

TESIS

KEKUATAN HUKUM GADAI TANAH DALAM PERJANJIAN KREDIT PERORANGAN YANG DIBUAT OLEH NOTARIS

LEGAL FORCE OF LAND MORTGAGE IN INDIVIDUAL CREDIT AGREEMENTS MADE BY NOTARIES



Oleh :

PRATIWI HANDAYANI DASWAR

NIM. B022221012



**PROGRAM STUDI MAGISTER KENOTARIATAN
PROGRAM PASCASARJANA FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS HASANUDDIN**

MAKASSAR

2024

TESIS

**KEKUATAN HUKUM GADAI TANAH DALAM PERJANJIAN
KREDIT PERORANGAN YANG DIBUAT OLEH NOTARIS**

***LEGAL FORCE OF LAND MORTGAGE IN INDIVIDUAL CREDIT
AGREEMENTS MADE BY NOTARIES***



Disusun Oleh:

PRATIWI HANDAYANI DASWAR

NIM. B022221012

**PROGRAM STUDI MAGISTER KENOTARIATAN
FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS HASANUDDIN
MAKASSAR
2024**

HALAMAN JUDUL

**KEKUATAN HUKUM GADAI TANAH DALAM
PERJANJIAN KREDIT PERORANGAN
YANG DIBUAT OLEH NOTARIS**

Diajukan Sebagai Salah Satu Syarat Untuk Mencapai Gelar Magister
Pada Program Studi Magister Kenotariatan

Disusun dan diajukan oleh:

**PRATIWI HANDAYANI DASWAR
B022221012**

**PROGRAM STUDI MAGISTER KENOTARIATAN
FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS HASANUDDIN
MAKASSAR
2024**

TESIS

KEKUATAN HUKUM GADAI TANAH DALAM PERJANJIAN KREDIT PERORANGAN YANG DIBUAT OLEH NOTARIS

Disusun dan diajukan oleh

PRATIWI HANDAYANI DASWAR

B022221012

Telah dipertahankan di hadapan Panitia Ujian yang dibentuk dalam rangka
Penyelesaian Studi Program Magister Kenotariatan
Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin
Pada tanggal 19 Agustus 2024
dan dinyatakan telah memenuhi syarat kelulusan

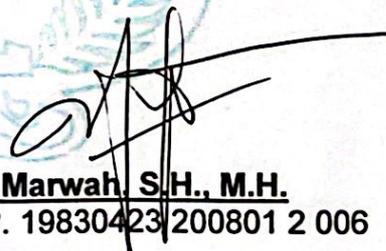
Menyetujui

Pembimbing Utama,

Pembimbing Pendamping,



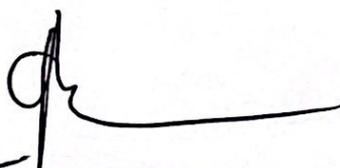
Dr. Nurfaidah Said, S.H., M.Hum., M.Si
NIP. 19600621 198601 2 001



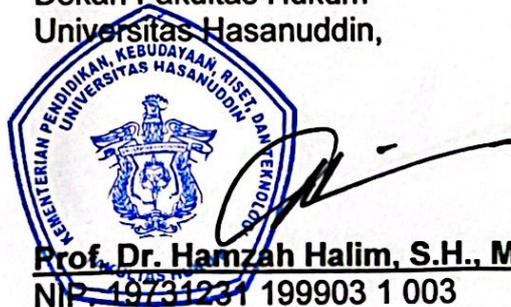
Dr. Marwah, S.H., M.H.
NIP. 19830423 200801 2 006

Ketua Program Studi
Magister Kenotariatan,

Dekan Fakultas Hukum
Universitas Hasanuddin,



Prof. Dr. H. M. Arfin Hamid, S.H., M.H.
NIP. 19670205 199403 1 001



Prof. Dr. Hamzah Halim, S.H., M.H., M.A.P.
NIP. 19731231 199903 1 003

PERNYATAAN KEASLIAN

Nama : Pratiwi Handayani Daswar
Nim : B022221012
Program Studi : Magister Kenotariatan

Menyatakan dengan sesungguhnya bahwa penulisan tesis yang berjudul **KEKUATAN HUKUM GADAI TANAH DALAM PERJANJIAN KREDIT PERORANGAN YANG DIBUAT OLEH NOTARIS** adalah benar-benar karya saya sendiri. Adapun yang bukan merupakan karya saya dalam penulisan Tesis ini diberi tanda *citasi* dan ditunjukkan dalam daftar pustaka. Apabila dikemudian hari terbukti pernyataan saya tidak benar, maka saya bersedia menerima sanksi sesuai peraturan Menteri Pendidikan Nasional Republik Indonesia Nomor 17 Tahun 2010 dan Peraturan Perundang-Undangan yang berlaku.

Makassar, ² ~~.....~~ ^{AGUSTUS} 2024

Yang membuat pernyataan,



Pratiwi Handayani Daswar
NIM. B022221012

KATA PENGANTAR

Assalamu'alaikum Wr. Wb

Alhamdulillah Rabbil Alamin, Puji syukur dipanjatkan atas kehadiran Allah SWT dengan segala limpahan rahmat, kasih sayang, hidayah dan karunia-Nya yang senantiasa memberikan petunjuk dan membimbing langkah peneliti sehingga penyusunan hasil penelitian ini dapat diselesaikan dengan baik sebagai salah satu syarat untuk menyelesaikan Studi Magister pada Program Studi Magister Kenotariatan di Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, shalawat serta salam tak lupa juga saya kirimkan kepada Nabi Besar saya yaitu Nabi Muhammad SAW sebagai panutan seluruh muslim di dunia ini.

Segegap kemampuan telah peneliti curahkan demi merampungkan penelitian tesis ini. Namun demikian, sebagai manusia peneliti tentunya memiliki keterbatasan, tidak menutup kemungkinan akan masih ditemukan banyak kekurangan. Oleh sebab itu, segala masukan dalam bentuk kritik dan saran yang sifatnya membangun senantiasa peneliti harapkan demi kesempurnaan penelitian di masa yang akan datang.

Pada kesempatan ini pula dengan segala kerendahan hati peneliti mengucapkan rasa terima kasih yang sebesar-besarnya kepada :

1. Prof. Dr. Ir Jamaluddin Jompa, M.Sc. selaku Rektor Universitas Hasanuddin beserta seluruh staf dan jajarannya.

2. Prof. Dr. Hamzah Halim, S.H., M.H., M.A.P., selaku Dekan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin beserta jajarannya.
3. Prof. Dr. H. M. Arfin Hamid, S.H., M.H., selaku Ketua Program Studi Magister Kenotariatan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin.
4. Orang tua peneliti yaitu kepada Ayahanda tercinta Drs. Muh. Daswar Nurdin & Ibu Dra. Herlan Madjid, Mertua peneliti Ambo Usman & Mama Waru yang senantiasa memberikan kasih sayang, kepercayaan, dukungan, nasehat serta doa sehingga perkuliahan dan penyusunan tesis ini dapat terlaksana dengan baik, karena peneliti selalu meyakini hanya doa orang tua yang dapat menembus langit untuk kesuksesan dan kebahagiaan dunia akhirat untuk anak-anaknya.
5. Suami terkasih Nopal Usman, S.E, terima kasih telah memberikan 3D (Doa, Dukungan, & Dana) untuk peneliti dapat kuliah dan menyelesaikan Tesis ini.
6. Anak-anak tersayang Khaeril, Aqil, yang senantiasa mendoakan peneliti dari pondok pesantren dan Arsyil yang sabar memahami kesibukan peneliti menyelesaikan Tesis ini.
7. Pembimbing Utama peneliti Ibu Dr. Nurfaidah Said, S.H., M.Hum., M.Si dan Pembimbing Pendamping peneliti Ibu Dr. Marwah, S.H., M.H yang telah penuh perhatian, sabar memberikan bimbingan, ilmu, petunjuk dan bantuan dari awal penelitian hingga selesainya tesis ini.
8. Tim penguji tesis peneliti yaitu Ibu Prof. Dr. Farida Patittingi S.H., M.Hum., Bapak Dr. Winner Sitorus S.H., M.H., LL.M dan Bapak Dr.

Abdul Muis S.H., M.H, yang telah memberikan waktu, ilmu, dan masukan yang sangat bermanfaat untuk peneliti.

9. Seluruh Dosen Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin terima kasih atas setiap ilmu yang telah diberikan kepada peneliti.
10. Seluruh pegawai/staff akademik Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin yang telah melayani peneliti dengan baik selama pengurusan berkas.
11. Ibu Hj. Mardiana Kadir, S.H dan ibu Hj. Murni Djafar, S.H yang memberikan motivasi untuk peneliti mengambil kuliah Kenotariatan.
12. Ibu Hj. Kamariah Karim, S.H, M.Kn, beserta staff yang senantiasa memberikan dukungan dan mengambil alih pekerjaan peneliti ketika peneliti harus kuliah dan menyelesaikan Tesis ini.
13. Ibu Dr. Ria Trisnomurti, S.H., M.H yang juga senantiasa memberikan keterangan dalam membantu penelitian ini.
14. Bapak Dr. Mustahar, S.H., M.Kn yang juga senantiasa memberikan keterangan dalam membantu penelitian ini.
15. Ibu Sri Rahmawati, S.H., M.Kn yang juga senantiasa memberikan keterangan dalam membantu penelitian ini.
16. Ibu Syamsuriana, S.H., M.Kn yang juga senantiasa memberikan keterangan dalam membantu penelitian ini.
17. Teman seperjuangan selama menempuh Magister Kenotariatan : Annisa Amalia Syukur, S.H, yg selalu membantu peneliti dalam segala hal dan selalu memberikan semangat ke peneliti untuk bisa

menyelesaikan Tesis dalam waktu yang sesingkat-singkatnya, dan juga teman seperjuangan : Sitti Yusniar Yusuf Kalepoe, S.H., Sitti Aisyah Widyastuti Akkas, S.H., Mulhiyah Mansur, S.H., Siti Novriannisyah, S.H., Muhammad Irfandy HR, S.H, Sharon Kalengkongan, S.H, Angga Tamarol, S.H, Haerani Pratiwi, S.H, Muhammad Faruq Ghazi, S.H.

18. Teman-teman Kelas A Angkatan 22-1 Kenotariatan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin.

19. Teman-teman seperjuangan peneliti di Program Magister Kenotariatan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin Angkatan 2022 Gelombang I (REPERTORIUM).

Sebagai manusia biasa tentunya karya tulis ini masih jauh dari kesempurnaan, dan masih membutuhkan kritikan dan saran. Sehingga dengan segala kerendahan hati secara terbuka peneliti menerima segala kritik dan saran dari para pembaca dalam penyempurnaan tesis ini sehingga dapat bermanfaat baik untuk diri peneliti, masyarakat, bangsa dan negara ke depannya.

Wassalamualaikum Wr. Wb.

Makassar, 31 Juli 2024

Pratiwi Handayani Daswar

ABSTRAK

PRATIWI HANDAYANI DASWAR (B022221012). *KEKUATAN HUKUM GADAI TANAH DALAM PERJANJIAN KREDIT PERORANGAN YANG DIBUAT OLEH NOTARIS.* (Dibimbing oleh Nurfaidah Said dan Marwah)

Penelitian ini bertujuan untuk mengkaji dan menganalisis (1) Kewenangan notaris dalam pembuatan akta pengikatan jaminan gadai yang objeknya berupa tanah dan (2) Kedudukan preferen kreditor yang timbul dari akta jaminan gadai yang objek jaminannya berupa tanah.

Penelitian ini merupakan penelitian normatif yang menelaah sisi perundang-undangan serta contoh akta jaminan gadai yang dibuat oleh Notaris dengan indikasi penyimpangan. Pendekatan yang digunakan meliputi pendekatan peraturan perundang-undangan dan pendekatan kasus, dengan dua tahap utama: hukum normatif yang berjalan dan penerapan peristiwa in concreto. Data yang dikumpulkan mencakup bahan hukum primer, sekunder, dan tersier, serta bahan non-hukum yang relevan. Teknik pengumpulan data meliputi studi kepustakaan, wawancara, dokumentasi, dan penelusuran elektronik. Analisis bahan hukum dilakukan dengan menyusun dan mengklasifikasikan bahan secara logis dan sistematis, diikuti oleh analisis preskriptif untuk menghasilkan kesimpulan dan saran yang relevan.

Hasil penelitian menunjukkan bahwa (1) Notaris tidak berwenang membuat akta gadai dengan objek tanah karena objek gadai harus berupa benda bergerak yang berada dalam penguasaan penerima gadai sesuai dengan prinsip Inbezittelling. (2) Akta gadai yang objeknya berupa tanah dan tidak disertai Akta Pemberian Hak Tanggungan (APHT) dan pendaftaran Hak Tanggungan tidak memberikan kedudukan preferen bagi kreditor. Penelitian ini menyarankan peningkatan pemahaman dan sinergi antara notaris dan PPAT, serta penegakan peraturan dan sosialisasi pendaftaran Hak Tanggungan untuk meningkatkan kepatuhan dan kepastian hukum. Dalam Hukum Progresif diperlukan aturan khusus mengenai gadai benda tidak bergerak berupa Pembebanan Jaminan Gadai dan Pendaftaran Jaminan Gadai juga diusulkan untuk memberikan perlindungan hukum yang lebih baik bagi kreditor.

Kata Kunci: *Akta Gadai, Kewenangan Notaris, Hak Tanggungan, Kedudukan Preferen.*

ABSTRACT

PRATIWI HANDAYANI DASWAR (B022221012). *LEGAL FORCE OF LAND PAWN IN INDIVIDUAL CREDIT AGREEMENTS MADE BY A NOTARY.* (Supervised by Nurfaidah Said and Marwah)

This research aims to study and analyze (1) the authority of notary in creating pawn guarantee binding deeds with land as the object and (2) the preferential position of creditors arising from pawn guarantee deeds with land as the collateral object.

This is a normative legal research that examines legislative aspects and examples of pawn guarantee deeds made by notary with indications of deviation. The approaches used include legislative and case approaches, with two main stages: the ongoing normative law and the application of concrete events. The data collected include primary, secondary, and tertiary legal materials, as well as relevant non-legal materials. Data collection techniques involve literature studies, interviews, documentation, and electronic searches. The analysis of legal materials is conducted by logically and systematically organizing and classifying the materials, followed by prescriptive analysis to generate relevant conclusions and recommendations. The research findings indicate that (1) Notary are not authorized to create pawn deeds with land as the object because pawn objects must be movable goods under the possession of the pawn recipient according to the principle of *Inbezitstelling*. (2) Pawn deeds with land as the object and without an Accompanied Deed of Granting Mortgage Rights (APHT) and the registration of Mortgage Rights do not provide a preferential position for creditors. This research suggests enhancing the understanding and synergy between notary and PPAT (Land Deed Officials), as well as enforcing regulations and socializing the registration of Mortgage Rights to improve compliance and legal certainty. In Progressive Law, specific regulations on pawning immovable objects in the form of Pawn Guarantee Charges and the Registration of Pawn Guarantees are also proposed to provide better legal protection for creditors.

Keywords: *Pawn Deed, Notary Authority, Mortgage Rights, Preferential Position.*

DAFTAR ISI

	Halaman
HALAMAN JUDUL.....	i
PERSETUJUAN PEMBIMBING.....	ii
PERNYATAAN KEASLIAN.....	iii
KATA PENGANTAR.....	iv
ABSTRAK.....	viii
ABSTRACT.....	ix
DAFTAR ISI.....	x
BAB I PENDAHULUAN.....	1
A. Latar Belakang Masalah.....	1
B. Rumusan Masalah.....	5
C. Tujuan Penelitian.....	5
D. Manfaat Penelitian.....	6
E. Orisinalitas Penelitian.....	7
BAB II TINJAUAN PUSTAKA.....	12
A. Landasan Teoritis.....	12
1. Teori Perlindungan Hukum.....	12
2. Teori Kewenangan Hukum.....	15
B. Hukum Jaminan.....	19
1. Istilah dan Pengertian Jaminan.....	19
2. Objek dan Ruang Lingkup Hukum Jaminan.....	21
3. Asas-Asas Hukum Jaminan.....	22
4. Jaminan Atas Benda Bergerak dan Tidak Bergerak.....	26
C. Pengaturan Gadai dalam 3 Sistem Hukum.....	29
1. Gadai dalam Hukum Adat.....	29
2. Gadai dalam Hukum Barat.....	37
3. Gadai dalam Hukum Islam.....	49
D. Pengaturan Notaris.....	59
1. Pengertian Notaris.....	59
2. Tugas dan Kewenangan Notaris.....	62
a) Kewenangan Atributif Notaris.....	62

b)	Kewenangan Delegasi Notaris	65
c)	Kewenangan Mandatori Notaris	67
d)	Kewenangan Umum Notaris	69
3.	Kewajiban Notaris	75
E.	Kerangka Pikir	79
F.	Bagan Kerangka Pikir	81
G.	Definisi Operasional.....	82
BAB III METODE PENELITIAN.....		83
A.	Tipe Penelitian	83
B.	Jenis Pendekatan	83
C.	Jenis dan Sumber Bahan Hukum	84
D.	Pengumpulan Bahan Hukum	86
E.	Analisis Bahan Hukum.....	87
BAB IV KEWENANGAN NOTARIS DALAM PEMBUATAN AKTA PENGIKATAN JAMINAN GADAI ATAS TANAH.....		89
	Kewenangan Atributif Ditinjau dari Aspek Pengikatan Jaminan Gadai Atas Tanah	91
BAB V KEDUDUKAN PREFEREN KREDITOR PADA GADAI TANAH..		106
1.	Akta Pembebanan Jaminan.....	107
2.	Pendaftaran Objek Jaminan	110
BAB VI PENUTUP		119
1.	Kesimpulan.....	119
2.	Saran.....	120
DAFTAR PUSTAKA.....		123
LAMPIRAN		129

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Kehidupan sehari-hari masyarakat terus berkembang seiring meningkatnya kebutuhan hidup. Untuk memenuhi tuntutan tersebut, masyarakat berupaya meningkatkan taraf hidup melalui usaha dan pengembangan modal. Peran bank dan lembaga keuangan non-bank menjadi penting dalam masyarakat, terutama bank sebagai lembaga terpercaya dalam menyediakan kredit kepada pelaku usaha dan masyarakat sebagai nasabah.

Jaminan dapat dibedakan menjadi jaminan perorangan dan kebendaan. Jaminan perorangan melibatkan pihak ketiga yang memberikan pernyataan kesanggupan, sementara jaminan kebendaan melibatkan hak mutlak atas suatu benda. Tanah seringkali menjadi jaminan yang diminta oleh bank karena nilai ekonominya yang menguntungkan.

