalnya, emas, berlian, atau surat berharga disimpan oleh kurator dalam *safe deposit* pada bank-bank. Akan tetapi, hakim pengawas berwenang pula untuk menentukan cara-cara penyimpanan oleh kurator tersebut, *vide* Pasal 108 Undang-Undang Kepailitan.
26. Kurator berkewajiban menjual harta dalam rangka pemberesan. Menjual aset-aset debitor pailit sebenarnya merupakan salah satu tugas utama dari kreditor sesuai dengan prinsip *Cash is the King*. Penjualan aset debitor ini (setelah insolvensi dan tidak dilakukan pengurusan harta debitor) tidak memerlukan persetujuan siapa-siapa. Lihat Pasal 164 ayat (1), Pasal 16 ayat (1), dan Pasal 69 ayat (2) Undang-Undang Kepailitan. Kecuali ditentukan lain dalam undang-undang, seperti yang terdapat dalam Pasal 107 ayat (1) Undang-Undang Kepailitan. Pasal 107 ayat (1) ini mensyaratkan adanya persetujuan hakim

pengawas dalam hal pengalihan aset debitur pailit untuk tujuan-tujuan tertentu dalam masa sebelum insolvensi.⁴⁸

Selanjutnya untuk membahas tentang kewenangan kurator, perlu terlebih dahulu dijelaskan definisi wewenang. Adapun wewenang diartikan sebagai berikut:⁴⁹

1. hak dan kekuasaan untuk bertindak; kewenangan;
2. kekuasaan membuat keputusan, memerintah dan melimpahkan tanggung jawab kepada orang lain;
3. fungsi yang boleh tidak dilaksanakan.

Menurut hukum publik, dirumuskan pengertian wewenang sebagai kekuasaan yuridis dari suatu jabatan. Karena sifat jabatan terletak dalam hukum publik, ia melahirkan kewenangan publik yaitu kewenangan untuk melakukan tindakan hukum publik. Korelatif dari kekuasaan adalah pertanggung jawaban atau kekurangan (*liability*). Dengan demikian wewenang merupakan kekuasaan yuridis dibidang publik. Wewenang juga dapat diartikan sebagai hak. Menurut Salmon, hak mempunyai pengertian sebagai berikut:

1. hak dalam arti sempit;
2. kemerdekaan;
3. kekuasaan;
4. imunitas.

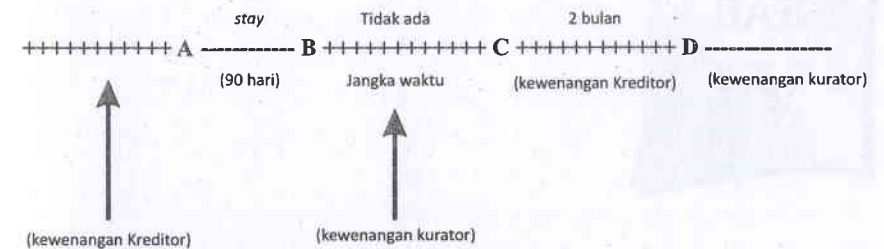
Wewenang kurator merupakan hak, dalam arti kekuasaan yang diberikan oleh Undang-Undang untuk menjalankan tugasnya. Wewenang selalu terkait dengan tugas (kewajiban) yang dibebankan terhadap seseorang. Secara umum, kurator mempunyai wewenang untuk melaksanakan tugas pengurusan dan/atau pemberesan harta pailit sejak tanggal putusan pailit diucapkan meskipun terhadap putusan tersebut diajukan kasasi atau peninjauan kembali.⁵⁰

⁴⁸ Munir Fuady, *Hukum Pailit dalam Teori dan Praktek.*, Citra Aditya Bakti Bandung 2005, hal 44-48

⁴⁹ Kamus Besar Bahasa Indonesia, Edisi Kedua, Cet. ke-4, Tahun 1995, Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, Balai Pustaka

⁵⁰ Pasal 16 ayat (1) UUK

Selanjutnya, tentang kewenangan mengeksekusi jaminan hutang tersebut dapat dilihat dalam diagram berikut ini.



Keterangan Diagram:

- +++++ : Kewenangan eksekusi oleh kreditor preferens.
 ----- : Kreditor preferens tidak punya kewenangan eksekusi.

- A Putusan pailit (tingkat pertama) oleh pengadilan niaga.
- B Masa *stay* berakhir, yaitu dalam waktu maksimum 90 (sembilan puluh hari) setelah putusan pengadilan niaga tingkat pertama.
- C Insolvensi, yakni debitur pailit berada dalam keadaan tidak mampu membayar hutang.
- D Habisnya masa kewenangan kreditor preferens 2 (dua) bulan setelah insolvensi. Setelah fase D ini, berlaku ketentuan sebagai berikut:
 1. Kreditor preferens tidak berwenang lagi mengeksekusi hak jaminannya;
 2. Kewenangan tersebut diambil alih oleh kurator;
 3. Kreditor preferens, meskipun dia akan mendapatkan seluruh hak-haknya, tetapi mesti menunggu sampai dilakukan pembagian harta pailit;
 4. Terkena kewajiban pembayaran biaya kepailitan secara proporsional.⁵¹

⁵¹ *Ibid.*, hal. 104



KREDITOR SEPARATIS MENURUT HUKUM JAMINAN DAN HUKUM KEPAILITAN

4.1. Makna Kreditor Separatis

Sebagaimana telah dijelaskan pada bab sebelumnya, Aulis Aarnio menyatakan bahwa ilmu hukum adalah ilmu tentang makna-makna¹, menentukan makna dari sesuatu adalah menginterpretasikan sesuatu itu. Dengan demikian memaparkan aturan hukum adalah menafsirkan atauran hukum. Pada pemaparan hukum yang terjadi adalah kegiatan menentukan isi aturan hukum setepat mungkin.

