

**ASAS KEBEBASAN BERKONTRAK, PERBANDINGAN ANTARA HUKUM
PERDATA DAN KOMPILASI HUKUM EKONOMI SYARIAH**

Tesis

Diajukan kepada Institut Agama Islam Negeri Antasari
untuk Memenuhi Salah Satu Persyaratan
Menyelesaikan Program Magister
Ilmu Hukum Islam

Oleh

**DACEP BURHANUDIN
NIM. 09.0203.0585**



**INSTITUT AGAMA ISLAM NEGERI ANTASARI
PROGRAM PASCASARJANA
PROGRAM STUDI FILSAFAT ISLAM
KONSENTRASI HUKUM BISNIS SYARIAH
BANJARMASIN
2011**

PERNYATAAN KEASLIAN TULISAN

Saya yang bertanda tangan di bawah ini:

Nama : Dacep Burhanudin
NIM : 09.0203.0585
Tempat/Tgl.Lahir : Karawang, 10 Agustus 1972
Program Studi : Filsafat Islam
Konsentrasi : Hukum Bisnis Syariah

Menyatakan dengan sebenarnya bahwa Tesis saya yang berjudul: “ASAS KEBEBASAN BERKONTRAK, PERBANDINGAN ANTARA HUKUM PERDATA DAN KOMPILASI HUKUM EKONOMI SYARIAH” adalah benar-benar karya saya, kecuali yang disebut sumbernya.

Apabila di kemudian hari terbukti bahwa Tesis ini bukan hasil karya asli saya atau merupakan hasil plagiasi, saya bersedia menerima sanksi akademik sesuai ketentuan yang berlaku.

Demikian surat pernyataan ini saya buat dengan sesungguhnya.

Rantau, 17 Desember 2011
Yang membuat pernyataan,

Dacep Burhanudin

PERSETUJUAN TESIS

ASAS KEBEBASAN BERKONTRAK, PERBANDINGAN ANTARA HUKUM PERDATA DAN KOMPILASI HUKUM EKONOMI SYARIAH

Yang Dipersembahkan dan Disusun oleh:
DACEP BURHANUDIN
NIM. 09.0203.0585

Telah Disetujui oleh Dosen Pembimbing untuk
Dapat Diajukan Kepada Dewan Penguji

Pembimbing I

Pembimbing II

Prof. Dr. Ahmadi Hasan, M.H.

Dr. Irfan Noor, M.Hum

Tanggal, 18 Desember 2011

Tanggal, 19 Desember 2011

PENGESAHAN TESIS

**ASAS KEBEBASAN BERKONTRAK, PERBANDINGAN ANTARA HUKUM
PERDATA DAN KOMPILASI HUKUM EKONOMI SYARIAH**

**DIPERSEMBAHKAN DAN DISUSUN OLEH:
DACEP BURHANUDIN
NIM. 09.0203.0585**

Telah Diajukan Kepada Dewan Penguji
Pada: Hari Selasa, Tanggal 27 Desember 2011

Dewan Penguji

Nama	Tanda tangan
1. Prof Dr. Ahmadi Hasan, M.H. (Ketua)	1
2. Dr. H. Abdul Halim Barkatullah, S.Ag., M.H (Anggota)	2
3. Prof. Dr. H. A. Athaillah, M.Ag (Anggota)	3
4. Dr. Irfan Noor, M.Hum (Anggota)	4

Mengetahui,
Direktur

Prof. Dr. Ahmadi Hasan, M.H.
NIP. 19580406 198703 1 001

ABSTRAKSI
**ASAS KEBEBASAN BERKONTRAK, PERBANDINGAN ANTARA HUKUM
PERDATA DAN KOMPILASI HUKUM EKONOMI SYARIAH**

Oleh :
DACEP BURHANUDIN
NIM. 09.0203.0585

Dalam hukum perjanjian dianut apa yang disebut dengan “asas kebebasan berkontrak (*mabda' hurriyah al-ta'aqud*)”. Kebebasan berkontrak berlatar belakang pada paham individualisme, yang lahir pada abad pertengahan di Eropa bersamaan dengan munculnya teori ekonomi klasik *laissez faire* (persaingan bebas) yang merupakan reaksi dari *mercantile system* yang dipelopori oleh Adam Smith. Dalam Hukum Perdata yang berlaku di Indonesia, dikenal dengan adanya asas kebebasan berkontrak demikian juga dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syari'ah menjamin adanya kebebasan berkontrak sebagai salah satu syarat yang harus dipenuhi dalam membuat perjanjian. Persoalan yang muncul kemudian adalah apakah asas kebebasan berkontrak yang dianut oleh Hukum Perdata Indonesia maupun Kompilasi Hukum Ekonomi Syari'ah merupakan kebebasan yang mutlak (absolut) sehingga kebebasannya tidak terbatas atau memang ada batasan tentang kebebasan tersebut, kalau timbul permasalahan apakah hakim berwenang untuk memasuki dan meneliti isi suatu kontrak karena isi dan pelaksanaan suatu kontrak bertentangan dengan nilai-nilai dalam masyarakat.