Ada beberapa macam jenis jaminan kebendaan mulai dari gadai, fidusia, hak tanggungan, hipotek kapal, maupun resi gudang. Hak gadai menurut *Burgerlijk Wetboek* yang selanjutnya disebut BW diatur dalam Buku II Bab XX Pasal 1150 s/d 1161. Pihak yang menggadaikan dinamakan “pemberi gadai” dan yang menerima gadai, dinamakan “penerima atau pemegang gadai”.

Meskipun bank dianggap sebagai lembaga terpercaya, namun sebagian masyarakat enggan untuk mengajukan kredit kepada bank karena beranggapan bahwa prosesnya cukup rumit. Oleh karena itu beberapa orang lebih memilih meminjam kepada orang pribadi, antara lain melalui gadai. Dalam praktik gadai yang sering terjadi di masyarakat, bahwa proses kredit perorangan hanya dikuatkan oleh pernyataan kesanggupan perorangan untuk menjaminkan objek kepemilikan hak seperti kepemilikan hak atas tanah.

Menurut Mariam Darus Badruzaman, kedudukan pemegang gadai di sini lebih kuat dari pemegang fidusia, karena benda jaminan berada dalam penguasaan kreditur. Dalam hal ini kreditor terhindar dari iktikad buruk (*te kwader trouw*) pemberi gadai, sebab dalam gadai benda jaminan sama sekali tidak boleh berada dalam penguasaan (*inbezitstelling*) pemberi gadai.¹

Hak kebendaan yang bersifat memberikan jaminan, yaitu Gadai, Hipotek, Hak Tanggungan dan Fidusia. Lahirnya hak kebendaan yang bersifat memberikan jaminan terdapat perbedaan, hal ini digantungkan pada jenis bendanya yang dibebani oleh lembaga jaminan tersebut. Pada jaminan gadai lahirnya hak kebendaan, yaitu pada saat objek gadai diserahkan pada penerima gadai atau pihak ketiga sebagaimana diatur

¹ Mariam Darus Badruzaman, Bab-Bab Tentang Creditverband, Gadai dan Fiducia, Cetakan ke IV Penerbit Alumni, Bandung. Tahun 1987, hlm. 55-56.

pada Pasal 1152 ayat (1) BW.² Berdasarkan ketentuan pada Pasal 1152 ayat (1) BW tersebut, maka benda gadai harus diserahkan kepada penerima gadai (kreditor) atau pihak ketiga, sehingga benda tersebut berada dalam kekuasaan penerima gadai (kreditor) atau pihak ketiga. Rasio legis dari penguasaan ini adalah sebagai perwujudan dari asas publisitas, bahwa hak kebendaan atas benda bergerak ada pada penerima gadai atau pihak ketiga. Asas ini disebut asas *inbezitstelling*, yang merupakan perwujudan asas publisitas, membuktikan bahwa perjanjian gadai sebagai perjanjian riil dan sebagai bentuk perlindungan hukum bagi pemegang gadai (kreditor), karena apabila objek dari gadai berupa benda bergerak masih dalam kekuasaan pemiliknya maka dapat menimbulkan beberapa risiko apabila pemilik benda mengalihkan benda yang menjadi objek jaminan gadai. Selanjutnya pada Pasal 1152 ayat (2) BW mengatur bahwa “Tak sah adalah hak gadai atas segala benda yang tetap dibiarkan dalam kekuasaan si debitor atau si pemberi gadai, ataupun yang kembali dalam kekuasaan debitor atas kemauan si kreditor”. Aturan tersebut menetapkan bahwa hak gadai tidak sah jika barang tetap berada dalam kekuasaan debitor atau pemberi gadai.

Hak Tanggungan merupakan jaminan atas tanah yang diatur oleh perundang-undangan di Indonesia. Pengaturan Hak Tanggungan tersebut bertujuan untuk memberikan jaminan terhadap tanah dalam konteks

² Trisadini Prasastinah Usanti, *Lahirnya Hak Kebendaan*, Jurnal Perspektif, Volume XVII No. 1 Tahun 2012 Edisi Januari, Hlm. 50-51.

hubungan utang piutang.

Sejak berlakunya UUHT, hak tanggungan menjadi satu-satunya hak jaminan atas tanah yang diakui. Penegasan tersebut tercantum dalam Alinea Ketiga Angka 5 Penjelasan Umum UUHT, mengatur bahwa *“Hak Tanggungan merupakan satu-satunya lembaga hak jaminan atas tanah, dan dengan demikian menjadi tuntaslah unifikasi Hukum Tanah Nasional, yang merupakan salah satu tujuan utama Undang-Undang Pokok Agraria”*.

Berdasarkan ketentuan Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 tentang Hak Tanggungan atas Tanah Beserta Benda-benda yang Berkaitan dengan Tanah (“UUHT”) yang mengatur, “Pemberian Hak Tanggungan didahului dengan janji untuk memberikan Hak Tanggungan sebagai jaminan pelunasan utang tertentu, yang dituangkan di dalam dan merupakan bagian tak terpisahkan dari perjanjian utang-piutang yang bersangkutan atau perjanjian lainnya yang menimbulkan utang tersebut”.

Sebagaimana penjelasan pada uraian tersebut di atas maka penulis akan mengkaji mengenai perjanjian gadai perorangan yang dibuat oleh notaris, dimana akta yang dibuat oleh notaris tersebut berisi tentang perjanjian gadai tanah dan rumah. Berdasarkan pra penelitian yang telah dilakukan oleh penulis, akta yang dibuat oleh notaris tersebut mencantumkan tanah dan rumah sebagai objek jaminan gadai. Pada akta yang dibuat oleh notaris tersebut tidak mengedepankan pentingnya pemberian hak tanggungan yang mengatur terkait tanah sebagai objek

jaminan, dengan demikian besar kemungkinan risiko terjadinya kesenjangan atau disparitas dimana seharusnya notaris mengedepankan adanya Akta Pemberian Hak Tanggungan sebagai jaminan pelunasan utang debitor kepada kreditor dalam perjanjian pinjaman/kredit yang bersangkutan. Oleh karena itu penulis menganggap penting untuk mengkaji contoh kasus dalam hal ini akta gadai tanah dan rumah yang dibuat oleh salah satu notaris terhadap ketentuan yang ada serta terhadap fakta penelitian lapangan pada kantor-kantor notaris lainnya.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian dalam latar belakang tersebut di atas, maka rumusan masalah dalam penelitian ini, sebagai berikut:

1. Apakah Notaris berwenang untuk membuat akta pengikatan jaminan gadai yang objeknya berupa tanah?
2. Apakah tanah sebagai objek jaminan gadai yang dituangkan dalam akta notaris memberikan kedudukan yang preferen bagi kreditor pada gadai tanah?

C. Tujuan Penelitian

Adapun Tujuan dari penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Untuk mengkaji dan menelaah kewenangan notaris dalam pembuatan akta pengikatan jaminan gadai yang objeknya berupa tanah.

2. Untuk mengkaji dan menelaah kedudukan kreditor dalam perjanjian gadai yang objeknya berupa tanah.

Dengan demikian, tujuan penelitian ini dirancang untuk mencakup pemahaman dan analisis yang mendalam tentang kewenangan notaris serta kedudukan preferensi dalam pembuatan akta pengikatan jaminan gadai

D. Manfaat Penelitian

Selain tujuan di atas, penelitian ini juga mempunyai beberapa manfaat, di antaranya sebagai berikut:

1. Manfaat Akademis/Teoritis

Secara teoritis, hasil penelitian ini diharapkan mampu memberikan manfaat bagi perkembangan ilmu pengetahuan di bidang ilmu kenotariatan yang berkaitan dengan bidang hukum jaminan khususnya pada pengikatan atas jaminan gadai.

2. Manfaat Praktis

Secara praktis hasil dari penelitian ini diharapkan mampu memberikan kontribusi dan manfaat, saran maupun informasi kepada para pihak khususnya debitor, kreditor, dan notaris yang membuat akta pengikatan gadai.

E. Orisinalitas Penelitian

Penulis telah melakukan penelusuran terhadap judul karya ilmiah pada *website* di beberapa perguruan tinggi di Indonesia, dengan demikian penulis memperoleh informasi bahwa terdapat beberapa penelitian yang berkaitan dengan topik pada penelitian yang diangkat oleh penulis yaitu KEKUATAN HUKUM GADAI TANAH DALAM PERJANJIAN KREDIT PERORANGAN YANG DIBUAT OLEH NOTARIS. Adapun karya ilmiah tersebut antara lain sebagai berikut:

Nama Penulis	:	Tesis Rini Afrida
Judul Tulisan	:	Perlindungan Hukum Bagi Kreditor Dalam Perjanjian Kredit Dengan Jaminan Hak Tanggungan.
Kategori	:	Skripsi
Tahun	:	2021
Perguruan Tinggi	:	Universitas Muhammadiyah Mataram.
Uraian		
		Penelitian Terdahulu
		Rencana Penelitian
Isu dan Permasalahan	:	<ol style="list-style-type: none"> 1) Bagaimana perlindungan hukum kepada kreditor ketika debitor wanprestasi dalam suatu perjanjian dengan jaminan hak tanggungan? 2) Bagaimanakah penafsiran ketentuan dalam Undang-Undang nomor 4 Tahun 1996 yang berkaitan dengan tanah yang memberikan perlindungan hukum kepada kreditor Ketika debitor wanprestasi?
		<ol style="list-style-type: none"> 1) Apakah Notaris berwenang untuk membuat akta pengikatan jaminan gadai yang objeknya berupa tanah? 2) Apakah tanah sebagai objek jaminan gadai yang dituangkan dalam akta notaris memberikan kedudukan yang preferen bagi kreditor pada gadai tanah?

Metode Penelitian	:	Normatif	Normatif
Hasil dan Pembahasan	:	<p>Hasil penelitian menunjukkan bahwa:</p> <p>(1) Perlindungan hukum kepada kreditor ketika debitor wanprestasi dalam suatu perjanjian kredit dengan jaminan Hak Tanggungan bahwa yang lebih menjamin hak kreditor dalam memperoleh kembali piutangnya ketika debitor wanprestasi adalah pada perjanjian kredit dengan akta otentik.</p> <p>(2) Penafsiran ketentuan dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 yang berkaitan dengan tanah yang memberikan perlindungan hukum kepada kreditor ketika debitor wanprestasi yaitu dimulai dari Pasal 1 angka 1 yang memberikan Kedudukan yang diutamakan kepada kreditor sebagai pemegang Hak Tanggungan dalam memperoleh pelunasan piutangnya. Selanjutnya pada Pasal 6 Hak untuk menjual objek Hak Tanggungan atas kekuasaan sendiri (<i>parate executie</i>) melalui pelelangan tanpa meminta bantuan dari Pengadilan. Dan yang terakhir pada Pasal 7 tentang Asas <i>Droit de Suite</i>, Asas ini merupakan jaminan khusus bagi kepentingan pemegang</p>	<p>Perbedaan fokus kajian penelitian yang akan dilakukan Penulis dengan penelitian tersebut yaitu, penulis mengkaji lebih khusus tentang kewenangan notaris dalam pembuatan akta pengikatan jaminan gadai yang memiliki objek berupa tanah, dan kedudukan preferensi atas tanah objek jaminan gadai yang dituangkan dalam akta notaris.</p>

		Hak Tanggungan, bahwa walaupun objek Hak Tanggungan sudah berpindah menjadi milik pihak lain, kreditor masih tetap dapat menggunakan haknya untuk melakukan haknya apabila debitor cidera janji.	
Nama Penulis	:	Merlin Kristin Renwarin, Asmaniar, dan Grace Sharon.	
Judul Tulisan	:	Perlindungan Hukum Bagi Pemberi Gadai Jika Terjadi Wanprestasi Dalam Perjanjian Gadai	
Kategori	:	Jurnal	
Tahun	:	Krisna Law, Volume 5 Nomor 1, Februari 2023.	
Perguruan Tinggi	:	Fakultas Hukum Universitas Krisnadwipayana.	
Uraian		Penelitian Terdahulu	Rencana Penelitian
Isu dan Permasalahan	:	<ol style="list-style-type: none"> 1) Bagaimana perlindungan hukum bagi pemberi gadai jika terjadi wanprestasi menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata? 2) Perlindungan hukum bagi pemberi gadai jika terjadi wanprestasi menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata 	<ol style="list-style-type: none"> 1) Apakah Notaris berwenang untuk membuat akta pengikatan jaminan gadai yang objeknya berupa tanah? 2) Apakah tanah sebagai objek jaminan gadai yang dituangkan dalam akta notaris memberikan kedudukan yang preferen bagi kreditor pada gadai tanah?
Metode Penelitian	:	Normatif	Normatif
Hasil dan Pembahasan	:	<p>Hasil penelitian menunjukkan bahwa:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Perlindungan hukum bagi pemberi gadai jika terjadi wanprestasi menurut Kitab Undang-Undang Hukum 	Perbedaan fokus kajian penelitian yang akan dilakukan Penulis dengan penelitian tersebut yaitu, penulis mengkaji lebih khusus tentang

	<p>Perdata yaitu debitor diwajibkan membayar ganti rugi yang telah diderita oleh kreditor, diatur dalam Pasal 1243 BW, Kreditor dapat minta pembatalan perjanjian melalui pengadilan, diatur dalam Pasal 1266 BW, Kreditor dapat minta pemenuhan perjanjian, atau pemenuhan perjanjian disertai ganti rugi dan pembatalan perjanjian dengan ganti rugi, diatur dalam Pasal 1267 BW, dalam perikatan untuk memberikan sesuatu, risiko beralih kepada debitor sejak terjadi wanprestasi, diatur dalam Pasal 1237 ayat (2) BW, serta debitor wajib membayar biaya perkara jika diperkarakan di muka Pengadilan Negeri, dan debitor dinyatakan bersalah.</p> <p>2) Dalam penyelesaian wanprestasi bagi badan usaha, hak milik debitor dialihkan secara penuh menjadi milik kreditor lalu barang gadai tersebut akan dilelang sesuai dengan dengan peraturan yang terdapat dalam badan usaha tersebut. Hasil dari lelang tersebut akan menutup kerugian yang dialami oleh kreditor yang disebabkan oleh debitor. Adanya keterbatasan waktu dan kurangnya data yang didapatkan sehingga penulis tidak dapat</p>	<p>kewenangan notaris dalam pembuatan akta pengikatan jaminan gadai yang memiliki objek berupa tanah, dan kedudukan preferensi atas tanah objek jaminan gadai yang dituangkan dalam akta notaris.</p>
--	---	---

	menjelaskan secara luas mengenai prosedur lelang yang dilaksanakan oleh badan usaha tersebut.	
--	---	--

Berdasarkan uraian tersebut di atas, penulis memiliki perbedaan yang cukup signifikan dengan penelitian terdahulu. Perbedaan tersebut dari segi objek penelitian, regulasi yang digunakan, dan pokok permasalahan yang dikaji. Atas dasar tersebut, keaslian penelitian dari penelitian penulis dapat dipertanggungjawabkan secara ilmiah.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Landasan Teoritis

1. Teori Perlindungan Hukum

Keberadaan hukum dalam masyarakat adalah untuk mengintegrasikan dan mengkoordinasikan kepentingan-kepentingan yang biasa bertentangan antara satu sama lain. Maka dari itu, hukum harus bisa mengintegrasikannya sehingga benturan-benturan kepentingan itu dapat ditekan seminimal mungkin. Secara etimologi, kata perlindungan dalam bahas Inggris disebut dengan *protection*. Istilah perlindungan menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI) dapat disamakan dengan istilah proteksi, yang artinya adalah proses atau perbuatan memperlindungi, sedangkan menurut *Black's Law Dictionary*, *protection* adalah *the act of protecting*.³

Secara umum, perlindungan berarti mengayomi sesuatu dari hal-hal yang berbahaya, sesuatu itu bisa saja berupa kepentingan maupun benda atau barang. Selain itu perlindungan juga mengandung makna pengayoman yang diberikan oleh seseorang terhadap orang yang lebih lemah. Dengan demikian, perlindungan hukum dapat diartikan dengan segala upaya pemerintah untuk menjamin adanya kepastian hukum untuk

³ Bryan A. Garner, 2009, *Black's Law Dictionary, ninth edition*, St. paul: West, hlm. 1343.

memberi perlindungan kepada warga negaranya agar hak- haknya sebagai seorang warga negara tidak dilanggar, dan bagi yang melanggarnya akan dapat dikenakan sanksi sesuai peraturan yang berlaku.⁴

Pengertian perlindungan hukum adalah suatu perlindungan yang diberikan terhadap subyek hukun dalam bentuk perangkat hukum baik yang bersifat preventif maupun yang bersifat represif, baik yang tertulis maupun tidak tertulis. Dengan kata lain perlindungan hukum sebagai suatu gambaran dari fungsi hukum, yaitu konsep dimana hukum dapat memberikan suatu keadilan, ketertiban, kepastian, kemanfaatan dan kedamaian.⁵

Pengertian perlindungan adalah tempat berlindung, hal (perbuatan dan sebagainya) memperlindungi. Dalam KBBI yang dimaksud dengan perlindungan adalah cara, proses, dan perbuatan melindungi. Sedangkan hukum adalah peraturan yang dibuat oleh pemerintah atau yang data berlaku bagi semua orang dalam masyarakat (negara).

Berikut beberapa pendapat yang dikutip dari beberapa ahli mengenai perlindungan hukum antara lain sebagai berikut:

1. Menurut Satjipto Rahardjo perlindungan hukum adalah adanya upaya melindungi kepentingan seseorang dengan cara

⁴ <https://kumparan.com/pengertian-dan-istilah/pengertian-perlindungan-hukum-menurut-para-ahli-dan-jenisnya-20zhKhbmUBh>, Diakses pada 1 November 2023.

⁵ Rahayu, 2009, *Pengangkutan Orang*, etd.eprints.ums.ac.id.

mengalokasikan suatu Hak Asasi Manusia kekuasaan kepadanya untuk bertindak dalam rangka kepentingannya tersebut.⁶

2. Menurut Muchsin perlindungan hukum adalah kegiatan untuk melindungi individu dengan menyetarakan hubungan nilai-nilai atau kaidah-kaidah yang menjelma dalam sikap dan tindakan dalam menciptakan adanya ketertiban dalam pergaulan hidup antara sesama manusia.⁷
3. Menurut Setiono perlindungan hukum adalah tindakan atau upaya untuk melindungi masyarakat dari perbuatan sewenang-wenang oleh penguasa yang tidak sesuai dengan aturan hukum, untuk mewujudkan ketertiban dan ketentraman sehingga memungkinkan manusia untuk menikmati martabatnya sebagai manusia.⁸
4. Menurut Hetty Hasanah perlindungan hukum yaitu merupakan segala upaya yang dapat menjamin adanya kepastian hukum, sehingga dapat memberikan perlindungan hukum kepada pihak-pihak yang bersangkutan atau yang melakukan tindakan hukum.⁹

Jadi, dapat disimpulkan bahwa perlindungan hukum atau legal protection merupakan kegiatan untuk menjaga atau memelihara

⁶ Satjipto Rahardjo, 2003, *Sisi-Sisi Lain dari Hukum di Indonesia*, Jakarta, Kompas, hlm.121.