Kegiatan menetapkan isi aturan hukum, artinya menetapkan apa yang menjadi akedah hukumnya, pada dasarnya adalah merumuskan hipotesis tentang makna aturan hukum atau teks undang-undang. Karena itu, pemaparan aturan hukum akan sangat tergantung

¹ Aulis Aarnio, *A Hermeneutik Approach In Legal Theory*, dalam *Philosophical perspective In Jurisprudence*, Helsinki, 1983 hal. 64, dalam Benard Arief Sidharta, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum*, Mandar Maju Bandung 1999, hal. 149.

pada teori interpretasi yang dianut ilmuwan hukum. Penggunaan teori interpretasi ini dapat menghasilkan lebih dari satu hipotesis tentang makna aturan hukum yang ditelaah. Maka ilmuwan hukum dalam kerangka teori interpretasi yang dianutnya akan terus memilih dari berbagai makna aturan hukum yang mungkin itu, satu makna yang paling optimal dengan mempertimbangkan berbagai faktor lain.

Demikian pula hukum mengandung suatu tegangan antara idea hukum pada satu sisi dan bentuknya pada sisi lainnya. Dapat dikatakan juga bahwa pada suatu sisi terdapat idea hukum dan pada sisi lain Perundang-undangan, peradilan, Negara (*instrumentarium juridis*) dan dengan bantuan sarana (*instrumentarium*) tersebut idea hukum harus (dapat) diwujudkan. Ini mengandung arti bahwa hukum positif itu adalah sesuatu yang lebih ketimbang apa yang terdapat dalam undang-undang atau vonis-vonis (*arrest*). Gejala-gejala ini adalah ungkapan (perwujudan) dan suatu asas pra-positif (diatas atau mendahului yang positif).

Dari asas itulah hukum positif itu memperoleh "makna hukum"nya². Untuk memaknai Hak Separatis, maka peneliti perlu mengetahui asas pra positif yang terkandung dalam kedudukan dan kewenangan kreditor dalam Hukum Jaminan dan Undang-Undang Kepailitan agar Nampak kepastian hukum hak kreditor yang mendapatkan hak separatis.

Hukum jaminan mengenal istilah "kreditor separatis", dikatakan "separatis" yang berkonotasi "pemisahan" karena kedudukan kreditor tersebut memang dipisahkan dari kreditor lainnya, dalam arti kreditor dapat menjual sendiri dan mengambil sendiri dari hasil penjualan, yang terpisah dengan harta pailit pada umumnya.³ Menurut Kamus Hukum separatis diartikan bahwa "dalam hal adanya kepailitan ada penagih yang berhak mendahului menagih piutangnya"⁴.

² Meuwissen, *Teori Hukum*, Majalah Hukum Pro Justitia, Tahun XII, Nomor 2 April 1994, hal. 24

³ *Ibid.*, hal. 99

⁴ Yan Pramadya Puspa, Kamus Hukum Edisi lengkap Bahasa Belanda Indonesia, Inggris, CV. Aneka Ilmu, Semarang 1977, hal. 767

Selanjutnya menurut Setiawan, hak separatis adalah: "hak yang diberikan oleh hukum kepada kreditor pemegang hak jaminan, bahwa barang jaminan (agunan) yang dibebani dengan hak jaminan (hak agunan) tidak termasuk harta pailit"⁵. Sedangkan menurut Elijana: "kreditor separatis adalah kreditor yang tidak terkena akibat kepailitan, artinya para kreditor separatis tetap dapat melaksanakan hak-hak eksekusinya meskipun debitor nya telah dinyatakan pailit.⁶ Karena hak separatis adalah hak yang diberikan oleh hukum kepada kreditor pemegang jaminan, bahwa barang jaminan (agunan) yang dibebani hak jaminan (agunan) adalah tidak termasuk harta pailit⁷ tentunya bertujuan untuk memberikan perlindungan kepada kreditor manakala debitor pailit.

Munir Fuady menyebutkan bahwa kreditor separatis adalah kreditor yang memiliki jaminan hutang kebendaan (Hak Jaminan), seperti pemegang hak tanggungan, hipotik, gadai, fidusia dan lain-lain (Pasal 55 Undang-undang Nomor 34 Tahun 2007 tentang Kepailitan dan Penundaan Pembayaran Utang). Kreditor dengan jaminan yang bukan jaminan kebendaan yang (seperti garansi termasuk garansi bank) bukan merupakan kreditor separatis.⁸ Pemahaman yang dimasukdkan dengan hak kreditor separatis adalah hak yang diberikan oleh hukum kepada kreditor pemegang hak jaminan untuk tetap dapat melaksanakan hak-hak eksekusinya meskipun debitor telah dinyatakan pailit. Sedangkan menurut Sri Soedewi, Hak Kreditor separatis para pemegang gadai dan pemegang hipotik dapat melaksanakan haknya dengan cepat/mudah, tidak terpengaruh dengan adanya kepailitan.⁹ Kekuatan hak kreditor separatis pada hak

⁵ Setiawan, Hak Tanggungan dan Masalah Eksekusinya, Varia Peradilan, Majalah Hukum Tahun XI Nomor 131, Agustus 1977

⁶ Elijana, Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1998 Tentang Perubahan Atas Undang-undang Kepailitan, Makalah Dalam Seminar UU Kepailitan di Jakarta, Juni 1998.

⁷ Setiawan, Kepailitan: Konsep-Konsep dasar serta Pengertiannya, Varia Peradilan Nomor 156 hal. 98-99

⁸ Munir Fuady, *op cit.*, hal. 99

⁹ Sri Soedewi Masjshoen Sofwan, hukum Jaminan di Indonesia Pokok-Pokok Hukum Jaminan dan Jaminan Perorangan, Liberty, Yogyakarta 1980, hal. 77-78

gadai dan hak hipotik menurut B.W. dapat dimaknai sebagai kreditor yang terkuat dan diutamakan dari kreditor lainnya, apabila diantara para berpiutangnya itu ada alasan-alasan yang sah untuk didahulukan. Selanjutnya pengaturan tersebut dipertegas dengan pengaturan pada Pasal 1134 B.W yang dinyatakan sebagai berikut:

“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. Gadai dan Hipotik adalah lebih tinggi daripada hak istimewa, kecuali dalam hal-hal dimana oleh undang-undang ditentukan sebaliknya”

Pasal 1134 B.W ini sangat jelas mengatur bahwa adanya seseorang yang mempunyai piutang atau dapat disebut dengan kreditor, yang berdasarkan sifat piutangnya memiliki kedudukannya lebih tinggi daripada yang lainnya serta lebih tinggi daripada hak istimewa (*hak privilege*).

