### BAB II

# TINJAUAN MENGENAI LEMBAGA JAMINAN FIDUCIA BAN GADAI DALAM HUMUN ISLAM

### A. <u>Jaminan Secara Umum</u>, <u>pengertian Fiducia dan Gadai</u>

Untuk memenuhi segala kebutuhan hidup, berusaha untuk mencapai kebutuha itu demi kebahagiaan dan kemakmuran dalam hidupnya. Dalam pencapaian tersebut manusia tidak dapat berdiri sendiri adanya bantuan dari orang lain. Dengan adanya orang lain tersebut men<mark>unju</mark>kkan <mark>ba</mark>hwa manusia hidup untuk kepentingan sosi<mark>al</mark> an<mark>tara</mark> yan<mark>g</mark> satu dengan lain di dalam komunit<mark>as masyarak</mark>atn<mark>ya. Oleh karena itu</mark> Islam mengajarkan agar manusia saling tolong bantu membantu terhadap sesamanya, dengan dasar tanggung jawab bersama pula, Ada hadits nabi yang menjelaskan tentang gadai , yang diriwayatkan Alisyah, RA:

# أن النبى من الشرى طعامان يعودى إلى أعل ورهن درع لمن ميد

Artinya: Sesungguhnya Nabi saw, membeli makanan da ri orang Ya**hud**i dengan berjanji (berutang) dan beliau gadaikan baju besinya.

Salah satu bentuk tolong menolong i tu adalah memberi pinjaman. dalam hal ini 'fiducia', yang terjadi dalam dunia perbankan. yaitu pihak memberi pinjaman kepada debitur dengan memberikan benda/barang sebagai jaminan, namun benda/barang tersebut tetap berada dalam kekuasaan debitur. Dengan demikian pihak kreditur memberi kepercayaan hak atas benda tersebut ditangan debitur.

### 1. Jaminan Secara Umum

Sebagaimana kita ketahui, bahwa jaminan berasal dari kata 'jamin' yang berarti tanggung atau tanggungan. Dalam hal ini yang dimaksud dengan tanggungan adalah tanggungan atas segala perikatan dari seseorang seperti yang tercantum dalam pasal 1131 KUHPerdata, yaitu :

"Segala kebendaan si berutang,baik yang bergerak maupun yang tak bergerak, baik yang sydah ada maupun yang baru akan ada diekmudian hari, menjadi tanggungan untuk segala perikatannya seseorang ".

Dan pasal 1132-1149 yang pada dasarnya menjelaskan pada tanggungan atas perikatan tertentu dari seseorang. Tanggungan atas segala perikatan seseorang disebut jaminan secara umum artinya benda jaminan itu tidak ditunjuk secara khusus dan tidak diperuntukkan bagi kreditur, sedang hasil penjualan benda jaminan dibagi-bagi antara para kreditur seimbang dengan piutangnya masing-masing dan kreditur mempunyai kedudukan sama. Tanggungan atas perikatan tertentu disebut jaminan secara khusus

sebagai jaminan piutangnya dan itu hanya berlaku bagi kreditur tersebut.

Lembaga perbankan dalam memberikan kredit kepada nasabah atau pemohon kredit bank harus mensyaratkan adanya benda jaminan, hal ini sesuai dengan bunyi pasal 24 UUP Perbankan No. 14/67 ayat 1 :

"Bank umum tidak memberi kredit tanpa jamin<mark>an</mark> kepada siapapun juga ".

Hal ini juga dikuatkan oleh hadits nabi yang berbunyi:

Artinya: Sesungguhnya Nabi SAW. membeli makanan dari orang Yahudi dengan berjanji (berhutang), dan beliau menjaminkan baju besinya.

(Abi Abdullah Muhammad bin Isma'il Al-Bunchori, Juz 2 Darul Ihya' hal. 78).