⁷ Muchsin, 2003, *Perlindungan dan Kepastian Hukum bagi Investor di Indonesia*, Surakarta, Disertasi S2 Fakultas Hukum, Universitas Sebelas Maret, hlm.14.

⁸ Setiono, 2004, *Rule of Law*, Surakarta: Disertasi S2 Fakultas Hukum, Universitas Sebelas Maret, hlm.3.

⁹ Hetty Hasanah, "Perlindungan Konsumen dalam Perjanjian Pembiayaan Konsumen atas Kendaraan Bermotor dengan Fidusia", artikel diakses pada 1 Oktober 2023, dari <http://jurnal.unikom.ac.id/vol3/perlindungan.html>

masyarakat demi mencapai keadilan.¹⁰ Kemudian perlindungan hukum dikonstruksikan sebagai bentuk pelayanan, dan subjek yang dilindungi.¹¹

2. Teori Kewenangan Hukum

Kewenangan sering disejajarkan dengan istilah wewenang, istilah wewenang digunakan dalam bentuk kata benda dan sering disejajarkan dengan istilah *bevoegdheid* dalam istilah hukum belanda. Namun terdapat perbedaan antara istilah kewenangan dengan istilah *bevoegdheid*, yaitu terletak pada karakter hukumnya. Istilah *bevoegdheid* digunakan dalam konsep hukum publik maupun dalam hukum privat. Dalam konsep hukum istilah kewenangan atau wewenang seharusnya digunakan dalam konsep hukum publik.¹²

Wewenang (atau sering pula ditulis dengan istilah kewenangan) merupakan suatu tindakan hukum yang diatur dan diberikan kepada suatu jabatan berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku yang mengatur jabatan yang bersangkutan. Kewenangan atau wewenang adalah suatu istilah yang biasa digunakan dalam lapangan hukum publik, namun terdapat perbedaan diantara keduanya. Kewenangan adalah apa yang

¹⁰ Hilda Hilmiah Diniyati, "*Perlindungan Hukum bagi Investor dalam Pasar Modal (Studi pada Gangguan Sistem Transaksi di Bursa Efek Indonesia)*", (Skripsi S1 Fakultas Syariah dan Hukum, Universitas Islam Negeri Syarif Hidayatullah Jakarta, 2013), hlm.19.

¹¹ Salim HS dan Erlies Septiana Nurbaini, "*Penerapan Teori Hukum pada Penelitian Tesis dan Disertasi*", cet. 1, (Jakarta: PT. Rajagrafindo Persada, 2013), h. 261.

¹² Suharyono M. Hadiwiyono, *Hukum Pertanahan Di Indonesia: Progresifitas Sistem Publikasi Positif Terbatas dalam Pendaftaran Tanah di Indonesia*, Intelegensia Media, Malang, 2020, hlm.89-90.

disebut 'kekuasaan formal', kekuasaan yang berasal dari kekuasaan yang diberikan oleh undang-undang atau legislatif dari kekuasaan eksekutif atau administratif. Kewenangan merupakan kekuasaan dari golongan orang tertentu atau kekuasaan terhadap suatu bidang pemerintahan atau urusan pemerintahan tertentu yang bulat, sedangkan wewenang (*authority*) adalah hak untuk memberi perintah, dan kekuasaan untuk meminta dipatuhi.¹³

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI), kata wewenang disamakan dengan kewenangan, yang diartikan sebagai hak dan kekuasaan untuk melakukan sesuatu.¹⁴ Kewenangan juga diartikan ialah untuk menerapkan dan menegakkan hukum, ketaatan yang pasti, perintah, memutuskan, pengawasan, yurisdiksi, atau kekuasaan.¹⁵ Indroharto tidak membedakan secara teknis mengenai istilah wewenang dan kewenangan, ia berpendapat dalam arti yuridis, Wewenang adalah kemampuan yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan unruk menimbulkan akibat-akibat hukum.¹⁶

Miriam Budiardjo dalam bukunya mengemukakan bahwa kekuasaan biasanya berbentuk hubungan dalam arti bahwa ada satu pihak yang memerintah dan pihak lain yang diperintah (*the rule and the ruled*).¹⁷

¹³ *Ibid.* hlm.90

¹⁴ Pusat Bahasa depertemen Pendidikan nasional, *Kamus Bahasa Indonesia*, Jakarta, 2008, hlm 1622

¹⁵ Salim H.S dan Erlies Septiana Nurbani, *Penerapan Teori Hukum pada Penelitian Tesis dan Disertasi*, Rajawali Pers, Jakarta, 2013, hlm.185

¹⁶ Indroharto, *Usaha Memahami Undang-Undang tentang Peradilan Tata Usaha Negara*, Pustaka Harapan, Jakarta, 1993, hlm.8.

¹⁷ Miriam Budiardjo, *Dasar- Dasar Ilmu Politik*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2008, hlm.35.

Konsep kewenangan diawali dari ciri khas suatu negara yaitu adanya kekuasaan yang memiliki kewenangan, selain itu ia juga mengemukakan bahwa kekuasaan merupakan inti dari penyelenggaraan negara agar negara dalam keadaan bergerak (*de staat in beweging*) sehingga negara itu dapat berkiprah, bekerja, berkapasitas, berprestasi dan berkinerja melayani warganya. Oleh karena itu negara harus diberi kekuasaan. Kekuasaan menurut Miriam Budiardjo adalah kemampuan seseorang atau sekelompok orang manusia untuk mempengaruhi tingkah laku seseorang atau sekelompok lain sedemikian rupa sehingga tingkah laku itu sesuai dengan keinginan dan tujuan dari orang atau negara.¹⁸

Menurut Juanda kewenangan adalah kekuasaan formal yang berasal dari atau diberikan oleh undang-undang misalnya kekuasaan legislatif, kekuasaan eksekutif, kekuasaan yudikatif. Oleh karenanya dalam kewenangan terdapat kekuasaan dan dalam kewenangan lahiriah wewenang.¹⁹

H.D Stout menyatakan bahwa wewenang merupakan pengertian dari organisasi pemerintahan, yang dapat dijelaskan sebagai keseluruhan aturan-aturan yang berkenaan dengan perolehan dan penggunaan wewenang oleh subjek hukum publik didalam hubungan hukum publik.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Juanda, *Hukum Pemerintahan Daerah*, Alumni, Bandung, 2004, hlm.265

Menurut Nandang Alamsah, kewenangan sebagai konsep hukum publik terdiri dari tiga unsur yaitu:²⁰

- a. Pengaruh merujuk pada penggunaan wewenang dimaksudkan untuk mengendalikan perilaku subjek hukum.
- b. Dasar hukum berkaitan dengan prinsip bahwa setiap wewenang pemerintah yang harus dapat ditunjuk dasar hukumnya.
- c. Konformitas hukum, mengandung makna adanya standar umum (semua jenis wewenang) dan standar khusus (untuk jenis wewenang tertentu), artinya perlu adanya konfirmasi secara hukum mengenai standar kewenangan untuk mengetahui batasan-batasan terhadap suatu kewenangan.

Mengenai ciri-ciri delegasi dalam kewenangan menurut Philipus M. Hadjon sebagaimana dikutip oleh Azmi Fendri dalam bukunya adalah sebagai berikut²¹:

1. Delegasi harus definitif artinya delegasi tidak dapat menggunakan sendiri wewenang yang telah dilimpahkan itu.
2. Delegasi harus berdasarkan ketentuan peraturan perundang undangan artinya delegasi hanya dimungkinkan kalau ada ketentuan untuk itu dalam peraturan perundang undangan.
3. Delegasi tidak kepada bawahan artinya dalam hubungan hirarki kepegawaian tidak diperkenankan adanya delegasi.
4. Kewajiban memberikan keterangan (penjelasan) artinya delegasi berwenang untuk meminta penjelasan tentang pelaksana wewenang tersebut.

²⁰ Nandang Alamsah, et.al, *Teori & Praktek Kewenangan Pemerintahan*, Bandung, Unpad Press, Bandung, 2019, hlm.13

²¹ Azmi Fendri, *Pengaturan kewenangan pemerintah dan pemerintah daerah dalam pemanfaatan sumberdaya mineral dan batu bara*, PT Raja grafindo, Jakarta,2016, hlm. 94

5. Peraturan kebijakan artinya delegasi memberikan intruksi (petunjuk) tentang penggunaan wewenang tersebut²².

B. Hukum Jaminan

1. Istilah dan Pengertian Jaminan

Nurfaidah Said mengemukakan bahwa istilah hukum jaminan berasal dari terjemahan *zekerheidstelling* (Belanda) atau *security of law* (Inggris). *Zekerheidstelling* terdiri dari kata *zekerheid* yang berarti kepastian, dan *stelling* yang berarti mengatur suatu kedudukan. Dengan demikian *zekerheidstelling* secara etimologis berarti hal mengatur untuk memberikan kepastian kedudukan. Atau secara terminologis *zekerheidstelling* atau hukum jaminan adalah segenap aturan hukum yang bertujuan memberikan jaminan kepastian terpenuhinya suatu prestasi yang ditentukan atau hak-hak para pihak yang mengadakan perjanjian, dengan acara salah satu pihak memberikan suatu jaminan (benda/personal) pada pihak lain, sedangkan pihak lainnya memberikan kredit atau pinjaman uang (barang).²³

Sri Soedewi Masjhoen Sofwan mengemukakan bahwa hukum jaminan adalah: "Mengatur konstruksi yuridis yang memungkinkan pemberian fasilitas kredit, dengan menjaminkan benda-benda yang dibelinya sebagai jaminan. Peraturan demikian harus cukup menyakinkan

²² *Ibid.* hlm 95

²³ Nurfaidah Said, 2010, Hukum Jaminan Fidusia, Kretakupa Print Makassar, Makassar, hlm. 17-18.

dan memberikan kepastian hukum bagi lembaga kredit, baik dari dalam negeri maupun luar negeri. Adanya lembaga jaminan dan lembaga demikian, kiranya harus dibarengi dengan adanya lembaga kredit dengan jumlah, besar, dengan jangka waktu yang lama dan bunga yang relatif rendah.²⁴

Selanjutnya M. Bahsan, memberikan definisi hukum jaminan merupakan himpunan ketentuan yang mengatur atau berkaitan dengan penjaminan dalam rangka utang piutang (pinjaman uang) yang terdapat dalam berbagai peraturan perundang-undangan yang berlaku saat ini. Dalam pelaksanaan penilaian jaminan utang dari segi hukum, pihak pemberi pinjaman seharusnya melakukannya berdasarkan ketentuan hukum yang berkaitan dengan objek jaminan utang dan ketentuan hukum tentang penjaminan utang yang disebut sebagai hukum jaminan.²⁵

Hukum jaminan menurut Munir Fuadi yaitu keseluruhan dari kaidah-kaidah hukum yang mengatur hubungan hukum antara pemberi dan penerima jaminan dalam kaitannya dengan pembebanan jaminan untuk mendapatkan fasilitas kredit.²⁶

Berdasarkan definisi-definisi tersebut, unsur-unsur yang tercantum dalam hukum jaminan ini adalah:²⁷

²⁴ Salim HS, 2014, *Perkembangan Hukum Jaminan di Indonesia*, Ed.1-8, Jakarta, Rajawalipers, hlm.5-6.

²⁵ M.Bahsan, 2010, *Hukum Jaminan dan Jaminan Kredit Perbankan Indonesia*, Jakarta, PT. RajaGrafindo Persada, hlm.3.

²⁶ Munir Fuadi, 2005, *Pengantar Hukum Bisnis (Menata Bisnis Modern di Era Global)*, Bandung, Citra Aditya Bakti, hlm.6.

²⁷ Riky Rustam, 2017, *Hukum Jaminan*, Yogyakarta, UII Press, hlm.43.

- 1) Adanya kaidah-kaidah hukum jaminan yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan, traktat, dan yurisprudensi serta kaidah-kaidah hukum jaminan yang tumbuh, hidup dan berkembang dalam masyarakat;
- 2) Adanya pemberi dan penerima jaminan, pemberi jaminan adalah orang-orang atau badan hukum yang menyerahkan barang jaminan kepada penerima jaminan;
- 3) Adanya jaminan yang diserahkan oleh debitor kepada kreditor;
- 4) Adanya fasilitas kredit yang diawali dari pembebanan jaminan yang dilakukan oleh pemberi jaminan bertujuan untuk mendapatkan fasilitas kredit dari bank atau lembaga keuangan non-bank.

2. Objek dan Ruang Lingkup Hukum Jaminan

Objek hukum jaminan merupakan sasaran di dalam pengkajian hukum jaminan. Objek tersebut dibagi menjadi 2 (dua) macam, yaitu objek materiil dan objek formal. Objek materiil yaitu bahan (materiil) yang dijadikan sasaran dalam pengkajiannya. Objek materiil hukum jaminan adalah manusia. Objek formal yaitu sudut pandang tertentu terhadap objek materiilnya. Jadi objek formal hukum jaminan adalah bagaimana subjek hukum dapat membebankan jaminannya pada lembaga perbankan atau lembaga keuangan non-bank. Pembebanan jaminan merupakan proses,

yaitu menyangkut prosedur dan syarat-syarat di dalam pembebanan jaminan.²⁸

Ruang lingkup kajian hukum jaminan meliputi jaminan umum dan jaminan khusus. Jaminan khusus dibagi menjadi 2 (dua) macam, yaitu jaminan kebendaan dan perorangan. Jaminan kebendaan dibagi menjadi jaminan benda bergerak dan tidak bergerak. Yang termasuk dalam jaminan benda bergerak meliputi gadai dan fidusia, sedangkan jaminan benda tidak bergerak meliputi hak tanggungan, fidusia, khususnya rumah susun, hipotek kapal laut dan pesawat udara. Adapun jaminan perorangan meliputi *borg*, tanggung-menanggung (tanggung renteng) dan garansi bank.²⁹

3. Asas-Asas Hukum Jaminan

Nurfaidah Said menjabarkan 6 (enam) jenis asas atau prinsip yang penting dalam jaminan kebendaan. Penjabaran prinsip-prinsip tersebut sebagai berikut:³⁰

1) Prinsip Kebendaan Bersifat Mutlak

Pada prinsipnya semua bentuk hak jaminan kebendaan tertuju pada suatu benda tertentu. Hipotek diperuntukkan untuk benda tak bergerak yang bukan tanah, hak tanggungan tertuju pada benda tak bergerak atas tanah dan benda-benda yang ada di atas tanah tersebut, gadai dan fidusia untuk benda bergerak. Karena tertuju atau diperuntukkan untuk suatu jenis benda tertentu, maka hal itu

²⁸ Salim HS, 2014, *Perkembangan Hukum Jaminan di Indonesia*, Ed.1-8, Jakarta, Rajawaliipers hlm.8.

²⁹ *Ibid*, hlm.8-9.

³⁰ Nurfaidah Said, 2010, *Hukum Jaminan Fidusia*, Kretakupa Print Makassar, Makassar, hlm.23-30

berimplikasi pada timbulnya prinsip kemutlakan atas hak kreditor atas benda yang dijadikan jaminan kredit atau utang.

2) Prinsip Mengikuti Bendanya (*Droit de suit*)

Prinsip hak kebendaan yang bersifat mutlak tersebut membawa konsekuensi pada timbulnya prinsip bahwa hak kebendaan itu mengikuti bendanya atau disebut juga prinsip *droit de suit* atau *zaaksgesvolg*. Jika prinsip *droit de suit* itu tidak ada, maka hak kebendaan tersebut tidak ada dan prinsip kemutlakan pada hak kebendaan menjadi tidak mempunyai makna. Dengan sifat pad kemutlakannya itulah maka hak kebendaan tidak akan pernah lepas dari benda yang dihaki.

3) Prinsip Hak Mendahului (*Droit de Preference*)

Keistimewaan hak jaminan kebendaan adalah hukum memberikan hak pada kreditor untuk mendapat prioritas mendapatkan haknya atas suatu benda objek jaminan. Hak tersebut adalah hak mendahului atau *droit de preference*. Semua aturan hukum yang mengatur hubungan hukum pinjam meminjam uang atau perjanjian kredit dengan jaminan hak kebendaan, memberikan hak mendahului pada kreditor. Hal itu sangat logis karena secara spesifik debitor memberikan satu atau beberapa benda miliknya dibebani hak jaminan, yang berarti kreditor secara khusus mengikat benda tersebut dengan suatu beban hukum atau beban hak.

4) Prinsip Khusus atau Spesialitas

Prinsip khusus atau spesialitas ini merupakan *contrario* dari jaminan yang bersifat umum yang diatur dalam Pasal 1131 BW. Suatu perjanjian kredit yang tidak menunjuk secara khusus suatu benda tertentu sebagai jaminan pembayaran utang, tidak termasuk kategori perjanjian kredit dengan jaminan kebendaan, sehingga prinsip-prinsip hukum jaminan tidak dapat diaplikasikan dalam perjanjian

kredit tersebut. Prinsip hukum jaminan hanya dapat diaplikasikan terhadap perjanjian kredit yang secara khusus menentukan satu atau beberapa benda tertentu sebagai objek jaminan. Disitulah kekhususan atau sifat spesialitasnya hukum jaminan yaitu harus ditentukan benda tertentu yang dijadikan jaminan kredit atau jaminan utang dan menjelaskan ciri-ciri khusus dari benda tersebut misalnya tanah dijelaskan batas- batas lokasinya.

5) Prinsip Terbuka atau Publisitas

Semua bentuk hukum jaminan dalam hal ini perjanjian dengan jaminan kebendaan kecuali gadai, berlaku prinsip publisitas atau prinsip keterbukaan. Prinsip publisitas itu diaplikasikan dengan cara benda yang menjadi objek jaminan kredit didaftarkan pada instansi yang berwenang. Pendaftaran benda objek jaminan kredit untuk hak tanggungan dilakukan di Kantor Pertanahan Kota/Kabupaten dimana tanah dan benda yang ada di atasnya berada. Untuk benda objek jaminan hipotek didaftarkan dalam register-register umum sebagaimana diatur dalam Pasal 1179 BW.