Tujuan dibentuknya Pasal 1133 B.W. dan 1134 B.W. untuk menjamin kepastian hukum terhadap kreditor yang telah diikat dengan hak jaminan berupa gadai dan hipotik lebih tinggi dari kreditor lainnya karena sifat piutangnya. Meskipun *hak privilege* dan hak yang dipunyai gadai dan hipotik sama-sama mempunyai hak yang diutamakan, tetapi menurut ketentuan dalam Undang-Undang (Pasal 1134 B.W) hak gadai dan hak hipotik mempunyai kedudukan yang diutamakan dari *hak privilege* kecuali undang-undang menentukan lain. Oleh karenanya dapat dipahami bahwa para kreditor pemegang hak gadai dan hipotik mempunyai kedudukan yang terkuat, dibandingkan dengan para kreditor konkruen yang kedudukannya sama dengan kreditor lainnya.

Berdasarkan uraian tersebut diatas, dapat dipahami bahwa hak didahulukan (hak preferen) diberikan kepada kreditor yang mempunyai hak jaminan kebendaan. Adapun yang dimaksud dengan hak di dahulukan dari kreditor konkuren, apabila kreditor tersebut mempunyai hak jaminan kebendaan dan debitur telah dinyatakan wanprestasi dan atau debitur dinyatakan pailit, maka kreditor tersebut

dapat melaksanakan eksekusinya. Sebagai salah satu perwujudan dari kedudukan diutamakan dari kreditor-kreditor lainnya terbaca dalam Pasal 1155 B.W tentang Gadai dan Pasal 1178 B.W. tentang Hipotik.

Apabila ditelusuri tentang pengaturan hak kreditor separatis dalam hukum jaminan diluar B.W. diatur dalam Pasal 21 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan, yang dinyatakan: “Apabila pemberi hak tanggungan dinyatakan pailit, pemegang hak tanggungan tetap berwenang melakukan segala hak yang diperolehnya menurut ketentuan Undang-Undang ini”. Pembuat Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996, memberikan penafsiran otentiknya sebagaimana dalam penjelasan Pasal 21 tersebut menyatakan bahwa ketentuan Pasal ini lebih memantapkan kedudukan diutamakan pemegang hak tanggungan dengan mengecualikan berlakunya akibat kepailitan pemberi hak tanggungan terhadap obyek hak tanggungan serta pemegang hak jaminan berwenang untuk melakukan segala hak yang diperolehnya menurut ketentuan Undang-Undang.

Selanjutnya terhadap hak kreditor separatis dalam hukum jaminan yang diikat dengan jaminan fidusia diatur pada Pasal 27 ayat (3) Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang jaminan fidusia, yang dinyatakan sebagai berikut: “hak yang didahulukan dari penerima fidusia tidak hapus karena adanya kepailitan dan atau likuidasi pemberi fidusia”. Pada Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Fidusia, pembuat undang-undang memberi penafsirannya sebagaimana dalam penjelasan Pasal 27 ayat (3) yang menentukan ketentuan dalam ayat ini berhubungan dengan ketentuan bahwa jaminan fidusia merupakan hak agunan atas kebendaan bagi pelunasan hutang.

Berdasarkan uraian diatas, maka yang terkandung adalah pemegang hak jaminan baik itu pemegang hak tanggungan, gadai dan hipotik dapat melakukan segala hak yang diperoleh termasuk hak untuk diutamakan bagi kreditornya. Adapun yang dimaksud dengan “melaksanakan hak-hak” nya dalam pasal ini adalah tidak lain melaksanakan penjualan.¹⁰ Sedangkan menurut J.Satrio, kreditor

¹⁰ A.S.v. Nierop, dalam J.Satrio, Hukum Jaminan, Hak Jaminan Kebendaan, Hak Tanggungan, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung 1998, hal. 286.

dapat melaksanakan hak-haknya dalam Undang-Undang Hak Tanggungan seakan-akan tidak ada kepailitan atau seakan-akan tagihan kreditor berada diluar kepailitan dan atau diluar sitaan umum. Oleh karenanya kreditor seperti itu disebut "Kreditor separatis".¹¹

Bahwa dari berbagai pendapat para ahli dan berbagai peraturan tentang hukum jaminan kebendaan (gadai, hipotik, hak tanggungan dan fidusia) sebagaimana yang terurai diatas, maka dapat dipahami yang dimaksudkan dengan hak kreditor separatis terkandung unsur-unsur sebagai berikut:

1. Kreditor diberi hak secara *ex lege*;
2. Hak timbul dari hak jaminan kebendaan;
3. Kreditor memiliki hak jaminan kebendaan;
4. Kreditor mempunyai kedudukan didahulukan dari kreditor konkuren;
5. Debitur telah dinyatakan pailit;
6. Kreditor tidak terkena akibat debitur pailit;
7. Hak jaminan tidak termasuk harta pailit;
8. Kreditor dapat melaksanakan eksekusinya terhadap benda jaminan;
9. Kreditor mempunyai kewenangan untuk menjual sendiri dan menerima hasil penjualannya yang terpisah dari harta pailit.
10. Wilayah Pengadilan yang berwenang menerima, memeriksa, memutuskan adalah Pengadilan Niaga.

Unsur-unsur yang dikemukakan diatas merupakan makna yang terkandung sebagai kreditor separatis atau dengan kata lain bahwa kreditor dapat sebagai kreditor separatis apabila unsur-unsur tersebut diatas terpenuhi.

