

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 sudah ada maupun yang baru akan ada di kemudian 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

g. Jaminan atas benda bergerak

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

h. Jaminan benda tak bergerak.

Barang yang dijadikan jaminan berbentuk benda tetap, misalnya tanah.

Pada perjanjian pengikatan barang jaminan harus diperhatikan tentang perbedaan 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 keperluannya. Terlebih-lebih lagi benda tersebut dipakai untuk mencari nafkah sehari-hari seperti sendok, piring bagi pengusaha restoran, serta benda-benda modal seperti bis bagi pengusaha angkutan. Dengan 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

gadai. Adapun cara untuk mengatasi hambatan tersebut adalah dengan memindahkan hak milik atas benda yang dijanjikan sebagai jaminan hal ini karena orang bebas memindahkan hak miliknya atas benda itu untuk dijadikan jaminan. Misalnya : pemindahan hak milik yang diperjanjikan sebagai jaminan akan menimbulkan keadaan baru dalam penguasaan secara nyata benda jaminan. Jadi hanya hak milik saja yang pindah pada kreditur sedang barangnya masih tetap dikuasai oleh debitur, penyerahan demikian disebut penyerahan secara 'constitutum possessorium'. Disamping masih dibutuhkannya lembaga jaminan gadai, diperlukan juga lembaga 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) pasal 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

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 fiducia di kenal pertamaa kali lewat Yurisprudensi dari HOOGERECHTSHOOF tanggal 18 Agustus 1932 dalam keputusan Bataafsche Petroeum

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

C. Syarat dan Rukun Gadai 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 yang 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

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 Prawirohamidjojo, 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

Pada 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,

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 untuk memberikan hypoteek harus dibuat dengan suatu akta otentik".

Biasanya dalam praktek perbankan sering 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