Dari Anas meriwayatkan :

أنه مشى إلى النبى صم ، جنب و شعيد وإعالة سفن الولقد وهن مرم ، درهاله بالمدينة عنديهودي و تعذر من في فنصيرا الأهلم ولقد مسعيته يقول ، ما أمشى عند و تعدد مرم ، مام بر ولاصاع مب وانعنده لنسب فسيدوة .

Artinya : Sesungguhnya ia (Anas r.a) pergi kepada nabi saw. membawa roti, gandum dan keju yang banyak. Kata Anas," Sesungguhnya nabi saw. telah menjaminkan baju besinya di Madinah kepada orang Yahudi dan beliau ambil gandum dari padanya untuk keluarga beliau. Dan sesungguhnya saya (Qatadah) mendengar Anas berkata," Sore hari ini tidak ada pada keluarga nabi saw. segantang gandum dan tidak pula segantang biji-bijian, padahal tanggungan beliau sembilan istri. (Al-Buchori, hal. 78).

Jadi dalam hal ini yang dimaksud dengan jaminan adalah jaminan yang dikhususkan untuk bank dengan menyebutkan secara teperinci barang-barang jaminan itu. Jaminan ini diartikan secara luas, yaitu tidak hanya jaminan dalam arti materiil saja tetapi juga immateriil, guna mengetahui watak dari debitur, kemampuan okonominya, keadaan administrasinya dan lain-lain hal ini dikarenakan/dikhawatirkan debitur sengaja untuk tidak membayarnya. Maka rosulullah memperingatkan dalam sebuah hadits:

# المارم للدين دين وهدوم ان لا يوفيه اياه لقدى الله سارقا ، و دواه إبن عامه وبيه تى-

Artinya: Siapa saja orang yang mengambil suatu hutang sedang dia sengaja untuk tidak membayarnya kepada yang memberikan pinjama? niscaya dia akan bertemu Allah sebagai pencuri.
(H.R. Ibnu Majah dan Baihaqi).

\*\*Kode etik dagang menurut Islam. CV.

Diponegoro. hal. 223).

Dalam kaitannya dengan jaminan, maka akan penulis uraikan pula mengenai bentuk-bentuk jaminan atau jenis-jenis jaminan yang telah dikenal dalam tata hukum Indonesia, sebagai berikut:

### a. Jaminan Umum

Jaminan yang diberikan bagi kepentingan semua kreditur dan menyangkut semua harta kekayaan debitur. Jaminan ini timbul karena undang-undang, karena tidak ada perjanjian terlebih dahulu,

### b. Jaminan Khusus

Kreditur memerlukan adanya benda-benda tertentu yang ditunjuk secara khusus sebagai jaminan piutangnya dan hanya berlaku bagi kreditur ini timbul Jaminan karena adanya perjanjian yang khusus diadakan kreditur dan debitur yang berupa jaminan yang bersifat kebendaan atau perorangan.

### c. Jaminan yang bersifat kebendaan

Jaminan yang berupa hak mutlak atas sesuatu benda. Jaminan ini mempunyai ciri-ciri yaitu adanya hubungan langsung atas benda tertentu, dapat dipertahankan

terhadap apapun, selalu mengikuti bendanya dan dialihkan.

### d. Jaminan perorangan

Jaminan yang menimbulkan hubungan langsung pada perorangan tertentu, hanya dapat dipertahankan terhadap debitur tertentu dan terhadap harta kekayaan debitur pada umumnya.

### e. Jaminan yang menguasai bendanya

Jaminan ini lebih aman bagi kedudukan kreditur. Bentuk jaminan ini ditujukan pada benda bergerak yang mudah dipindahkan.

(DR. Ny. Sri Soedewi Masjchun Sofwan, S.H. Beberapa masalah pelaksanaan lembaga jaminan khususnya fiducia dalam praktek dan pelaksanaannya di Indonesia, Fakultas Hukum Univ. Gajah Mada, Yogyakarta. 1977. Hal. 28).