¹¹ J. Satrio, *ibid*, hal. 284.

4.2. Kedudukan Kreditor Separatis

Pada dasarnya kedudukan para kreditor adalah sama (*paritas creditorium*) dan karenanya mereka mempunyai hak yang sama atas hasil eksekusi boedel pailit sesuai dengan besarnya tagihan mereka masing-masing (*pari passu pro rata parte*). Namun demikian asas tersebut mengenal pengecualian yaitu golongan kreditor yang memegang hak agunan atas kebendaan dan golongan kreditor yang haknya didahulukan berdasarkan Undang-Undang Kepailitan dan peraturan perundang-undangan lainnya. Dengan demikian, asas *paritas creditorium* berlaku bagi para kreditor konkuren saja.¹²

Kreditor yang memiliki jaminan kebendaan dalam hukum Kepailitan dikualifikasikan sebagai kreditor separatis. Penggunaan istilah pailit dalam bahasa Belanda, Perancis, Latin maupun Inggris berbeda-beda. Bahasa Perancis menggunakan istilah *faillite* yang artinya pemogokan atau kemacetan dalam melakukan pembayaran. Orang yang mogok atau macet atau berhenti membayar hutang nya dalam bahasa Perancis disebut *le faillie*. Istilah pailit dalam bahasa Belanda adalah *failliet*, dalam bahasa Inggris digunakan istilah *failure*, sedangkan dalam bahasa latin digunakan istilah *fallire*¹³.

Kreditor separatis adalah kreditor pemegang hak jaminan kebendaan yang dapat bertindak sendiri. Golongan kreditor ini tidak terkena akibat putusan pernyataan pailit debitur, artinya hak-hak eksekusi mereka tetap dapat dijalankan seperti tidak ada kepailitan debitur.¹⁴ Kreditor golongan ini dapat menjual sendiri barang-barang yang menjadi jaminan, seolah-olah tidak terjadi kepailitan. Dari hasil penjualan tersebut, mereka (kreditor separatis) mengambil sebesar piutangnya, sedangkan jika ada sisanya disetorkan ke kas kurator

¹² Fred B.G Tumbuan, Pokok-Pokok Undang-Undang tentang Kepailitan sebagaimana diubah oleh Perpu Nomor: 1/1998, dalam Penyelesaian Utang Piutang melalui Pailit atau Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, Editor: Rudhi A.Lontoh, Alumni Bandung, 2001, Hal. 128

¹³ Zainal Asikin, *Hukum Kepailitan dan Penundaan Pembayaran di Indonesia*, Bina Ilmu Surabaya 1990, hal. 22-23

¹⁴ Ellijana, Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1998 Tentang Perubahan Atas Undang-undang Kepailitan, Makalah Dalam Seminar UU Kepailitan di Jakarta, Juni 1998

sebagai boedel pailit. Sebaliknya bila hasil penjualan tersebut ternyata tidak mencukupi, kreditor tersebut untuk tagihan yang belum terbayar dapat memasukkan kekurangannya sebagai kreditor bersaing (konkuren).¹⁵

Akan tetapi, jika terdapat kreditor diistimewakan yang tingkatannya diatas tingkatan kreditor separatis, *vide* Pasal 1134 ayat (2) B.W, kurator dan kreditor diistimewakan tersebut dapat meminta kreditor separatis agar hasil penjualan harta jaminan hutang tersebut diserahkan kepada kurator dan kreditor diistimewakan sejumlah yang sama dengan piutang yang diistimewakan tersebut (Pasal 60 ayat (2) UUK). Hanya saja meskipun kreditor separatis dapat mengeksekusi dan mengambil sendiri hasil penjualan hak jaminan, tetapi kreditor separatis tunduk pada hukum tentang penangguhan eksekusi untuk masa tertentu, yakni selama maksimum 90 (sembilanpuluh) hari untuk kepailitan dan maksimum 270 (duaratus tujuh puluh) hari untuk penundaan kewajiban pembayaran hutang, *vide* Pasal 228 ayat (6) UUK. Dengan demikian, dalam hubungan dengan aset-aset yang dijamin tersebut, kedudukan kreditor separatis sangat tinggi, lebih tinggi dari kreditor yang diistimewakan lainnya (Pasal 1139 dan Pasal 1149 B.W). Dengan kata lain, kedudukan kreditor separatis adalah yang tertinggi dibandingkan kreditor lainnya, kecuali Undang-Undang menentukan sebaliknya. Lihat Pasal 1134 ayat (2) B.W.¹⁶

Hak jaminan kebendaan yang memberikan hak menjual sendiri secara lelang dan untuk memperoleh pelunasan secara mendahului terdiri dari hal-hal berikut:¹⁷

- 1). **Gadai** yang diatur dalam Bab XX Buku III B.W untuk kebendaan bergerak dengan cara melepaskan kebendaan yang dijamin tersebut dari penguasaan pihak yang memberikan jaminan kebendaan berupa gadai tersebut;
- 2). **Hipotek** yang diatur dalam Bab XXI Buku III B.W yang menurut Pasal 314 Kitab Undang-Undang Hukum Dagang

¹⁵ Erman Rajagukguk, dalam Imran Nating, *opcit*, hal 48

¹⁶ Munir Fuady, *opcit*, hal 100

¹⁷ Kartini Muljadi dan Gunawan Widjaja, *Pedoman Menangani Perkara Kepailitan*, RajaGrafindo Persada, Jakarta 2003, hal 107

berlaku untuk kapal laut yang memiliki ukuran sekurang-kurangnya 20 m³ (dua puluh meter kubik) dan didaftar di syahbandar Direktorat Jenderal Perhubungan Laut Departemen Perhubungan sehingga memiliki kebangsaan sebagai kapal Indonesia dan diperlakukan sebagai benda tidak bergerak. Sementara itu, yang tidak terdaftar dianggap sebagai benda bergerak sehingga padanya berlaku ketentuan Pasal 1977 B.W;