6) Prinsip *Vervalbeding*

Prinsip lain yang sangat penting dalam hukum jaminan adalah prinsip *vervalbeding*. Yaitu suatu prinsip yang melarang diperjanjikan dalam bentuk dan cara apapun yang membawa konsekuensi beralihnya kepemilikan benda objek jaminan pada kreditor, jika debitor wanprestasi memenuhi kewajibannya. Prinsip *vervalbeding* inilah yang menentukan karakter bahwa hubungan hukum yang terjadi antara debitor dengan kreditor adalah pinjam meminjam uang dengan jaminan suatu benda tertentu. Prinsip *vervalbeding* itu pula yang menentukan bahwa maksud para pihak dalam hubungan hukum tersebut adalah pinjam meminjam uang dengan jaminan

benda tertentu, bukan jual beli dengan hak membeli kembali, atau bukan jual beli dengan syarat tunda.

Menurut Salim HS ada 5 (lima) asas penting dalam hukum jaminan, asas-asas tersebut sebagai berikut:³¹

1) *Asas Publicitet*

Bahwa semua hak, baik hak tanggungan, hak fidusia, dan hipotek harus di daftarkan. Pendaftaran ini dimaksudkan supaya pihak ketiga dapat mengetahui bahwa benda jaminan tersebut sedang dilakukan pembebanan jaminan. Pendaftaran hak tanggungan di kantor Badan Pertanahan Nasional Kabupaten/Kota, pendaftaran fidusia dilakukan di Kantor Pendaftaran Fidusia pada Kantor Departemen Kehakiman dan Hak Asasi Manusia, sedangkan pendaftaran hipotek kapal laut dilakukan di depan pejabat pendaftar dan pencatat balik nama yaitu syahbandar;

2) *Asas Specialitet*

Bahwa hak tanggungan, hak fidusia dan hipotek hanya dapat dibebankan atas percil atau atas barang-barang yang sudah terdaftar atas nama orang tertentu;

3) *Asas tak dapat dibagi-bagi*

Bahwa asas dapat dibaginya utang tidak dapat mengakibatkan dapat dibaginya hak tanggungan, hak fidusia, hipotek dan hak gadai walaupun telah dilakukan pembayaran sebagian;

4) *Asas Inbezittstelling*

Barang jaminan (gadai) harus berada pada penerima gadai;

5) *Asas Horizontal*

³¹ Salim HS, 2014, *Perkembangan Hukum Jaminan di Indonesia*, Ed.1-8, Jakarta, Rajawaliipers, hlm.9-10.

Bangunan dan tanah bukan merupakan satu kesatuan. Hal ini dapat dilihat dalam penggunaan hak pakai, baik tanah negara maupun tanah hak milik. Bangunannya milik dari yang bersangkutan atau pemberi tanggungan, tetapi tanahnya milik orang lain, berdasarkan hak pakai.

4. Jaminan Atas Benda Bergerak dan Tidak Bergerak

Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, mengemukakan pengertian jaminan materiil (kebendaan) dan jaminan perorangan. Jaminan materiil adalah:³² "Jaminan yang berupa hak mutlak atas suatu benda, yang mempunyai ciri-ciri mempunyai hubungan langsung atas benda tertentu, dapat dipertahankan terhadap siapa pun, selalu mengikuti bendanya dan dapat dialihkan. Sedangkan jaminan imateriil (perorangan) adalah jaminan yang menimbulkan hubungan langsung pada perorangan tertentu, hanya dapat dipertahankan terhadap debitor tertentu, terhadap harta kekayaan debitor umumnya".

Lebih lanjut Sri Soedewi Masjchoen Sofwan mengemukakan bahwa penggolongan atas benda yang penting menurut sistem Hukum Perdata yang berlaku kini di Indonesia adalah penggolongan atas benda bergerak dan benda tak bergerak. Berdasarkan hal tersebut maka dikenal pula adanya pembedaan jaminan atas benda bergerak dan jaminan atas benda tak bergerak. Pembedaan atas benda bergerak dan tak bergerak, juga pembedaan atas jaminan benda bergerak dan tak bergerak demikian itu

³² Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, 1985, *Hukum Jaminan di Indonesia*, Jakarta, BPHN Departemen Kehakiman RI, Hlm. 46-47.

juga dikenal hampir di seluruh perundang-undangan modern di berbagai Negara di dunia ini.³³

Menurut sistem Hukum Perdata pembedaan atas benda bergerak dan tak bergerak itu mempunyai arti penting dalam berbagai bidang yang berhubungan dengan penyerahan, daluwarsa (*verjaring*), kedudukan berkuasa (*bezit*), pembebanan/jaminan, penyitaan (*beslag*).

Dalam Hukum Perdata terutama mengenai lembaga jaminan, penting sekali arti pembagian benda bergerak dan benda tak bergerak. Di mana atas dasar pembedaan benda tersebut, menentukan jenis lembaga jaminan ikatan kredit yang mana yang dapat dipasang untuk kredit yang akan di berikan. Jika benda jaminan itu berupa benda bergerak, maka dapat dipasang lembaga jaminan yang berbentuk gadai atau fidusia, sedang jika benda jaminan itu berbentuk benda tetap, maka sebagai lembaga jaminan dapat dipasang hipotik atau *credietverband*.³⁴

Lebih lanjut Sri Soedewi menekankan bahwa, pembedaan atas benda bergerak dan benda tak bergerak demikian, dalam Hukum Perdata mempunyai arti penting dalam hal-hal tertentu, yaitu mengenai:³⁵

1. Cara pembebanan/jaminan,
2. Cara penyerahan,
3. Dalam hal daluwarsa,

³³ Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, 1980, *Hukum Jaminan di Indonesia Pokok-pokok Hukum dan Jaminan Perorangan*, BPHN Departemen Kehakiman RI, Jakarta, hlm.49

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid*, hlm.50.

4. Dalam hal *bezit*.

Cara penyerahan benda bergerak dilakukan dengan cara-cara yang berlainan dengan benda tak bergerak. Penyerahan benda bergerak menurut jenisnya dapat dilakukan dengan penyerahan nyata, penyerahan simbolis (penyerahan kunci gudang), *traditio brevimanu*, *constitutum possessorium* (penyerahan dengan terus melanjutkan penguasaan atas benda itu), *cessi*, *endosemen*. Sedangkan untuk benda tak bergerak dilakukan dengan balik nama, yaitu harus dilakukan penyerahan juridis yang bermaksud memeralihkan hak itu, dibuat dengan bentuk akta otentik dan didaftarkan.³⁶

Dalam hal daluwarsa, untuk benda bergerak tidak mengenal daluwarsa, sedang untuk benda tak bergerak mengenal lembaga daluwarsa. Dalam hal kedudukan berkuasa (*bezit*), untuk benda bergerak berlaku azas sebagaimana tercantum dalam Pasal 1977 KUH Perdata, bahwa *bezit* atas benda bergerak berlaku sebagai alas hak yang sempurna, sedang untuk benda tetap tidak berlaku azas yang demikian. Dalam hal pembebanan, untuk benda-benda bergerak dilakukan dengan lembaga jaminan gadai, fiducia. Sedang untuk benda-benda tak bergerak dilakukan dengan lembaga jaminan hipotik atau *credietverband*.³⁷

³⁶ Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, 1985, *Hukum Jaminan di Indonesia*, Jakarta, BPHN Departemen Kehakiman RI, Hlm.50.

³⁷ *Ibid.*

Oleh karenanya menurut pendapat Sri Sodewi, perbedaan benda bergerak dan benda tak bergerak dalam lembaga jaminan tetap penting, sebagaimana juga diakui dalam Jurisprudensi, yang tetap mengadakan perbedaan antara benda bergerak dan benda tetap setelah berlakunya UUPA. Hal mana sesuai dengan Keputusan MA tanggal 1 September 1971 dalam perkara antara Lo Ding Siang melawan Bank Indonesia, yang menetapkan bahwa hanya benda-benda bergerak yang dapat difiduciakan sedangkan benda-benda tetap tidak dapat dipakai sebagai jaminan fiducia.³⁸

Perbedaan benda bergerak dan benda tetap juga mempunyai arti penting dalam lapangan hukum pajak, yang membedakan pajak kekayaan atas ada bergerak dan benda tetap, pajak pendapatan atas hasil penjualan benda bergerak dan penjualan benda tetap dan lain-lain.³⁹

C. Pengaturan Gadai dalam 3 Sistem Hukum

1. Gadai dalam Hukum Adat

Hukum adat merupakan produk kebudayaan yang di dalamnya terkandung nilai-nilai budaya cipta, karsa, dan perasaan manusia. Dengan kata lain, hukum lahir dari kesadaran akan kebutuhan manusia dan

³⁸ Sri Soedewi Masjchoen Sofwan, 1985, *Hukum Jaminan di Indonesia*, Jakarta, BPHN Departemen Kehakiman RI, Hlm.50.

³⁹ *Ibid.*

keinginan untuk hidup secara adil dan beradab sebagai perwujudan peradaban manusia.

Di sisi lain, hukum adat juga diartikan sebagai wujud gagasan budaya, yang terdiri dari nilai-nilai budaya, norma, hukum dan aturan, yang saling berhubungan dan membentuk suatu sistem dan memiliki sanksi nyata yang sangat kuat.

Menurut B. Hanafi Arief, hukum adat atau *common law* dapat dikenali dari beberapa ciri, antara lain yaitu:⁴⁰

- a) Tidak teratur.
- b) Tidak tertulis dan tidak dikodifikasikan dalam bentuk hukum.
- c) Tidak disusun secara sistematis.
- d) Tidak ada pengantar atau pertimbangan yang digunakan dalam keputusan.
- e) Tidak dibuat dalam bentuk buku hukum.
- f) Ketentuan tidak sistematis dan kurang penjelasan.

a. Gadai Tanah Dalam Hukum Adat (Grondverpanding)

Perjanjian yang menyebabkan bahwa tanahnya diserahkan untuk menerima tunai sejumlah uang, dengan permufakatan bahwa pihak yang menyerahkan uang akan berhak mengembalikan tanah tersebut ke penerima uang dengan jalan membayar sejumlah uang dengan nominal

⁴⁰ https://www.gramedia.com/literasi/definisi-hukum-adat-dan-contohnya/#Ciri-Ciri_Hukum_Adat (Diakses pada 3 November 2023).

yang sama, maka perjanjian tersebut oleh Van Vollenhoven dengan konsekuen dinamakan gadai tanah.⁴¹

Gadai tanah bukan merupakan pinjaman uang (suatu perjanjian uang): Tanahlah yang menjadi objeknya perbuatan hukum ini sebagai diuraikan di atas; orang dapat menarik kembali tanah itu kepada dirinya sendiri dengan jalan membayarkan uang yang sudah diterimanya, tapi untuk itu ia tidak sekali diwajibkan; perbuatan hukum itu adalah perjanjian tanah yang bersifat sendiri. Sekali janganlah dipakai lebih dari satu istilah buat menyebut perjanjian itu, dan karena tidak ada yang lebih baik, maka hendaknya tetap dipakainya istilah "*grondverpanding*" (gadai tanah), dan dalam pada itu harus dihindari kecenderungan untuk menghubungkan dalam pikiran istilah itu dengan "*pandtransaktie*" Belanda yang *accessoir*" itu.⁴²

Menurut H. Hilman Hadikusuma, gadai menggadai adalah perikatan dengan satu pihak menyerahkan suatu benda sebagai tanggungan kepada pihak lain yang meminjamkan uang kepadanya menurut waktu yang telah ditentukan. Pihak yang menyerahkan benda tersebut disebut pemberi gadai atau debitor, sementara pihak yang menerima benda tersebut disebut penerima gadai atau kreditor. Apabila pinjaman pemberi gadai sampai dengan jatuh tempo belum dilunasi, maka penerima gadai dapat menjual

⁴¹ B Ter Haar Bzn, Terjemahan K. Ng. Soebakti Poesponoto, 1987, *Asas-Asas dan Susunan Hukum Adat (Beginselen En Stelsel Van Het Adatrecht)*, Jakarta, PT Pradnya Paramita, hlm.89-90.

⁴² *Ibid.*

benda tersebut untuk diperhitungkan dengan uang pinjaman dan jika ada biaya-biaya yang dikeluarkannya. Kelebihan hasil penjualan benda tersebut, juga jika ada, harus dikembalikan kepada pemberi gadai. Sebaliknya kekurangan hasil penjualan tersebut, masih jika ada, harus dilunasi oleh pemberi gadai. Selanjutnya sebagai acuan gadai menggadai H. Hilman Hadikusuma, merujuk rabu dalam hukum Islam lengkap dengan kutipan dasar hukum Al Qur'an dan Sunnah Rasul-Nya Muhammad SAW yang relevan.⁴³

Jual gadai, atau dalam bahasa Jawa disebut *adol sende*, dalam bahasa Sunda disebut *gade* atau *ngajual akad*, dan dalam bahasa Minangkabau disebut *sando*, adalah persetujuan dengan pemilik tanah menyerahkan tanahnya kepada pihak lain yang membayar sejumlah uang atau benda, dan selama tanah tersebut belum ditebus oleh pemiliknya atau ahli warisnya maka selama itu pula penerima gadai atau ahli warisnya berhak menguasai tanah tersebut. Berbeda dengan gadai menggadai, menguasai di sini tidak hanya berarti menahan tetapi juga mengolah dan menikmati hasil tanah tersebut. Jangka waktu penebusan diserahkan kepada pemberi gadai atau ahli warisnya menurut kehendak dan kemampuannya. Jika ia dapat menebus kembali tanah itu dalam waktu satu tahun panen, maka penerima gadai atau ahli warisnya harus menyerahkan kembali tanah itu. Namun jika tidak maka tanah itu akan tetap berada di

⁴³ Ifan Noor Adham, *Perbandingan Hukum Gadai Di Indonesia*, 2009, Jakarta, Tatanusa, Hlm. 53-54.

tangan penerima gadai atau ahli warisnya, yang berhak mengolah dan menikmati hasil tanah itu dengan nilai yang jika diperhitungkan bahkan mungkin sudah melebihi nilai piutangnya sendiri. Dengan demikian transaksi yang sebenarnya adalah transaksi tanah dan bukan transaksi lain dengan tanah sebagai jaminan ini sesungguhnya dilarang oleh hukum Islam karena lebih bersifat tambahan kesulitan kepada pihak yang sudah sulit daripada tolong menolong.

Berdasarkan kaidah Pasal 53 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria yang menyatakan bahwa lembaga jual gadai ini hanya bersifat sementara dan akan dihapus. Bahkan Pasal 7 juncto Pasal 10 Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 56 Tahun 1960 menyatakan bahwa barangsiapa menguasai tanah pertanian dengan hak gadai yang pada saat peraturan ini mulai berlaku yaitu pada tanggal 29 Desember 1960 sudah berlangsung selama tujuh tahun atau lebih, wajib mengembalikan tanah tersebut kepada pemiliknya dalam waktu sebulan setelah tanaman yang ada di atasnya selesai dipanen dengan tidak ada hak untuk menuntut pembayaran uang tebusan, dan barangsiapa melanggar ketentuan ini maka dapat dipidana dengan pidana kurungan selama-lamanya tiga bulan dan/atau pidana denda sebanyak-banyaknya sepuluh ribu rupiah.⁴⁴

⁴⁴ Ifan Noor Adham, *Perbandingan Hukum Gadai Di Indonesia*, 2009, Jakarta, Tatanusa, hlm. 59-60.

b. Jual Gadai (Perbedaan Gadai Tanah Hukum Barat dan Jual Gadai)

Jual gadai adalah penyerahan tanah dengan pembayaran sejumlah uang secara kontan, demikian rupa sehingga pihak yang menyerahkan tanah itu masih mempunyai hak untuk mengembalikan tanah tersebut kepadanya dengan pembayaran kembali sejumlah uang yang tersebut.⁴⁵

Jual gadai juga dinamakan suatu perjanjian pelunasan (*delgingsovereenkomst*). *Delgingsovereenkomst* adalah penyerahan sebidang tanah guna pelunasan sejumlah utang uang. Dengan pemberian sebidang Tanah oleh debitor kepada kreditor untuk dipergunakan oleh kreditor maka debitor memberikan kepada kreditor suatu jalan untuk melunasi utang debitor kepada kreditor dengan memperhitungkan harga hasil tanah tersebut dengan jumlah utang itu. Akan tetapi dalam jual gadai ada sedikit perbedaan. Dengan hasil tanah yang digadaikan itu bukan utang yang dilunasi melainkan bunga (*iente*) dari pada utang itu.⁴⁶

Perbedaan antara gadai tanah menurut hukum Barat dan Jual Gadai sangat besar. Antara gadai tanah (*Grondverpanding, Hypotheek*) menurut hukum Barat dan jual gadai menurut hukum Adat terdapat perbedaan yang signifikan.

⁴⁵ S A Hakim, 1975, *Jual Lepas, Jual Gadai dan Jual Tahunan*, Hakim Agung, Mahkamah Agung Indonesia, hlm 28.

⁴⁶ *Ibid*, hlm 28.

Grondverpanding menurut hukum Barat mempunyai sifat *accessoir* (pembantuan, pengikut), artinya adanya *grondverpanding* itu tergantung pada sesuatu hukum perbendaan (*zakelijk recht*) untuk dari hasil suatu benda membayar pada dirinya sendiri jumlah suatu piutang. Dalam *grondverpanding* ada 2 perjanjian. Pertama perjanjian utang-piutang yang timbul dari pada hukum perikatan (*verbintenissenrecht*) dan di samping itu ada pula perjanjian *grondverpanding* yang berdasarkan pada suatu hukum perbendaan (*zakelijk recht*), yang isinya yaitu bahwa yang mempunyai piutang itu (kreditor), mempunyai hak untuk melunasi piutang uang tersebut dengan menjual sendiri sesuatu barang yang diberikan kepadanya selaku *grondverpanding*. Barang tersebut merupakan suatu jaminan bagi pelunasan utang-piutang tersebut. *Grondverpanding* tersebut mempunyai sifat *accessoir* oleh sebab hidupnya tergantung dari pada kelanjutan isi dari perjanjian utang-piutang tersebut. Apabila utang-piutang tersebut lunas oleh sebab yang mempunyai utang itu membayar utang itu dengan sukarela maka dengan sendiri *grondverpanding* itu tidak ada lagi, artinya lenyap. Sebaliknya. apabila *grondverpanding* itu tidak ada lagi, maka itu tidak berarti bahwa perjanjian utang-piutang yang menjadi pokok dari pada *grondverpanding* itu, tidak ada pula lagi. Perjanjian utang-piutang itu mempunyai penghidupan sendiri, sedangkan hidupnya *grondverpanding* itu tergantung pada hidup-matinya perjanjian utang-piutang itu.

Akibat dari pada sifat *accessoir* dari *grondverpanding* itu adalah bahwa apabila utang-piutang telah dilunasi maka yang mempunyai utang

itu (debitor) mendapat kembali hak sepenuhnya atas barang yang digadainya itu.