### f. Jaminan tanpa menguasai bendanya

Jaminan ini tidak mudah terjadinya, mengingat benda jaminan masih tetap dikuasai debitur. Bentuk jaminan ini sangat diharapkan keberadaannya oleh debitur karena debitur masih memerlukan barang tersebut untuk keperluan sehari-hari.

### g. Jaminan atas benda bergerak

Yang dijadikan jaminan atas hutang debitur adalah barang-barang bergerak.

### h. Jaminan benda tak bergerak.

Barang yang dijadikan jami**nan** berbentuk benda tetap, misalnya tanah.

Pada perjanjian pengikatan barang jaminan harus diperhatikan tentang pembedaan benda bergerak dan benda tak bergerak. Karena hal ini akan menentukan jenis lembaga jaminan mana yang akan dipasang untuk kredit yang akan diberikan. Apabila benda jaminan berupa benda bergerak dapat dipasang gadai atau fiducia, sedang jika benda jaminan berupa benda tetap maka dapat dipasang hipoteek atau creditverband.

### 2. Pengertian Fiducia dan Gadai

Sebagaimana kita ketahui lembaga jaminan yang terdapat dalam BW Belanda adalah gadai untuk benda bergerak dan hipoteek untuk benda tetap. Kedua lembaga jaminan ini pada mulanya dirasakan cukup memenuhi kebutuhan masyarakat dalam bidang perkreditan, disamping lebih menjamin kepastian hukum. Keduanya juga memberikan ha-hak yang seimbang antara kreditur penerima jaminan dan

debitur pemberi jaminan.

Tetapi dalam perkembangan selanjutnya, terutama peraturan yang mengatur gadai, banyak ditemukan kekurangan-kekurangan. Hal ini disebabkan ketentuan pada gadai yang mensyaratkan bahwa kekuasaan atas bendanya harus pindah atau dikuasai oleh pemegang gadai, sebagaimana yang diatur dalam pasal 1152 KUH Perdata, yaitu :

" Hak gadai atas benda bergerak dan atas piutang-piutang bahwa diletakkan dengan membawa barangnya gadai dibawah kekuasaan si berpiutang atau seorang pihak ketiga, tentang siapa telah disetujui oleh kedua pihak ".

Dengan adanya pasal tersebut merupakan hambatan berat bagi pemberi gadai atas benda-benda bergerak, karena pemberi gadai tidak dapat lagi mempergunakan benda-benda tersebut untuk keperluaanya. Terlebih-lebih lagi benda tersebut dipakai untuk mencari nafkah sehari-hari seperti sendok, piring bagi pengusaha restoran, serta benda-benda modal pengusaha angkutan. seperti bis bagi ketidakleluasaan debitur inilah undang-undang tentang gadai oleh masyarakat dianggap tidak memenuhi kebutuhan.

Dengan keadaan tersebut diatas para pihak berusaha mencari jalan keluar untuk mengatasi hambatan-hambatan yang dihadapi dalam lembaga

qadai. Adapun cara untuk mengatasi hambatan tersebut adalah dengan memindahkan hak milik yang dijanjikan sebagai jaminan hal ini benda karena orang bebas memindahkan hak miliknya atas itu untuk dijadikan jaminan. Misalnya pemindahan hak milik yang diperjanjikan sebagai jaminan akan menimbulkan keadaan baru penguasaan secara nyata benda jaminan. Jadi hanya hak milik saja yang pindah pada kreditur sedang barangnya masih tetap dikuasai oleh debitur, <mark>peny</mark>erahan demikia<mark>n</mark> disebu<mark>t p</mark>enyerahan 'constitutum po<mark>ss</mark>esorium'. Disamping masih dibutuhkannya lemb<mark>aga jamin</mark>an <mark>gadai, diperlukan</mark> juga lembaya jaminan lain dimana ditentukan barang jaminannya masih tetap dikuasai oleh debitur. karena debitur masih memerlukan barang jaminan tersebut untuk mencari nafkah. Hal ini demikian menurut yurisprudensi di negeri Belanda dianggap menyimpang dari ketentuan (wet ontduiking) 1152 ayat 2 KUH Perdata yang mengakibatkan perbuatan demikian dianggap batal.