3). **Hak Tanggungan** sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 yang mengatur mengenai penjaminan atas hak-hak tanah tertentu berikut kebendaan yang dianggap melekat dan diperuntukkan untuk dipergunakan secara bersama-sama dengan bidang tanah yang diatasnya terdapat hak-hak atas tanah yang dapat dijamin dengan Hak Tanggungan.¹⁸ Ada beberapa unsur pokok dari hak tanggungan yang termuat dalam definisi diatas, antara lain sebagai berikut:¹⁹

- a). hak tanggungan adalah hak jaminan pelunasan utang;
- b). obyek hak tanggungan adalah hak atas tanah sesuai dengan UUPA;
- c). hak tanggungan dapat dibebankan atas tanahnya (hak atas tanah) saja, tetapi dapat pula dibebankan berikut benda-benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu;
- d). utang yang dijamin harus utang tertentu;
- e). memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditor tertentu terhadap kreditor-kreditor lain.

4). **Jaminan Fidusia** yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999, Undang-Undang tersebut tidak memberikan rumusan positif mengenai kebendaan yang dapat dijamin

¹⁸ Lihat ketentuan Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan atas Tanah Beserta Benda-Benda yang Berkaitan dengan Tanah

¹⁹ Sutan Remy Sjahdeini, *Hak Tanggungan Asas-Asas, Ketentuan-Ketentuan Pokok dan Masalah yang Dihadapi Oleh Perbankan*, Alumni Bandung, 1999, hal 11

secara fidusia. Pasal 3 Undang-Undang Jaminan Fidusia menetapkan bahwa jaminan fidusia tidak berlaku terhadap:

- a). hak tanggungan yang berkaitan dengan tanah dan bangunan, sepanjang peraturan perundang-undangan yang berlaku menentukan jaminan atas benda-benda tersebut wajib didaftar. Kendati demikian, bangunan diatas tanah milik orang lain yang tidak dibebani hak tanggungan berdasarkan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan dapat dijadikan obyek Jaminan Fidusia;
- b). hipotek atas kapal yang terdaftar dengan isi kotor berukuran 20 m³ (dua puluh meter kubik) atau lebih;
- c). hipotek atas pesawat terbang; dan
- d). gadai.

Penggunaan istilah kepailitan bermula pada saat debitur²⁰ tidak mampu memenuhi jadwal pembayaran utangnya atau ketika proyeksi arus kas perusahaan menunjukkan bahwa dalam waktu dekat kewajiban-kewajiban pembayaran tidak akan dapat dipenuhi.²¹ Ketika perusahaan dalam keadaan berhenti membayar utang-utangnya, maka harus diputuskan apakah perusahaan tersebut akan dimohonkan untuk dinyatakan pailit, ataukah tetap dipertahankan hidup melalui restukturisasi. Keputusan ini pada dasarnya sangat bergantung pada pilihan mana yang terbaik, dalam arti tindakan mana yang akan memberikan nilai terbesar bagi kreditor²² dan debitur²³. Namun bagaimanapun bilaman debitur dinyatakan pailit maka kerugian moril maupun materiil berdampak pada nama debitur sendiri, karena Bank (kreditor) lain pasti akan enggan memberikan kredit lagi manakala debitur tersebut pernah dinyatakan pailit, maka jika debitur akan membuka usaha maka peluang untuk mendapatkan kredit dari Bank sangat sulit sebab debitur telah tercantum dalam daftar hitam kreditor.

²⁰ Secara umum debitur adalah seorang yang memiliki kewajiban untuk memenuhi prestasi di dalam suatu perikatan

²¹ J. Fred Weston dan Eugene F. Brigham, penerjemah Alfonsus Srinata, Dasar-dasar keuangan Manajemen, Erlangga, Jakarta 1994, hal. 320.

Hukum kepailitan merupakan aturan yang mempunyai tujuan untuk melakukan pembagian harta pailit kepada para kreditornya dengan melakukan sita umum terhadap seluruh harta debitor/debitur pailit, selanjutnya dibagikan kepada kreditor/para kreditor sesuai dengan proposinya. Ketentuan kepailitan merupakan pelaksanaan lebih dari ketentuan Pasal 1131 B.W. yang menentukan bahwa seluruh harta benda debitor baik yang telah ada sekarang maupun yang akan datang, baik benda bergerak maupun tidak bergerak, menjadi jaminan bagi seluruh perikatannya dan di dalam hukum kepailitan dikenal dengan adanya asas *paritas creditorium*. Sedangkan pada Pasal 1132 B.W. menentukan bahwa harta kekayaan debitor merupakan jaminan bersama untuk para kreditor dan hasilnya harus dibagikan secara proposional di antara mereka, yang merupakan penjabaran dari asas *pari passu prorata parte*.

Selain pasal tersebut diatas mengatur tentang kreditor yang memiliki alasan sah untuk didahulukan (kreditor preferen), pengaturan tentang klasifikasi atau pengelompokan kreditor (kreditor preferen dan kreditor konkuren) dalam hukum kepailitan mengandung asas *structured creditors*. Adapun prinsip *structured creditors* adalah prinsip yang mengklasifikasikan dan mengelompokkan berbagai macam kreditor sesuai dengan kelasnya masing-masing. Dalam kepailitan, kreditor diklasifikasikan menjadi 3 (tiga) macam, yaitu: 1) Kreditor separatis; 2). Kreditor preferen; 3). Kreditor Konkuren.²⁴ Pembagian kreditor menjadi tiga klasifikasi tersebut diatas berbeda dengan pembagian kreditor pada rezim hukum perdata umum.

Adapun pembagian kreditor dalam hukum perdata umum pembedaan kreditor hanya dibedakan dari kreditor preferen dengan kreditor konkuren. Kreditor preferen dalam hukum perdata umum dapat mencakup kreditor yang memiliki hak jaminan kebendaan dan kreditor yang menurut undang-undang harus didahulukan

²² Kreditor adalah seseorang yang memiliki hak untuk menuntut pemenuhan suatu prestasi dari debitur dalam suatu perjanjian.