Sebaliknya jual gadai menurut Hukum Adat adalah suatu perjanjian tersendiri (*zelfstandige transactie*). Tidak ada pada jual gadai satu perjanjian pokok yakni perjanjian utang-piutang uang dan perjanjian embel-embelan, yakni perjanjian *grondver panding*. Grondverpanding (menurut hukum Barat) adalah perjanjian mengenai pinjaman uang (*geldschuld*) sedangkan jual gadai (menurut hukum Adat) mengenai perjanjian yang bersangkutan dengan tanah (*grondtransactie*).⁴⁷

Dalam hal jual gadai si pemilik tanah tidak memerlukan tanahnya, melainkan memerlukan uang dan untuk memenuhi kebutuhannya ini akan uang maka ia mengadakan suatu transaksi tanah (*grondtransactie*) mengenai tanahnya itu. Tanah itulah yang menjadi objek dari tindakan hukum itu. Yang menggadaikan tanah itu, dapat mengembalikan tanah itu kepadanya dengan mengembalikan kembali uang yang diterimanya itu (kepada si pemegang gadai) tapi si pemberi gadai tidak bisa diwajibkan mengembalikan uang itu.⁴⁸

⁴⁷ S A Hakim, 1975, *Jual Lepas, Jual Gadai dan Jual Tahunan*, Hakim Agung, Mahkamah Agung Indonesia.hlm 29.

⁴⁸ *Ibid.*

2. Gadai dalam Hukum Barat

a. Istilah, Pengertian, dan Dasar Hukum Gadai

Jaminan dalam konteks Ilmu Hukum adalah suatu kebendaan maupun orang / penanggungan / *borgtoch* yang diberikan oleh debitor/pihak ketiga untuk menjadi penanggung pelunasan perikatan/utang debitor. Jaminan kebendaan menurut Pasal 1131 BW adalah segala kebendaan milik orang yang berutang, baik bergerak maupun tidak bergerak yang sudah ada maupun yang akan ada menjadi tanggungan segala perikatan yang dibuatnya.

Salah satu hak kebendaan yang memberikan jaminan adalah gadai (*pand*). Gadai sangat membantu masyarakat dalam memenuhi kebutuhan pendanaan secara tunai untuk meningkatkan perekonomiannya. Gadai hanya diperuntukan untuk benda-benda yang bergerak, dimana objek gadai yang akan dijamin diserahkan ke pemegang gadai oleh pemberi gadai.

Istilah gadai berasal dari terjemahan dari kata *pand* (bahasa Belanda) atau *pledge* atau *pawn* (bahasa Inggris).⁴⁹

Secara umum pengertian gadai adalah kegiatan menjaminkan barang-barang berharga kepada pihak tertentu, guna memperoleh sejumlah uang, dimana barang yang dijaminkan akan ditebus kembali

⁴⁹ Rachmadi Usman, 2008, *Hukum Kebendaan*, Jakarta: Sinar Grafika, cet.1. hlm.33

sesuai dengan perjanjian antara nasabah dengan lembaga gadai.⁵⁰

Menurut Buku II BW, Bab XX, BW Pasal 1150:

“Gadai adalah suatu hak yang diperoleh seorang yang berpiutang atas suatu 'barang bergerak', yang diserahkan kepadanya oleh seorang yang berutang atau oleh seorang lain atas namanya, dan yang memberikan kekuasaan kepada orang berpiutang itu untuk mengambil pelunasan dari barang tersebut secara didahulukan daripada orang yang berpiutang lainnya, dengan pengecualian biaya untuk melelang barang tersebut, dan biaya yang telah dikeluarkan untuk menyelamatkannya setelah barang itu digadaikan, biaya-biaya mana harus didahulukan”.

Berdasarkan pengertian gadai seperti yang dijabarkan dalam Pasal tersebut di atas, dapat dilihat bahwa objek gadai menurut Undang-undang ialah benda bergerak. Barang yang digadaikan diserahkan kepada penerima gadai atau kreditor.

Menurut Y. Sri Susilo, Sigit dan Totok,⁵¹ gadai adalah suatu hak yang diperoleh oleh seorang yang memiliki piutang atas suatu barang bergerak. Barang bergerak tersebut diserahkan kepada orang yang berpiutang oleh seorang yang memiliki utang atau oleh orang lain atas nama orang yang memiliki utang. Seorang yang berutang tersebut memberikan

⁵⁰ Sasli Rais, *Pegadaian Syariah: Konsep dan Sistem Operasional (Suatu Kajian Kontemporer)*. Jakarta. UI Press. 2006. Hlm.125.

⁵¹ *Ibid*, Hlm.126.

kekuasaannya kepada orang yang berpiutang untuk menggunakan barang bergerak yang telah diserahkan untuk melunasi utangnya apabila pihak yang berutang tidak dapat melunasi kewajibannya pada saat pinjamannya jatuh tempo.

Dari pengertian di atas, dapat disimpulkan bahwa gadai itu memiliki ciri-ciri sebagai berikut:⁵²

- 1) Terdapat barang-barang berharga bergerak dan bernilai ekonomis yang digadaikan
- 2) Nilai jumlah pinjaman tergantung nilai barang yang digadaikan;
- 3) Barang-barang yang digadaikan dapat ditebus/diambil kembali; dan
- 4) Apabila barang itu sampai dilelang, maka pembiayaannya diambilkan dari barang yang dilelang dahulu, sebelum diberikan kepada orang yang menggadaikan.

Menurut Salim HS pinjaman gadai diperuntukan bagi usaha kecil dan menengah, yang modal usahanya tidak terlalu besar. Bagi pengusaha besar yang memerlukan biaya besar, tidak cocok untuk meminjam uang pada lembaga gadai, tetapi mereka dapat mengajukan permohonan pada lembaga perbankan dengan jaminan hak tanggungan dan fidusia.⁵³

Berdasarkan Peraturan Otoritas Jasa Keuangan Nomor 31 /POJK.05/2016 Tentang Usaha Pergadaian, memberikan pengertian gadai

⁵² Sasli Rais, *Pegadaian Syariah: Konsep dan Sistem Operasional (Suatu Kajian Kontemporer)*. Jakarta. UI Press. 2006. Hlm. 126-127.

⁵³ Salim HS, 2014, *Perkembangan Hukum Jaminan di Indonesia*, Ed.1-8, Jakarta, Rajawalipers, hlm. 50.

adalah suatu hak yang diperoleh Perusahaan Pergadaian atas suatu benda bergerak, yang diserahkan kepadanya oleh nasabah atau oleh kuasanya, sebagai jaminan atas pinjamannya, dan yang memberi wewenang kepada Perusahaan Pergadaian untuk mengambil pelunasan pinjaman dari barang itu dengan mendahului kreditor-kreditor lain, dengan pengecualian biaya untuk melelang atau menjual barang tersebut dan biaya untuk menyelamatkan barang tersebut yang dikeluarkan setelah barang itu diserahkan sebagai gadai, biaya-biaya mana harus didahulukan.

Berdasarkan kamus umum Bahasa Indonesia, memberikan pengertian gadai adalah pinjam meminjam uang dengan menyerahkan barang dan dengan batas waktu (bila telah sampai waktunya tidak ditebus, barang itu menjadi hak orang yang memberi pinjaman).⁵⁴

Berdasarkan pada pengertian gadai di atas, dapat diuraikan unsur-unsur yang terdapat dalam gadai sebagai berikut:⁵⁵

- 1) Hak yang diperoleh kreditor atas benda bergerak;
- 2) Benda bergerak itu diserahkan oleh debitor kepada kreditor;
- 3) Penyerahan benda tersebut untuk jaminan utang;
- 4) Hak kreditor itu adalah pelunasan piutangnya dengan kekuasaan melelang benda jaminan apabila debitor wanprestasi;
- 5) Pelunasan tersebut didahulukan dari kreditor-kreditor lain; dan
- 6) Biaya-biaya lelang dan pemeliharaan benda jaminan dilunasi lebih dulu dari hasil lelang sebelum pelunasan utang.

⁵⁴ *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, <https://kbbi.web.id/gadai>.

⁵⁵ Abdulkadir Muhammad, 2014, *Hukum Perdata Indonesia*, Bandung, Citra Aditya Bakti, hlm. 171-172.

Sebagai hak kebendaan atas suatu benda jaminan, gadai mempunyai sifat-sifat khusus, yaitu sebagai berikut:⁵⁶

- 1) Gadai bersifat asesor (*accessoir*) Artinya, sebagai pelengkap dari perjanjian pokok, yaitu utang piutang. Adanya gadai tergantung pada adanya perjanjian pokok utang-piutang. Tanpa perjanjian pokok utang piutang tidak ada gadai.
- 2) Gadai bersifat jaminan utang Dimana benda jaminan harus dikuasai dan disimpan oleh kreditor.
- 3) Gadai bersifat tidak dapat dibagi Artinya, sebagian gadai tidak hapus dengan pembayaran sebagian utang debitor. Hal ini ditentukan dalam Pasal 1160 ayat 1 BW yang menyatakan: "Gadai itu tidak dapat dibagi-bagi, meskipun utang itu dapat dibagi antara para ahli waris debitor atau para ahli waris kreditor. Ahli waris debitor yang telah membayar bagiannya tidak dapat menuntut kembali bagiannya dalam barang gadai itu, sebelum utang itu dilunasi sepenuhnya. Di lain pihak, ahli waris kreditor yang telah menerima bagiannya dan piutang itu, tidak boleh mengembalikan barang gadai itu atas kerugian sesama ahli warisnya yang belum menerima pembayaran".

b. Subjek dan Objek Jaminan Gadai

Subjek gadai terdiri atas dua pihak, yaitu pemberi gadai (*pandgever*) dan penerima gadai (*pandnemer*). Pandgever adalah orang atau badan

⁵⁶ *Ibid* Hlm. 172.

hukum yang memberikan jaminan dalam bentuk benda bergerak selaku gadai kepada penerima gadai untuk pinjaman uang yang diberikan kepadanya atau pihak ketiga. Unsur-unsur pemberi gadai adalah:

- a) Orang atau badan hukum;
- b) Memberikan jaminan berupa benda bergerak;
- c) Kepada penerima gadai;
- d) Adanya pinjaman uang;

Penerima gadai (*pandnemer*) adalah orang atau badan hukum yang menerima gadai sebagai jaminan untuk pinjaman uang yang diberikan kepada pemberi gadai (*pandgever*). Di Indonesia badan hukum yang ditunjuk untuk mengelola lembaga gadai adalah perusahaan pegadaian.⁵⁷ Dalam perkembangannya, berdasarkan Peraturan Otoritas Jasa Keuangan Nomor 31 /POJK.05/2016 Tentang Usaha Pergadaian, usaha pergadaian boleh dilakukan oleh perusahaan pergadaian swasta.

Objek gadai adalah benda bergerak baik yang berwujud maupun yang tidak berwujud. Objek gadai (benda jaminan) seharusnya merupakan benda yang bisa dipindahtangankan, sebab eksekusi pada hakikatnya merupakan pemindahtanganan benda jaminan dari pemilik kepada pembeli.⁵⁸

Lebih lanjut menurut Subekti, yang dapat dijadikan objek dari gadai ialah segala benda yang bergerak yang bukan kepunyaannya orang yang

⁵⁷ Salim HS, 2014, *Perkembangan Hukum Jaminan di Indonesia*, Ed.1-8, Jakarta, Rajawaliipers, hlm.50.

⁵⁸ Djaja S. Meliala, 2012, *Hukum Perdata Dalam Perspektif BW*, Bandung, Nuansa Aulia, hlm.127.

mengutangkan sendiri. Sebaliknya tidaklah perlu benda itu harus kepunyaan orang yang berutang, meskipun lazimnya orang yang berutang itu juga yang memberikan tanggungan, tetapi itu tidak diharuskan.⁵⁹

Benda-benda sebagai objek gadai yang dapat dijadikan jaminan utang dengan dibebani hak gadai sebagai berikut:

- 1) Benda bergerak berwujud contohnya seperti :
 - a. Kendaraan bermotor seperti mobil, sepeda motor;
 - b. Mesin-mesin seperti mesin jahit, mesin pembajak sawah, mesin disel/pembangkit listrik, pompa air dan segala jenis mesin lainnya;
 - c. Perhiasan seperti emas, berlian, mutiara, intan, perak, dan lain-lain;
 - d. Lukisan yang berharga;
 - e. Kapal laut yang berukuran dibawah 20 m³;
 - f. Persediaan barang (stock);
 - g. Inventaris kantor/restoran;
 - h. Benda bergerak lainnya yang memiliki nilai.

- 2) Benda bergerak tidak berwujud contohnya surat-surat berharga seperti:
 - a. Tabungan;
 - b. Deposito berjangka;
 - c. Sertifikat deposito;
 - d. Wesel;
 - e. Promes;
 - f. Konosemen;

⁵⁹ R, Subekti, R, Tjitrosudibio, 1995, *Kitab Undang-undang Hukum Perdata, Edisi Revisi*, Jakarta, Pradnya Paramita, hlm.79-80.

- g. Obligasi;
- h. Saham-saham;
- i. Resipis yaitu tanda bukti penyetoran uang sebagai saham;
- j. Ceel yaitu tanda penerimaan penyimpanan barang di gudang;
- k. Piutang.

Untuk surat-surat berharga yang digadaikan selain barang tersebut harus ditarik dari kekuasaan pemberi gadai yang kemudian dikuasai penerima gadai, juga disertai surat kuasa untuk memperpanjang atau mencairkan bila terjadi debitor cidera janji. Khusus gadai atas piutang, kreditor sebagai penerima gadai harus memberitahukan kepada cessus (si debitor dari piutang yang dialihkan). Pemberitahuan ini mutlak karena perbuatan hukum dalam menerima gadai piutang baru selesai dengan adanya pemberitahuan kepada cessus. Kalau pemberitahuan belum dilakukan maka hak gadai belum beralih kepada kreditor baru yaitu bank sebagai pemberi kredit.⁶⁰

Pengecualian barang-barang yang tidak bisa diterima sebagai gadai sebagai berikut:⁶¹

- 1) Barang milik negara;
- 2) Surat utang, surat actie, surat efek, dan surat-surat berharga lainnya;
- 3) Hewan yang hidup pada tanaman;
- 4) Segala makanan dan benda yang mudah busuk;
- 5) Benda-benda yang kotor;

⁶⁰ Sutarno, 2005, *Aspek-aspek Hukum Perkreditan pada Bank*, Bandung, Alfabeta, hlm.230-231.

⁶¹ Mariam Darus Badruzaman, 2011, *Aneka Hukum Bisnis*, Bandung, Alumi, hlm.161-162.

- 6) Benda-benda yang untuk menguasai dan memindahkan dari satu tempat ke tempat lain memerlukan izin;
- 7) Barang yang karena ukurannya besar sehingga tidak dapat disimpan dalam gadaian;
- 8) Barang yang berbau busuk dan mudah merusak barang lain, jika disimpan bersama-sama;
- 9) Benda yang hanya berharga sementara atau yang harganya naik turun dengan cepat sehingga sulit ditaksir oleh pejabat gadai;
- 10) Benda yang digadaikan oleh seorang yang mabuk atau seorang yang kurang ingatan atau seorang yang tidak dapat memberikan keterangan-keterangan cukup tentang barang yang mau digadaikan itu.

c. Hak dan Kewajiban Dalam Jaminan Gadai

Setiap perbuatan hukum berupa perjanjian selalu mengikat para pihak yang membentuk perjanjian itu. Gadai yang diperjanjikan antara para pihak, mengikat para pihak yang membentuknya. Para pihak, yaitu pemberi gadai dan penerima gadai terikat untuk melaksanakan hak dan kewajibannya masing-masing. Dari Pasal 1150-1160 BW yang mengatur mengenai gadai, dapat diketahui hak dan kewajiban para pihak dalam gadai, yaitu sebagai berikut:

a. Kewajiban pemberi gadai

- 1) Berkewajiban memenuhi prestasi yang diperjanjikan dan menyerahkan benda jaminan kepada pemegang gadai sampai pemberi gadai memenuhi prestasinya kepada penerima gadai;

- 2) Berkewajiban memberikan ganti kerugian atas biaya-biaya yang dikeluarkan pemegang gadai untuk merawat benda miliknya yang dijaminkan;
- b. Kewajiban Pemegang Gadai:
- 3) Berkewajiban untuk menjaga dan merawat benda gadai serta bertanggungjawab atas hilangnya dan rusaknya benda gadai (Pasal 1157 BW);
 - 4) Berkewajiban memberitahukan kepada pemberi gadai apabila akan diadakan penjualan atas benda gadai (1156 ayat (2) dan ayat (3) BW);
 - 5) Berkewajiban mengembalikan benda yang digadaikan apabila pemberi gadai telah memenuhi prestasi atau mengembalikan uang sisa hasil penjualan setelah dipotong dengan biaya perawatan dan bunga (Pasal 1159 ayat (1) BW);
 - 6) Berkewajiban memperingatkan pemberi gadai apabila pemberi gadai telah lalai memenuhi kewajibannya dan menyerahkan daftar perhitungan hasil penjualan benda gadai (1155 ayat (1) BW).
- c. Hak Pemberi Gadai
- 1) Berhak untuk menuntut apabila benda rusak atau hilang akibat kelalaian pemegang gadai;

- 2) Berhak untuk mengetahui apabila benda gadai akan dijual akibat pemberi gadai tidak memenuhi prestasi pada waktu yang telah ditentukan;
- 3) Berhak untuk mendapatkan pengembalian benda gadai apabila telah memenuhi prestasi atau mendapatkan sisa hasil penjualan benda gadai apabila pemberi gadai tidak memenuhi prestasi sesuai dengan yang telah diperjanjikan.

d. Hak Pemegang Gadai

- 1) Memiliki hak *retentie* yaitu hak untuk menahan benda gadai selama pemberi gadai belum memenuhi prestasinya (Pasal 1159 ayat (1) BW);
- 2) Memiliki hak *parate eksekusi* yaitu hak untuk melakukan penjualan atas benda gadai dengan kekuasaannya sendiri di hadapan publik sesuai dengan kebiasaan-kebiasaan setempat serta syarat-syarat yang lazim berlaku (Pasal 1155 ayat (1) BW), atau bila perlu melakukan eksekusi atas putusan pengadilan dan menurut cara yang ditentukan oleh hakim (Pasal 1156 ayat (1) BW);
- 3) Mendapatkan pergantian biaya perawatan benda gadai yang dikeluarkannya (1157 ayat (2) BW) dan atas bunga benda yang timbul dari piutang (1158 BW);
- 4) Memiliki hak preferensi yaitu hak untuk didahulukan dalam mendapatkan pelunasan utangnya (Pasal 1133 BW).

d. Jangka Waktu, Hapus, dan Berakhirnya Jaminan Gadai

Hapus dan berakhirnya gadai dapat dilihat dari pengaturan gadai pada Pasal 1150–1160 BW dan analisis dari ketentuan-ketentuan dalam gadai yang telah dibahas di atas. Berdasarkan hal tersebut, maka dapat disimpulkan bahwa hal-hal yang menyebabkan gadai hapus atau berakhir adalah sebagai berikut:

- 1) Hapusnya perjanjian pokok atau perjanjian pendahuluan yang dijamin dengan gadai. Hal ini sesuai dengan sifat perjanjian gadai sebagai perjanjian *accessoir*, artinya, ada tidaknya gadai ditentukan oleh perjanjian pokoknya, apabila perjanjian pokok hapus maka gadai pun hapus;⁶²
- 2) “Terjadinya pencampuran di mana pemegang gadai sekaligus juga menjadi pemilik dari benda gadai”;⁶³
- 3) Lepasnya benda yang digadaikan dari penguasaan kreditor pemegang gadai secara sukarela, misalnya pemegang gadai menyerahkan kembali benda gadai dalam penguasaan debitor. Ini berarti benda gadai tidak berada di luar penguasaan debitor sehingga gadai menjadi hapus (Pasal 1152 ayat (3) BW);
- 4) Terjadinya penyalahgunaan benda gadai oleh pemegang gadai, karena apabila terjadi penyalahgunaan benda gadai padahal

⁶² Dwi Tatak Subagiyo, 2018, *Hukum Jaminan Dalam Perspektif Undang-Undang Jaminan Fidusia (Suatu Pengantar)*, Surabaya, UWKS Press, hlm.175

⁶³ Rachmadi Usman. 2008. *Hukum Kebendaan*. cet-1. Jakarta; Sinar Grafika Hlm.144.

pemegang gadai wajib memelihara benda gadai, maka pemberi gadai berhak menuntut pengembalian benda tersebut. oleh karena itu gadai menjadi hapus (Pasal 1159 BW).