Penelitian ini bersifat *library research*. Metode pendekatan yang digunakan adalah pendekatan *yuridis normatif* dengan cara meneliti bahan pustaka yang merupakan data sekunder. Penelitian ini juga menggunakan pendekatan *komparatif*, yaitu akan dilakukan perbandingan terhadap sistem hukum perjanjian Islam dengan sistem hukum perjanjian hukum perdata di Indonesia. Untuk menganalisis data dipergunakan *analisis kualitatif*, yang dilakukan dengan *metode deduksi*, yaitu mengkaji dari kaidah umum kepada hal-hal yang khusus.

Asas kebebasan berkontrak telah diatur baik dalam Hukum Perdata maupun dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syari'ah. Dasar asas kebebasan berkontrak terkandung dalam Pasal 1338 KUH Perdata yang menyatakan semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Sedangkan asas kebebasan berkontrak menurut Kompilasi Hukum Ekonomi Syari'ah termaktub dalam bab II tentang Asas Akad pasal 21 (huruf) 1 disebutkan bahwa “Akad dilakukan berdasarkan *asas al- hurriyah* (kebebasan berkontrak)” dan dalam pasal 21 disebutkan bahwa “Semua akad yang dibuat secara sah berlaku sebagai nash syari'ah bagi mereka yang mengadakan akad. Asas kebebasan berkontrak baik dalam KUPerdata maupun Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah bukan bersifat mutlak atau tidak tak terbatas tetapi memiliki batasan-batasan. Ada perbedaan yang sangat esensial dalam pembatasan-pembatasan yang diberikan oleh kedua konsep tersebut karena pembatasan yang diberikan dalam asas kebebasan berkontrak dalam KUHPerdata adalah buatan manusia berupa Undang-Undang, kesusilaan dan ketertiban umum, sementara pembatasan yang ada dalam konsep syariah adalah firman Allah dalam Al-Qur'an dan juga pernyataan dan perilaku Nabi Muhammad dalam Al-Hadis.

Kebebasan berkontrak yang tidak ada batasnya dapat menciptakan ketidakadilan apabila salah satu pihak mempunyai kedudukan yang tidak seimbang. Dengan demikian tinjauan filosofis dari adanya batasan asas kebebasan berkontrak adalah (1) “*Keadilan*” dimana keadilan merupakan konsep yang komprehensif menyangkut semua segi kehidupan umat manusia, (2) “*Spiritualisme*”. Nilai-nilai spiritualisme terdapat pada setiap materi yang dimiliki, yang menjadi sentral dari konsep moralnya adalah semua barang milik Allah SWT. dan bagaimana melakukan transaksi dalam berkontrak yang sesuai dengan aturan main (3) “*Kemashlahatan*” yang merupakan tujuan hukum. Dengan maslahat dimaksudkan memenuhi dan melindungi lima kepentingan pokok manusia. Apabila terdapat penyimpangan dalam perjanjian Hakim berwenang untuk memasuki dan atau meneliti isi suatu kontrak apabila isi dan pelaksanaan suatu kontrak bertentangan dengan nilai-nilai dalam masyarakat.

Kata Kunci : asas kebebasan berkontrak atau *mabda' hurriyah al-ta'aqud*.

KATA PENGANTAR

Assalamu' alaikum Wr. Wb.

Dengan mengucapkan Alhamdulillah Penulis panjatkan kepada Allah SWT yang telah melimpahkan Rahmat dan Hidayah-Nya serta dengan usaha yang sungguh-sungguh akhirnya Penulis mampu menyelesaikan tesis ini dengan judul ” ASAS KEBEBASAN BERKONTRAK, PERBANDINGAN ANTARA HUKUM PERDATA DAN KOMPILASI HUKUM EKONOMI SYARIAH ” yang merupakan syarat untuk mencapai Derajat Strata 2 pada Program Pascasarjana Institut Agama Islam Negeri Antasari Banjarmasin Program Studi Filsafat Islam dalam Magister Hukum Bisnis Syari'ah.

Selama proses penulisan tesis ini Penulis telah banyak mendapat bantuan baik sumbangan pemikiran maupun tenaga yang tidak ternilai harganya bagi Penulis. Untuk itu pada kesempatan ini perkenankanlah Penulis dengan segala kerendahan hati untuk menyampaikan rasa terima kasih yang tulus kepada:

1. Bapak Prof. Dr. Ahamdi Hasan, M.H., selaku Direktur Program Pascasarjana Institut Agama Islam Negeri (IAIN) Antasari Banjarmasin.
2. Seluruh dosen dan staf karyawan Program Pascasarjana Institut Agama Islam Negeri (IAIN) Antasari Banjarmasin yang telah membantu Penulis dalam menyelesaikan pendidikan di Program Pascasarjana Institut Agama Islam Negeri (IAIN) Antasari Banjarmasin.