²³ J. Fred Weston dan Eugene F. Brigham, *op cit* hal. 321

²⁴ M. Hadi Shubhan, Hukum Kepailitan, Norma, Prinsip dan Praktek di Peradilan, Kencana Jakarta 2008, hal. 32

pembayaran piutangnya. Akan tetapi, dalam kepailitan, yang dimaksud kreditor preferen hanya kreditor yang menurut undang-undang harus didahulukan piutangnya, seperti pemegang *hak privilege*, pemegang hak retensi dan lain sebagainya. Sedangkan kreditor yang memiliki jaminan kebendaan, dalam hukum kepailitan diklasifikasikan dengan kreditor separatis.²⁵ Ketiga kreditor tersebut diakui eksistensinya.

Dalam Undang-Undang Kepailitan Belanda tidak terdapat keraguan terhadap hak kreditor separatis dan preferen untuk mengajukan kepailitan (HR 18 Juni 1982, NJ/Nederland Yurisprudensi 1983,1). Hal ini juga dikemukakan oleh Abdul Hakim Garuda Nusantara yang menyitir pendapat Polak, bahwa kreditor-kreditor tersebut tidak hilang kewenangannya untuk mengajukan permohonan kepailitan atas debitor yang berada dalam keadaan berhenti membayar.²⁶

Sekalipun undang-undang telah menyediakan perlindungan hukum kepada para kreditor sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1132 dan Pasal 1133 B.W. tersebut, tetapi perlindungan tersebut belum tentu meyakinkan para calon kreditor untuk memberikan utang kepada calon debitor. Tentu saja akan lebih menguntungkan bagi calon kreditor apabila hukum menyediakan perlindungan hukum yang lebih baik daripada sekedar perlindungan hukum berupa memperoleh pelunasan secara proposional dari hasil penjualan harta debitor sebagai Hak istimewa.

Hak Istimewa yang dimaksudkan ialah suatu hak yang diperoleh Undang-Undang diberikan kepada seorang kreditor sehingga tingkatan kreditor tersebut lebih tinggi daripada kreditor lainnya (kreditor konkuren), semata-mata berdasarkan sifat piutang kreditor tersebut (*vide* Pasal 1134 B.W.). sistem hukum di Indonesia mengenal pemberian perlindungan yang istimewa seperti itu di bagi kreditor-kreditor. Perlindungan istimewa tersebut hanya dapat diberikan apabila dipenuhi ketentuan-ketentuan tertentu dan ditempuh proses tertentu yang ditentukan oleh Undang-Undang.

²⁵ *Ibid.*, hal. 33

²⁶ J. Djohansah, dalam M. Hadi Shubhan, *ibid.*, hal. 33

Perlindungan istimewa tersebut dapat diberikan apabila kreditor tersebut memegang hak jaminan atas benda tertentu milik debitor. Benda tersebut dapat berupa benda bergerak maupun benda tidak bergerak. Adanya pemberian perlindungan istimewa telah diisyaratkan oleh Pasal 1132 B.W. sebagaimana telah dikemukakan diatas. Pasal tersebut menyebutkan bahwa seorang kreditor dapat diberikan hak untuk didahulukan dari kreditor-kreditor lain. Selain diatur pada Pasal 1132 B.W., pemberian perlindungan istimewa terhadap kreditor juga diatur oleh Pasal 1133 B.W., yaitu hak untuk didahulukan diantara para kreditor timbul dari hak istimewa, gadai dan hipotik.²⁷ Hak-hak tersebut merupakan prinsip perlindungan hak bagi kreditor pemegang hak jaminan kebendaan.

Seperti halnya pada gadai dan hipotik disebut hak jaminan, pengaturan tentang hak gadai dalam Pasal 1150 sampai dengan Pasal 1160 B.W. Setelah berlakunya Undang-Undang Hak Tanggungan dan Undang-Undang Fidusia, maka selain gadai dan hipotik, hak tanggungan atas tanah beserta benda-benda yang berkaitan dengan tanah dan hak jaminan fidusia juga merupakan hak-hak jaminan²⁸. Lebih tepatnya hak jaminan kebendaan.

Kreditor yang memiliki jaminan kebendaan dalam hukum kepailitan, diklasifikasikan dengan sebutan kreditor separatis. Adapun kedudukan kreditor separatis kemudian diatur dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996, tentang Hak Tanggungan pada Pasal 21 yang menyatakan:

"Apabila pemberi hak tanggungan dinyatakan pailit, pemegang hak tanggungan tetap berwenang melakukan segala hak yang diperolehnya menurut ketentuan Undang-Undang ini"

Pembentuk Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan memberikan penafsiran otentik sebagaimana dalam Penjelasan Pasal 21 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 yang menyatakan:

²⁷ Zainal Asikin, *Hukum Kepailitan dan Penundaan Pembayaran di Indonesia*, Bina Ilmu Surabaya 1990, hal. 22-23

²⁸ Sutan Remy Sjahdeini, *op cit.*, hal. 6

“bahwa kedudukan diutamakan pemegang hak jaminan lebih dimantapkan dengan mengecualikan berlakunya akibat kepailitan pemberi hak tanggungan terhadap obyek hak tanggungan”.

Penjelasan Pasal 21 tersebut dapat dipahami bahwa kedudukan kreditor separatis terhadap obyek jaminan lebih diutamakan meskipun adanya akibat debitur pailit.

Hal tersebut tercermin dalam Pasal 27 ayat (3) Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Fidusia yang menyatakan: *“Hak didahulukan dari penerima fidusia tidak hapus karena adanya kepailitan dan atau likuidasi pemberi fidusia”*, pasal tersebut menjelaskan bahwa kedudukan kreditor separatis dengan hak-hak yang dipunyai tidak berubah meskipun terjadi kepailitan dan kreditor tetap memiliki kedudukan diatas serta tidak dapat dikalahkan oleh kreditor lain. Selanjutnya kedudukan kreditor separatis juga diatur dalam ketentuan Pasal 1132 B.W., dalam pasal ini ditentukan bahwa ada alasan yang sah bagi para kreditor untuk didahulukan dari kreditor lain. Dengan demikian kedudukan didahulukan dari kreditor memang jelas pengaturannya dan diberikan oleh Undang-Undang.