3. Gadai dalam Hukum Islam

Dalam kepustakaan hukum Islam selalu disebutkan bahwa sumber hukum Islam terdiri dari Al Qur'an (*The Holy Book*), Sunnah Rasulullah Muhammad SAW (*The Prophet Muhammad SAW Tradition*), dan rasio (*ratio*). Agama Islam pun bersumber dari Al Qur'an dan Sunnah Rasulullah Muhammad SAW. Dengan demikian baik agama Islam maupun hukum Islam bersumber dari Al Qur'an dan Sunnah Rasulullah Muhammad SAW. Adapun rasio sebagai hasil ijtihad manusia merupakan sumber ketiga hukum Islam.⁶⁴

Dalam istilah bahasa Arab, gadai diistilahkan dengan *rahn* dan dapat juga dinamai *al-habsu* (Pasaribu, 1996: 139). Secara etimologis, arti *rahn* adalah tetap dan lama, sedangkan *al-habsu* berarti penahanan terhadap suatu barang dengan hak sehingga dapat dijadikan sebagai pembayaran dari barang tersebut (Syafe'i, 2000: 159). Sedangkan menurut Sabiq (1987: 139), *rahn* adalah menjadikan barang yang mempunyai nilai harta menurut pandangan syara' sebagai jaminan utang, hingga orang yang bersangkutan boleh mengambil utang atau ia bisa

⁶⁴ Ifan Noor Adham, *Perbandingan Hukum Gadai Di Indonesia*, 2009, Jakarta, Tatanusa, hlm.33.

mengambil sebagian (manfaat) barangnya itu. Pengertian ini didasarkan pada praktek bahwa apabila seseorang ingin berutang kepada orang lain, ia menjadikan barang miliknya baik berupa barang tak bergerak atau berupa barang ternak berada dibawah penguasaan pemberi pinjaman sampai penerima pinjaman melunasi utangnya.⁶⁵

Adapun pengertian *rahn* menurut Imam Ibnu Qudhamah dalam *Kitab al-Mughni* adalah sesuatu benda yang dijadikan kepercayaan dari suatu utang untuk dipenuhi dari harganya, apabila yang berutang tidak sanggup membayarnya dari orang yang berpiutang. Sedangkan Imam Abu Zakaria al-Anshary dalam kitabnya *Fathul Wahab* mendefinisikan *rahn* adalah menjadikan benda yang bersifat harta benda sebagai kepercayaan dari suatu yang dapat dibayarkan dari harta benda itu bila utang tidak dibayar. Dari beberapa pengertian di atas dapat kita simpulkan bahwa pengertian *rahn* adalah menahan harta salah satu milik si peminjam sebagai jaminan atas pinjaman yang diterimanya. Secara sederhana dapat dijelaskan bahwa *rahn* adalah semacam jaminan utang atau gadai.⁶⁶

Pengertian gadai yang ada dalam syariah agak berbeda dengan pengertian gadai yang ada dalam hukum positif, sebab pengertian gadai dalam hukum positif seperti yang tercantum dalam *Burgerlijk Wetbook* (Kitab Undang-undang Hukum Perdata) adalah suatu hak yang diperoleh

⁶⁵ Abdul Ghofur Anshori. *Gadai Syariah Di Indonesia*. Gadjah Mada University Press. Yogyakarta. 2006. Hlm 88

⁶⁶ Abdul Ghofur Anshori. *Gadai Syariah Di Indonesia*. Gadjah Mada University Press. Yogyakarta. 2006. Hlm 88-89.

seseorang berpiutang atas suatu barang bergerak, yang diserahkan kepadanya oleh seseorang yang berutang atau oleh orang lain atas namanya dan yang memberikan kekuasaan kepada si berpiutang itu untuk mengambil pelunasan dari barang tersebut secara didahulukan dari pada orang-orang yang berpiutang lainnya, dengan pengecualian biaya untuk melelang barang tersebut dan biaya-biaya mana harus didahulukan (Pasal 1150 KUH Perdata).⁶⁷

Selain berbeda dengan KUH Perdata, pengertian gadai menurut syariat Islam juga berbeda dengan pengertian gadai menurut ketentuan hukum adat yang mana dalam ketentuan hukum adat pengertian gadai yaitu menyerahkan tanah untuk menerima pembayaran sejumlah uang secara tunai, dengan ketentuan si penjual (penggadai) tetap berhak atas pengembalian tanahnya dengan jalan menebusnya kembali.⁶⁸

a. Hukum Gadai (*Rahn*) Dalam Islam.

Dalam mendefinisikan gadai (*rahn*), terdapat beberapa pengertian dari para Ulama. Menurut Ulama Malikiyyah, gadai (*rahn*) yaitu sesuatu yang berbentuk harta yang dijadikan pemiliknya sebagai jaminan utang yang bersifat mengikat. Selanjutnya Ulama Hanafiyyah mengartikan gadai (*rahn*) dengan, menjadikan sesuatu barang sebagai jaminan terhadap hak piutang yang mungkin dijadikan sebagai pembayar hak piutang itu, baik seluruhnya maupun sebagiannya. Sedangkan Ulama Syafi'iyah dan

⁶⁷ *Ibid*, Hlm.89.

⁶⁸ *Ibid*.

Ulama Hanabilah mengartikan gadai (*rahn*) dengan, menjadikan materi barang sebagai jaminan utang, yang dapat dijadikan pembayar utang apabila orang yang berutang tidak bisa membayar utangnya itu.⁶⁹

Dari beberapa pendapat Ulama di atas, dapat dipahami bahwa pada dasarnya gadai (*rahn*) harus ada barang sebagai jaminan. Adapun dalam Islam, barang jaminan gadai itu disebut dengan istilah *Marhun*, yaitu barang yang digunakan sebagai jaminan atas utang, dan sebagai suatu pembayaran utang jika orang yang berutang tidak membayar utang tersebut.

Secara etimologis, gadai (*rahn*) berarti tetap dan tahan lama. Bertolak dari sini dapat ditunjukkan beberapa definisi gadai (*rahn*) menurut beberapa pakar. Sayyid Sabiq misalnya mengartikan gadai (*rahn*) sebagai menjadikan benda yang memiliki nilai ekonomis sebagai jaminan gadai (*rahn*) utang sehingga pemiliknya dapat mengambil utang selain masih dapat menikmati sebagian manfaat bendanya itu. Pengertian ini berdasarkan praktik bahwa apabila seseorang ingin berutang kepada orang lain, maka ia menjadikan benda miliknya baik benda bergerak maupun benda tidak bergerak berada di bawah penguasaan pemberi pinjaman sampai dengan penerima pinjaman melunasi utangnya. Adapun Ibnu Qudhamah memaknainya sebagai suatu benda yang menjadi dasar kepercayaan suatu utang untuk dipenuhi harganya apabila yang berutang

⁶⁹ Nasrun Haroen, 2007, *Fiqh Muamalah*, Jakarta, Gaya Media Pratama, hlm.252.

tidak sanggup membayarnya dari yang berpiutang, sementara Abu Zakaria al-Anshary mengartikan gadai (*rahn*) sebagai menjadikan suatu benda yang memiliki nilai ekonomis sebagai dasar kepercayaan sesuatu yang dapat dibayarkan dari benda itu bila utang tidak dibayar. Dari beberapa pengertian ini Abdul Ghofur Anshori, mencoba menyimpulkan bahwa gadai (*rahn*) adalah menahan salah satu benda milik peminjam sebagai jaminan atas pinjaman yang diterimanya.⁷⁰

Dasar hukum gadai (*rahn*) terdapat baik dalam Al Qur'an, Sunnah Rasulullah Muhammad SAW, maupun *ijtihad*. Dalam Al Qur'an terdapat petunjuk dalam surah Al Baqarah ayat 282 dan 283 yang bermakna, "Hai orang-orang yang beriman, apabila kamu bermuamalat tidak secara tunai untuk jangka waktu tertentu maka hendaklah kamu menuliskannya. Jika kamu dalam perjalanan dan tidak mendapatkan seorang penulis maka hendaklah ada benda tanggungan yang dipegang oleh kreditor. Namun jika sebagian kamu mempercayai sebagian lain maka hendaklah yang dipercayai itu menunaikan amanatnya".

Menurut Mohammad Anwar, gadai (*rahn*) memiliki sejumlah unsur (*rukun*) dan syarat sah. Unsur-unsur dan syarat-syarat sah gadai (*rahn*) adalah sebagai berikut:⁷¹

1. Ijab qabul atau *sighat*, baik lisan maupun tertulis sepanjang maksud

⁷⁰ Ifan Noor Adham, *Perbandingan Hukum Gadai Di Indonesia*, 2009, Jakarta, Tatanusa, hlm.40-41.

⁷¹ *Ibid*, hlm.42-43.

yang dikandungnya jelas;

2. Pihak yang bertransaksi (*aqid*), terdiri dari *pemberi gadai (rahin)* dan penerima gadai (*murtahin*). Pihak-pihak ini selain harus dewasa juga harus berakal dan berkehendak bebas;
3. Benda yang digadaikan atau (*marhun*), baik benda bergerak maupun benda tidak bergerak. Benda ini selain harus dapat diserahkan juga harus bermanfaat, dimiliki dan dikuasai oleh *pemberi gadai (rahin)* sendiri, tertentu, dan tidak bersatu dengan benda lain. Mazhab Maliki berpendapat bahwa *marhun* atau benda yang digadaikan harus dikuasai oleh penerima gadai (*murtahin*). Namun menurut Al Jazairi *marhun* atau benda yang digadaikan dapat pula dititipkan kepada pihak ketiga yang dapat dipercaya berdasarkan persetujuan pihak-pihak yang bersangkutan, karena yang terpenting adalah *marhun* atau benda yang digadaikan keluar dari penguasaan *pemberi gadai (rahin)* dan berada di bawah kekuasaan pihak lain yang dapat dipercaya.
4. *Marhun bih* atau utang. Menurut ulama-ulama Hanafiah dan Syafi'iyah *marhun bih* atau utang ini selain sifatnya harus tetap dan bermanfaat juga harus lazim pada waktu transaksi diadakan dan tertentu serta diketahui oleh para pihak yang bersangkutan. Jika terdapat perselisihan mengenai *marhun* atau benda yang digadaikan dan/atau *marhun bih* atau utang maka yang menjadi pegangan adalah pernyataan tergugat di bawah sumpah kecuali

penggugat dapat membuktikan sebaliknya, karena sebuah Sunnah Rasulullah Muhammad SAW yang diriwayatkan oleh Al Baihaqi menyatakan bahwa Rasulullah Muhammad SAW bersabda, "Siapa yang mendalilkan harus membuktikan dan siapa yang menyangkal harus bersumpah."

Secara ringkas dapat dikatakan bahwa gadai (*rahn*) berakhir dengan pengembalian *marhun* atau benda yang digadaikan kepada pemiliknya, *pemberi gadai (rahin)* melunasi utangnya, pembebasan utang tanpa harus dengan persetujuan *pemberi gadai (rahin)* sendiri, atau *marhun* atau benda yang digadaikan dijual penerima gadai (*murtahin*) berdasarkan persetujuan *pemberi gadai (rahin)* atau berdasarkan perintah hakim yang dimintanya jika tidak ada persetujuan *pemberi gadai (rahin)*. Jika hasil penjualan *marhun* atau benda yang digadaikan itu setelah dikurangi utang pokok debitor dan jika ada biaya- biaya yang dikeluarkan kreditor masih terdapat kelebihan, maka kelebihan ini harus dikembalikan kepada debitor. Sebaliknya jika hasil penjualan *marhun* atau benda yang digadaikan itu masih kurang untuk melunasi utang pokok debitor dan jika ada biaya-biaya yang dikeluarkan kreditor, maka kekurangan ini tetap menjadi kewajiban debitor.

Sebelum kedatangan agama Islam, tradisi Arab lazim mengajarkan bahwa jika *pemberi gadai (rahin)* tidak memenuhi kewajibannya pada saat jatuh tempo maka *marhun* atau benda yang digadaikan serta merta menjadi milik penerima gadai (*murtahin*). Namun setelah kedatangan

agama Islam kebiasaan ini dikoreksi. Sunnah Rasulullah Muhammad SAW sebagaimana diriwayatkan oleh Asy Syafi'i, Al Atsram, dan Al Daraquthni menyatakan bahwa menurut Muawiyah bin Abdullah bin Ja'far, ketika Rasulullah Muhammad SAW mengetahui bahwa seseorang yang menjaminkan rumahnya di Madinah untuk jangka waktu tertentu tidak memenuhi kewajibannya pada saat jatuh tempo dan penerima gadai (*murtahin*) menyatakan bahwa rumah itu serta merta menjadi miliknya, maka beliau bersabda, "Janganlah penerima gadai (*murtahin*) menutup hak *pemberi gadai (rahin)*. Penerima gadai (*murtahin*) tetap berhak memperoleh bagiannya dan *pemberi gadai (rahin)* tetap wajib melunasi utangnya."

Jika *pemberi gadai (rahin)* meninggal dunia atau pailit maka penerima gadai (*murtahin*) berhak didahulukan pelunasan piutangnya daripada kreditor-kreditor lain. Namun jika hasil penjualan *marhun* atau benda yang digadaikan masih kurang untuk melunasi piutang tersebut, maka hak penerima gadai (*murtahin*) terhadap harta peninggalan atau harta pribadi *pemberi gadai (rahin)* di luar *marhun* atau benda yang digadaikan tidak lagi didahulukan daripada melainkan sama dengan hak kreditor-kreditor lain.⁷²

⁷² *Ibid*, hlm.44-45.

b. Dasar Hukum Gadai Dalam Islam

Boleh tidaknya transaksi gadai menurut islam, diatur dalam Al-Qur'an, sunnah dan ijtihad.:

1) Al-Qur'an

Ayat alqur'an yang dapat dijadikan dasar hukum perjanjian gadai adalah QS. Al-Baqarah ayat 282 dan 283:

"Hai orang-orang yang beriman, apabila kamu bermuamalah tidak secara tunai untuk waktu yang ditentukan, hendaklah kamu menuliskannya...."

"Jika kamu dalam perjalanan sedang kau tidak memperoleh seorang penulis, maka hendaklah ada barang tanggungan yang dipegang (oleh yang berpiutang). Akan tetapi jika sebagian kamu mempercayai sebagian yang lain, maka hendaklah yang dipercayai itu menunaikan amanatnya (utangnya)...."

2) As-Sunnah

Aisyah berkata bahwa Rasul bersabda: *Rasulullah membeli makanan dari seorang Yahudi dan meminjamkan kepadanya baju besi.* (HR Bukhari dan Muslim).

Dari Abu Hurairah r.a. Nabi SAW bersabda: *Tidak terlepas kepemilikan barang gadai dari pemilik yang menggadainya. Ia memperoleh manfaat dan menanggung risikonya.* (HR Asy Syafii, al Daraquthni dan Ibnu Majah).

Nabi Bersabda: *Tunggangan (kendaraan) yang digadai-kan boleh dinaiki dengan menanggung biayanya dan binatang ternak yang digadaikan dapat diperah susunya dengan menanggung biayanya. Bagi yang menggunakan kendaraan dan memerah susu wajib menyediakan biaya perawatan dan pemeliharaan.* (HR Jamaah, kecuali Muslim dan An Nasai).

Dari Abi Hurairah r.a. Rasulullah bersabda: *Apabila ada ternak digadaikan, maka punggungnya boleh dinaiki (oleh yang menerima gadai), karena ia telah mengeluarkan biaya (menjaga)nya. Apabila ternak itu digadaikan, maka air susunya yang deras boleh diminum (oleh orang yang menerima gadai) karena ia telah mengeluarkan biaya (menjaga)nya. Kepada orang yang naik dan minum, maka ia harus mengeluarkan biaya (perawatan)nya.* (HR Jamaah kecuali Muslim dan Nasai-Bukhari).

3) Ijtihad

Berkaitan dengan pembolehan perjanjian gadai ini, *jumhur* ulama juga berpendapat boleh dan mereka tidak pernah ber- selisih pendapat mengenai hal ini. *Jumhur* ulama berpendapat bahwa disyariatkan pada waktu tidak bepergian maupun pada waktu bepergian, berargumentasi kepada perbuatan Rasulullah SAW terhadap riwayat hadis tentang orang Yahudi tersebut di Madinah. Adapun keadaan dalam perjalanan seperti ditentukan dalam QS. Al-Baqarah: 283, karena melihat kebiasaan dimana pada umumnya

rahn dilakukan pada waktu bepergian. Adh-Dhahak dan penganut madzhab Az- Zahiri berpendapat bahwa rahn tidak disyariatkan kecuali pada waktu bepergian, berdalil pada ayat tadi. Pernyataan mereka telah terbantahkan dengan adanya hadist tersebut, tuanu sumam

D. Pengaturan Notaris

1. Pengertian Notaris

Pasal 1 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2014 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris yang selanjutnya disebut UUJN, memuat aturan bahwa “Notaris adalah adalah Pejabat Umum yang berwenang untuk membuat akta otentik dan memiliki kewenangan lainnya sebagaimana dimaksud dalam undang-undang ini atau berdasarkan undang-undang lainnya”.