3. Prof. Dr. Ahamdi Hasan, M.H dan Dr. Irfan Noor, M.Hum secara khusus selaku Pembimbing yang dengan sabar dan arif telah memberikan masukan, nasihat serta bimbingan hingga Penulis dapat menyelesaikan tesis ini.
4. Drs. H. Damsir, S.H., M.H selaku Ketua Pengadilan Agama Rantau dan seluruh hakim serta seluruh karyawan Pengadilan Agama Rantau yang selalu memberikan dukungan dan semangat kepada Penulis.
4. Teman-teman seangkatanku tahun 2009 di Program Pascasarjana Institut Agama Islam Negeri (IAIN) Antasari Banjarmasin yang telah memberi dukungan dan semangat Penulis selama penyusunan tesis ini.
5. Orang tua, keluarga dan istri serta anak-anakku tercinta, yang telah memberi semangat dan dukungan serta doa hingga akhir penyusunan tesis ini bisa berjalan dengan baik.
6. Dan berbagai pihak yang tidak bisa Penulis sebutkan satu persatu.

Semoga segala amal dan kebaikan semua pihak yang telah membantu Penulis, akan diberikan pahala dari Allah SWT.

Meskipun tesis ini merupakan hasil kerja maksimal dari Penulis, Namun Penulis menyadari akan ketidaksempurnaan dari tesis ini. Hal ini disebabkan karena keterbatasan kemampuan dan ilmu yang Penulis miliki, maka kritik dan saran yang membangun Penulis harapkan untuk meningkatkan mutu tesis ini.

Wassalam,

Rantau, 2011

Penulis

MOTTO DAN PERSEMBAHAN

ياايها الذين امنوا اوفوا بالعقود

Hai orang-orang yang beriman, Penuhilah akad-akad (perjanjian) itu
(Al- Maidah: 1)

Karya ini saya persembahkan untuk orang tua, keluarga dan istri serta anak-anakku yang tercinta yang selalu memberikan do'a dan dorongan semangat setiap saat.

DAFTAR ISI

Halaman Judul	i
Pernyataan Keaslian Tulisan	ii
Persetujuan Tesis.....	iii
Pengesahan Tesis	iv
Abstrak.....	v
Kata Pengantar	vii
Motto dan Persembahan.....	ix
Daftar isi.....	x

BAB I. PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah	1
B. Perumusan Masalah.....	10
C. Tujuan Penelitian.....	11
D. Kontribusi Penelitian	12
E. Studi Pustaka.....	12
F. Metode Penelitian.....	14
G. Sistematika Penulisan.....	16

BAB II KAJIAN PUSTAKA

A. Perjanjian Menurut Hukum Perdata	
1. Definisi Perjanjian.....	18
2. Subjek dan Objek Perjanjian	21
3. Jenis-Jenis Perjanjian.	22
4. Syarat Syah Perjanjian.....	37
5. Asas-Asas Perjanjian.....	44
6. Unsur-Unsur Perjanjian.....	47
7. Prestasi dan Wanprestasi.....	47
B. Asas Kebebasan Berkontrak	
1. Sejarah Lahirnya Asas Kebebasan Berkontrak.....	50
2. Dasar Kebebasan Berkontrak dalam Hukum Perdata	54
3. Batasan Asas Kebebasan Berkontrak.....	55

BAB III. AKAD DAN ASAS KEBEBASAN BERKONTRAK MENURUT KOMPILASI HUKUM EKONOMI SYARIAH

A. Akad Menurut Hukum Islam	
-----------------------------	--

1. Definisi Akad.....	62
2. Macam-macam akad.....	67
3. Unsur dan Pembentukan Akad.....	76
4. Rukun dan Syarat Akad.....	78
5. Asas-asas Dalam Akad.....	87
6. Hak Pilih Dalam Akad.....	99
7. Berakhirnya Akad.....	103
B. Asas Kebebsan Berkontrak Menurut Kompilasi Hukum Ekonomi Syariah.....	104
BAB IV TINJAUAN FILOSOFIS ASAS KEBEBASAN BERKONTRAK	
A. Perbedaan Asas Kebebasan Berkontrak antara KUHPerdata dengan KHES	115
B. Nilai Filosofi Asas Kebebasan Berkontrak	120
BAB V PENUTUP	
A. Kesimpulan	140
B. Saran-Saran	141
DAFTAR PUSTAKA.....	143