Sejarah pertumbuhan kebutuhan akan kredit menunjukkan bahwa ketentuan untuk mendapatka kredit dengan jaminan gadai banyak disimpangi, juga semakin banyak kejadian-kejadian yang menimbulkan bentuk atau konstruksi yuridis baru. Pada akhirnya perpindahan hak milik sebagai jaminan diakui oleh HOOGE RAAD dengan Arrest HR 1929. Lembaga jaminan ini tak lain adalah lembaga jaminan fiducia.

Dengan adanya keputusan HOOGE RAAD (HR) Belanda tanggal 25 Januari 1929 mulailah Hooge Raad sahnya figur fiducia. Juga Arrest-arrest berikutnya misalnya Arrest HR 21 Juni 1929. Arrest terkenal dari Hoode Raad yang ialah mula-mula mengakui fiducia itu terkenal "Bierbrouwerij Arrest". dendan pertimbangan yang diberikan oleh Hooge Raad lebih menekankan pada segi hukumnya daripada segi pemasyarakatannya.

(DR. Ny. Sri Soedewi Masjchun Sofwan, S.H. Hal. 16)

Adapun pengertian fiducia (Fiduciare Eigendoms Overdracht = F.E.O) adalah sering disebut sebagai jaminan hak milik secara kepercayaan dan merupakan suatu bentuk jaminan atas benda-benda bergerak yang ditimbulkan oleh yurisprudensi.

Didalam fiducia terdapat hubungan hukum antara debitur sebagai pemberi fiducia dan kreditur sebagai penerima fiducia merupakan suatu hubungan yang berdasarkan kepercayaan. Pemberi fiducia

percaya bahwa kreditur sebagai penerima fiducia akan mengembalikan hak milik yang telah diserahkan kepadanya setelah debitur melunasi hutangnya. Dan sebaliknya kreditur juga percaya bahwa pemberi fiducia tidak akan menyalahgunakan benda jaminan yang berada dalam kekuasaannya.

Pihak yang menyerahkan atau pemberi fiducia harus benar-benar pemilik, artinya apabila pemberi fiducia itu bukan pemilik, maka fiducia itu tidak sah. Hal ini berbeda dengan gadai seperti yang disebutkan dalam pasal 1152 KUH Perdata tersebut.

Mengenai fiducia sebenarnya sudah dikenal sejak jaman Romawi. Orang Romawi mengenal dua bentuk fiducia yaitu fiducia cum creditore dan fiducia cum amico, yang kedua-duanya timbul dari perjanjian yang disebut pactum fiduciare yang kemudian diikuti dengan penyerahan hak.

Pada fiducia cum creditore, debitur menyerahkan suatu barang dalam pemilikan kreditur, kreditur sebagai pemilik mempunyai kewajiban untuk mengembalikan pemilikan atas barang itu kepada debitur apabila debitur sudah memenuhi kewajibannya kepada kreditur. Pada fiducia cum creditore ini kreditur diberi wewenang yang lebih besar, yaitu

sebagai dari benda yang diserahkan sebagai jaminan dan debitur percaya bahwa kreditur tidak menyalahgunakan kepercayaan (wewenang) yang diberikan kepadanya.

Sebagaimana yang kita ketahui bahwa di negeri Belanda terdapat dua lembaga jaminan yang diatur dalam B.W yaitu gadai untuk benda bergerak dan hipoteek untuk benda tetap. Semula kedua lembaga jaminan ini dirasa cukup memenuhi kebutuhan masyarakat dalam bidang perkreditan. Tetapi pada pertengahan sampai pada akhir abad 19 terjadi krisis pertanian di negara-negara Eropa dalam memperoleh kredit. Tanah sebagai obyek hipoteek tidak populer lagi, pihak pemberi kredit menghendaki jaminan gadai sebagai tambahan di samping hipoteek.