Salim HS Mengemukakan bahwa, penjelasan UUJN diterangkan pentingnya profesi notaris yakni terkait dengan pembuatan akta otentik. Pembuatan akta otentik ada yang diharuskan oleh peraturan perundang-undangan dalam rangka kepastian, ketertiban dan perlindungan hukum. Selain akta otentik yang dibuat oleh atau di hadapan notaris, bukan saja karena diharuskan oleh peraturan perundang-undangan, tetapi juga karena dikehendaki oleh pihak yang berkepentingan untuk memastikan hak dan kewajiban para pihak demi kepastian, ketertiban, dan perlindungan hukum

bagi pihak yang berkepentingan sekaligus bagi masyarakat secara keseluruhan.⁷³

Notaris merupakan pejabat yang diangkat oleh negara untuk mewakili kekuasaan umum negara dalam melakukan pelayanan hukum kepada masyarakat dalam bidang hukum perdata demi terciptanya kepastian, ketertiban, dan perlindungan hukum.⁷⁴ Bentuk pelayanan keperdataan yang dilakukan oleh notaris adalah dengan membuat akta otentik. Akta otentik diperlukan oleh masyarakat untuk kepentingan pembuktian sebagai alat bukti yang terkuat dan terpenuh. Hal-hal yang dinyatakan dalam akta notaris harus diterima, kecuali dapat dibuktikan hal yang sebaliknya. Hal ini sesuai dengan yang tercantum dalam penjelasan umum UUJN. Notaris di Indonesia memiliki beberapa karakteristik, yaitu:⁷⁵

- a. Sebagai jabatan; UJN dan perubahannya merupakan unifikasi di bidang pengaturan jabatan notaris. Hal ini berarti undang-undang tersebut merupakan aturan hukum dalam yang mengatur jabatan Notaris di Indonesia. Segala sesuatu yang berkaitan dengan notaris di Indonesia harus mengacu pada undang-undang tersebut.
- b. Notaris mempunyai kewenangan tertentu; Setiap jabatan mendapat wewenang yang diatur/dilandasi oleh aturan hukum sebagai batasan

⁷³ Salim HS dan Erlies Septiana Nurbani, *Penerapan Teori Hukum Pada Penelitian Disertasi dan Tesis*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2014, hlm.15.

⁷⁴ Indra Kurniawan, *Penyelesaian Sengketa Malpraktik Yang Dilakukan Oleh Notaris*, Tesis, Fakultas Hukum Universitas Jenderal Sudirman, Purwokerto, 2019, hlm.27.

⁷⁵ Habib Adjie, *Sekilas Dunia Notaris & PPAT Indonesia (Kumpulan Tulisan)*, Mandar Maju, Bandung, 2009, hlm.16.

agar jabatan dapat berjalan dengan baik dan tidak berbenturan dengan wewenang jabatan lainnya.

c. Diangkat dan diberhentikan oleh pemerintah; Pengangkatan dan pemberhentian Notaris dilakukan oleh Pemerintah, yaitu melalui Menteri. Hal ini diatur dalam Pasal 2 UUJN, dalam hal ini oleh menteri yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang hukum (Pasal 1 angka 14 UU Perubahan atas UUJN). Walaupun Notaris secara administratif diangkat dan diberhentikan oleh pemerintah, ini tidak berarti notaris menjadi subordinasi (bawahan) dari yang mengangkatnya yaitu pemerintah. Dengan demikian notaris dalam menjalankan tugas jabatannya:

- 1) Bersifat mandiri (*autonomous*);
- 2) Tidak memihak siapapun (*impartial*);
- 3) Tidak tergantung pada siapapun (*independent*), yang berarti dalam menjalankan tugas jabatannya tidak dapat dicampuri oleh pihak yang mengangkatnya atau oleh pihak lain.

d. Tidak menerima gaji atau pensiun dari yang mengangkatnya; Notaris diangkat dan diberhentikan oleh pemerintah tetapi notaris tidak menerima gaji dan pensiun dari yang mengangkatnya (pemerintah). Notaris hanya menerima honorarium dari masyarakat yang telah dilayaninya atau dapat memberikan pelayanan cuma-cuma untuk mereka yang kurang atau tidak mampu.

e. Akuntabilitas atas pekerjaannya kepada masyarakat. Jabatan notaris berperan untuk memenuhi kebutuhan masyarakat yang memerlukan dokumen hukum tertulis berupa akta otentik dalam bidang hukum

perdata. Notaris bertanggung jawab untuk melayani masyarakat yang menggugat secara perdata, menuntut biaya, ganti rugi, dan bunga jika ternyata akta yang dibuatnya tersebut dapat dibuktikan dibuat tidak sesuai aturan hukum yang berlaku. hal ini merupakan bentuk akuntabilitas notaris kepada masyarakat.f

2. Tugas dan Kewenangan Notaris

Profesi Notaris memiliki tugas dan kewenangan dalam membuat akta otentik serta kewenangan lainnya. Dibawah ini adalah penjabaran secara umum dari 3 jenis kewenangan yang dimiliki Notaris ditinjau dari jenisnya, kewenangan tersebut yaitu kewenangan atributif, kewenangan delegasi, dan kewenangan mandatori. akan tetapi kewenangan notaris yang paling berkaitan dala pembuatan akta perjanjian adalah Kewenangan Atributif.

a) Kewenangan Atributif Notaris

Hamid S. Attamini dengan mengacu kepustakaan Belanda memberikan pengertian atribusi sebagai penciptaan kewenangan (*baru*) oleh konstitusi (*grondweet*) atau oleh pembentuk Undang Undang yang diberikan kepada suatu organ negara baik yang sudah ada maupun yang dibentuk baru untuk itu. Hal ini sejalan dengan Indro Harto yang mengemukakan atribusi pada atribusi memberikan

kewenangan pemerintahan yang baru oleh suatu ketentuan dalam perundang-undangan.⁷⁶

Menurut Sjaifurrachman⁷⁷, kewenangan yang diperoleh dengan cara atribusi, apabila terjadi pemberian wewenang pemerintahan yang baru oleh suatu ketentuan perundang-undangan. Perundang-undanganlah yang menciptakan suatu wewenang pemerintahan baru. Jadi pada atribusi terjadi pemberian suatu wewenang oleh suatu peraturan perundang-undangan. Dalam konteks pembuatan dokumen hukum seperti akta-akta notaris atau Pejabat Pembuat Akta Tanah (PPAT), kewenangan atributif memegang peranan sentral dalam memastikan bahwa proses pembuatan dokumen tersebut berlangsung sesuai dengan ketentuan hukum yang berlaku.

Jabatan Notaris diatur dalam Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2014 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris. Notaris memiliki kewenangan untuk membuat akta otentik terkait berbagai transaksi hukum, termasuk perjanjian jaminan yang tidak termasuk dalam kompetensi khusus PPAT. Berdasarkan Pasal 15 ayat (1) UUN, "Notaris berwenang membuat akta otentik mengenai semua perbuatan,

⁷⁶ Azmi Fendri, *Pengaturan kewenangan pemerintah dan pemerintah daerah dalam pemanfaatan sumberdaya mineral dan batu bara*, PT Raja grafindo, Jakarta, 2016, hlm.173.

⁷⁷ Sjaifurrachman. *Aspek Pertanggungjawaban Notaris dalam Pembuatan Akta*. Mandar Maju. Bandung, 2011, hlm.77-78.

perjanjian, dan ketetapan yang diwajibkan oleh peraturan perundang-undangan dan/atau yang dikehendaki oleh yang berkepentingan untuk dinyatakan dalam akta otentik".

Pembacaan akta Notaris yang dilakukan oleh staf notaris atas perintah Notaris dikatakan sah dan dapat dilakukan karena Notaris mempunyai kewenangan atribusi yang bersumber dan diberikan langsung oleh undang-undang, sertaid angkat secara delegasi oleh pejabat pemerintah dalam hal ini yaitu Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia untuk menjalankan tugas dan jabatannya. Wewenang atau sering pula ditulis dengan istilah Kewenangan merupakan suatu tindakan hukum yang diatur dan diberikan kepada suatu jabatan yang berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku guna mengatur jabatan yang bersangkutan.⁷⁸

Notaris dalam menjalankan tugasnya atau jabatannya mempunyai hak serta wewenang untuk memberikan perintah kepada salah satu stafnya untuk menjalankan wewenangnya termasuk dalam hal pembacaan akta, dengan ketentuan jika akta tersebut dibacakan oleh staf atau asisten Notaris, maupun akta tersebut dibacakan tetapi tidak semua yang dibacakan dan akta dibacakan tapi bukan oleh Notaris itu sendiri melainkan dibacakan oleh karyawan atau asisten Notaris atau apabila para pihak yang

⁷⁸ Adjie, H, *Hukum Notaris Indonesia Tafsir Tematik terhadap UU No. 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris*. Bandung: Refika Aditama, 2010.

berkehendak untuk tidak dibacakan, notaris tidak boleh mencantumkan dalam bagian penutup akta bahwa notaris telah membacakan akta dan para penghadap telah mengerti isi dari akta tersebut. Hali ni akan berakibat pada akta yang dibuat oleh notaris tersebut tidak sesuai dengan apa yang dikehendaki oleh penghadap, atau para penghadap mungkin tidak memahami isi akta, sehingga akan menimbulkan salah pengertian dan multitafsir mengenai isi dari akta yang dibuat notaris tersebut, akibatnya salah satu pihak dalam akta bisa melakukan wanprestasi atau akta tidak dapat dipergunakan sebagaimana mestinya.

b) Kewenangan Delegasi Notaris

Kewenangan delegasi merupakan suatu kewenangan yang dialihkan dari satu instansi atau pejabat yang lebih tinggi kepada instansi atau pejabat yang lebih rendah. Kewenangan ini hanya ada jika sebelumnya sudah ada kewenangan atributif yang dimiliki oleh pihak yang mendelegasikan.⁷⁹

Pada kewenangan delegasi terjadi proses di mana otoritas atau kekuasaan yang dimiliki oleh seseorang atau suatu badan hukum diserahkan kepada pihak lain. Dalam konteks organisasi, delegasi adalah salah satu cara untuk meningkatkan efisiensi dan efektivitas, di mana tugas-tugas yang lebih rutin atau teknis dapat

⁷⁹ Philipus M. Hadjon, et al. 1997. *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*. Gadjah Mada University Press, hlm. 112.

dialihkan kepada staf yang memiliki kompetensi untuk melaksanakannya, sementara pimpinan dapat fokus pada strategi dan keputusan penting.⁸⁰

Delegasi ini bisa berbentuk formal dan informal. Dalam delegasi formal, ada dokumen tertulis yang secara resmi menetapkan siapa yang berwenang melakukan apa. Contohnya termasuk pelimpahan wewenang dari pemerintah pusat ke pemerintah daerah dalam sistem desentralisasi.⁸¹ Sementara itu, delegasi informal biasanya lebih fleksibel dan bisa berubah sesuai kebutuhan, misalnya pimpinan proyek yang memberikan arahan kepada timnya.

Notaris adalah pejabat umum yang berwenang membuat akta otentik mengenai semua perbuatan, perjanjian, dan ketetapan yang diharuskan oleh peraturan perundang-undangan dan/atau yang diinginkan oleh yang berkepentingan untuk dinyatakan dalam akta autentik, menjamin kepastian tanggal pembuatan akta, menyimpan akta, memberikan grosse, salinan, dan kutipan akta (Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2014 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris, Pasal 1 ayat 1).

⁸⁰ Herliana, T, *Manajemen Organisasi*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2018, Hlm.45.

⁸¹ *Ibid*, Hlm.49.

Notaris memiliki kewenangan untuk melakukan legalisasi dan *waarmerking* (pengesahan tanda tangan) dokumen-dokumen tertentu. Selain itu, notaris juga berwenang untuk menyimpan minuta (asli) akta, serta memberikan salinan atau kutipan akta yang berkekuatan hukum tetap. Kewenangan delegasi notaris sangat penting dalam menjamin kepastian hukum dan perlindungan hukum bagi para pihak yang bertransaksi.⁸²

c) Kewenangan Mandatori Notaris

Kewenangan mandatori merupakan suatu kewenangan yang diberikan kepada instansi atau pejabat berdasarkan perintah dari undang-undang atau peraturan perundang-undangan tertentu, yang mengharuskan pelaksanaan kewenangan tersebut. Kewenangan mandatori biasanya hadir setelah kedua kewenangan lainnya (kewenangan nagan Atributif dan Kewenangan Delegasi), karena sifat kewenangan mandatori yang lebih spesifik dan perintah langsung dari hukum yang mengharuskan tindakan tertentu.⁸³

Kewenangan mandatori yang diberikan oleh undang-undang kepada suatu pihak atau instansi untuk melaksanakan tugas tertentu sifatnya adalah wajib. Artinya, pihak atau instansi tersebut tidak memiliki pilihan untuk menolak tugas tersebut karena sudah diatur

⁸² Sumardjono, M. S. W, *Tanah dalam Perspektif Hak Ekonomi Sosial dan Budaya*, Kompas Gramedia, Jakarta, 2016, Hlm.112.

⁸³ Prajudi Atmosudirdjo. 1981. *Hukum Administrasi Negara*. Ghalia Indonesia, hlm.78.

dalam peraturan perundang-undangan. Kewenangan ini biasanya diberikan untuk memastikan bahwa tugas-tugas penting dan krusial bagi kepentingan umum dapat dilaksanakan dengan konsisten dan sesuai dengan ketentuan hukum yang berlaku.

Kewenangan mandatori yang secara tegas diatur oleh hukum untuk dilaksanakan oleh pihak atau lembaga tertentu dalam suatu proses atau tindakan hukum. Hal ini bertujuan untuk memastikan keabsahan, keamanan, dan kepastian hukum dalam berbagai transaksi. Sebagaimana dijelaskan oleh Chandra dan Arifin, kewenangan mandatori memberikan perlindungan hukum yang kuat terhadap para pihak yang terlibat dalam suatu perjanjian atau transaksi.⁸⁴

Sebagai contoh yang disampaikan oleh Soerjono Soekanto, dalam konteks administrasi publik, pejabat pemerintah tertentu mungkin memiliki kewenangan mandatori untuk mengeluarkan izin atau lisensi tertentu setelah syarat-syarat yang diperlukan dipenuhi. Kewenangan mandatori ini bertujuan untuk mencegah penyalahgunaan wewenang dan memastikan bahwa pelayanan publik diberikan secara adil dan transparan.⁸⁵

⁸⁴ Chandra, M., & Arifin, A, *Hukum Jaminan dan Eksekusi Jaminan*, Penerbit Kencana, 2019, hlm.102.

⁸⁵ Soekanto, S, *Pengantar Penelitian Hukum*. Jakarta: UI Press. 2007. Hlm.125.

Kewenangan mandatori seorang notaris mencakup berbagai tindakan hukum, termasuk pembuatan akta autentik, pengesahan tanda tangan, dan penerbitan surat resmi. Tugas-tugas ini wajib dilakukan oleh notaris sesuai dengan ketentuan yang diatur dalam Undang-Undang Jabatan Notaris (UUJN).

Yahya Harahap mengemukakan salah satu kewenangan mandatori notaris adalah pembuatan akta autentik, di mana notaris harus memastikan bahwa semua pihak yang terlibat dalam pembuatan akta tersebut telah memahami dan setuju dengan isi akta. Notaris juga bertanggung jawab untuk memastikan bahwa akta yang dibuatnya memenuhi semua persyaratan hukum yang berlaku. Dengan demikian, notaris memainkan peran penting dalam memberikan kepastian hukum dan perlindungan hukum bagi para pihak yang terlibat.⁸⁶

d) Kewenangan Umum Notaris

Profesi Notaris memiliki tugas dan kewenangan dalam membuat akta otentik serta kewenangan lainnya yang diatur oleh Undang-Undang Jabatan Notaris UUJN. Pada Pasal 15 ayat (1) UUJN, memuat aturan bahwa:

“Notaris berwenang untuk membuat akta otentik mengenai semua perbuatan, perjanjian dan penetapan yang diharuskan oleh peraturan

⁸⁶ Harahap, Y, *Hukum Acara Perdata*, Sinar Grafika, Jakarta. 2005, Hlm.90.

perundang-undangan dan/atau yang dikehendaki oleh yang berkepentingan untuk dinyatakan dalam akta otentik, menjamin kepastian tanggal pembuatan akta, menyimpan akta, memberikan *grosse*, salinan dan kutipan akta, semuanya itu sepanjang pembuatan akta itu tidak juga ditugaskan atau dikecualikan kepada pejabat lain atau orang lain yang ditetapkan oleh undang-undang”.

Kewenangan Notaris meliputi:⁸⁷

- a. Kewenangan Umum Notaris, yaitu membuat Akta otentik mengenai semua perbuatan, perjanjian, dan penetapan yang diharuskan oleh peraturan perundang-undangan dan/atau yang dikehendaki oleh yang berkepentingan untuk dinyatakan dalam Akta otentik, menjamin kepastian tanggal pembuatan Akta, menyimpan Akta, memberikan *grosse*, salinan dan kutipan Akta, semuanya itu sepanjang pembuatan Akta itu tidak juga ditugaskan atau dikecualikan kepada pejabat lain atau orang lain yang ditetapkan oleh undang-undang.
- b. Kewenangan Khusus Notaris, meliputi:
 - 1) mengesahkan tanda tangan dan menetapkan kepastian tanggal surat di bawah tangan dengan mendaftar dalam buku khusus;
 - 2) membukukan surat-surat di bawah tangan dengan mendaftar dalam buku khusus;

⁸⁷ Habib Adjie, *Hukum Notaris Indonesia*, Rafika Aditama, Bandung, 2008, hlm.78.

- 3) membuat kopi dari asli surat-surat di bawah tangan berupa salinan yang memuat uraian sebagaimana ditulis dan digambarkan dalam surat yang bersangkutan;
 - 4) melakukan pengesahan kecocokan fotokopi dengan surat aslinya; -memberikan penyuluhan hukum sehubungan dengan pembuatan akta;
 - 5) membuat akta yang berkaitan dengan pertanahan; atau
 - 6) membuat akta risalah lelang.
- c. Kewenangan Notaris yang akan ditentukan kemudian oleh Peraturan Perundang-undangan.

Kewenangan Notaris dalam sistem hukum Indonesia cukup luas, tidak hanya membuat akta otentik semata-mata, tetapi juga kewenangan lainnya. Kewenangan Notaris telah ditentukan dalam Pasal 15 UUJN. Ada empat belas kewenangan notaris yang tercantum dalam Undang-Undang tentang Jabatan Notaris dan yang dapat dilaksanakan hanya sebelas kewenangan, yang meliputi untuk membuat:⁸⁸

a. Akta otentik.