Penegasan tentang aturan kreditor yang memiliki kedudukan lebih tinggi dari kreditor lain juga merupakan cerminan dari Pasal 1134 B.W., dimana dalam Pasal tersebut ditentukan bahwa undang-undang memberikan kedudukan yang lebih tinggi bagi kreditor (pemegang hak gadai dan hipotik seperti yang ditentukan Pasal 1133 B.W.) dari pada kreditor lainnya. Selain itu Pasal 1134 B.W. ini mengatur dengan jelas dan tegas bahwa kedudukan gadai dan hipotik lebih tinggi dari hak-hak lainnya kecuali ditentukan lain oleh Undang-Undang. Oleh karenanya pengaturan tentang kreditor separatis ini sangatlah jelas, dimana kedudukannya lebih tinggi daripada kreditor lain, karena kreditor separatis adalah pemegang hak gadai, hipotik dan fidusia.

Selain dalam hukum jaminan, pengaturan tentang kedudukan kreditor separatis juga diatur dalam hukum kepailitan, sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 1, Pasal 56, Pasal 57 dan Pasal 58 Peraturan Kepailitan *Staatsblad* 1905 Nomor 217 *Juncto Staatsblad* 1906 Nomor 348. Namun berkaitan dengan kedudukan hak kreditor separatis,

penulis membatasi dan mengemukakan Pasal 1 Peraturan Kepailitan, yang substansinya sebagai berikut:

Pasal 1:

“Setiap debitor yang tidak mampu membayar utangnya yang berada dalam keadaan berhenti membayar kembali utang tersebut, baik atas permintaan sendiri atau permintaan kreditor atau beberapa orang kreditor, dapat diadakan putusan oleh hukum yang menyatakan bahwa debitor yang bersangkutan dalam keadaan pailit”

Selanjutnya pada Pasal 56 ayat (1) dan ayat (3) dinyatakan sebagai berikut:

“(1).Kreditor pemegang hipotik, yang telah membuat perikatan dimaksud dalam Pasal 1178 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, begitu pula pemegang gadai, boleh mengajukan tuntutan atasnya seolah-olah tidak terjadi kepailitan.

(3).Begitu pula pemegang panenan berdasarkan perikatan yang ada, dapat mengajukan tuntutan atas haknya, seolah-olah tidak ada kepailitan.”

Ketentuan dari Pasal 1 Peraturan Kepailitan yang tidak menganut prinsip *paritas creditorium* merupakan kelalaian Undang-Undang. Argumentasinya adalah sebagai berikut bahwa filosofi kepailitan adalah merupakan pranata hukum untuk menghindari *unlawful execution* akibat berebutnya para kreditor untuk memperoleh pembayaran piutangnya dari debitur dimana hal itu akan merugikan baik debitur sendiri maupun kreditor yang datang terakhir atau kreditor yang “lemah” dari proporsi inilah maka diperlukan lembaga kepailitan untuk mengalaborasikan prinsip *paritas creditorium*. Dengan demikian, sungguh sangat tepat revisi Undang-Undang Kepailitan baik melalui Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1998, maupun Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004, dimana disyaratkan bahwa untuk mengajukan kepailitan harus terdapat dua atau lebih kreditor.²⁹

²⁹ M. Hadi Shubhan, *op cit.*, hal. 74-75

Selanjutnya dalam Pasal 55 ayat (1) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, dinyatakan sebagai berikut:

“Dengan tetap memperhatikan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 56, Pasal 57 dan Pasal 58, setiap kreditor pemegang gadai, jaminan fidusia, hak tanggungan, hipotik atau hak tanggungan atas kebendaan lainnya, dapat mengeksekusi haknya seolah-olah tidak terjadi kepailitan”.

Ketentuan Pasal 55 ayat (1) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang tersebut mengandung pengertian bahwa seorang kreditor pemegang hak tanggungan sebagaimana dimaksudkan dalam pasal tersebut, tidak terpengaruh oleh putusan pernyataan pailit. Bahkan ketentuan Pasal 55 ayat (1) tersebut sejalan dengan ketentuan mengenai hak kreditor separatis sehingga dengan demikian mengakui adanya hak separatis dari pemegang hak jaminan sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1134 ayat (2) B.W. yang berbunyi: *“Gadai dan Hipotik adalah lebih tinggi daripada hak istimewa kecuali dalam hal-hal dimana oleh undang-undang ditentukan sebaliknya”.*

Pencantuman ketentuan Pasal 55 ayat (1) ini sangat penting bagi kepentingan dan pemberian perlindungan kepada kreditor. Perlindungan hukum istimewa tersebut dapat diberikan apabila kreditor tersebut pemegang hak jaminan atas benda tertentu milik debitur, baik berupa benda bergerak maupun benda tidak bergerak sebagaimana dinyatakan oleh Pasal 1132 B.W. dan Pasal 1133 B.W. diatas.

Dalam hubungannya dengan asset-aset yang digunakan, kedudukan kreditor pemegang hak jaminan (*preferen*) sangat tinggi, bahkan lebih dari kreditor yang di istimewa lainnya (Pasal 1139 dan Pasal 1149 B.W). sebagaimana dinyatakan oleh Pasal 1132 B.W, kedudukan kreditor *preferen* adalah yang tertinggi dibandingkan dengan kreditor lainnya, kecuali undang-undang menentukan sebaliknya.