Dan akhirnya di Belanda pada tahun 1929 lewat keputusan dari HOOGERAAD dalam keputusannya tentang BIER BRUWERIJ ARREST tanggal 25 Januari 1929 N.J 1929, 616, maka lembaga fiducia ini dikenal kembali. Dan di Indonesia berdasarkan azas Korkordasi fidicia di kenal pertamaa kali lewat Yurisprudensi dari HOOGGERECHTSHOOF tanggal 18 Agustus 1932 dalam keputusan Bataafsche Petroeum

Maat Schappij Arrest (Indische Tijdschrift Vanhet Recht Deel No. 136).

Sedang pada gadai, karena di dalam hukum Islam tidak menjelaskan masalah fiducia secara khusus, maka masuk pada bab gadai. Hal ini didasarkan atas :

- a. timbulnya fiducia adalah dari gadai.
- b. antara fiducia dan gadai, sama-sama berorientasi pada masalah jaminan.
- c. antara fiducia d<mark>an g</mark>adai, sama-sama berpijak pada lembaga

Adapun pengertian g<mark>adai adalam Hukum Islam adalah:</mark>

Menurut bahasa (dalam bahasa Arab ) "R a h n" (qadai) adalah :

"Tetap" dan "Lestari", ada juga sebagaian ulama'
menamai "Al-Habsu", artinya : Karunia yang tetap
dan lestari.

Pada penertian yang kedua (Al-Habsu) terdapat firman Allah :

## كلىنىس باكسبت رهيئة - المدار ، ٢٨ -

Artinya : Tiap-tiap pribadi terikat (tertahan).

dengan atas apa yang telah diperbuatnya".

(Q.S. Al-Mudatsir : 38).

Adapun dalam pengertian syara', berarti :
menjadikan barang yang mempunyai nilai harta
menurut pandangan syara' sebagai jaminan barang,
sehingga orang yang bersangkutan boleh mengambil
hutang atau ia bisa mengambil sebagian (manfaat)
barangnya itu. Demikian yang di definisikan para
ulama'.

Apabila seseorang ingin berhutang kepada orang lain, ia menjadikan barang miliknya baik barang tak bergerak atau barang berupa ternak berada di bawah kekuasaannya (pemberi pinjaman) sampai ia melunasi butangnya.

(Sayid Sabiq, Fiqih Sunah. Darul Fikr, jilid 3. Hal 187).

Yang dimaksudkan gadai dalam syari'at Islam ialah: Menjadikan barang yang bernilai menurut syara', sebagai jaminan atas piutang, yang memungkinkan terbayarnya hutang si peminjam kepada pihak yang memberikan pinjaman.

### B. Landasan Hukum Gadai Daham Islam

menurut Al-kitab, As-Sunah dan ijma'.

- Dalil dari Al-Kitabnya :

# وإن كنهم على سفر ولرجد واكاتبا فرطن متبون لا فران من من ولد المراب في المراب في المراب في المراب في الما والمراب في الله وليت قا الله ربه ، والبقرة : ١٨٧ -

(dan kamu dalam perjalanan Artinya Jika bermu'amalahtidak secara tunai) sedang kamu tidak memperoleh seorang penulis, maka hendaklah ada barang tanggungan ya**ng** dipegang (oleh yang menghutangkan). tetapi jika sebagaian kamu mempercayai sebagian yang lain, maka hendaklah yang dipercayai itu monunaikan amanat (hutangnya) dan hendaklah ia bertaqwa kepada Allah <mark>tuhannya".</mark> (Q.S. Ai-Bagarah : 285),

### - Dalil dari As-Sunahn<mark>ya</mark> :

Rosulullah per<mark>nah menja</mark>min<mark>ka</mark>n baju besiny**a,** k**epada** orang Yahudi untuk meminta darinya (Yahudi) gandum. Orang Yahudi tersebut kemudian berkata ",

# 

Artinya : Bohong!, sesungguhnya aku orang yang jujur di diatas muka bumi ini, dan juga jujur di langit. Jika kau berikan amanat kepadaku pasti aku tunaikan. Pergilah kalian dengan baju besiku menemuinya".