Akta otentik merupakan akta yang dibuat oleh atau di hadapan Notaris. Akta otentik yang dibuat notaris meliputi :

- 1) Semua perbuatan, yaitu yang dalam bahasa Inggris disebut dengan *action* atau *doing* sedangkan dalam bahasa Belanda disebut dengan *handeling*, yaitu berkaitan dengan apa yang akan dilakukan oleh subjek hukum atau penghadap kepada notaris. Konsep perbuatan dalam ketentuan ini sangat luas, tidak hanya perbuatan hukum, tetapi juga perbuatan-perbuatan non

⁸⁸*Ibid*, hlm.28-29.

hukum. Perbuatan hukum merupakan tindakan yang menimbulkan hak dan kewajiban para pihak.

- 2) Perjanjian atau akta-akta perjanjian adalah surat tanda bukti yang memuat tentang hubungan hukum antara subjek yang satu dengan subjek hukum yang lainnya, di mana subjek hukum yang satu berhak atas suatu prestasi, sedangkan pihak lainnya berkewajiban untuk melaksanakan prestasinya. Dengan adanya akta itu, akan memberikan kepastian hukum bagi para pihak.

Kepastian itu meliputi :

- a) Kepastian tentang para pihaknya,
 - b) Objeknya, dan
 - c) Kepastian tentang hak dan kewajibannya.
- 3) Penetapan yang diharuskan oleh peraturan perundang-undangan, yang dalam bahasa Inggris disebut dengan *the determination of which are required by laws and regulations*, sedangkan dalam bahasa Belanda disebut dengan *bepaling van die vereist zijn door de wetgeving*, yaitu berkaitan dengan proses atau cara untuk menetapkan. Menetapkan yaitu menentukan, atau memastikan berbagai keputusan-keputusan yang telah ditentukan dalam peraturan perundang-undangan.
 - 4) Yang dikehendaki oleh yang berkepentingan untuk dinyatakan dalam akta otentik.

- b. Menjamin kepastian tanggal pembuatan akta.

Menjamin, yang dalam bahasa Inggris disebut dengan *ensure*, sedangkan dalam bahasa Belanda disebut dengan *verzekeren*, yaitu menanggung tentang kebenaran atau kepastian tanggal pembuatan akta. Tanggal yang tertulis dalam akta merupakan momentum dibuatnya akta.

- c. Salinan akta.

Salinan akta adalah salinan kata demi kata dari seluruh akta dan pada bagian bawah salinan akta tercantum frasa “diberikan sebagai salinan yang sama bunyinya”. (Pasal 1 angka 9 UUJN).

Ada dua ciri salinan akta, yang meliputi

- 1) Hanya ditandatangani oleh notaris, dan
- 2) Diberikan kepada para pihak.

d. Kutipan akta.

Kutipan akta adalah kutipan kata demi kata dari satu atau beberapa bagiandari akta dan pada bagian bawah kutipan akta tercantum frasa “diberikan sebagai kutipan”. (Pasal 1 angka 10 UUJN).

e. Legalisasi akta di bawah tangan.

Akta di bawah tangan yang disahkan merupakan akta yang harus ditandatangani dan disahkan di depan notaris/pejabat yang berwenang. Makna dilakukan pengesahan terhadap akta di bawah tangan adalah:

- 1) Notaris menjamin bahwa benar orang yang tercantum namanya dalam kontrak adalah orang yang menandatangani kontrak, dan
- 2) Notaris menjamin bahwa tanggal tanda tangan tersebut dilakukan pada tanggal disebutkan dalam kontrak.

Akta yang dilegalisasi ini harus didaftarkan dalam buku khusus yang disediakan oleh notaris. (Pasal 15 ayat (2) huruf a UUJN).

f. Waarmeking

Membukukan surat di bawah tangan dengan mendaftar dalam buku khusus, disebut dengan *gewarmeken*. Akta di bawah tangan yang dibukukan (*gewarmeken*) merupakan akta yang telah ditandatangani pada hari dan tanggal yang disebut dalam akta oleh para pihak, dan tanda tangan tersebut bukan di depan notaris/pejabat yang berwenang. Makna akta di bawah tangan yang dibukukan adalah :

- 1) Bahwa yang dijamin oleh notaris adalah bahwa akta tersebut memang benar telah ada pada hari, dan

2) Tanggal dilakukan pendaftaran/pembukuan oleh notaris.⁸⁹

g. Membuat kopi dan asli surat di bawah tangan.

Membuat kopi dari asli surat di bawah tangan, yang dalam bahasa Inggris disebut dengan *make a copy of the original letter under the hand*, sedangkan dalam bahasa Belanda disebut dengan *maak een kopie van de originele brief onder de hand*, yaitu melakukan atau mengerjakan salinan dari asli surat di bawah tangan yang dibuat oleh para pihak. Salinan itu, memuat uraian sebagaimana ditulis dan digambarkan dalam surat yang bersangkutan.

h. Pengesahan kecocokan fotokopi dengan surat aslinya.

Pengesahan kecocokan fotokopi dengan surat aslinya, yang dalam bahasa Inggris disebut dengan *legalization match photocopy with the original letter* sedangkan dalam bahasa Belanda disebut dengan *endorsement match fotokopie met de originele brief*, yaitu berkaitan proses, cara atau perbuatan mengesahkan kecocokan fotokopi dengan surat aslinya. Mengesahkan dikonsepsikan sebagai perbuatan atau tindakan untuk mengakui, menyetujui, dan membenarkan bahwa fotokopinya sesuai dengan surat aslinya.

i. Penyuluhan hukum sehubungan dengan pembuatan akta.

Penyuluhan hukum, yang dalam bahasa Inggris disebut dengan *legal education*, sedangkan dalam bahasa Belanda disebut dengan *juridish advies* merupakan upaya untuk menyampaikan informasi atau penerangan kepada masyarakat atau kepada para pihak tentang peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan jabatan notaris dan kewenangannya.

⁸⁹Salim HS. *et al*, *Perancangan Kontrak dan Memorandum of Understanding*, Sinar Grafika, Jakarta, 2011, hlm.33.

3. Kewajiban Notaris

UUJN mengatur kewajiban-kewajiban yang harus dipenuhi Notaris mulai dari sebelum, pada saat menjalankan jabatan dan setelah berakhirnya masa jabatan Notaris.

a. Sebelum menjalankan jabatannya.

Notaris wajib mengucapkan sumpah/janji menurut agamanya di hadapan Menteri Hukum Dan Hak Asasi Manusia. Berdasarkan Pasal 4 ayat (1) dan (2) UJN, Sumpah/janji tersebut berbunyi sebagai berikut:

Saya bersumpah/berjanji:

“bahwa saya akan patuh dan setia kepada Negara Republik Indonesia, Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Undang-Undang tentang Jabatan Notaris serta peraturan perundang-undangan lainnya. bahwa saya akan menjalankan jabatan saya dengan amanah, jujur, saksama, mandiri, dan tidak berpihak.

bahwa saya akan menjaga sikap, tingkah laku saya, dan akan menjalankan kewajiban saya sesuai dengan kode etik profesi, kehormatan, martabat, dan tanggung jawab saya sebagai Notaris. bahwa saya akan merahasiakan isi akta dan keterangan yang diperoleh dalam pelaksanaan jabatan saya.

bahwa saya untuk dapat diangkat dalam jabatan ini, baik secara langsung maupun tidak langsung, dengan nama atau dalih apa pun, tidak pernah dan tidak akan memberikan atau menjanjikan sesuatu kepada siapa pun.”

b. Pada saat menjalankan jabatannya

Dalam melaksanakan jabatannya notaris juga memiliki tugas secara

moral dan etika untuk melaksanakan jabatannya sesuai dengan kode etik dan sesuai UUJN. Maka dari itu untuk melaksanakan kewenangan notaris memiliki kewajiban dalam menjalankan tugasnya sebagaimana diatur dalam Pasal 16 UUJN, memuat aturan bahwa:

- 1) Bertindak amanah, jujur, saksama, mandiri, tidak berpihak, dan menjaga kepentingan pihak yang terkait dalam perbuatan hukum;
- 2) Membuat akta dalam bentuk minuta akta dan menyimpannya sebagai bagian dari protokol Notaris;
- 3) Melekatkan surat dan dokumen serta sidik jari penghadap pada minuta akta;
- 4) Mengeluarkan grosse akta, salinan akta, atau kutipan akta berdasarkan minuta akta;
- 5) Memberikan pelayanan sesuai dengan ketentuan dalam undang-undang ini, kecuali ada alasan untuk menolaknya;
- 6) Merahasiakan segala sesuatu mengenai akta yang dibuatnya dan segala keterangan yang diperoleh guna pembuatan akta sesuai dengan sumpah/janji jabatan, kecuali undang-undang menentukan lain;
- 7) Menjilid akta yang dibuatnya dalam 1 (satu) bulan menjadi buku yang memuat tidak lebih dari 50 (lima puluh) akta, dan jika jumlah akta tidak dapat dimuat dalam satu buku, akta tersebut dapat dijilid menjadi lebih dari satu buku, dan mencatat jumlah minuta akta, bulan, dan tahun pembuatannya pada sampul setiap buku;
- 8) Membuat daftar dari akta protes terhadap tidak dibayar atau tidak diterimanya surat berharga;
- 9) Membuat daftar akta yang berkenaan dengan wasiat menurut

urutan waktu pembuatan akta setiap bulan;

- 10) Mengirimkan daftar akta sebagaimana dimaksud dalam huruf i atau daftar nihil yang berkenaan dengan wasiat ke pusat daftar wasiat pada kementerian yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang hukum dalam waktu 5 (lima) hari pada minggu pertama setiap bulan berikutnya;
- 11) Mencatat dalam repertorium tanggal pengiriman daftar wasiat pada setiap akhir bulan;
- 12) Mempunyai cap atau stempel yang memuat lambang negara republik indonesia dan pada ruang yang melingkarinya dituliskan nama, jabatan, dan tempat kedudukan yang bersangkutan;
- 13) Membacakan akta di hadapan penghadap dengan dihadiri oleh paling sedikit 2 (dua) orang saksi, atau 4 (empat) orang saksi khusus untuk pembuatan akta wasiat di bawah tangan, dan ditandatangani pada saat itu juga oleh penghadap, saksi, dan notaris; dan
- 14) Menerima magang calon Notaris.

c. Setelah berakhirnya masa jabatan Notaris

Pasal 62 UUJN mengatur bahwa Protokol Notaris wajib diserahkan dalam hal Notaris:

- 1) meninggal dunia;
- 2) telah berakhir masa jabatannya;
- 3) minta sendiri;
- 4) tidak mampu secara rohani dan/atau jasmani untuk melaksanakan tugas jabatan sebagai Notaris secara terus menerus lebih dari 3 (tiga) tahun;
- 5) diangkat menjadi pejabat negara;

- 6) pindah wilayah jabatan; diberhentikan sementara; atau
- 7) diberhentikan dengan tidak hormat.

Protokol Notaris adalah kumpulan dokumen yang merupakan arsip negara yang harus disimpan dan dipelihara oleh Notaris sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan dan berdasarkan penjelasan Pasal 62 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 Tentang Jabatan Notaris, sebagaimana diubah dengan Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2014 Tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2004 tentang Jabatan Notaris, protokol notaris terdiri atas:

- 1) minuta Akta;
- 2) buku daftar akta atau repertorium;
- 3) buku daftar akta di bawah tangan yang penandatanganannya dilakukan di hadapan Notaris atau akta di bawah tangan yang didaftar;
- 4) buku daftar nama penghadap atau klapper;
- 5) buku daftar protes;
- 6) buku daftar wasiat; dan
- 7) buku daftar lain yang harus disimpan oleh Notaris berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Kode etik profesi bagi kalangan notaris yang saat ini berlaku adalah Kode Etik Notaris yang merupakan hasil dari perubahan yang diputuskan pada Kongres Luar Biasa INI yang dilaksanakan pada tahun 2015 di Banten, Kode Etik Notaris ini terdiri dari 8 bab dan 15 Pasal.

E. Kerangka Pikir

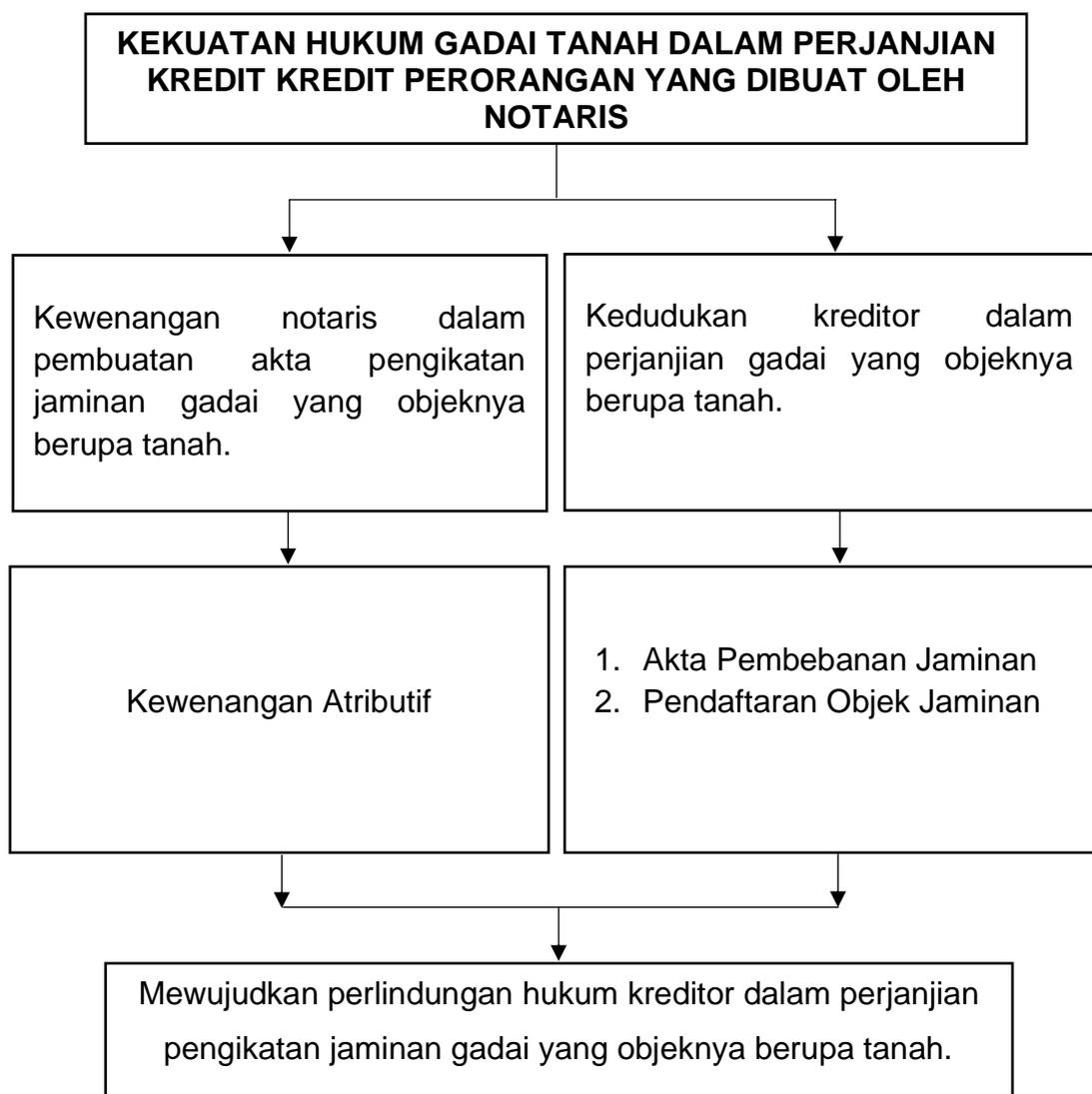
Latar belakang masalah yang telah diuraikan memberikan gambaran mengenai peran jaminan dalam transaksi pinjaman, khususnya menjadikan tanah sebagai objek gadai. Dalam konteks ini, jaminan terhadap tanah mengacu pada Hak Tanggungan yang diatur oleh perundang-undangan di Indonesia. Meskipun tanah seringkali menjadi jaminan yang diinginkan oleh lembaga keuangan, prinsip-prinsip hukum yang mengatur gadai benda bergerak dan tidak bergerak menimbulkan pertanyaan mengenai preferensi kreditor, kewajiban notaris, dan kebutuhan masyarakat.

Kedudukan Preferensi menjadi kunci dalam akta jaminan gadai perorangan yang dibuat oleh notaris. Namun, hal ini tidak selaras dengan kebutuhan masyarakat yang menginginkan kemudahan akses kredit tanpa kehilangan kontrol atas jaminan mereka. Adanya kesenjangan antara peraturan dan pelaksanaannya menimbulkan pertanyaan serius tentang efektivitas jaminan gadai, terutama dalam konteks tanah. Rumusan masalah dalam penelitian ini mencoba menjawab beberapa aspek krusial, antara lain, **(i) Apakah Notaris berwenang untuk membuat akta pengikatan jaminan gadai yang objeknya berupa tanah?** Selain itu, pertanyaan mengenai **(ii) Apakah tanah sebagai objek jaminan gadai yang dituangkan dalam akta notaris memberikan kedudukan yang preferen bagi kreditor pada gadai tanah?** menjadi fokus penelitian.

Berdasarkan pertanyaan rumusan masalah pertama tersebut, penulis menetapkan indikator untuk menjawabnya, antara lain yaitu, (i) kewenangan atributif. Sedangkan pada rumusan masalah kedua, penulis menetapkan indikatornya antara lain, (i) Akta Pembebanan Jaminan dan (ii) Pendaftaran Objek Jaminan.

F. Bagan Kerangka Pikir

Untuk memberikan gambaran secara umum terkait dengan kerangka pikir pada penelitian ini, serta hubungan antara variabel peneliti, maka dapat dilihat dari bagan kerangka pikir dibawah ini:



G. Definisi Operasional

Agar memudahkan pemahaman terhadap variabel dari kerangka pemikiran dalam penelitian ini, Penulis merumuskan definisi operasional sebagai berikut:

1. Akta pembebanan jaminan, merupakan akta otentik yang memuat hak dan kewajiban antara debitor dan kreditor dalam rangka memberikan perlindungan hukum terkait jaminan atas objek yang dijaminakan
2. Pendaftaran jaminan, merupakan suatu proses formal untuk mencatatkan hak atas objek gadai ke instansi/institusi yang diberikan kewenangan oleh pemerintah. Tujuan utamanya adalah memberikan kepastian hukum dan keamanan terhadap pemberi gadai sebagai pemegang hak jaminan.
3. Kewenangan Atributif, merupakan hak atau wewenang yang diberikan kepada seorang notaris dalam pembuatan akta.