Sebaliknya ada Undang-Undang yang menentukan adanya kreditor lain yang memiliki kedudukan lebih tinggi dari kreditor

pemegang hak jaminan (kreditor separatis), sebagaimana yang diatur dalam:

1. Pasal 1149 ayat (1) B.W.
Bahwa biaya-biaya perkara semata-mata disebabkan pelepasan dan penyelesaian suatu warisan.
2. Pasal 21 Undang-Undang Nomor 9 Tahun 1994 tentang Perpajakan.
Bahwa hutang pajak lebih tinggi kedudukannya dari hutang lain termasuk hutang dengan hak jaminan.
3. Undang-Undang Ketenagakerjaan.
Tagihan yang merupakan hak-hak pekerja lebih tinggi kedudukannya dari tagihan biasa termasuk tagihan yang dijamin dengan jaminan hutang. Akan tetapi, B.W (Pasal 1149 ayat (4)) mengkategorikan tagihan tenaga kerja tersebut sebagai *general statutory priority*, sehingga kedudukannya dibawah kreditor separatis;
4. Pasal 23 Peraturan Pemerintah Nomor 68 Tahun 1996 tentang Likuidasi Bank.
Peraturan Pemerintah Nomor 68 Tahun 1996 ini berlaku untuk likuidasi bank, bukan untuk kepailitan bank. Jadi, jika bank tersebut pailit, yang berlaku adalah tetap Undang-Undang Kepailitan dan B.W., seperti juga perusahaan-perusahaan lain.³⁰

Sebagai perbandingan dalam menentukan kedudukan kreditor dapat ditinjau Peraturan Pemerintah Nomor 68 Tahun 1996 tentang Likuidasi Bank, dalam peraturan tersebut ditentukan urutan-urutan kreditor secara khusus untuk likuidasi bank yang diuraikan pada Pasal 23, yaitu sebagai berikut:

1. Gaji pegawai yang terhutang;
2. Biaya perkara di pengadilan;
3. Biaya lelang yang terhutang;
4. Pajak yang terhutang, yang berupa pajak bank-bank dan pajak yang dipotong oleh bank;

³⁰ Munir Fuady, *op cit.*, hal. 100-101

sebagaimana diatur pada Pasal 1132 B.W, 1134 B.W, Pasal 21 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan, Pasal 27 ayat (3) Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia dan Pasal 55 ayat (1) Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang. Bahkan selama dalam masa penangguhan 90 (sembilanpuluh) hari dan maksimal 270 (duaratus tujuh puluh) hari, kedudukan kreditor separatis menjadi setara dengan kedudukan kreditor konkuren. Berpijak dari aturan-aturan tersebut maka kedudukan kreditor separatis pada Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004 tidak konsisten bahkan bertentangan dengan hukum jaminan.

4.3. Hak Kreditor Separatis

Adanya kewenangan kreditor pemegang hak jaminan dalam hukum jaminan sebagaimana ditentukan pada Pasal 14 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-Benda yang Berkaitan Dengan Tanah (Selanjutnya disebut Undang-Undang Hak Tanggungan) dan Pasal 15 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia (selanjutnya disebut Undang-Undang Fidusia), member kewenangan kepada kreditor pemegang hak jaminan untuk mengeksekusi benda jaminan jika debitur tidak dapat melakukan kewajiban-kewajiban yang harus dilakukan atas utangnya. Sebagaimana dinyatakan oleh Pasal 14 ayat (2) Undang-Undang Hak Tanggungan, kewenangan kreditor ini diberikan atas dasar irah-irah sebagaimana ditentukan dalam Pasal 14 ayat (2) Undang-Undang Hak Tanggungan yang menuatakan: *"Sertifikat Hak Tanggungan sebagaimana yang dimaksudkan pada ayat (1) memuat irah-irah dengan kata-kata "Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa"*. Lebih jelas pengaturan tentang kewenangan kreditor pemegang hak jaminan dalam hukum jaminan diatur dalam ketentuan Pasal 14 ayat (3) Undang-Undang Hak Tanggungan yang menyatakan:

"Sertifikat Hak Tanggungan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) mempunyai kekuatan eksekutorial yang sama dengan

putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap dan berlaku sebagai pengganti grosse acte hypotheek sepanjang mengenai hak atas tanah"

Selanjutnya apabila dibandingkan pada penafsiran oetntik Pembentuk Undang-Undang Hak Tanggungan sebagaimana yang tersirat pada Penjelasan Pasal 14 ayat (2) Undang-Undang Hak Tanggungan yang menyatakan:

"irah-irah yang dicantumkan pada sertifikat Hak Tanggungan dan ketentuan pada ayat ini, dimaksudkan untuk menegaskan adanya kekuatan eksekutorial pada Sertifikat Hak Tanggungan, sehingga apabila debitur cidera janji, maka debitur siap untuk dieksekusi seperti halnya suatu putusan pengadilan yang memperoleh kekuatan hukum tetap, melalut tata cara dan dengan menggunakan lembaga parate executie sesuai dengan peraturan Hukum Acara Perdata".

Demikian pula pengaturan kewenangan kreditor pada jaminan fidusia sebagaimana yang ditentukan pada Pasal 15 ayat (1) Undang-Undang Nomor 42 Tahun 1999 tentang Fidusia yang menyatakan:

"Dalam Sertifikat Jaminan Fidusia sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 14 ayat (1) dicantumkan kata-kata "Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa"

Selanjutnya pengaturan kewenangan kreditor pemegang hak jaminan dipertegas dengan Pasal 15 ayat (2) Undang-Undang Fidusia yang menyatakan: *"Sertifikat Jaminan Fidusia sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) mempunyai kekuatan yang sama dengan Putusan Pengadilan yang memperoleh kekuatan hukum tetap"*.

Bahkan dicantumkannya irah-irah *"Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa"* dalam sertifikat hak tanggungan maupun sertifikat jaminan fidusia, hal tersebut menunjukkan bahwa Sertifikat Hak Tanggungan dan Sertifikat Jaminan Fidusia mempunyai kekuatan hukum yang sama dengan Putusan Hakim yaitu telah mempunyai kekuatan hukum yang tetap (*in kracht van gewijsde*)