- Juga dari Ibrahim di riwayatkan oleh Aswad dari A'isyah, bahwa Rosulullah bersabda ",

# اشترى رسول الله من من يعودي طعاما ورهن درعسه

Artinya: Rosulullah pernah membeli makanan dari orang Yahudi dan beliau menggadaikan baju besinya. (Abu Abdillah Muhammad bin Isma'il Al-Buchori, Al-Buchori. Darul Ibya', juz.2 hal. 78).

### C. <u>Syarat dan Rukun Gadai</u> Dalam Islam

### 1. Syarat-syarat gadai

Disyaratkan untuk sahnya akad gadai adalah sebagai berikut :

- a. Berakal.
- b. Baligh
- c. Bahwa barang yang dijadikan jaminan itu ada pada saat akad, sekalipun tidak satu jenis.
- d. Bahwa barang tersebut dipegang oleh orang ya**ng** meminta gadaian atau wakilnya.

Menurut As-Syafi'i : Allah tidak menjadikan hukum kecuali dengan jaminan, berkriteria jelas dalam serah terima. Jika kriteria tidak berbeda dengan aslinya maka wajib tidak ada keputusan.

Sedang menurut Malikiyah: Gadai wajib dengan akad, orang yang menggadaikan dipaksakan untuk menyerahkan jaminan untuk dipegang oleh yang memegang jaminan. Jika jaminan sudah berada ditangan pemegang jaminan, maka orang yang

النبل والمحلي والوالم يراجعها

menjaminkan mempunyai hak memanfaatkan, berbeda dengan pendapat Imam Syafi'i yang mengatakan bahwa Hak memanfaatkan, berlaku selama tidak merugikan/membahayakan pemegang jaminan.

(Sayyid Sabiq. Fighus Sunah, Darul Fikr, Beirut, juz 2. Hal. 188).

Dan akad gadai tidaklah sah, kecuali ada saksi. Jika si penerima jaminan menerima sebagian haknya dari penjamin, maka hal itu tidak akan melepaskan barangnya dari jaminan, sehingga dia (rahin) harus membayar seluruh hak-haknya.

(Syaeh Muhammad bin <mark>Qosyim Al-Ghoz</mark>y. Fathul Qorib Mujib, Al-Haramain Jeddah. Hal 32).

### 2. Rukun-rukun Gadai

Adapun rukun-rukun gadai adalah sebagai berikut:

- a. Al-Rahim ( الراهين ) yaitu, orang yang mengadaikan.
- b. Al-Murtahin ( الرتهان ) yaitu, orang yang menerima gadai.
- c. Al-Marhun ( المرهبون ) yaitu, barang yang digadaikan.
- d. Sesuatu yang karenanya diadakan gadai, yaitu harga sifat dan akad gadai.

(Ibnu Rusyd. Bidayatul Mujtahid Tarjamah,

As-Syifa' Semarang. Jilid III, hal. 304).

### D. Perbandingan antara Fiducia, Gadai dan Hypoteek

Mengenai macam jaminan kebendaan, pertama-tama yang dikenal oleh KUH Perdata adalah gadai dan hipoteek dan yang kedua adalah fiducia oleh Yurisprudensi.

Karena ketiganya saling berkaitan dengan masalah jaminan, maka perlu adanya perbandingan-perbandingan diantara ketiganya sebagai berikut:

### a. Ketentuan Undang-un<mark>dang Hukum</mark> Pe<mark>rd</mark>ata (BW)

Pada fiducia <mark>ditetapkan atas</mark> keputusan Ho**oge Raad** (HR) Belanda tanggal 25 Januari 1929. J**uga dala**m Arrest HR 21 Juni 1929.

(DR. Ny. Sri Soedewi Masjchun Sofwan, S.H. Hal, 16)

Sedang pada gadai, diatur dalam KUH Perdata bab 20, tentang gadai pasal 1150-1160. Adapun pada Hypoteek diatur dalam KUH Perdata bab ke 21 pasal 1162-1232, yang meliputi 6 bagian.

### b. Penggunaan Barang Jaminan

Dalam lembaga fiducia, barang-barang yang dijadikan jaminan tetap berada dalam kekuasaan debitur atau pemilik asli dari barang-barang yang dijaminkannya tersebut, hanya miliknya yang selama

hutangnya belum dilunasi berada di tangan kreditur.

Sedang dalam gadai, barang-barang yang di gadai, harus dilepaskan dari kekuasaan debitur atas orang lain yang memberikan hak gadai. Hal ini sesuai dengan ketentuan pasal 1152 ayat 1 KUH Perdata.

yaitu : "Hak.gadai atas benda-benda bergerak dan atas piùtang-piutang bawa diletakkan dengan membawa barangnya gadai dibawah kekuasaan si berpiutang atau seorang pihak ketiga, tentang siapa telah disetujui oleh kedua pihak"

(Prof. R. Sucebekti, <mark>S.H.</mark> Ki<mark>tab U</mark>ndang-U<mark>ndang Hukum</mark> Perdata, Pradnya Par<mark>a</mark>mita. Hal. 248).

Syarat yang haram dan dilarang berdasarkan nash adalah, jika seseorang menggadaikan barang dengan syarat bahwa ia akan membawa haknya pada masanya, dan jika tidak, maka barang tersebut menjadi milik penerima gadai. Fuqaha' telah sependapat bahwa syarat tersebut mengharuskan batalnya gadai. Dan itulah yang dimaksud oleh sabda rosul SAW:

## لايفسلق الرهسسن من مساهبه له غنمه وعليه غسسرمه

Artinya: Tidak hilang sesuatu gadaian daripada tuannya (yang menggadaikannya). Keuntungannya buat dia dan kerugiannya buat dia. (Mustofa Daibul Bagho. DR. At-Tadzhib. Di offset oleh H. Aziz Masyhuri, hal, 130).

Imam Malik berpendapat bahwa diantara syarat sahnya gadai adalah kelangsungan pemegangan (penguasaan) barang. Jika barang gadai kembali beralih kepada kekuasaan orang yang menggadaikan dengan jalan peminjaman ('ariyah), penitipan atau lainnya, maka akad gadai tersebut tidak mengikat lagi. Maka dari firman Allah yang berbunyi:

Artinya: Hendaklah ada barang tanggungan yang dipegang (oleh orang yang berpiutang)
(Q.S Al-Bagarah: 283)

Dia mewajibkan adanya penguasaan dan kelangsungannya. Sedang menurut Imam Safi'i : Bahwa kelangsungan penguasaan tidak menjadi syarat sahnya gadai. Jika sudah terdapat penguasaan, maka gadai sudah terjadi dan sah. Oleh karenanya, penerima gadai boleh meminjamkannya atau membuat tindakan lainnya (terhadap barang gadai tersebut), seperti halnya dengan jual beli.

Yang lebih utama dari fuqaha' yang mensyaratkan penguasaan sebagai syarat sahnya akad adalah jika ia juga mensyaratkan kelangsungannya. sedang bagi fuqaha' yang tidak mensyaratkannya sebagai syarat sahnya akad, hendaknya juga tidak mensyaratkan kelangsungan pada penguasaan. (Ibnu Rusyd. Jilid III. Hal,310).

Sedang pada hypoteek, tetap berada pada pemegang hypoteek, bahwa pemberi hypoteek, pada saat terciptanya akibat-akibat hukum kebendaan adalah berkewajiban berhak (beschikkingsbevoegd) adalah pada saat pendaftaran. Ini membawa serta, bahwa mungkin sebuah rumah pada saat terjadinya/dibuatnya akte hypoteek notariel, belum menjadi pemilik, adalah sah membebani hypoteek asalkan orang adalah berkewenangan berhak pada saat mendaftarkannya.

(R. Soetojo Frawirohamidjojo, S.H/ Marthalena Pohan, S.H. Bab-bab tentang Hukum Benda. PT. Bina Ilmu, 1980. Hal. 127).

Adanya beberapa perbedaan prinsip antara fiducia dengan hypoteek, yaitu :

### a. Tentang Sifatnya

Fada lembaga fiducia, bersifat khusus, karena dari luar tidak tampak apa sebenarnya posisi hukum dari pemegang barang-barang yang bersangkutan, yakni apabila dia sebagai pemilik atau hanya sebagai detentor saja dari barang-barang tersebut. Sedang pada hypoteek,

sifatnya umum, artinya masyrakat umum dapat mengetahui apakah barang-barang tidak bergerak yang bersangkutan dibebani hypoteek atau tidak. Syarat adanya hypoteek adalah didaftarkannya hak milik itu dalam buku yang disediakan untuk itu. Seperti ketentuan pasal 1179 ayat 1 KUH Perdata, yaitu:

" Pembukuan segala ikatan hypoteek harus dilakukan dalam register-register umum ya**ng** disediakan untuk itu ". Oleh kantor pendaftaran tanah.

### b. Tentang Obyeknya

Dalam fiducia, hanya sah sepanjang mengenai barang-barang bergerak. Hal ini sesuai dengan keputusan Mahkamah Agung No. 372/K/SIP/1970 tanggal 1 September 1971 yang berbunyi :

"Penyerahan hak milik mutlak sebagai jaminan oleh pihak ketiga hanya berlaku untuk benda-benda bergerak ".

(Dey Hoey Tiong, S.H. Fiducia sebagai jaminan Unsur-Unsur Ferikatan. Ghalia Indonesia, 1984, Hal. 58)

Sedang pada hypoteek, obyek jaminannya adalah benda tetap (tak bergerak). Sesuai dengan rumusan pasal 1167 KUH Perdata yaitu :

" Benda bergerak tidak dapat dibebani hypoteek "

### c. Tentang Aktanya

Lembaga hypoteek kecuali hal-hal yang telah ditentukan secara tegas pada undang-undang, maka pemberian hypoteek harus dengan suatu akta otentik, begitu pula kuasa untuk memberikan hypoteek. Hal ini sesuai dengan ketentuan pasal 1171 ayat 1 dan 2 KUH Perdata, sebagai berikut:

"Hypoteek hanya dapat di berikan dengan suatu akta otentik, kecuali dalam hal-hal yang dengan tegas ditunjuk oleh undang-undang".

Sedang pada ayat kedua adalah :

"Begitupun kuasa <mark>untuk memberik</mark>an hypoteek ha**rus** dibuat dengan su<mark>atu akta o</mark>tent<mark>i</mark>k".

Biasanya dalam praktek perbankan seri**ng**dibuat secara otentik, Hal ini dimaksudkan untuk
memudahkan pembuktian dan bukan untuk keabsahan
dari fiducia itu.

Jadi yang paling prinsip dalam perbandingan antara fiducia, gadai dan hypoteek adalah dari segi perbedaannya. Sedangkan persamaan ketiganya adalah merupakan lembaga jaminan. Dari segi perbedaan antara fiducia dengan gadai terletak pada penguasaan barang jaminan dan pemilikan barang jaminan. Perbedaan

antara fiducia dengan hypoteek terletak pada sifat dan obyek jaminan.

